



***Permanent Mission of Brazil to the United Nations Office  
and other International Organizations in Geneva***

*Ch. Louis-Dunant, 15 – 1202 – Geneva / Switzerland*

*Phone: (+41) (0)22 332 50 00 / Fax: (+41) (0)22 910 07 51*

*E-mail: delbrasgen@itamaraty.gov.br*

URGENT

N. 414

The Permanent Mission of Brazil to the United Nations Office and other International Organizations in Geneva presents its compliments to the Office of the High Commissioner for Human Rights (Special Procedures Branch) and has the honor to submit the following information regarding communication OL BRA 14 2018

Geneva, 14 December, 2018

Office of the High Commissioner of Human Rights  
Special Procedures Branch



(English unofficial version followed by original in Portuguese)

With regard to communication OL BRA 14/2018, sent by the special rapporteur on freedom of expression, the Brazilian Government presents the following information, consisting of the votes of the Federal Supreme Court Justices and the opinion of the General Prosecutor of the Republic on the matter. The Permanent Mission of Brazil also informs that the case is still waiting the final judgment of the plenary of the Federal Supreme Court.

**VOTE THAT GRANTED THE SUSPENSION OF THE PROVISIONAL MEASURE PROHIBITING THE INTERVIEW**

SUSPENSION OF PROVISIONAL MEASURE 1178 PARANÁ

REGISTERED: JUSTICE PRESIDENT

APPLICANT (S): NEW PARTY ("PARTIDO NOVO")

ATTORNEY(S): [REDACTED]

DEFENDANT (S): RAPPOREUR OF RCL Nº 32.035 OF THE SUPREME FEDERAL TRIBUNAL

ATTORNEY (S): NO REPRESENTATION

INTERESTED PART (S): COMPANY "FOLHA DA MANHÃ" S.A. AND OTHERS

ATTORNEY (S): [REDACTED]

INTERESTED PART (S): LUIZ INACIO LULA DA SILVA

ATTORNEY (S): NO REPRESENTATION

**DECISION**

It is a Suspension of Provisional Measure, based on art. 4 of the Law No. 8437/1992, filed in the records of Complaint No. 32035, having Justice Ricardo Lewandowski as rapporteur, filed by the New Party against the company "Folha da Manhã", Mônica Bergamo and Luiz Inácio Lula da Silva.

The applicant argues that the contested decision defies the Republican principle and, lastly, the legitimacy of the elections that consubstantiate the representation of the Brazilian rule of law. The applicant argues also that the freedom of the press should be confronted with the freedom of vote, with a view that the interview authorized by the challenged decision should not take place before the elections. The petition mentions repeated occasions in which the potential interviewee, in person or through third parties, was presented as a candidate in the presidential elections, in spite of determinations of the Superior Election Court contradicting it. Finally it asks:

... the immediate suspension of all effects of the decision undertaken by his excellency Justice Ricardo Lewandowski in the records of Complaint No. 32.035/PR, under the analysis of the Supreme Federal Court, based on Article 4 of Law No. 8.437/92, giving it provisional suspension effect, based in article 4, paragraph 7, of the mentioned law, due to the demonstrated plausibility of the reasons raised and the urgency in granting the measure, in order to prevent the interviewing of the former President of the Republic, Luiz Inácio Lula da Silva, in prison: (i) before the end of the electoral process or (ii) to a lesser extent, at least before the first round of elections, which will take place within less than 10 days or; (iii) until, with all due respect, reverence and deference for the monocratic decision, its conclusion be endorsed by the plenary of this honorable Court.

This is the report. Therefore, I decide.

The decision undertaken in the context of Complaint No. 32.035, whose suspension is under analysis, responded to a request made by the company "Folha da Manhã" and by Mônica Bergamo, against the decision of the 12th Criminal Federal Court of Curitiba, which, in the records of the Provisional Execution, denied the conducting a journalistic interview with the former President of the Republic Luiz Inácio Lula da Silva, who serves a prison sentence in the Police prison facility in Curitiba. The rapporteur, individually, ruled in favor of the Complaint to nullify the challenged decision and determine that "the claimant and the technical team be allowed, with all needed equipment to recording audio, video and photo, to have access to the former President Luiz Inácio Lula da Silva to interview him, if he is interested to". The decision challenged was based on the constitutional principle that guarantees "the 'full' freedom of the press as a legal category that prohibits any kind of prior censorship". It was also argued that the act of the 12th Court is tantamount to "censoring the press and denying the prisoner the contact with the outside world."

However, the interpretation of the content of the ruling of this Court in the records of ADFP no. 130 goes beyond its terms and expands freedom of the press to an absolute level incompatible with the multiplicity of fundamental vectors established

in the Constitution. It is known that the "free market of ideas", first referred to by Oliver Wendell Holmes Jr. in the *Abrams v. United States* case, ruled by the Supreme Court of the United States in 1919, has such negative impacts to the social welfare as the totally free circulation of goods and services. Admitting that the sharing of information could not be regulated for the protection of community values would be tantamount to defending the abolition of regulations of the economy in general.

For this reason, Richard Posner already advocated the need for the regulation of freedom of expression, provided that it effectively mitigates the risks of propagation of harmful information (POSNER, Richard A. "Free Speech in an Economic Perspective". In: 20 *Suffolk U. L. Rev.* 1 [1986]).

The regulation of the free expression of ideas is particularly important in the period leading up to elections, since the voter's protection in the face of false or inaccurate information also protects the good functioning of democracy (article 1, sole paragraph, CRFB), the equality of opportunities, the morality, the normality and the legitimacy of elections (article 14, § 9, of the CRFB). Voters' misinformation compromises the ability of a democratic system to choose political leaders of quality. The confusion of the electorate renders the vote less of a reliable signal of the preferences of the society in relation to the public policies desired for the years to come. In this sense, it is necessary to relativize exceptionally the freedom of the press in order to ensure an informational environment impartial and conducive to the conscious exercise of the right to vote.

Restrictions to the freedom of the press of similar scope are already provided for in Law No. 9504/97, which regulates electoral campaigns, and is not considered unconstitutional. In the present case, there is a high risk that the disclosure of the interview with Luiz Inácio Lula da Silva, who had his registry of candidacy rejected, causes misinformation on the eve of the vote, considering the proximity of the first round of the presidential elections. It should be noted that the Superior Electoral Court, in the judgment of the Registry of Candidacy 0600903-50.2018.6.00.0000, determined that the requested party should not "practice campaign acts, especially the advertisement of electoral campaign related to the presidential election campaign on radio and television, provided for in art. 47, paragraph 1 of Law 9,504 / 97, until his replacement ". However, the determination was repeatedly violated, and the Superior Electoral Court granted five injunctions for the suspension of advertisements containing references to the defendant (RPs 0601049-91.2018.6.00.0000, 0601050-76.2018.6.00.0000, 0601055-98.2018.6.00.0000, 0601056-83.2018.6.00.0000 e 0601057- 68.2018.6.00.0000). The recalcitrance of the defendant, therefore, is evident with regard to the observance of the judicial decision that prevented him from practicing campaign acts, the *periculum in mora* being configured by the fact that the potential interview would confuse the electorate, suggesting that the defendant was presenting himself as candidate or practicing acts that have been prohibited.

*Ex positis*, I grant the injunction, ad referendum of the Plenary, based in art. 4 of Law no. 8.437 / 92, to suspend *ex tunc* the effects of the decision rendered in the records of Complaint 32,035, until the collegiate body examines the matter definitively. Therefore, I order that Luiz Inácio Lula da Silva abstain from giving interviews or statements to any media, be it the press or other vehicle intended for the transmission of information to the general public. I also determine, if any interview or statement has already been made by the aforementioned interested party, the prohibition of the disclosure of its contents in any way, under penalty crime of disobedience (article 536, § 3, of the new Code of Civil Procedure and article 330 of the Penal Code).

Urgently notify, by electronic means or any other mean that ensure maximum celerity, the 12th Federal Court of Curitiba, the superintendent of the Federal Police in Paraná, the Empresa Folha da Manhã S.A., Mônica Bergamo and the Federal Regional Court of the 4th Region.

Report to the Office of the General Prosecutor of the Republic.

Publish it. Notify.

Brasília, September 28, 2018.

Justice Luiz Fux

Acting President of the Federal Supreme Court

**DECISION OF THE JUSTICE PRESIDENT OF THE FEDERAL SUPREME COURT  
REGARDING THE DIVERGENT DECISIONS AND CONFIRMING THE  
PROHIBITION**

SUSPENSION OF PROVISIONAL MEASURE 1178 PARANÁ

REGISTERED: JUSTICE PRESIDENT

APPLICANT (S): PARTIDO NOVO

ATTORNEY(S): [REDACTED]

DEFENDANT (S): RAPPORTEUR OF RCL N° 32.035 OF THE SUPREME FEDERAL TRIBUNAL

ATTORNEY (S): NO REPRESENTATION

INTERESTED PARTY: COMPANY "FOLHA DA MANHÃ" S.A. AND OTHERS

ATTORNEY (S): [REDACTED] (A / S)

INTERESTED PARTY: LUIZ INACIO LULA DA SILVA

ATTORNEY (S): NO REPRESENTATION

DECISION:

Examined.

The case regards the request of Suspension of a Provisional Measure, dated 9/28/18, filed by "Partido Novo" against the company "Folha da Manhã", Mônica Bergamo and Luiz Inácio Lula da Silva, based on art. 4th of Law no. 8437/1992, in view of the decision granted within Complaint No. 32035, whose rapporteur is the eminent Justice Ricardo Lewandowski.

On 09/28/2018, my absence was regularly certified in the records of the ADI 6028, the SL 1177 and the SL 1178, pursuant to art. 37, I, do RISTF, which provides:

"Art. 37. In the event of absence or impediment, shall be replaced:

I - the President of the Court by the Vice-President, and by the other Justices, in descending order of seniority;"

Therefore, the records were sent to Justice Luiz Fux, Vice-President of the Court, who rendered a decision granting provisional measure in the following terms:

"(...) *Ex positis*, I grant the injunction, ad referendum of the Plenary, based in art. 4 of Law no. 8437 / 92, to suspend *ex tunc* the effects of the decision rendered in the records of Complaint 32,035, until the collegiate body examines the matter definitively. Therefore, I order that Luiz Inácio Lula da Silva abstain from giving interviews or statements to any media, be it the press or other vehicle intended for the transmission of information to the general public. I also determine, if any interview or statement has already been made by the aforementioned interested

party, the prohibition of the disclosure of its contents in any way, under penalty of crime of disobedience (article 536, § 3, of the new Code of Civil Procedure and article 330 of the Penal Code)".

Notify urgently, by electronic means or other means that maximize celerity, the 12th Federal Court of Curitiba, the Federal Police Superintendent in Paraná, the Company "Folha da Manhã S.A"., Mônica Bergamo and the Regional Federal Court of the 4th Region. (...)".

Today (10/01/2018), however, a new decision was rendered by Justice Ricardo Lewandowski, in the records of Rcl nº 31965/PR and Rcl nº 32035/PR, reaffirming the decisions previously rendered.

Through Notice No. 536/2018 / SE-MSP / MSP-MJ, of October 1st 2018, the Honorable Minister of Public Security, Raul Jungmann, urged by the Director General of the Federal Police, requested "guidance on the effects of the decision rendered in SL 1.178 (which regards Complaint No. 31.695, but also Complaint No. 32.035), which was chaired by Justice Luiz Fux, in his capacity of President in office of the Supreme Federal Court".

Therefore, in order to resolve the doubt regarding the compliance of the order of this Court, comply with the decision granting the provisional measure on 28 September 18, by the Vice-President of the Court, Justice Luiz Fux, Presidency in office, according to the rules of procedures, until subsequent deliberation by the plenary.

Send the records to the General Prosecutor's Office (article 297, § 1, RISTF). Inform, with due urgency, the Minister of Public Security, the 12th Federal Court of Curitiba/PR and the Federal Regional Court of the 4th Region.

Publish this order.

Brasília, October 1, 2018.

Minister DIAS TOFFOLI

President

## **OPINION OF THE GENERAL PROSECUTOR OF THE REPUBLIC**

Federal Public Prosecutor's Office

Prosecutor General

N. 1668/2018 – PGR/GT-LJ

Unified System n. 307429/2018

Suspension of provisional measure N. 1178

Applicant: NEW PARTY ("PARTIDO NOVO")

Rapporteur: PRESIDENT OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Your Excellency,

CONSTITUTIONAL. CRIMINAL PROCEDURAL. FREEDOM OF  
EXPRESSION. PROHIBITION OF INTERVIEWS BY CONVICTED PERSONS.  
PURPOSES OF THE PENALTY OF PRISION.

1. When the granting of interviews by detainees is contrary to another value enshrined in the Constitution, this conflict can legitimately lead to the prohibition of that specific form of exercising the freedom of expression provided that such restriction is proportional and does not represent the loss of the essential core of the limited freedom.

2. As "subjects of special relations of power", in the expression used by Canotilho, the prisoners are subject to limitations in their fundamental rights, which is necessary to preserve the purpose of the sentence and to protect the legal rights under criminal law. Under the pretext of maximizing the respect to the freedom of speech of the prisoner, the reduction of the purpose of the punishment applied to a minimum degree cannot be authorized.

3. The balance of several factors is necessary: to prevent abuses during the execution of the penalty, by guaranteeing the access of the outside world to the penitentiary universe; the purpose of the penalty; the exposure of the convicted person; and the interests of the victims of their crimes.

4. In order to enable the realization of the purposes of retribution, prevention and social reintegration, the contact of prisoners with means of social communication cannot result in their excessive notoriety or contribute to their stigmatization.

5. The carrying out of the penalty must take place in an environment of discretion, reclusion and sobriety, so that its purpose can be fulfilled.

- Opinion in favor of the Suspension of the Provisional Measures.

The General Public Prosecutor, in the exercise of its constitutional and legal attributions, states her position in the records of this Suspension of Provisional Measures in the following terms.

## I. FACTUAL SUMMARY

The "Partido Novo" requested this Suspension of the Provisional Measure regarding the decisions rendered in Complaints Nos. 32035 and 31965 by his Excellency Justice Ricardo Lewandowski in 09/28/2018, which authorized certain journalistic companies and journalists to conduct interviews with former President Luiz Inácio Lula da Silva, currently serving a judicial sentence of imprisonment in the Federal Police's prison in Curitiba, based on the argument that "the 'full' freedom of press as a category which prohibits any kind of prior censorship" must be ensured, and that to prohibit an interview equals "censoring the press and denying the prisoner the right to maintain contact with the outside world".

The applicant claims that:

(i) the decision handed down in the Complaints goes against the republican principle and the legitimacy of the elections, since the "voter is confused with the complexity of the system and with the insistence of the candidates themselves to leave the information unclear for the longest time possible";

(ii) considering the fact that the country is on the eve of the elections, and that an interview with former President Lula at this moment "will lead to unequivocal political-partisan activity and ideological criticism regarding his incarceration";

(iii) "the granting of an interview by a prisoner, who has undeniable political capital to be used, particularly on the eve of the electoral process, as in the case, ends up going against the legal order in so far as it undermines the autonomy of the will in the context of the manifestation of freedom of the vote - since it can induce voters to believe in the overcoming of a consolidated legal situation, which is the refusal of the registration of the candidacy and the legality of the imprisonment of the former president";

(iv) "the Workers' Party, throughout Brazil, has been promoting an evident deviation of the electoral propaganda, since instead of using it to elucidate the electorate, has been using it fraudulently in order to misinform the voter, and accomplishing a goal different from that authorized by the electoral legislation. The risk that the intended interview confuses the voter even more are enormous, causing effects on the formation of his free will, and the legitimacy of the electoral process does not stand up to this risk. "

Based on these arguments, the "Partido Novo" called for "(...) the immediate suspension of all the effects of the decision of his excellency Justice Ricardo

Lewandowski in the records of Complaint No. 32.035 / PR, under the analysis of the Federal Supreme Court, based on article 4 of Law no. 8.437 / 92, giving it provisional suspension effect, in compliance with article 4, paragraph 7 of the mentioned law, due to the demonstrated plausibility of the reasons invoked and the urgency in granting the measure, with a view to prevent the journalistic interview with the former President of the Republic, Luiz Inácio Lula da Silva in prison: (i) before the end of the electoral process, or ii) to a lesser extent, at least before the first round that will take place in less than ten days, or (iii) until, with full compliance, with all deference, and due respect to the monocratic decision, its conclusion be endorsed by the plenary of this honorable Court."

His excellency Justice Luiz Fux, in the exercise of the Presidency of the Federal Supreme Court granted, on 10/28/2018, the provisional measure requested by the "Partido Novo", "to suspend the effects of the decision rendered in the context of Complaint No. 32.035, until the collegiate body examines the matter definitively. I, therefore, determine that the respondent Luiz Inácio Lula da Silva refrain from giving interviews or statements to any means of communication, whether the press or other outlet intended to transmit information to the general public. In the case that any interview or declaration has already been carried out by the respondent, I also determine the prohibition of the disclosure of its content by any means, subjected to the penalty of the crime of disobedience (art. 536, § 3, of the new Code of Civil Procedure and art. 330 of the Criminal Code). "

This decision affirms that "there is a high risk that the disclosure of an interview with the respondent Luiz Inácio Lula da Silva, whose candidacy was rejected, causes misinformation on the eve of the elections (...) ", and that the respondent has repeatedly failed to comply with the decisions of the Superior Electoral Court that prohibited him of campaigning, so that "the intended interview would end up confusing the electorate, by suggesting that the respondent was presenting himself as a candidate or undertaking actions that were prohibited. "

On 10/01/2018, his Excellency Justice Ricardo Lewandowski once again delivered a decision in the context of Complaint 32035. He claimed to be "absolutely illegitimate" the ruling given by Justice Luiz Fux in this Suspension of Provisional Measures and reaffirmed "the authority and validity of the decision I have made in this Complaint to determine that the complainant and the respective technical team carrying the equipment necessary for capturing audio, video and photojournalism, are allowed, incontinenti, to access the former President Luiz Inácio Lula da Silva, so that they can interview him, if he agrees, subjected to the penalty under the crime of disobedience, with the immediate notification of the Federal Public Prosecutor's Office to undertake the appropriate measures, being this decision a warrant. "

On the same day 10/01/2018, his excellency Minister of Public Security Raul Jungmann asked his excellency the President of the Superior Federal Court , Justice Dias Toffoli, by Notification no. 536/2018 / SE-MSP / MSP-MJ, "guidance on

the effects of the decision taken in the context of SL 1.178 (which concerns not only Complaint No. 31.695 but also Complaint No. 32.035), Justice Luiz Fux, in his capacity as President-in-Office of the Supreme Court of Federal."

Justice Dias Toffoli took a new decision, in which he determined the implementation, in its entirety, of the "preliminary decision issued on 09/28/18 by the Vice-President of the Court, Justice Luiz Fux, in the exercise of the Presidency, in accordance with the regimental terms, until further deliberation of the Plenary."

At the same time, the President of the STF requested the opinion of the Federal Public Prosecutor's Office.

## II. COMPETENCE OF THE PLENARY OF THE SUPREME FEDERAL COURT

The legal issue dealt with in this application for Suspension of Provisional Measures and in Complaints Nos. 32035, 31965 and 32111 are of paramount importance to the rule of law, as it examines the scope (1) of the freedom of expression of convicted citizens who are serving a prison term and (2) freedom of the press in this situation.

Freedom of expression and freedom of the press are guaranteed in the Constitution of 1988, and its limits in the situation under examination claim a decision of the Plenary of the Supreme Federal Court. In the case under examination, within five days, five different decisions were delivered by three distinct members of the Federal Supreme Court in the context of Complaints Nos. 32035, 31965 and 32111 and of this Suspension of Provisional Measures. In two of them, the previous decision of a Justice of the Supreme Court was revoked.

This scenario reveals that there are diverse legal understandings on the same subject and also that the situation allows different legal interpretations, to be solved by preserving the coherence and integrity of the judicial system, which culminates in this Supreme Court.

In order to maintain the coherence of decisions and due to the relevance of the issues raised, it seems to me appropriate to undertake a simultaneous ruling of this Suspension of Provisional Measures and Complaints Nos. 32035, 31965 and 32111 , in order to maintain the normality and judicial stability, both needed to public security.

## III. MERITS

### III.A. DEFINITION OF THE LEGAL ISSUE EXAMINED IN THIS OPINION

The merits' *questio juris* contained in this opinion is the following: Is the prohibition, by the State, of convicted persons serving prison sentences to give interviews compatible with the constitutional system?

This opinion will examine only interviews with image and/or audio recording, since this is the claim of Complainants 32035 and 31965 regarding the interview of the former President Luiz Inácio Lula da Silva, prohibited by the ruling of the 12th Court of Curitiba/PR.

The alleged illegality of the prohibition, according to the complainants, would be a result of a violation of the principle of freedom of expression for convicted persons and the freedom of the press of the interviewers, who are also complainants.

Two aspects of the question will be examined: firstly, if the prohibition of the interview violates the freedom of expression, and, secondly, if it violates the freedom of the press.

### III.B. THE ALLEGED VIOLATION OF THE FREEDOM OF EXPRESSION

#### III.B.1. PRELIMINARY ISSUES

In principle, the prohibition of granting an interview in audio and/or video is a restriction to the freedom of expression, enshrined in the 1988 Constitution.

According to the Constitution, the freedom of expression is a right that, substantially, consists in "expressing one's own ideas and understandings, disseminating their artistic, scientific or literary works, communicating what one thinks and feels "; and, instrumentally, serves the promotion of democracy, the verification of truth, the defense of various interests and rights.

It is not up to the State to define which ideas can or cannot be expressed by someone; nor which ones must be prohibited. In addition, democracy is consolidated by guaranteeing the expression of thought, once democracy presupposes the harmonious coexistence of differences.

The individual expression through the granting of interviews is an unequivocal form of freedom of expression, both in its material and instrumental dimension. Consequently, the State, by prohibiting certain individuals to grant interviews, is restricting freedom of expression in one of its forms.

It is also important to recall, also preliminarily, that the movement in favor of the defense and the declaration of human rights in the post-World War II period (culminating in the adoption by the United Nations General Assembly of the International Covenant on Civil and Political Rights in 1966) led the international community to recognize that those serving judicial sentences are entitled to enjoy fundamental rights inherent to every human being (and are not mere objects, as at some point it was thought). In this sense, the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders adopted the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners in 1955 (Mandela's Rules),

whose implementation was recommended to all countries by a resolution of the UN Economic and Social Council.

Influenced by these law lessons, the rule of law requires, nowadays, that "all individuals, no matter their situation, enjoy fundamental rights, being outdated the idea that prisoners are deprived of their rights".

Since the promulgation of the 1988 Constitution, Brazil has ratified important international human rights instruments, all of which are applicable to prisoners who are serving a prison sentence, directly or indirectly. These are: the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, in 07.20.1989; the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, 09.28.1989; the International Covenant on Civil and Political Rights, 01.24.1992; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 01.24.1992; the American Convention on Human Rights, 09.25.1992; the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, in 11.27.1995; the Protocol to the American Convention on the Abolition of the Death Penalty, in 08.13.1996; the Protocol to the American Convention on Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador), on 08.21.1996; the Rome Statute establishing the International Criminal Court, on 20.06.2002; the Optional Protocol to the Convention on All Forms of Discrimination against Women, on 26.06.2002; and the United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (Bangkok Rules) of 07.22.2010.

The Constitution of 1988 and international norms combine with article 38 of the Penal Code<sup>6</sup> in a manner that, in Brazil<sup>7</sup>, the prisoner has fundamental rights acknowledged to the non-prisoner person, except for the right of freedom and those affected by the loss of freedom, as the law expresses. We should assess if the prisoner convict remains a holder of freedom of expression, since it does not conflict, in principle, with the right to freedom. These premises indicate the need for verifying if the denial of the possibility of the prisoner to concede interviews is a licit restriction of a

---

<sup>6</sup> Art. 38 - The prisoner retains all rights not attained by the loss of freedom, and all authorities are required to respect their physical and moral integrity.

<sup>7</sup> The National Council of Criminal and Penitentiary Policy (CNPCCP), motivated by the discussion in the IV United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Kyoto, in 1970, as well as at the V United Nations Congress, held in Geneva, in 1975, established basic rules for the treatment of the prisoner in Brazil, through Resolution No. 14 of November 11, 1994 (BRAZIL, 1994). These rules, which have been established in line with international conventions and the Federal Constitution, regulate the selection and separation of prisoners, the physical structure of units, prisoners' personal needs, their fundamental rights, penitentiary staff, and so on. Beyond that, Decree nº 7.037 of December 21, 2009, updated by Decree nº 7.177, of May 12, 2010, which established the Third National Plan on Human Rights (PNDH – 3), in its Directive No. 16, sets standards for the "Modernization of the policy of criminal execution, prioritizing a proposal for penalties and measures alternative to deprivation of liberty and the improvement of the penitentiary system."

fundamental right of which the prisoner is a holder, the right to the freedom of expression.

It should be added that, in the present case, the contested judicial decision determined a restriction of the freedom of expression and not its integral suppression or prohibition. In compliance with article 40 of the Penal Code<sup>8</sup>, the Law no. 7210/85 provides, in article 41, other ways in which the prisoner can manifest himself, such as contacts with relatives and friends through visits (X) and exchange of letters (XV).

Thus, regarding the restriction of a fundamental right of the prisoner, it remains to be ascertained whether it is compatible with Brazilian legal framework.

### III.B.2. AS SUBJECTS IN LEGAL-CRIMINAL RELATIONS WITH THE PREVIOUS IMPOSITION OF PENALTY, PRISONERS ARE UNDER TEMPORARY LEGAL LIMITATIONS ON THEIR FUNDAMENTAL RIGHTS, NECESSARY TO MEET THE PURPOSE OF THE PENALTY

The prisoner has freedom of expression. As a consequence, the limitation to the exercise of this right - as with the judicial prohibition of granting interviews - must have constitutional and legal basis and observe the hypothesis that allow restriction of fundamental rights in general, that is to say: one, if the restrictive rule is directly provided for in the Constitution; two, if the rule is provided directly in general and abstract law (and is compatible with the Constitution); or three, if freedom of expression conflicts with other constitutionally guaranteed right or value, a situation in which the sacrifice of one right will have the purpose of promoting another.

In the present case, the first hypothesis is rejected. There is no rule in the Federal Constitution that, directly and immediately, restricts the exercise of the freedom of expression of convicted inmates, preventing them from granting interviews.

In the second hypothesis, considering the specific purposes of criminal law, whose effects are limited to the duration of the sentence applied - which include ceasing criminal activity, having an inhibitory effect, punishing the offender and re-socializing it - the Law on the Execution of Criminal Sanctions establishes the rights of the prisoner and regulates his contact with the outside world, limiting it to written correspondences, reading and receiving external information:

Law on the Execution of Criminal Sanctions

Of the Rights

---

<sup>8</sup> Art. 40 - A special law shall regulate the matter provided for in arts. 38 and 39 of this Code and shall specify the rights and obligations of the inmate, the criteria for revocation and transfer of the regimes and shall define the disciplinary infractions and its corresponding sanctions.

Art. 40 - All authorities are required to respect the physical and moral integrity of convicted persons and provisional prisoners.

Art. 41 - The rights of the prisoner are:

I - sufficient food and clothing;

II - assignment of work and its remuneration;

III - Social Security;

IV - constitution of savings account;

V - proportionality in the distribution of time to work, rest and recreation;

VI - exercise of the previous professional, intellectual, artistic and sporting activities, as long as compatible with the execution of the sentence;

VII - material, health, legal, educational, social and religious assistance;

VIII - protection against all forms of sensationalism;

IX - personal and confidential interview with the lawyer;

X - visit of the spouse, the companion, relatives, and friends on specific days;

XI - nominal call;

XII - equal treatment except in relation to the requirements of individualization of sentence;

XIII - special hearing with the director of the establishment;

XIV - representation and petition to any authority, in defense of a right;

XV - contact with the outside world through written correspondence, reading and other means of information that do not compromise morality and good manners.

XVI - certificate of the penalty to be fulfilled, annually issued, under penalty of responsibility of the competent judicial authority. (Included in Law No. 10,713 of 2003)

Sole paragraph. The rights provided for in items V, X and XV may be suspended or restricted by a motivated act of the director of the establishment.

Article 42 - The provisions of this Section shall apply to the provisional prisoner and to those subjected to a security measure, where applicable.

Art. 43 - The freedom to hire a physician of personal trust from the inpatient or outpatient, by his or her relatives or dependents, to guide and monitor the treatment, is guaranteed.

Sole paragraph. Differences between the official and the private doctors will be resolved by the execution judge.

This general criminal law, in force before the date of the fact in question, applies to convicted persons (under the compliance of a judicial sentence) and for the duration of the sentence, in order for the judicial authority to control the effects of the conviction, for purposes of criminal jurisdiction. In these limits, it is not a norm incompatible with the Constitution, because it conciliates several legal interests, preserves the autonomy of the condemned person, allows expression and social contact through a proportional and partial restriction that does not violate the Constitution, ceases communication that would lead to unlawful action and remains within the limits of the judicial restrictions on the freedom of movement, in the closed regime of compliance with the sentence.

The third hypothesis may also authorize a restriction to the prisoner's freedom of expression, by reasoned judicial action, as well as the prohibition of granting interviews. It is based on the general legal principle according to which fundamental rights are not absolute<sup>9</sup>, and, under certain specific situations, the prisoner's freedom of expression may conflict with other rights and values also constitutionally protected, situation which will be solved through the reciprocal and proportional limitation of both rights, by weighting<sup>10</sup>. Weighting may result in the limitation of the freedom of expression, depending on specific elements.

The restriction on freedom of expression resulting from the weighting technique, in order to be legitimate, must at the same time preserve the core of that freedom and respect the principle of proportionality<sup>11</sup> in its three known dimensions or sub-principles: conformity or suitability, necessity, and proportionality in the strict sense.

When the interview grant by the imprisoned convict conflicts with another right or value guaranteed by the Constitution, its prohibition is lawful, as long as it is proportional to the legal purpose that is sought and does not represent a sacrifice to the essential core of the limited freedom.

---

<sup>9</sup> As Rafael Lorenzo-Fernandes Koatz teaches, "freedom of expression is not an absolute right, nor unlimited. No fundamental right is. As Justice Oliver Wendell Holmes would say, the freedom of expression does not protect someone who falsely shouts "fire" inside of a crowded theater. Thus, in case of conflict, it may eventually give way in favor of other goods and values constitutionally protected ". (The Freedoms of Expression and of Press in the Jurisprudence of the Federal Supreme Court, in: Fundamental Rights in the Federal Supreme Court. Lumen Juris, 2011, p. 401).

<sup>10</sup> In Brazil, one of the first jurists to draw attention to this technique was Humberto Ávila, in his Theory of Principles: From Definition to Application of Legal Principles. São Paulo: Malheiros, 3rd edition, 2004, p. 93).

<sup>11</sup> The principle of proportionality is, in a broad sense, regarded as a "true meta-principle of optimization of the multiple principles that integrate the legal order", in the lesson of JONATAS MACHADO, (Freedom of Expression, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, page 377)

What constitutionally protected rights or values can, in order to be promoted, justify restricting the freedom of expression of prisoners, prohibiting them from giving interviews?

Some important jurists propose that the legal relationship between the State and imprisoned convicts is made up of a special group of reciprocal rights and obligations, traditionally referred to as special power relations or states of subjection<sup>12</sup>.

This type of relationship is characterized by a situation of special dependence on the administered individuals (such as the military, civil servants and prisoners) in relation to the Administration, which allows this one to intervene in those individuals' legal sphere more broadly than in relation to other citizens<sup>13</sup>.

According to the lesson of Figueiredo Dias, "the view on the prisoner... is now that of a person subjected to a mere 'special legal status', constitutionally accredited... who ceases to hold the titularity of all fundamental rights; with the exception of those whose sacrifice or limitation is indispensable (and only to the necessary extent) for the fulfillment of the purposes on behalf of which the legal-constitutional order has accredited the respective special status<sup>14</sup>" (emphasis added).

---

<sup>12</sup> According to Gomes Canotilho, in the special power relations, certain people are "placed in a special situation that generates more duties and obligations than those which result to the citizen as such". GOMES CANOTILHO and VITAL MOREIRA. *Fundamentals of the Constitution*. Coimbra: Publisher Coimbra, 1991, p. 424).

According to Clarissa Sampaio, in turn, special relations of power are "those in which one verifies the presence of a less protective regime regarding fundamental rights, because of the existence, in its fields, of their own restrictions, whose implementation is subject to instruments that are sometimes differentiated; of reduced protection areas and of the admissibility of resignations to certain modalities of its exercise, as well as of fundamental or legal-specific duties, in addition to the increase of the capacities of the center of power, all of that aiming the institutional fulfillment of purposes enshrined in the Constitution." (SILVA, Clarissa Sampaio, *Fundamental rights and relations of special subjection: the case of public agents*, 2009, p. 19).

<sup>13</sup> "Las relaciones de sujeción especial y general, son unos vínculos estrechos entre una persona y el Estado, y que implicaron, en una época, que el individuo quedara a merced del poder, es decir, prácticamente el individuo no tenía o entregaba todos sus derechos y el Estado podía hacer con él lo que a bien tuviere en cuanto a su relación laboral. Es un vínculo que aún subsiste con algunos matices y que explica la dependencia acentuada de algunos individuos que ostentan además de su condición de servidores públicos ciertos condicionamientos misionales como los militares, los policías o los docentes; o ciertas calidades como los reclusos, entre otros. En las relaciones de sujeción especial, uno de los sujetos, es siempre la Administración Pública. Las relaciones especiales de sujeción, se entienden como un mecanismo que dota a la administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades; como toda sujeción supone la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico, pero que una vez la potestad es ejercida surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción" (Gil García, Luz Marina; García Coronado, Gloria; Esteban García, Raúl Hernando *RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL CONCEPTO* Prolegómenos. *Derechos y Valores*, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009, pp. 177-192 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia.)

<sup>14</sup> Portuguese Criminal Law (General Part II The Legal Consequences of Crime), Aequitas, Editorial Notícias, 1993, pp. 111/12

Thus, precisely because they are subject to special power relations, prisoners are under limitations in their fundamental rights, which are necessary to preserve and promote values linked to the very reason for the prison sentence or its purposes.

In fact, it is known that in Brazil, where the so-called eclectic theory is welcomed, the purposes of punishment include: retributive, general preventive and special preventive.

The retributive purpose of the sentence authorizes depriving the condemned of some of his fundamental rights in response to the unjust evil he practiced.

The general preventive and the special preventive purposes presume that incarceration, as it is undesirable and restricts rights dear to all, will be apt to dissuade the convict and others from committing new crimes or similar offenses.

The special preventive purpose seeks the re-socialization of the convicted prisoners so that they return to social life with good conditions to lead a life away from crime and entangled to the community. Finally, instrumental to all these purposes is the very security and order of the prison establishment.

The legal values protected by the criminal enforcement system are guaranteed by the Constitution itself, which gave to the State the *jus puniendi*, in the face of illicit practices that affront them, with a view to preserving them and guaranteeing legal certainty by the means and instruments necessary to fulfill them.

Guaranteeing, preserving and promoting legal rights protected by criminal law authorizes the law and the judiciary to limit the fundamental rights of prisoners, including their freedom of expression. The denial of this possibility of restricting freedom of expression may lead to the emptying or at least seriously jeopardize the execution of the sentence<sup>15</sup>, which cannot be admitted. Under the pretext of maximum respect for the prisoner's freedom of expression, the function of the sentence cannot be reduced to a minimum.

On the subject, Anabela Miranda Rodrigues writes:

---

<sup>15</sup> See the enlightening excerpt from the winning vote of the Supreme Court Justice Stewart, issued in *Pell v. Procunier*: "We start with the familiar proposition that 'lawful incarceration brings about the necessary withdrawal or limitation of many privileges and rights, a retraction justified by the considerations underlying our penal system'. *Price v. Johnston*, 334 U.S. 266, 285 (1948). See also *Cruz v. Beto*, 405 U.S. 319, 321 (1972). In the First Amendment context a corollary of this principle is that a prison inmate retains those First Amendment rights that are not inconsistent with his status as a prisoner or with the legitimate penological objectives of the corrections system. Thus, challenges to prison restrictions that are asserted to inhibit First Amendment interests must be analyzed in terms of the legitimate policies and goals of the corrections system, to whose custody and care the prisoner has been committed in accordance with due process of law". (*Pell*, 417 US 817 (1974)).

"The limitation of the rights of prisoners is thus largely grounded not in the light of values which the legislator arbitrarily elected in order to justify the application of restrictive measures in the execution; as a matter of fact, social reinsertion, being the principle that governs all its regulation, arises as a true constitutional requirement, as a value which is incumbent upon the ordinary legislator not only to fulfill but to preserve."

It would be appropriate here to ask how it would be justified, in the name of order and security of the establishment, to allow interference in the prisoners' fundamental rights. If we recognized, however, that its maintenance is an indispensable prerequisite for the purpose of social reintegration and contributes, at the same time - while aiming at external security - to ensure the defense of society, it is difficult not to grant it the value of a limiting criterion of fundamental rights of prisoners. Indirectly, it is true, one must consider, here too, the existence of a constitutional value.

It becomes clear, therefore, that restrictions related to the constitution of the prisoner's legal status - required by the statutory specificity and anchored in the Constitution - are limited by a criterion of enforceability or proportionality. This means that restriction is legitimate only to the extent that it is necessary to satisfy those constitutional values, meaning that measures that are disproportionate or could not be required should not be allowed<sup>16</sup>.

In this guideline, it is legitimate and compatible with the constitutional order to restrict the freedom of expression of prisoners by prohibiting them from granting interviews when such act is in conflict with the purposes of the sentence, maintenance of discipline, order and security of the prison unity, and other public values.

### III.B.3. COMPARATIVE LAW: RESTRICTIONS ON FREEDOM OF EXPRESSION OF THE CONVICTED PRISONER IN OTHER COUNTRIES

It is important to know how other countries regulate this matter, especially those that, like Brazil, organize themselves as a democratic State governed by the rule of law, having as one of their pillars the protection of the fundamental rights of its citizens<sup>17</sup>.

In Spain, penitentiary law allows prisoners to communicate with the outside world, limited only by exceptional situations and previously established reasons. However, as in Brazil (Law on the Execution of Criminal Sanctions), communication with the outside world only covers written correspondence, telephone communications, and visits.

---

<sup>16</sup> MIRANDA RODRIGUES, Anabela. The Legal Position of the Prisoner in the Execution of a Freedom Depriving Penalty. Coimbra, 1982, 174-175. João Pedroso.

<sup>17</sup> Information obtained from the analysis done by João Pedroso and GRAÇA FONSECA, in "Social Communication, Prisoners and Prison Administration: Rights and Duties ", Penitentiary Issues, General Directorate of Prison Services, Series II, Nos. 3 and 4, 1999, pp. 41.

In Canada, interviews are allowed but restrictions may be applied based on the possible negative impacts of it on the victim's family, the reinforcement of the prisoner's notoriety and the likelihood of disruption of the judicial process, among others

In the United Kingdom, legislation is very restrictive. In accordance with Articles 34 and 35 of the Prison Rules 1999 (UK), prisoners are not allowed to communicate with other persons or even receive visits without the prior authorization of the Secretary of State. The Secretary of State can forbid visits to prisoners for security, discipline and crime prevention. At the Simms trial, the House of Lords ruled that prison interviews can be allowed when the subject is the accuracy or error of the condemnation itself.

In Australia, the regulations in force is similar to those of the United Kingdom. In the majority of Australian States, interviews with prisoners can only be conducted with the consent of the Director General of the Penitentiary, as well as its publication.

In Norway, journalists can interview prisoners if the purpose is connected to the living conditions in the prison. However, prior to publication, the director of the prison must approve the outcome result of the interview, in order to ensure, among other objectives, the accuracy of the information.

In Austria, journalists can only interview prisoners who have been pre-selected by the Prison Administration. It is forbidden for journalists to contact prisoners selected by themselves. There is a twofold reason for such a rule: to promote the principle of equal treatment of all prisoners and to prevent that prisoners which receive more attention of public opinion end up assuming a leading role.

In France, interviews with previously selected prisoners may be authorized by the Penitentiary Administration, when prisoners are of legal age and have been judicially convicted. Interviews focusing on a specific prisoner are not allowed.

In Denmark, inmates may be allowed to conduct interviews only when addressing issues related to the life and routines of the prison. Interviews focusing on the legal process of a particular prisoner are generally not allowed, in order to preserve justice.

In the United States - a country where freedoms of expression and press are among the core rights uphold by the Constitution -, the Supreme Court decided, in the paradigmatic *Pell v. Procunier* case, which was followed by cases *Saxbe and Houchins v KQED* , that interviews of prisoners can be forbidden provided that: (i) there are alternative means of communication between prisoners and the press, as exchange of correspondence; (ii) there are other ways to cover an adverse condition of the penitentiary system, such as visits to the penitentiary, contact with penitentiary agents and interviews with former prisoners.

The analysis of the law of other countries indicates some criteria for a legitimate restriction: (i) in none of the analyzed countries prisoners are allowed to be interviewed without restrictions - on the contrary, prohibitions are always justified by reasons connected to the purpose of the punishment, that is, to the actual execution of the sentence; (ii) it is very common for the Penitentiary Administration itself to restrict the prisoner's freedom of expression and to choose the prisoner to be interviewed; (iii) interviews are generally allowed provided that they focus on general facts regarding the detention center, the prisoners' living conditions, their routines and forms of resocialization.

These examples demonstrate that Brazilian law and the law of other countries resemble on the way they regulate the matter, taking in consideration, on one hand, the purpose of the sentence and the control of prison conditions, in order to prevent arbitrary actions, excessive use of force and torture, opening the penitentiary world to the outside world - including as an important form of accountability - and, on the other hand, the need to ensure the achievement of the goals of the punishment, as well as to protect the prisoner from excessive exposure or to prevent the prisoner from reaching the victims of his crime.

Foreign experience, while not transplantable to the domestic level, certainly serves to verify how the issue is dealt in Brazil, especially in comparison to nations of democratic tradition.

#### III.B.4. CONCRETE CASE ANALYSIS

The aforementioned arguments demonstrate that the prohibition of interviews of convicted prisoners is compatible with domestic law (which is similar to the laws of other nations), as long as the restriction is aimed at promoting essential values related to the State and the prison system, as well to the purposes of the penalty, and does not undermine the essential core of the freedom restricted by a judicial sentence.

Based on this premise, it remains to be examined, in the concrete case, whether these parameters have been observed in the case of the prohibition of Luiz Inácio Lula da Silva from giving interviews to the authors of the Complaints n. 32035 and 31965.

According to the applicant of this request of Suspension of Provisional Measure, the interview of Luiz Inácio Lula, in the eve of presidential elections in the country, can "go against the legal order in so far as it undermines the autonomy of the will in the context of the manifestation of freedom of the vote - since it can induce voters to believe in the overcoming of a consolidated legal situation, which is the refusal of the registration of the candidacy and the legality of the imprisonment of the former president".

The applicant requests the prohibition of interviews, taking in consideration the threat to the legitimacy of the elections.

The applicant assumes that it is necessary to protect society against errors of interpretation and even of understanding that may be generated by an eventual interview of the former President, errors that may negatively impact the ongoing electoral process.

In this direction, the applicant argues that the "voter is confused with the complexity of the system and with the insistence of the candidates themselves on leaving the information unclear for the longest time possible".

This argument is paternalistic in nature, assuming that the State, through its institutions, should protect the will of the citizens, to prevent them from making mistakes derived from their inability to fully understand reality. This vision is not in accordance with the concept that the members of society are free, autonomous and capable of self-determination and of making their choices according to their own conscience and discernment. It is not up to the State to protect them, but only to create the best conditions so that they may live life they wish to live.

In addition, the applicant's argument assumes that Luiz Inácio Lula da Silva, in the interview, will issue opinions that will result in unequivocal political-partisan activity and ideological criticism of his incarceration".

However, the prohibition of the interview based on its possible content represents clear censorship based on content, which cannot be admitted in any hypothesis.

As well noted by Rafael Lorenzo-Fernandes Koatz, "from a substantive perspective, any form of censorship based on content is inconsistent with the responsibility of citizens as autonomous moral agents. (...). The State cannot make value judgment on the opinions expressed by people, because if this power was granted to the State, rulers could suppress the speeches of opponents, shredding the most basic notions of democracy.

Therefore, it is not possible to agree with the applicant's argument on this request of Suspension of Provisional Measures. However, one concludes that the interview with the former President must be prohibited based on another premise, as explained below.

Luiz Inácio Lula da Silva is arrested because he has begun to serve his prison sentence, being found guilty on January 24, 2018 by the 8th Panel of the Federal Regional Court of the 4th Region, in the records of the criminal appeal no. 5046512-94.2016.4.04.7000 / PR. In this precise condition, the request for interviews should be examined taking in consideration the purpose of the punishment and the values protected by the criminal law.

As it can be seen from Complaint 32035, the company "Folha da Manhã" and Monica Bergamo justify their request to interview Luiz Inácio Lula da Silva as follows: "a journalistic interview of undeniable public interest is sought, in compliance with the right and the duty to inform, constitutionally ensured to the free press.

In Complaint No. 31965, Florestan Fernandes Júnior seeks to interview the former President of the Republic "on the context and reasons for his arrest, as well as on the country's political, social and economic situation, especially in the current context of the elections for President of the Republic, the Federal Senate and the House of Representatives".

In Complaints no. 32035 and no. 31965, complainants' interest in interviewing Luiz Inácio Lula da Silva focuses solely and exclusively on his own and certainly emblematic figure, and not in interests such as analyzing the living conditions of detainees, the prison situation, etc., which are generally admitted by democratic foreign nations as reasons for authorizing the interview of prisoners.

One of the purposes of the punishment is that prisoners serve the sentence in discretion and sobriety, protected from any sort of sensationalism or speculation. This is what is prescribed, moreover, by Art. 41-V of Law no. 7,210/84. Prisoners are not stars, although they may be public figures outside the jail. Within it, however, prisoners do not perform this role, an essential aspect in order to achieve the purpose and the proper execution of the sentence.

In order to enable the fulfillment of the purposes of the penalty related to retribution, prevention and social reintegration, the contact of prisoners with the media cannot result in excessive notoriety or contribute to the prisoners' stigmatization as heroes or villains, to avoid the risk of distorting the purpose of the punishment and undermining the ability of the system to deal with prison discipline. This aspect was well highlighted by Justice Stewart of the Supreme Court of the United States in his winning vote in the aforementioned *Pell v. Procunier*:

"In practice, it was found that the policy in effect prior to the promulgation of § 415.071 had resulted in press attention being concentrated on a relatively small number of inmates who, as a result, became virtual "public figures" within the prison society and gained a disproportionate degree of notoriety and influence among their [832] fellow inmates. Because of this notoriety and influence, these inmates often became the source of severe disciplinary problems. For example, extensive press attention to an inmate who espoused a practice of noncooperation with prison regulations encouraged other inmates to follow suit, thus eroding the institutions' ability to deal effectively with the inmates generally"

In this context, it goes against the purpose of the punishment to allow an interview which aims to request the interviewee's opinion on the "political, social and economic situation of the country, especially in the current context of elections for the Presidency of the Republic, the Federal Senate and the House of Representatives". The fact is that he is a prisoner serving sentence and not a political commentator.

The prohibition of this interview does not suppress the freedom of expression of the convicted prisoner, it only limits it. He will continue to be able to communicate with the outside world through correspondence and the visits of his relatives and friends, as provided in items X and XV of the Article 41 of Law 7210/84.

From the arguments presented here, one concludes that the decision to prohibit Luiz Inácio Lula da Silva to give interviews in audio and/or video, despite restricting his freedom of expression, is a proportional and appropriate measure to ensure that the purposes of the imposed punishment. It is therefore compatible with the legal framework of the country.

#### IV. ABOUT FREEDOM OF PRESS

The authors of Complaints Nos 32035 and 31965 also contend that the prohibition of Luiz Inácio Lula da Silva's interview collides with the constitutional right to freedom of the press. They are not right.

Freedom of the press authorizes the search for information. The search for information is an important part of the journalist's profession. The State is obliged to assist in this search in situations that fall under the constitutional duty of publicity, transparency and information.

In *Pell v. Proconier*, the Supreme Court of the United States decided that the freedom of the press does not oblige the Government to grant the press special access to information not available of equal basis to the general public. As follows:

"It has generally been held that the First Amendment does not guarantee the press a constitutional right of special access to information not available to the public generally. Despite the fact that news gathering may [834] be hampered, the press is regularly excluded from grand jury proceedings, our own conferences, the meetings of other official bodies gathering in executive session, and the meetings of private organizations. Newsmen have no constitutional right of access to the scenes of crime or disaster when the general public is excluded." *Branzburg v. Hayes*, *supra*, at 684-685. Similarly, newsmen have no constitutional right of access to prisons or their inmates beyond that afforded the general public.

The First and Fourteenth Amendments bar government from interfering in any way with a free press. The Constitution does not, however, require government to accord

the press special access to information not shared by members of the public generally. [note 9] It is one thing to say that a journalist is free to seek out sources of information not available to members of the general public, that he is entitled to some constitutional protection of the confidentiality of such sources, cf. *Branzburg v. Hayes*, supra, and that government cannot restrain the publication of news emanating from such sources. Cf. *New York Times Co. v. United States*, supra. It is quite another thing to suggest that the Constitution imposes upon government the affirmative duty to make available to journalists sources of information not available to members of the public generally. That proposition finds no support in the words of the Constitution or in any decision [835] of this Court. Accordingly, since § 415.071 does not deny the press access to sources of information available to members of the general public, we hold that it does not abridge the protections that the First and Fourteenth Amendments guarantee” .

In addition, the decision not to allow the complainants to interview the former President does not represent an attempt of the State to cover up irregularities or even abuse in the execution of the sentence of Luiz Inácio Lula da Silva or any other detainee. If this were the basis for the prohibition, then there would be an offence against the freedom of the press, which has as its core the duty to inform.

In fact, the refusal to authorize the interview is based on the need to promote the execution of the purposes of the punishment imposed on him. Therefore, it is not possible to admit the claim that the State must authorize the interview requested by the Complainants, at the expense of the purposes of the punishment.

## V. CONCLUSION

For all of the above, the Prosecutor-General considers that this Suspension of Provisional Measure should be judged by the Plenary of the Federal Supreme Court, and that its petition should be granted, in order to make void the decisions rendered in Complaints Nos. 32035, 31965 and 32111.

Brasília, October 17, 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge

Prosecutor General of the Republic



SL 1178 / PR

proferida pelo Exmo. Min. Ricardo Lewandowski nos autos da Reclamação nº 32.035/PR, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 4º da Lei n.º 8.437/92, conferindo-lhe efeito suspensivo liminar, com fulcro no artigo 4º, § 7º, do citado Diploma Legal, em virtude da demonstrada plausibilidade das razões invocadas e urgência na concessão da medida, com fins de impedir realização de entrevista jornalística com o ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva em seu cárcere: i) antes de encerrado o processo eleitoral ou ii) em menor extensão, ao menos antes de realizado o primeiro turno que já se encontra há menos de dez dias ou iii) até que, com todo acatamento, as mais respeitosas vênias e o respeito que merece a decisão monocrática, sua conclusão seja referendada pelo plenário desta c. Corte.

É o relatório. Passo a decidir.

A decisão proferida na Reclamação n.º 32.035, cuja suspensão ora se postula, atendeu a pedido formulado pela Empresa Folha da Manhã e Mônica Bergamo, em insurgência contra decisão da 12ª Vara Criminal Federal de Curitiba que, nos autos da Execução Provisória, negou a realização de entrevista jornalística com o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, hoje custodiado na carceragem da Polícia Federal em Curitiba. O relator, monocraticamente, julgou procedente a Reclamação para cassar a decisão reclamada e determinar *“seja franqueado ao reclamante e à equipe técnica, acompanhada dos equipamentos necessários à captação de áudio, vídeo e fotojornalismo, o acesso ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a fim de que possa entrevistá-lo, caso seja de seu interesse”*. O *decisum* ora vergastado se amparou no princípio constitucional que garante *“a ‘plena’ liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia”*. Argumentou-se, ainda, que o ato do juízo da execução equivale a *“censurar a imprensa e negar ao preso o direito de contato com o mundo exterior”*.

Entretanto, a interpretação conferida ao conteúdo do julgamento

SL 1178 / PR

desta Corte nos autos da ADPF n.º 130 exorbita de seus termos e expande a liberdade de imprensa a um patamar absoluto incompatível com a multiplicidade de vetores fundamentais estabelecidos na Constituição. Sabe-se que o “mercado livre de ideias”, primeiramente referido por Oliver Wendell Holmes Jr. no caso *Abrams v. United States*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1919, possui falhas tão deletérias ao bem-estar social quanto um mercado totalmente livre de circulação de bens e serviços. Admitir que a transmissão de informações seria impassível de regulação para a proteção de valores comunitários equivaleria a defender a abolição de regulações da economia em geral. Por essa razão, Richard Posner já defendia a necessidade de regulação da liberdade de expressão, sempre que remediar de forma eficiente os riscos de divulgação de informações nocivas (POSNER, Richard A. “Free Speech in an Economic Perspective”. In: 20 *Suffolk U. L. Rev.* 1 [1986]).

A regulação da livre expressão de ideias é particularmente importante no período que antecede o pleito eleitoral, porquanto o resguardo do eleitor em face de informações falsas ou imprecisas protege o bom funcionamento da democracia (art. 1º, parágrafo único, da CRFB), a igualdade de chances, a moralidade, a normalidade e a legitimidade das eleições (art. 14, § 9º, da CRFB). Isso porque a desinformação do eleitor compromete a capacidade de um sistema democrático para escolher mandatários políticos de qualidade. A confusão do eleitorado faz com que o voto deixe de ser uma sinalização confiável das preferências da sociedade em relação às políticas públicas desejadas pelos anos que se seguirão. É nesse sentido que se faz necessária a relativização excepcional da liberdade de imprensa, a fim de que se garanta um ambiente informacional isento para o exercício consciente do direito de voto. Restrições de magnitude semelhante à liberdade de imprensa já são previstas na Lei n.º 9.504/97, que regula a propaganda eleitoral, sem que se cogite de qualquer inconstitucionalidade do diploma.

No caso em apreço, há elevado risco de que a divulgação de

SL 1178 / PR

entrevista com o requerido Luiz Inácio Lula da Silva, que teve seu registro de candidatura indeferido, cause desinformação na véspera do sufrágio, considerando a proximidade do primeiro turno das eleições presidenciais. Cumpre ressaltar que o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do Registro de Candidatura 0600903-50.2018.6.00.0000, determinou que o ora requerido “*não praticasse atos de campanha, em especial a veiculação de propaganda eleitoral relativa à campanha eleitoral presidencial no rádio e na televisão, prevista no art. 47, §1º da Lei 9.504/97, até que se proceda à substituição*”. Todavia, a determinação foi reiteradamente descumprida, sendo que a Corte Superior Eleitoral deferiu cinco liminares para a suspensão de propagandas contendo referências ao requerido (RPs 0601049-91.2018.6.00.0000, 0601050-76.2018.6.00.0000, 0601055-98.2018.6.00.0000, 0601056-83.2018.6.00.0000 e 0601057-68.2018.6.00.0000). Dessa maneira, resta evidente a recalcitrância deste na observância da decisão judicial que lhe vedou a prática de atos de campanha, configurando-se o *periculum in mora* pelo fato de que a pretendida entrevista encerraria confusão no eleitorado, sugerindo que o requerido estivesse se apresentando como candidato ou praticando atos que lhe foram interditados.

*Ex positis*, defiro a liminar, *ad referendum* do Plenário, com fulcro no art. 4º da Lei n.º 8.437/92, para suspender *ex tunc* os efeitos da decisão proferida nos autos da Reclamação n.º 32.035, até que o colegiado aprecie a matéria de forma definitiva. Por conseguinte, determino que o requerido Luiz Inácio Lula da Silva se abstenha de realizar entrevista ou declaração a qualquer meio de comunicação, seja a imprensa ou outro veículo destinado à transmissão de informação para o público em geral. Determino, ainda, caso qualquer entrevista ou declaração já tenha sido realizada por parte do aludido requerido, a proibição da divulgação do seu conteúdo por qualquer forma, sob pena da configuração de crime de desobediência (art. 536, § 3º, do novo Código de Processo Civil e art. 330 do Código Penal).

*Supremo Tribunal Federal*

SL 1178 / PR

Intimem-se com urgência, por meio eletrônico ou outro que garanta máxima celeridade, a 12ª Vara Federal de Curitiba, o Superintendente da Polícia Federal no Paraná, a Empresa Folha da Manhã S.A., Mônica Bergamo e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Dê-se ciência à Procuradora-Geral da República.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de setembro de 2018.

Ministro Luiz Fux

Presidente em exercício do Supremo Tribunal Federal



SL 1178 / PR

32.035, até que o colegiado aprecie a matéria de forma definitiva. Por conseguinte, determino que o requerido Luiz Inácio Lula da Silva se abstenha de realizar entrevista ou declaração a qualquer meio de comunicação, seja a imprensa ou outro veículo destinado à transmissão de informação para o público em geral. Determino, ainda, caso qualquer entrevista ou declaração já tenha sido realizada por parte do aludido requerido, a proibição da divulgação do seu conteúdo por qualquer forma, sob pena da configuração de crime de desobediência (art. 536, § 3º, do novo Código de Processo Civil e art. 330 do Código Penal).

Intimem-se com urgência, por meio eletrônico ou outro que garanta máxima celeridade, a 12ª Vara Federal de Curitiba, o Superintendente da Polícia Federal no Paraná, a Empresa Folha da Manhã S.A., Mônica Bergamo e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

(...)"

Ocorre que, nesta data (1º/10/2018), sobreveio nova decisão do Ministro **Ricardo Lewandowski**, nos autos da Rcl nº 31.965/PR e da Rcl nº 32.035/PR, reafirmando as decisões anteriormente proferidas.

Por meio do Aviso nº 536/2018/SE-MSP/MSP-MJ, também de 1º de outubro de 2018, o Excelentíssimo Sr. Ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann, instado pelo Diretor-Geral da Polícia Federal, solicitou "orientação quanto aos efeitos da decisão tomada na SL 1.178 (que diz respeito não só à Reclamação nº 31.695, mas também à Reclamação nº 32.035), exarada pelo Ministro Luiz Fux, na qualidade de Presidente em exercício do Supremo Tribunal Federal".

Diante da solicitação, a fim de dirimir a dúvida no cumprimento de determinação desta Corte, **cumpra-se, em toda a sua extensão, a decisão liminar proferida, em 28/9/18, pelo Vice-Presidente da Corte, Ministro Luiz Fux, no exercício da Presidência, nos termos regimentais, até posterior deliberação do Plenário.**

Dê-se vista à Procuradoria-Geral da República (art. 297, § 1º, RISTF).  
Comunique-se, com urgência o Ministro da Segurança Pública, a 12ª

SL 1178 / PR

Vara Federal de Curitiba/PR e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.  
Publique-se.

Brasília, 1º de outubro de 2018.

Ministro DIAS TOFFOLI

Presidente

*Documento assinado digitalmente*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 1668/2018 – PGR/GT-LJ  
Sistema Único n.º 307429/2018

**SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 1178**  
**REQUERENTE: PARTIDO NOVO**  
**RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE DO STF**

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente,

**CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PROIBIÇÃO DE ENTREVISTAS POR CONDENADOS. FINALIDADES DA PENA DE PRISÃO.**

1. Quando a concessão de entrevista por pessoas presas contrariar outro valor consagrado pela Constituição, desse conflito pode legitimamente resultar a proibição dessa específica forma de exercício da liberdade de expressão, desde que tal restrição seja proporcional e não represente sacrifício ao núcleo essencial da liberdade limitada.

2. Por serem “sujeitos de relações especiais de poder”, na expressão de Canotilho, os presos sofrem limitações em seus direitos fundamentais necessárias a preservar a finalidade da pena e proteger bens jurídicos pelo direito penal. A pretexto de respeitar em grau máximo a liberdade de expressão do preso, não se pode permitir que se reduza ao grau mínimo a função da pena aplicada.

3. Busca-se equilíbrio entre diversos fatores: prevenir abusos na execução da pena, garantindo acesso ao universo penitenciário pelo mundo exterior; a finalidade da pena; a exposição do condenado; e os interesses das vítimas de seus crimes.

4. A fim de permitir que as finalidades de retribuição, prevenção e de reinserção social possam se concretizar, o contato de presos com meios de comunicação social não pode produzir um excesso de notoriedade ou contribuir para a sua estigmatização.

5. O cumprimento da pena deve se dar em ambiente de discricção, recolhimento e sobriedade, para que as suas finalidades possam ser atingidas.

- Parecer pelo provimento da Suspensão de Liminar.

A Procuradora-Geral da República, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, manifesta-se nos autos desta Suspensão de Liminar nos termos que se seguem.

Gabinete da Procuradora-Geral da República  
Brasília/DF

## I. RESUMO FÁTICO

O Partido Novo pediu esta Suspensão de Liminar das decisões proferidas nas Reclamações n<sup>os</sup> 32035 e 31965 pelo Exmo. Senhor Ministro Ricardo Lewandowski em 28/09/2018, que autorizaram determinadas empresas jornalísticas e jornalistas a realizarem entrevistas com o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, atualmente cumprindo pena judicial de reclusão na carceragem da Polícia Federal em Curitiba, sob o fundamento de que é preciso assegurar “a ‘plena’ liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia”, e de que proibir a entrevista equivale a “censurar a imprensa e negar ao preso o direito de contato com o mundo exterior.”

O requerente alega que:

(i) a decisão proferida nas Reclamações afronta o princípio republicano e a legitimidade das eleições, uma vez que o “*eleitor se confunde com a complexidade do sistema e com a insistência dos próprios candidatos em deixar a informação opaca pelo maior tempo possível*”;

(ii) diante do fato de que o país encontra-se às vésperas das eleições, e a realização de entrevista com o ex presidente Lula neste momento “*desembocará em inequívoca atividade político partidária e críticas ideológicas ao seu encarceramento*”;

(iii) “*a concessão de entrevista por preso, que tem inegável capital político a ser explorado, ainda mais às vésperas do pleito eleitoral, como no caso, acaba por afrontar a ordem jurídica na medida em que desfavorece a autonomia da vontade na manifestação da liberdade do voto – já que pode induzir os eleitores a acreditar em superação de situação jurídica consolidada que é o indeferimento de registro de candidatura e a legalidade da prisão do ex-presidente*”;

(iv) “*o Partido dos Trabalhadores, em todo o Brasil, vem promovendo o evidente desvio da utilização da propaganda eleitoral, uma vez que ao invés de utilizá-la para esclarecer o eleitorado, vem utilizando-a de forma fraudulenta para desinformar o eleitor, alcançando objetivo diverso daquele autorizado pela legislação eleitoral. O risco de que essa pretendida entrevista confunda ainda mais o eleitor, impactando na formação de sua livre vontade são enormes e a legitimidade do processo eleitoral não resiste a esse risco.*”

Com base nesses argumentos, o Partido Novo pediu “(...) a suspensão imediata de todos os efeitos da decisão proferida pelo Exmo. Min. Ricardo Lewandowski nos autos da Reclamação nº 32.035/PR, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 4º da Lei n.º 8.437/92, conferindo-lhe efeito suspensivo liminar, com fulcro no artigo 4º, § 7º, do citado Diploma Legal, em virtude da demonstrada plausibilidade das razões invocadas e urgência na concessão da medida, com fins de impedir realização de entrevista jornalística com o ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva em seu cárcere: i) antes de encerrado o processo eleitoral ou ii) em menor extensão, ao menos antes de realizado o primeiro turno que já se encontra há menos de dez dias ou iii) até que, com todo acatamento, as mais respeitadas vênias e o respeito que merece a decisão monocrática, sua conclusão seja referendada pelo plenário desta c. Corte.”

O Exmo. Senhor Ministro Luiz Fux, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, deferiu, em 28/10/2018, a medida liminar pedida pelo Partido Novo, “para suspender ex tunc os efeitos da decisão proferida nos autos da Reclamação n.º 32.035, até que o colegiado aprecie a matéria de forma definitiva. Por conseguinte, determino que o requerido Luiz Inácio Lula da Silva se abstenha de realizar entrevista ou declaração a qualquer meio de comunicação, seja a imprensa ou outro veículo destinado à transmissão de informação para o público em geral. Determino, ainda, caso qualquer entrevista ou declaração já tenha sido realizada por parte do aludido requerido, a proibição da divulgação do seu conteúdo por qualquer forma, sob pena da configuração de crime de desobediência (art. 536, § 3º, do novo Código de Processo Civil e art. 330 do Código Penal).”

Esta decisão assenta que “há elevado risco de que a divulgação de entrevista com o requerido Luiz Inácio Lula da Silva, que teve seu registro de candidatura indeferido, cause desinformação na véspera do sufrágio (...)”, e que o requerente vem descumprindo reiteradamente as determinações do Tribunal Superior Eleitoral que lhe vedaram a prática de atos de campanha, de modo que “pretendida entrevista encerraria confusão no eleitorado, sugerindo que o requerido estivesse se apresentando como candidato ou praticando atos que lhe foram interditados.”

No dia 01/10/2018, o Exmo. Senhor Ministro Ricardo Lewandowski voltou a proferir decisão nos autos da Reclamação nº 32035. Sustentou ser “absolutamente ilegítima” a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux nesta Suspensão de Liminar e refirmou “a autoridade-

*de e vigência da decisão que proferi na presente Reclamação para determinar que seja franqueado, incontinenti, ao reclamante e à respectiva equipe técnica, acompanhada dos equipamentos necessários à captação de áudio, vídeo e fotojornalismo, o acesso ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a fim de que possam entrevistá-lo, caso seja de seu interesse, sob pena de configuração de crime de desobediência, com o imediato acionamento do Ministério Público para as providências cabíveis, servindo a presente decisão como mandado.”*

No mesmo dia 01/10/2018, o Exmo. Senhor Ministro da Segurança Pública Raul Jungmann solicitou ao Exmo. Senhor Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, pelo Aviso nº 536/2018/SE-MSP/MSP-MJ, “*orientação quanto aos efeitos da decisão tomada na SL 1.178 (que diz respeito não só à Reclamação nº 31.695, mas também à Reclamação nº 32.035), exarada pelo Ministro Luiz Fux, na qualidade de Presidente em exercício do Supremo Tribunal Federal.*”

O Ministro Dias Toffoli proferiu nova decisão nestes autos, em que determinou o cumprimento, em toda a sua extensão, da “*decisão liminar proferida, em 28/9/18, pelo Vice-Presidente da Corte, Ministro Luiz Fux, no exercício da Presidência, nos termos regimentais, até posterior deliberação do Plenário.*”

Na mesma oportunidade, o Ministro Presidente do STF solicitou a manifestação da Procuradoria-Geral da República.

## II. COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO DO STF

A questão jurídica versada neste pedido de Suspensão de Liminar e nas Reclamações nºs 32035, 31965 e 32111 é de importância ímpar no Estado Democrático de Direito, pois examina o alcance (1) da liberdade de expressão de cidadãos condenados que cumprem pena de prisão e (2) da liberdade de imprensa, nesta situação.

A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são garantidas na Constituição de 1988, e seus limites na situação em exame clamam por decisão do Plenário do STF. É que no caso em exame, no intervalo de cinco dias, cinco decisões diferentes foram proferidas por três membros distintos do Supremo Tribunal Federal nos autos das Reclamações nºs 32035,

31965 e 32111<sup>1</sup> e nos autos desta Suspensão de Liminar. Em duas delas houve expressa revogação de decisão anterior proferida por Ministro do STF.

Este cenário revela que há compreensões jurídicas diversas sobre o mesmo tema e também que a situação admite interpretações jurídicas distintas, a ser resolvida de modo a preservar a coerência e a integridade do sistema judicial, que tem esta Suprema Corte em seu ápice.

Para manter a coerência das decisões e pela relevância dos temas suscitados, parece-me adequado que haja julgamento simultâneo desta Suspensão de Liminar e das Reclamações n°s 32035, 31965 e 32111, de modo a manter a normalidade e a estabilidade jurídica, tão necessárias à segurança pública.

### III. MÉRITO

#### III.A. DEFINIÇÃO DA QUESTÃO JURÍDICA EXAMINADA NESTE PARECER

A *questio juris* de mérito versada nesta manifestação é a seguinte: **a proibição, pelo Estado, de que os condenados que estejam cumprindo pena de reclusão concedam entrevista é compatível com o sistema constitucional?**

Este parecer examinará, apenas, entrevista com captação de imagem e/ou áudio, já que esta é a pretensão dos autores das Reclamações n°s 32035 e 31965 quanto à entrevista do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, proibida por decisão da 12ª Vara da Seção Judiciária de Curitiba/PR<sup>2</sup>.

A alegada ilegalidade da proibição, segundo os reclamantes, decorreria de ofensa ao princípio da **liberdade de expressão** de condenados presos e ao da **liberdade de imprensa** dos entrevistadores, ora reclamantes.

A questão será examinada em dois aspectos: em primeiro lugar, se a proibição de entrevista afronta a liberdade de expressão, e, em segundo lugar, se afronta a liberdade de imprensa.

<sup>1</sup> Ajuizada em momento posterior ao envio dos autos desta Suspensão de Liminar à PGR.

<sup>2</sup> Esta delimitação é importante porque a comunicação por correspondência escrita envolve outras questões, como, por exemplo, se o Estado pode ter acesso a ou censurar seu conteúdo.

### III.B. A ALEGADA OFENSA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

#### III.B.1. QUESTÕES PRELIMINARES

A princípio, a proibição de conceder entrevista em áudio e/ou vídeo é uma **restrição** à liberdade de expressão, assegurada na Constituição de 1988<sup>3</sup>.

Segundo a Constituição, a liberdade de expressão é um direito que, em sua **dimensão substancial**<sup>4</sup>, consiste em “*exprimir as próprias ideias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e sente*”; e que, em sua **dimensão instrumental**, serve à promoção da democracia, à identificação da verdade, à defesa de interesses e direitos os mais diversos.

Não cabe ao Estado definir quais ideias podem ou não ser expressadas por alguém; nem quais devem ser vedadas. Ademais, a democracia consolida-se com a garantia da manifestação do pensamento, pois a democracia pressupõe a convivência harmônica das diferenças.

A expressão pessoal por meio de entrevistas é inequívoca forma de liberdade de expressão, tanto em sua dimensão material quanto em sua dimensão instrumental. Consequentemente, o Estado, ao vedar a determinados sujeitos a concessão de entrevistas, está restringindo a liberdade de expressão em uma de suas formas.

É importante lembrar, também preliminarmente, que o movimento pela declaração e defesa dos direitos humanos no período posterior à 2ª Guerra Mundial (que culminou com a aprovação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em 1966) conduziu a comunidade internacional a reconhecer que os condenados que estejam cumprindo penas judiciais são **sujeitos** (e não objeto, como em algum momento se pensou) de direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. Nesta linha, aprovou as *Re-*

<sup>3</sup> Prova da posição de destaque que a liberdade de expressão recebeu da Constituição Federal de 1988 é a grande quantidade de dispositivos que, direta ou indiretamente, o estabelecem. São eles: art.5º, incisos IV e IX, V, VI, XIV e XXXIII, art. 206, inc. II, III, art.215, art. 220, caput e §§1º, 2º e 5º.

<sup>4</sup> Segundo Daniel Sarmento, “*a possibilidade de cada um de exprimir as próprias ideias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e sente, é dimensão substancial da dignidade humana. Quando se priva alguém destas faculdades, restringe-se a capacidade de realizar-se como ser humano e de perseguir na vida os projetos e objetivos que escolheu.*” (A liberdade de expressão e o problema do hate speech. In: “*Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20016, p. 242).

*gras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos* em 1955, no 1º Congresso da Organização das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes (*Mandela's Rules*), cuja aplicação foi recomendada aos países por Resolução do Conselho Econômico Social da ONU.

Sob o influxo destas noções de direito, o Estado do Direito pressupõe, nos dias atuais, que “*todos os indivíduos, seja qual for a situação em que se encontrem, gozam de direitos fundamentais, sendo ultrapassada a concepção que encara os reclusos como desprovidos de direitos*”<sup>5</sup>.

O Brasil, desde a Constituição de 1988, ratificou importantes instrumentos internacionais protetivos de direitos humanos, todos aplicáveis aos condenados que estejam cumprindo pena de prisão, direta ou indiretamente. São eles: *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, em 20.07.1989; *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, em 28.09.1989; *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, em 24.01.1992; *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, em 24.01.1992; *Convenção Americana de Direitos Humanos*, em 25.09.1992; *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*, em 27.11.1995; *Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte*, em 13.08.1996; *Protocolo à Convenção Americana Referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)*, em 21.08.1996; *Estatuto de Roma*, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20.06.2002; *Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, em 28.06.2002; e *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)*, de 22 de julho de 2010.

<sup>5</sup> MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*. Coimbra, 1982, 170.

A Constituição de 1988 e estas normas internacionais conjugam-se com o art. 38 do Código Penal<sup>6</sup> de modo que, no Brasil,<sup>7</sup> o preso tem **direitos fundamentais reconhecidos ao sujeito não preso**, exceto o direito de liberdade e os que sejam atingidos pela perda da liberdade, na expressão da lei. Cumpre examinar se o condenado recluso remanesce portador de liberdade de expressão, já que esta não conflita, a princípio, com o direito de liberdade.

Essas premissas indicam a necessidade de verificar se negar ao preso a possibilidade de conceder entrevistas é **restrição** ilícita de direito fundamental do qual ele é titular, a saber, o direito à liberdade de expressão.

Acrescente-se que, no caso dos autos, a decisão judicial contestada impôs **restrição** à liberdade de expressão e **não sua supressão ou vedação integral**. É que, em cumprimento ao art. 40 do Código Penal<sup>8</sup>, a Lei n. 7210/85 traz, em seu artigo 41, outras formas pelas quais o preso poderá expressar-se, como, por exemplo, mantendo contato com familiares e amigos por meio de visitas (X) e troca de correspondências (XV).

Dessa forma, tratando-se de restrição a direito fundamental da pessoa presa, resta saber se ela é compatível com a ordem jurídica brasileira.

### III.B.2. POR SEREM SUJEITOS EM RELAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS COM PRÉVIA IMPOSIÇÃO DE PENA, OS PRESOS SOFREM LIMITAÇÕES LEGAIS TEMPORÁRIAS EM SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NECESSÁRIAS PARA CUMPRIR AS FINALIDADES DA PENA

<sup>6</sup> Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

<sup>7</sup> O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), motivado pela discussão havida no *II Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente*, realizado em Kioto, em 1970, bem como no *V Congresso das Nações Unidas*, ocorrido em Genebra, em 1975, fixou regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil por meio da Resolução n.º 14, de 11 de novembro de 1994 (BRASIL, 1994). Essas regras, que foram estabelecidas em consonância com as Convenções Internacionais e a Constituição Federal, tratam da seleção e separação dos presos, da estrutura física dos estabelecimentos, das necessidades pessoais dos encarcerados, de seus direitos fundamentais, do pessoal penitenciário, entre outros. Além dessas garantias, cite-se o Decreto n.º 7.037 de 21 de dezembro de 2009, atualizado pelo Decreto n.º 7.177, de 12 de maio de 2010, que instituiu o PNDH – 3, e possui em sua Diretriz n.º 16 a “*Modernização da política de execução penal, priorizando a aplicação de penas e medidas alternativas à privação de liberdade e melhoria do sistema penitenciário.*”

<sup>8</sup> Art. 40 - A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.

O preso tem liberdade de expressão. Em consequência, a limitação ao exercício deste direito – como ocorre com a proibição judicial de concessão de entrevistas – deve ter amparo constitucional e legal e observar as hipóteses que autorizam restrição a direitos fundamentais em geral, ou seja: **um**, se a regra restritiva estiver diretamente prevista na Constituição; **dois**, se a regra estiver prevista diretamente em lei geral e abstrata (e for compatível com a Constituição); **ou três**, se a liberdade de expressão colidir com algum outro direito ou valor garantido constitucionalmente, situação em que o sacrifício de um direito terá por finalidade a promoção de outro.

No caso em exame, descarta-se a primeira hipótese. É que não há na Constituição Federal qualquer regra que, de modo direto e imediato, restrinja o exercício da liberdade de expressão de condenados reclusos, impedindo-os de conceder entrevistas.

Na segunda hipótese, tendo em vista que as finalidades específicas do direito penal, de efeitos limitados ao tempo de duração da pena aplicada -- que incluem fazer cessar a atividade criminosa, produzir efeitos inibitórios, punir o infrator e ressocializá-lo --, a Lei de Execução Penal estabelece os direitos do preso, e regulamenta o seu contato com o mundo exterior, limitando-o a correspondências escritas, leitura e ao recebimento de informações externas:

### **Lei da Execução Penal**

#### **Dos Direitos**

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

**XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.**

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

Esta lei penal geral, de vigência anterior à data do fato em exame, aplica-se aos condenados (sob execução da pena aplicada em sentença judicial) e pelo tempo de duração da pena, para que a autoridade judicial controle os efeitos da decisão condenatória, tendo em vista as finalidades da jurisdição criminal. Nestes limites, não é norma incompatível com a Constituição, porque concilia interesses jurídicos diversos, preserva a autonomia do condenado, permite-lhe expressão e contato social por meio de restrição proporcional e parcial que não afronta a Constituição, faz cessar comunicação que ensejaria o curso de ação ilícita e mantém-se nos limites das restrições judiciais à liberdade de locomoção, no regime fechado de cumprimento de pena.

A terceira hipótese também pode autorizar restrição, por ato judicial fundamentado, à liberdade de expressão do condenado recluso e a proibição de que ele conceda entrevistas.

Parte-se do princípio geral de direito de que os direitos fundamentais não são absolutos<sup>9</sup>, e que, em determinadas situações concretas, a liberdade de expressão do condenado preso pode conflitar com outros direitos e valores também constitucionalmente protegidos, o

<sup>9</sup> Conforme ensina Rafael Lorenzo-Fernandes Koatz, “a liberdade de expressão não é um direito absoluto, nem ilimitado. Nenhum direito fundamental o é. Como diria o Justice Oliver Wendell Holmes, a liberdade de expressão não protege alguém que grite “fogo” falsamente no interior de um teatro lotado. Assim, em caso de conflito, ela poderá, eventualmente, ceder lugar em favor de outros bens e valores constitucionalmente protegidos”. (As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in: Direitos Fundamentais no Supremo tribunal Federal. Lumen Juris, 2011, p. 401).

que será solucionado por meio da recíproca e proporcional limitação de ambos os direitos, mediante **ponderação**<sup>10</sup>. Da ponderação pode resultar, a depender de elementos concretos, a limitação à liberdade de expressão.

A restrição à liberdade de expressão decorrente da técnica da ponderação, para ser legítima, deve, a um só tempo, preservar o núcleo central dessa liberdade (*core*) e respeitar o princípio da proporcionalidade<sup>11</sup> em suas três conhecidas dimensões ou subprincípios: a conformidade ou adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta linha, quando a concessão de entrevista pelo condenado preso colidir com outro direito ou valor garantido pela Constituição, sua proibição é lícita desde que seja proporcional ao fim legal que se pretende alcançar e não represente sacrifício ao núcleo essencial da liberdade limitada.

**Quais direitos ou valores protegidos constitucionalmente podem, a fim de serem promovidos, justificar a restrição à liberdade de expressão dos presos mediante a proibição de que eles concedam entrevistas?**

Alguns importantes juristas propõem que a relação jurídica que liga o Estado e os condenados reclusos é integrada por um feixe especial de direitos e obrigações recíprocos, tradicionalmente denominadas de **relações especiais de poder ou estados de sujeição**<sup>12</sup>.

Esta espécie de relação é caracterizada por uma situação de especial dependência dos administrados (como os militares, funcionários públicos e presos) em face da Administra-

<sup>10</sup> No Brasil, um dos primeiros juristas a chamar a atenção para essa técnica foi Humberto Ávila, em sua *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 2004, p. 93).

<sup>11</sup> O princípio da proporcionalidade é, em sentido amplo, considerado um “*verdadeiro metaprincípio de otimização dos múltiplos princípios que integram a ordem jurídica*”, na lição de JÓNATAS MACHADO, (*Liberdade de Expressão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 377)

<sup>12</sup> Segundo Gomes Canotilho, nas relações especiais de poder, determinadas pessoas são “*colocadas numa situação especial geradora de mais deveres e obrigações do que aqueles que resultam para o cidadão como tal*”. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, p. 424).

Segundo Clarissa Sampaio, por sua vez, relações especiais de poder são “aquelas em que se verifica a presença de um regime menos protetor em matéria de direitos fundamentais, em razão da existência, em seus domínios, de restrições próprias, cuja efetivação está submetida a instrumentos por vezes diferenciados; de âmbitos de proteção diminuídos e da admissibilidade de renúncias a algumas modalidades de seu exercício, bem como de deveres fundamentais ou legais específicos, além do aumento das competências do centro do poder, tudo com vistas à realização institucional de finalidades consagradas pela Constituição”. (SILVA, Clarissa Sampaio, *Direitos fundamentais e relações de especial sujeição: o caso dos agentes públicos*, 2009, p. 19).

ção, a qual lhe permite intervir na sua esfera jurídica de modo mais amplo do que o faz em relação aos demais cidadãos<sup>13</sup>.

Segundo a lição de Figueiredo Dias, “*a visão do recluso (...) é agora a de uma pessoa sujeita a um mero 'estatuto especial', jurídico constitucionalmente credenciado (...) e que deixa de permanecer naquela titularidade de todos os direitos fundamentais; à exceção daqueles que sejam indispensáveis sacrificar ou limitar (e só na medida em que o seja) para a realização das finalidades em nome das quais a ordem jurídico-constitucional credenciou o estatuto especial respectivos*<sup>14</sup>” (grifou-se).

Dessa forma, **justamente por serem sujeitos de relações especiais de poder, os presos sofrem limitações em seus direitos fundamentais necessárias a preservar e promover valores ligados a própria razão de existir da pena de prisão, ou às suas finalidades.**

De fato, sabe-se que no Brasil, em que se acolhe a chamada teoria eclética, as finalidades da pena incluem: retributiva, preventiva geral e preventiva especial.

A finalidade retributiva da pena autoriza privar o condenado de alguns de seus direitos fundamentais em resposta ao mal injusto por ele praticado.

As finalidades preventiva geral e preventiva especial presumem que o encarceramento, por ser indesejado e restringir direitos caros a todos, será apto a dissuadir o condenado e outras pessoas de praticar novos crimes ou delitos semelhantes.

A finalidade preventiva especial, busca a ressocialização do condenado preso, para que retornem ao convívio social com boas condições de levarem a vida longe do crime e entro-

<sup>13</sup> “Las relaciones de sujeción especial y general, son unos vínculos estrechos entre una persona y el Estado, y que implicaron, en una época, que el individuo quedara a merced del poder, es decir, prácticamente el individuo no tenía o entregaba todos sus derechos y el Estado podía hacer con él lo que a bien tuviere en cuanto a su relación laboral<sup>2</sup>. Es un vínculo que aún subsiste con algunos matices y que explica la dependencia acentuada de algunos individuos que ostentan además de su condición de servidores públicos ciertos condicionamientos misionales como los militares, los policías o los docentes; o ciertas calidades como los reclusos, entre otros.<sup>3</sup> En las relaciones de sujeción especial, uno de los sujetos, es siempre la Administración Pública. Las relaciones especiales de sujeción, se entienden como un mecanismo que dota a la administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades; como toda sujeción supone la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico, pero que una vez la potestad es ejercida surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción” (Gil García, Luz Marina; García Coronado, Gloria; Esteban García, Raúl Hernando RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL CONCEPTO Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009, pp. 177-192 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia.

<sup>14</sup> Direito Penal Português (Parte Geral II As Consequências Jurídicas do Crime), Aequitas, Editorial Notícias, 1993, pp. 111/12

sada à comunidade. Por fim, instrumental a todas essas finalidades é a própria segurança e ordem do estabelecimento prisional.

Os valores jurídicos protegidos pelo sistema de execução penal são garantidos pela própria Constituição, que outorgou ao Estado o *jus puniendi*, diante da prática de ilícitos que os afronta, visando a preservá-los e a garantir segurança jurídica pelos meios e instrumentos necessários para concretizá-la.

Garantir, preservar e promover os bens jurídicos protegidos pelo direito penal autorizam a lei e o Poder Judiciário a limitar direitos fundamentais dos presos, inclusive sua liberdade de expressão. A negação desta possibilidade de restrição à liberdade de expressão pode conduzir ao esvaziamento ou ao menos ao grave comprometimento à execução da pena<sup>15</sup>, o que não pode ser admitido. É que, a pretexto de respeitar em grau máximo a liberdade de expressão do preso, não se pode permitir que se reduza ao grau mínimo a função da pena aplicada.

Sobre o tema, Anabela Miranda Rodrigues anota:

“A limitação que sofrem os direitos dos reclusos é assim amplamente fundamentada não à luz de valores que o legislador arbitrariamente tenha eleito para justificar a aplicação de medidas restritivas na execução, antes a reinserção social, sendo o princípio que norteia toda a sua regulação, surge como uma verdadeira exigência constitucional, como valor que cumpre ao legislador ordinário não só realizar como preservar.

Caberia aqui perguntar como se justifica então que em nome da ordem e da segurança do estabelecimento se venha a permitir, do mesmo modo, a interferência nos direitos fundamentais do recluso. Reconhecido, entretanto, como a sua manutenção é um pressuposto indispensável para o objetivo da reinserção social e contribuindo, ao mesmo tempo – enquanto se visa à segurança externa – para assegurar a defesa da sociedade, difícil será não lhe conceder valor como critério li-

<sup>15</sup> Confira-se elucidativo trecho do voto vencedor do Justice Stewart, da Suprema Corte dos Estados Unidos, proferido no caso *Pell v. Procunier*: “We start with the familiar proposition that “lawful incarceration brings about the necessary withdrawal or limitation of many privileges and rights, a retraction justified by the considerations underlying our penal system.” *Price v. Johnston*, 334 U.S. 266, 285 (1948). See also *Cruz v. Beto*, 405 U.S. 319, 321 (1972). In the First Amendment context a corollary of this principle is that a prison inmate retains those First Amendment rights that are not inconsistent with his status as a prisoner or with the legitimate penological objectives of the corrections system. Thus, challenges to prison restrictions that are asserted to inhibit First Amendment interests must be analyzed in terms of the legitimate policies and goals of the corrections system, to whose custody and care the prisoner has been committed in accordance with due process of law”. (*Pell* 417 US 817 (1974)).

mitativo de direitos fundamentais dos reclusos. Indiretamente, é certo, ter-se-á em vista, aqui também, a existência de um valor constitucional.

Bem se compreende, portanto, que as restrições que envolvem a conformação do estatuto jurídico do recluso – exigidas pela especificidade estatutária e ancoradas na Constituição – vejam a sua medida limitada por um critério de exigibilidade ou proporcionalidade. O que significa que só é legítimo restringir na medida em que isso for necessário para satisfazer aqueles valores constitucionais, ficando afastadas medidas limitativas dos direitos fundamentais não exigíveis ou desproporcionadas<sup>16</sup>.

Nesta diretriz, é legítima e compatível com a ordem constitucional a restrição à liberdade de expressão dos presos mediante a proibição de que eles concedam entrevistas quando tal ato estiver em conflito com as finalidades da pena, a manutenção da disciplina, da ordem e segurança do estabelecimento prisional e com outros valores públicos.

### III.b.3. DIREITO COMPARADO: RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO CONDENADO PRESO, EM OUTROS PAÍSES

É importante conhecer a disciplina desta matéria em outros países, especialmente naqueles que, como o Brasil, organizam-se como Estado Democrático de Direito, tendo como um dos pilares a proteção aos direitos fundamentais de seus cidadãos<sup>17</sup>.

Na Espanha, o direito penitenciário admite a comunicação do preso com o mundo exterior, só podendo ser limitada em situações excepcionais e por motivos previamente fixados. Entretanto, como no Brasil (Lei da Execução Penal), a comunicação com o exterior abrange **apenas** a correspondência escrita, as comunicações telefônicas e as visitas.

No Canadá, as entrevistas são permitidas e admitem restrições motivadas pelo receio de que a publicidade da entrevista possa ter impacto negativo sobre a família da vítima, reforçar a notoriedade do preso e a probabilidade de perturbação do processo judicial, entre

<sup>16</sup> MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra, 1982, 174-175. João Pedroso

<sup>17</sup> Informações obtidas a partir da análise feita por João Pedroso e GRAÇA FONSECA, em “Comunicação Social, os Reclusos e a Administração Prisional: os direitos e os deveres”, *Temas Penitenciários*, Direção-Geral dos Serviços Prisionais, Série II, nºs 3 e 4, 1999, pp. 41 seguintes.

outros<sup>18</sup>.

No Reino Unido, a legislação é muito restritiva. De acordo com os artigos 34 e 35 do *Prison Rules* 1999 (UK), não é permitido que presos se comuniquem com outras pessoas ou mesmo recebam visitas sem a prévia autorização do Secretário de Estado. Este pode vedar visitas aos presos por razões de segurança, disciplina e prevenção do crime<sup>19</sup>. No julgamento do caso *Simms*<sup>20</sup>, a Câmara dos Lordes decidiu que a entrevista de presos pode ser admitida se o assunto a ser discutido for o próprio acerto ou desacerto da condenação.

Na Austrália, as normas vigentes são semelhantes às do Reino Unido. Na maior parte dos Estados Australianos, entrevistas com presos somente podem ser realizadas com o consentimento do Diretor Geral da Penitenciária, e a sua publicação também exige consentimento dele<sup>21</sup>.

Na Noruega, jornalistas podem entrevistar pessoas presas se o objetivo relacionar-se com as condições de vida no estabelecimento. Todavia, antes da publicação, o diretor do presídio deverá aprovar o material resultante da entrevista, a fim de garantir, entre outros objetivos, que não será veiculada informação incorreta.

Na Áustria, jornalistas podem entrevistar apenas os presos previamente escolhidos pela Administração Prisional, encontrando-se proibidos os contatos entre jornalistas e reclusos por eles mesmos selecionados. As justificativas para tal regra são duas: promover o princípio da igualdade de tratamento de todos os reclusos e evitar que os presos que suscitem especial interesse da opinião pública acabem assumindo papel de protagonismo.

Na França, podem ser autorizadas entrevistas aos reclusos previamente escolhidos pela Administração Penitenciária, quando maiores e desde que condenados por sentença judicial, estando vedadas entrevistas focadas em um preso específico.

Na Dinamarca, os reclusos podem ser autorizados a dar entrevistas, mas estas devem, obrigatoriamente, abordar temas relativos à vida e rotinas do estabelecimento prisional.

Reportagens centradas em temas do processo judicial de um preso específico não serão, em

<sup>18</sup> As regras a respeito do tema no Canadá estão no *Commissioner's Directive 022*, que pode ser encontrado em <http://www.csc-scc.gc.ca/acts-and-regulations/022-cd-eng.shtml#s2b>.

<sup>19</sup> Walsh, Tamara. *Suffering in silence: prohibitions on interviewing prisoners in Australia, the US and the UK*.

<sup>20</sup> [2000] 2 AC 115. Encontrado em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2620075](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2620075)

<sup>21</sup> Walsh, Tamara. *Suffering in silence: prohibitions on interviewing prisoners in Australia, the US and the UK*.

regra, autorizados, com fundamento na defesa da justiça.

Nos Estados Unidos – país em que as liberdades de expressão e imprensa estão entre as principais liberdades garantidas pela Constituição –, a Suprema Corte decidiu, no paradigmático caso *Pell v. Procunier*, seguido pelos casos *Saxbe*<sup>22</sup> e *Houchins v. KQED*<sup>23</sup>, que vedações a entrevistas de presos são aceitáveis desde que: (i) haja meios alternativos de comunicação entre presos e a imprensa, como troca de correspondências; (ii) existam outros meios pelos quais eventuais condições adversas do sistema penitenciário possam ser objeto de cobertura pela imprensa, como mediante a permissão de visitas na penitenciária, diálogo com os agentes penitenciários e entrevistas com ex-prisioneiros.

A análise do direito de outros países permite extrair alguns critérios para a restrição válida: (i) em nenhum dos países examinados os presos podem dar entrevistas de modo irrestrito. Muito ao contrário, razões ligadas à finalidade da pena, ou seja, à própria execução da pena, justificam sempre a proibição; (ii) é muito comum que a própria Administração penitenciária restrinja a liberdade de expressão do preso e escolha o detento que dará entrevista; (iii) em geral as entrevistas são autorizadas desde que seu objetivo seja perquirir fatos genéricos a respeito do estabelecimento prisional, da condição de vida dos presos, suas rotinas e formas de ressocialização.

Estes exemplos evidenciam que o direito brasileiro e de outros países assemelham-se ao regulamentar o tema, tendo em vista a finalidade da pena e o controle de condições carcerárias e de cumprimento da pena, de modo a prevenir arbítrios, uso excessivo de força e tortura, abrindo o universo penitenciário ao mundo exterior – inclusive como uma importante forma de *accountability* – e, de outro, a necessidade de assegurar a consecução dos fins da pena, além de proteger o recluso contra uma exposição excessiva ou que atinja as vítimas de seu crime.

A experiência estrangeira, apesar de não ser transportável para o âmbito interno, serve certamente para verificar o modo como o tema é tratado no Brasil, sobretudo na comparação com nações de tradição democrática.

#### III.B.4. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

<sup>22</sup> 417 US 843 (1974).

<sup>23</sup> 438 US 1 (1978) ('Houchins').

Os argumentos expostos demonstram que é compatível com a ordem jurídica interna – e assemelhada à ordem jurídica de outros países democráticos do mundo – a proibição de que condenados presos concedam entrevistas, desde que essa vedação seja voltada a promover valores essenciais ao Estado, ao sistema prisional e às funções ou finalidades da pena e não represente sacrifício ao núcleo essencial da liberdade limitada pela sentença judicial.

Assentada esta premissa, resta perquirir se, **no caso concreto**, a vedação de que Luiz Inácio Lula da Silva conceda entrevistas aos autores das Reclamações n. 32035 e 31965 observa, ou não, estes parâmetros.

Segundo o requerente deste pedido de Suspensão de Liminar, estando o país às vésperas das eleições para o cargo de Presidente da República, a entrevista de Luiz Inácio Lula poderá *“afrontar a ordem jurídica na medida em que desfavorece a autonomia da vontade na manifestação da liberdade do voto – já que pode induzir os eleitores a acreditar em superação de situação jurídica consolidada que é o indeferimento de registro de candidatura e a legalidade da prisão do ex-presidente”*.

O requerente pede que, por ameaçar a legitimidade das eleições, a proibição de entrevistas seja deferida.

O argumento do requerente pressupõe que é preciso **proteger** a sociedade contra falhas de interpretação e mesmo de compreensão geradas por uma eventual entrevista do ex-Presidente, falhas estas que podem impactar negativamente o processo eleitoral em curso. Nessa linha, ele argumenta que o *“eleitor se confunde com a complexidade do sistema e com a insistência dos próprios candidatos em deixar a informação opaca pelo maior tempo possível”*.

Este argumento tem cunho paternalista, pressupondo que o Estado, por meio de seus órgãos, deve exercer a tutela da vontade dos cidadãos, para prevenir que cometam erros derivados da sua incapacidade de compreender bem a realidade. Esta visão que não se coaduna com a ideia de que os integrantes da sociedade são livres, autônomos e capazes para se autodeterminarem e fazerem suas escolhas de acordo com sua própria consciência e discernimento, **não cabendo ao Estado tutelá-los, mas, apenas, criar as melhores condições para que eles vivam a vida que desejem viver.**

Além disso, o argumento do requerente pressupõe que Luiz Inácio Lula da Silva, na entrevista, emitirá opiniões que resultarão “*em inequívoca atividade político partidária e críticas ideológicas ao seu encarceramento*”.

Ocorre que eventual vedação de entrevista em razão de seu eventual conteúdo caracteriza nítida **censura com base no conteúdo, o que não pode ser admitido sob qualquer hipótese.**

Como bem notado por Rafael Lorenzo-Fernandes Koatz, “*a partir de uma visão substantiva, toda e qualquer forma de censura com base no conteúdo é incompatível com a responsabilidade dos cidadãos enquanto agentes morais autônomos. (...) O Estado não pode realizar juízo de valor a respeito das opiniões manifestadas pelas pessoas, justamente por que, se essa faculdade lhe fosse outorgada, os governantes poderiam reprimir os discursos de opositores, ao arrepio das noções mais básicas de democracia*”<sup>24</sup>.

Por isso, não há como concordar com o argumento do requerente desta Suspensão de Liminar, embora, por outro fundamento chegue-se à conclusão de que deve ser vedada a realização de entrevista com o ex-Presidente. Explica-se.

Luiz Inácio Lula da Silva está preso em função de ter iniciado o cumprimento da pena de reclusão a que foi condenado em 24 de janeiro de 2018 pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da apelação criminal nº. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Nesta precisa condição, o pedido de concessão de entrevistas **deve ser analisado à luz da finalidade da pena e dos valores protegidos pelo direito penal.**

Segundo se extrai da petição inicial da Reclamação nº 32035, a empresa Folha da Manhã e Mônica Bergamo justificam o pedido de entrevista com Luiz Inácio Lula da Silva da seguinte forma: “*busca-se entrevista jornalística de inegável interesse público, no cumprimento do direito-dever de informar, garantido constitucionalmente à livre imprensa*”.

Na Reclamação nº 31965, Florestan Fernandes Júnior busca entrevistar o ex-Presidente da República “*sobre o contexto e as razões de sua prisão, bem como sobre a situação política, social e econômica do país, especialmente no contexto atual da disputa democrática eleitoral à Presidência da República, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados*”.

<sup>24</sup> *As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in: Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal. Lumen Juris, 2011, p. 394-395.

Nas Reclamações nºs 32035 e 31965, o interesse dos reclamantes em entrevistar Luiz Inácio Lula da Silva **centra-se única e exclusivamente na sua própria e certamente emblemática figura**, e não em interesses como o de analisar as condições de vida dos detentos, a situação do cárcere, etc., os quais, como visto, em geral são admitidos por Estados estrangeiros democráticos, na linha do Brasil, como justificativas para a realização de entrevistas com detentos.

Ocorre entre as finalidades da pena está o objetivo de que os presos **a cumpram com discrição e sobriedade**, ficando a salvo de qualquer tipo de sensacionalismo ou espetacularização. Nesse sentido, aliás, é a redação do art. 41-V da Lei n. 7.210/84. Presos não são astros, ainda que sejam figuras públicas **fora do cárcere**. Dentro dele, no entanto, não exercem este papel, o que é essencial para atingir a finalidade e o bom cumprimento da pena.

A fim de permitir que as finalidades penais de retribuição, prevenção e de reinserção social possam se concretizar, o contato de presos com meios de comunicação social não pode produzir um **excesso de notoriedade** ou **contribuir para a sua estigmatização como heróis ou vilões**, sob pena de desvirtuar a finalidade da pena e a habilidade do sistema de lidar com a disciplina no ambiente carcerário. Tal aspecto foi bem identificado pelo Justice Stewart, da Suprema Corte dos Estados Unidos, em seu voto vencedor proferido no já citado caso *Pell v. Procunier*:

“In practice, it was found that the policy in effect prior to the promulgation of § 415.071 had resulted in press attention being concentrated on a relatively small number of inmates who, as a result, became virtual "public figures" within the prison society and gained a disproportionate degree of notoriety and influence among their [832] fellow inmates. Because of this notoriety and influence, these inmates often became the source of severe disciplinary problems. For example, extensive press attention to an inmate who espoused a practice of noncooperation with prison regulations encouraged other inmates to follow suit, thus eroding the institutions' ability to deal effectively with the inmates generally”.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Em tradução livre: “Na prática, verificou-se que a política em vigor antes da promulgação do § 415.071 resultou na atenção da imprensa concentrada em um número relativamente pequeno de internos que, como resultado, se tornaram virtuais “ figuras públicas ”dentro da sociedade prisional e ganhou um grau desproporcional de notoriedade e influência entre seus [832] companheiros internos. Devido a essa notoriedade e influência, esses internos muitas vezes se tornaram a fonte de graves problemas disciplinares. Por exemplo, uma extensa atenção da imprensa a um recluso que adotou uma prática de não cooperação com os regulamentos

Neste contexto, foge à finalidade da pena permitir entrevista que objetive obter do entrevistado opinião sobre a “*situação política, social e econômica do país, especialmente no contexto atual da disputa democrática eleitoral à Presidência da República, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados*”. **O fato é que ele é um detento em pleno cumprimento de pena e não um comentarista de política.**

A proibição desta entrevista não exclui, pois apenas limita a liberdade de expressão do condenado recluso. Ele continuará podendo se comunicar com o mundo exterior por correspondências e visitas de seus familiares e amigos, tal qual dispõem os incisos X e XV do artigo 41 da Lei nº 7210/84.

Pelos argumentos aqui expostos, conclui-se que a proibição de que Luiz Inácio Lula da Silva conceda entrevistas em áudio e/ou vídeo, apesar de ser restritiva da sua liberdade de expressão, é medida proporcional e adequada a garantir que as finalidades da pena a ele imposta sejam concretizadas, sendo, portanto, compatível com a ordem jurídica do país.

#### IV. SOBRE A LIBERDADE DE IMPRENSA

Os autores das Reclamações nºs 32035 e 31965 alegam, ainda, que a proibição de que Luiz Inácio Lula da Silva lhes conceda entrevista afronta o direito constitucional à liberdade de imprensa. Não têm razão.

A liberdade de imprensa autoriza a busca da informação. A busca da informação é parte importante da profissão do jornalista. O Estado é obrigado a auxiliar nesta busca nas situações que se enquadram no dever constitucional de publicidade, transparência e informação.

No caso *Pell v. Proconier*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, restou decidido que a liberdade de imprensa não obriga o Governo a conceder à imprensa acesso especial àquela informação cujo acesso equivalente não é dado aos membros do público em geral. Confira-se:

---

da prisão encorajou outros reclusos a fazerem o mesmo, corroendo assim a capacidade das instituições para lidar eficazmente com os reclusos em geral”.

"It has generally been held that the First Amendment does not guarantee the press a constitutional right of special access to information not available to the public generally. Despite the fact that news gathering may [834] be hampered, the press is regularly excluded from grand jury proceedings, our own conferences, the meetings of other official bodies gathering in executive session, and the meetings of private organizations. Newsmen have no constitutional right of access to the scenes of crime or disaster when the general public is excluded." *Branzburg v. Hayes*, supra, at 684-685. Similarly, newsmen have no constitutional right of access to prisons or their inmates beyond that afforded the general public.

The First and Fourteenth Amendments bar government from interfering in any way with a free press. The Constitution does not, however, require government to accord the press special access to information not shared by members of the public generally. [note 9] It is one thing to say that a journalist is free to seek out sources of information not available to members of the general public, that he is entitled to some constitutional protection of the confidentiality of such sources, cf. *Branzburg v. Hayes*, supra, and that government cannot restrain the publication of news emanating from such sources. Cf. *New York Times Co. v. United States*, supra. It is quite another thing to suggest that the Constitution imposes upon government the affirmative duty to make available to journalists sources of information not available to members of the public generally. That proposition finds no support in the words of the Constitution or in any decision [835] of this Court. Accordingly, since § 415.071 does not deny the press access to sources of information available to members of the general public, we hold that it does not abridge the protections that the First and Fourteenth Amendments guarantee".<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Em tradução livre: "Geralmente se considera que a Primeira Emenda não garante à imprensa o direito constitucional de acesso especial à informação que não está disponível ao público em geral. Apesar do fato de que a coleta de notícias possa ser dificultada, a imprensa é regularmente excluídos do processo do grande júri, nossas próprias conferências, as reuniões de outros órgãos oficiais reunidos em sessão executiva e as reuniões de organizações privadas. Os jornalistas não têm direito constitucional de acesso às cenas de crime ou desastre quando o público em geral é excluído. " *Branzburg v. Hayes*, supra, em 684-685. Da mesma forma, os jornalistas não têm direito constitucional de acesso às prisões ou seus detentos além do que público geral. As Primeira e Décima Quarta Emendas impedem o governo de interferir de alguma forma com uma imprensa livre. A Constituição, no entanto, não exige que o governo conceda à imprensa acesso especial a informações não compartilhadas por membros do público em geral. [nota 9] Uma coisa é dizer que um jornalista é livre para procurar fontes de informação não disponíveis para o público em geral, que ele tem direito a alguma proteção constitucional da confidencialidade de tais fontes, cf. *Branzburg v. Hayes*, supra, e esse governo não pode restringir a publicação de notícias provenientes de tais fontes. Cf. *New York Times Co. v. Estados Unidos*, supra. Outra coisa é sugerir que a Constituição impõe ao governo o dever afirmativo de disponibilizar aos jornalistas fontes de informação indisponíveis para os membros do público em geral. Essa proposição não encontra apoio nas palavras da Constituição ou em qualquer decisão [835] deste Tribunal. Consequentemente, uma vez que §

Ademais, a negativa de que os reclamantes entrevistem o ex-Presidente não consiste em tentativa do Estado de encobrir situações de irregularidades ou mesmo abuso no cumprimento da pena por Luiz Inácio Lula da Silva ou de qualquer outro detento. Fosse esse o objetivo da negativa, haveria ofensa à liberdade de imprensa, que tem como seu núcleo central o dever de informar.

Na verdade, a negativa em se autorizar a realização da entrevista está fundada na necessidade de se promover a execução das finalidades da pena imposta a ele.

Diante disso, não há como admitir que o Estado deve, em detrimento das finalidades da pena, autorizar a entrevista requerida pelos Reclamantes.

#### V. CONCLUSÃO

Pelo exposto, a **Procuradora-Geral da República** manifesta-se no sentido de que esta Suspensão de Liminar seja julgada pelo Pleno do STF, e que lhe seja dado provimento, de modo a cassar as decisões proferidas nas Reclamações nºs 32035, 31965 e 32111.

Brasília, 17 de outubro de 2018.

**Raquel Elias Ferreira Dodge**  
Procuradora-Geral da República

---

415.071 não nega o acesso da imprensa às fontes de informações disponíveis aos membros do público em geral, acreditamos que elas não reduzem as proteções que a Primeira e a Décima Quarta Emendas garantem ”.