



Registro: 2019.0000368454

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0016418-29.2013.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/querelante GIOVANNI GUIDO CERRI, são apelados/querelados PEDRO ESTEVAM DA ROCHA POMAR, DEBORA PRADO e TATIANA MERLINI.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, conheceram do apelo, indeferiram a participação da associação civil sem fins lucrativos, Artigo 19 Brasil, como amicus curiae, e negaram provimento ao recurso.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI E AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 8 de maio de 2019.

Angélica de Almeida

Relatora

Assinatura Eletrônica



Voto 36.471

Apelação n. 0016418-29.2013.8.26.0011 - São Paulo

Processo n. 0016418-29.2013.8.26.0011 - 1ª Vara Criminal

Apelante/Querelante - Giovanni Guido Cerri

Apelados/Querelados - Pedro Estevam da Rocha Pomar

- Debora Prado

- Tatiana Merlini

Pedro Estevam da Rocha Pomar, Debora Prado e Tatiana Merlini, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, foram absolvidos do delito previsto, no artigo 139, do Código Penal. Opostos embargos de declaração, foram acolhidos, condenado o ora apelante a arcar com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em R\$ 5.000,00, em relação a cada um dos apelados (fls. 693/697, 721).

Postula o apelante a condenação dos apelados, nos termos da inicial (fls. 829/841).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 862/877, 892/922), com a manifestação do Ministério Público (fls. 924/931), a d. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (fls. 939/943).

É o relatório.

Em 31 de outubro de 2013, *Giovanni Guido Cerri* ajuizou queixa-crime contra *Pedro Estevam da Rocha Pomar*,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

editor responsável, *Débora Prado* e *Tatiana Merlini*, jornalistas signatárias da publicação, imputando-lhes a prática do delito previsto no artigo 139, do Código Penal, porquanto, em matéria publicada na Revista ADUSP - Associação dos Docentes da USP, número 54, maio/2013, sob o título “Empresário do Setor, Secretário da Saúde “Dá as Cartas em Duas OSS””, teriam atribuído fatos ofensivos à honra do apelante (fls. 2/12, 13/197).

Conhece-se do recurso, em face do princípio da fungibilidade, eis que não evidenciado má fé.

Postulada a participação da Artigo 19 Brasil, associação civil sem fins lucrativos, enquanto *amicus curiae* (fls. 945/1008), em que pese possa ser admitida a possibilidade da aplicação analógica do artigo 138, *caput*, do Código de Processo Civil, no caso presente, por decisão unânime da Turma Julgadora, fica indeferida, eis que, ação penal privada, não envolve repercussão social a justificar a intervenção de terceiro.

Realizada audiência de conciliação, em 15 de dezembro de 2014, não foi possível a composição entre as partes, (fls. 278).

Recebida a queixa-crime, por despacho de 25 de fevereiro de 2015 (fls. 298), foram apresentadas defesas preliminares (fls. 345/349, 352/356, 366/371). Após manifestação do Ministério Público (fls. 373), em 28 de julho de 2015, mantido o recebimento da queixa-crime (fls. 374).

Ao ser interrogado em juízo, o apelado Pedro refuta a intenção de difamar. Nunca visou difamar qualquer pessoa. É jornalista, há quarenta anos. A revista tem grande



responsabilidade do ponto de vista político e social, contendo matérias, que contribuem para mostrar a realidade de determinadas situações. Trata-se de matéria bem documentada; publicados números, *links* da matéria, ouvidas várias pessoas. Os contratos realizados, quando o apelante fazia parte e faz parte da direção, no caso do Hospital Sírio Libanês com a Secretaria da Saúde, são mencionados. Procurado, por várias vezes, o apelante não se manifestou. Tem sempre preocupação, em ouvir as pessoas, mas, no caso, não houve interesse. Editor da revista, desde 1999, várias matérias, relacionadas à atuação das fundações e outras entidades privadas, sobre pessoas em situação de conflito de interesses, foram realizadas. Tem experiência, no assunto. Sempre age de maneira cuidadosa, documentando os fatos divulgados. Há preocupação com a defesa do patrimônio público e da gestão pública. Havia, aparentemente, evidente conflito de interesses. Pretendia-se chamar à atenção para isso, mas não de maneira ofensiva. Cuidou-se, inclusive, de publicar uma foto neutra do professor, sem nenhum tipo de tratamento, por programa ou intervenção artística, com a manchete “conflito de interesses”. Não havia qualquer tipo de acusação. Ademais, procurou-se identificar situação, que aparentava danosidade ao interesse público. Enquanto ocupava o principal cargo da Secretaria Estadual da Saúde, sendo o principal gestor, ao mesmo tempo, era membro do Conselho de Administração do Hospital Sírio Libanês, que é vinculado ao Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês; também era presidente licenciado da Fundação Faculdade de Medicina e, presidente licenciado, mantém vínculo. Se não é licenciado, se retira. Tanto que depois voltou. Assim, reafirmo que o que está, na matéria, está comprovado. O único ponto controverso, que sempre é repisado, se refere ao regime de trabalho. Pode até ser que houve equívoco, mas é irrelevante, pois



o ponto central da matéria é o conflito de interesses. As instituições se qualificam, como organizações sociais, e, no caso da Fundação Faculdade de Medicina, como consta do próprio cabeçalho do contrato da Secretaria da Saúde, “Fundação Faculdade de Medicina, qualificada como organização social”. Pode ser que a palavra tenha sido inapropriada, mas a documentação do Hospital Sírio Libanês indica sua ligação com o Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês, tanto que um dos principais executivos e quem assina os contratos com a Secretaria da Saúde. Ocupado cargo de direção, em ambas as instituições. A própria lei diz isso. As instituições se qualificam, como organizações sociais, como consta do próprio contrato. Não conhecia o apelante antes da reportagem. Teve apenas divergências quando da publicação de artigos, na Folha de São Paulo. A pauta da matéria surgiu quando o professor foi nomeado Secretário da Saúde, em razão de ligação com entidade privada. Teve conhecimento disso, pois o professor se notabilizou como presidente da Faculdade de Medicina e publicou artigos sobre as Fundações, defendendo a Faculdade de Medicina. A partir disso, foi nomeado secretário da saúde. Discutido com o Conselho Editorial, foi aprovada a publicação da matéria. Na publicação, foi incluída informação sobre *Lattes do Cerri*, que não constava do texto original e, se houve erro, deve ser ele creditado ao apelado e não às apeladas. Possível que haja erro sobre a questão do regime de trabalho; o professor trabalhava, em regime de dedicação integral. Consta do estatuto da USP que, quando um professor assume a direção de uma unidade, para todos os efeitos, ele atua em RDIDP. O professor, salvo engano, foi diretor da faculdade, por duas vezes, após deixar o cargo de Secretário da Saúde (fls. 747/756).

Ao ser interrogada em juízo, a apelada Tatiana nega intenção de difamar. Afirma que se trata de matéria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jornalística, resultado de reportagem, fruto de apuração extensa, embasada em pesquisas em documentos públicos, ouvidas fontes e relatos dos fatos. Teve por objetivo mostrar contexto do que ocorria, na área da saúde, à época em que a matéria foi publicada. Em nenhum momento, houve intenção de difamar o apelante. No início da apuração, tudo girava em torno do funcionário público, que assumira cargo público, após ter ocupado cargo na iniciativa privada, fato que, de acordo com a apuração, configuraria conflito de interesses. A reportagem não se referia à criação da OSS. Tinha um contexto específico. Apresentava o apelante, como do Hospital Sírio Libanês, não do Instituto de Responsabilidade, com cargos, na Fundação Faculdade de Medicina. A matéria, embasada em pesquisas, entrevistas com entidades e especialistas, apontava conflito de interesses posto que o apelante, em cargos na Fundação Faculdade de Medicina e no Hospital Sírio Libanês passou a ocupar cargos à frente da Secretaria de Saúde. Juntamente com a apelada Débora, tentou obter contato com o apelante, por mensagens, e-mails, telefonemas, sem êxito. Pretendia colher a opinião dele. As pesquisas foram feitas, no Portal da Transparência, contratos realizados entre a Fundação Faculdade de Medicina e a Secretaria de Saúde; entre o Instituto de Responsabilidade do Hospital Sírio Libanês e a Secretaria de Saúde, páginas da Fundação Faculdade de Medicina; ouvidos o presidente do Sindicato dos Médicos, representante da Sociedade Civil do Fórum Popular de Saúde e o professor Franchini Ramires para se manifestar sobre possível conflito de interesses. A matéria tinha contexto específico, no debate da saúde, na sociedade brasileira. Em 2010/2011 fora aprovada lei complementar, que permitia o repasse de 25% da verba de hospitais públicos para a iniciativa privada e foi, neste contexto, sobre repasse de verbas para as organizações sociais para gerenciamento de aparelhos públicos, que a matéria foi realizada. Inclusive, referida lei fora questionada pelo Ministério Público e o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

governo do Estado não conseguiu implementar. Havia críticas de atores sociais, com relação a esse tipo de política pública (fls. 741/746).

Ao se interrogada em juízo, a apelada Débora alega que a matéria jornalística foi preparada sem qualquer intenção de ofender. Para tanto, foi realizada ampla pesquisa, examinados diversos contratos públicos e entrevista com várias pessoas. A informação sobre o regime de contratação está, em contexto de outra matéria da ADUSP, que foi incorporada pelo apelado Pedro, após a entrega da matéria. A citação de outras edições é comum, no jornalismo, especialmente quando se trata de repórteres *freelancers*. Pesquisa em *site*, muito utilizado no jornalismo, traz versões anteriores sobre o *Lattes*; encontrada, em uma de suas edições, referência às quarenta horas semanais. As pautas sobre as publicações são decididas pelo Conselho Editorial da revista, composta pelo apelado Pedro e outro jornalista. Já estava definida quando foi chamada para fazer a matéria que, no final, acabou se desdobrando em duas, pois havia questão mais ampla sobre lei estadual, que destinava 25% dos leitos de unidades do SUS, geridas por OSS para atendimento privado, que poderia ser cobrado. Na época, gerou muita polêmica porque o próprio Ministério Público estadual tinha ingressado com ação para impedir tal lei, que já tinha sido aprovada. Em 2011, o apelante assumiu a Secretaria da Saúde, fato criticado, por alguns setores, eis que ele havia exercido funções, em entidades, envolvidas nessa polêmica. A investigação jornalística levou meses. A revista é quadrimestral. Foi contratada, no final de 2012. A edição saiu só, em maio de 2013. Nunca soube de “*predisposição*” entre o apelante e Pedro. A pauta era profissional e jornalística. Tomou conhecimento do apelante, quando foi nomeado secretário, e depois, com a reportagem. Tentou entrar em contato com o apelante, mesmo que



não fosse pessoalmente, em várias oportunidades, através de muitos contatos com a assessoria de imprensa da Secretaria de Saúde. Algo, por escrito, mas nunca teve retorno, o que inclusive constou da matéria. Soube que o professor Davi Everson Uip fez um pedido de explicações judiciais sobre a matéria, que não teve prosseguimento (fls. 757/782).

A testemunha Flávio Fava de Moraes, disse que, amigo do apelante, desde que deixou de ser reitor da USP, em 1998. Diretor da Organização Social de Saúde da Fundação Faculdade de Medicina. Na época dos fatos, em que era Secretário de Saúde o Doutor Barradas. Alega que o apelante não ocupou cargo, atuou ou teve participação, na OSS. Também não teve poder de mando ou interesse pessoal, ou, como diz a matéria “*deu as cartas*”, pois a decisão era estritamente colegiada e ele não fazia parte do processo. Não desfrutou de *benesse* ou regalia da OSS. Os contratos celebrados entre a OSS e o Estado “*são de domínio público, publicados no diário oficial*”. Participam do balanço da fundação, que publica duas vezes ao ano, também em jornais. O apelante nunca teve dedicação exclusiva, nem mesmo quando foi diretor. Se o estatuto se refere à dedicação exclusiva, foi posteriormente alterado. O regime de participação integral não inviabiliza a participação do interessado, em atividades profissionais. Referida mudança surgiu quando o professor Adib foi diretor. Não há confusão entre a Fundação e a OSS, ou entre a Faculdade de Medicina e a OSS. São órgãos colegiados independentes. A população foi a maior beneficiária do contrato com o Estado. Houve grande benefício para os pacientes, que incorporam a faculdade de medicina. Permitiu uma melhor circulação dos estudantes, dos residentes. Não houve prejuízo para a Faculdade de Medicina. A Fundação assina o contrato de gestão. Na primeira vez, assinou o então secretário de saúde, professor Barradas, na segunda, foi o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

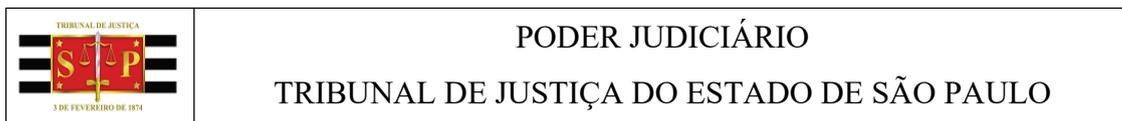
professor José Otávio. O último contrato, terá que ser retri-ratificado, porque a Secretaria da Saúde atrasou um pagamento. Como ficou sem contrato, não houve pagamento, deverá ser feita a retri-ratificação para prorrogar o contrato e propiciar o recebimento. Trata-se de alteração sem conteúdo financeiro, de “*acerto de teste de cláusulas de contrato*”. Assinou o termo de retri-ratificação, relacionado ao contrato de gestão, onde o apelante figurava, como Secretário da Saúde. Quando se está, na Secretaria, sempre assina-se primeiro. Às vezes, o secretário, outras o adjunto, o chefe-de-gabinete ou alguém por ele delegado. Embora conste o nome dele, fica claro que não houve modificação financeira. O apelante sempre foi RTC - Regime de Turno Completo. Como reitor da USP, tinha acesso a toda lista de quem estava em RDIDP, em RTC e RTP. Qualquer membro que tivesse comportamento diferente daquele existente, era considerado ilícito e nunca foi acusado de romper o contrato com a USP. A alteração em relação ao regime, ocorreu em 1989, quando o reitor da época mudou determinação do estatuto, que previa que quem fosse diretor de unidade deveria, no período de mandato, ter dedicação exclusiva. Assim, por resolução, determinou-se que, na condição mesmo de diretor, teria liberdade de fazer sua vida profissional conforme as exigências. A Fundação Faculdade de Medicina recebeu a verba, que consta do contrato. É um hospital, com quatro mil pessoas, se não houvesse recurso, não existiria (fls. 723/731).

A testemunha Fábio Henrique Gregório, em juízo, alegou que conhece o apelante desde 1982. Estudaram, na faculdade de medicina e trabalharam, no mesmo hospital. Desconhece a reportagem. Informa, Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês, Organização Social de Saúde - OSS, e o Hospital Sírio Libanês são entidades separadas. Não se confundem, nem na gestão, nem em questão financeira ou administrativa. O



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apelante nunca fez parte, nem, no conselho de administração, nem, da diretoria executiva. As organizações sociais são entidades, que surgiram em 1978, sem finalidade lucrativa. Administram entes públicos, atendendo apenas ao Sistema Único de Saúde. A escolha é feita, por chamamento, onde entidades que atendam aos requisitos - não ter finalidade lucrativa, ter uma “expertise” ligada à saúde - se propõe a fazer a gestão de equipamentos públicos. O poder público selecionou conforme o plano operativo proposto. Foi diretor geral do Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês. As informações da composição do quadro e da administração da OSS estão completamente disponíveis. Contrato público, há exigência da publicidade. Aquele que se propõe a administrar ente, sob contrato de gestão, deve manter públicas as informações, que são auditadas frequentemente pelo Tribunal de Contas e pela própria Secretaria de Estado. As reuniões são trimestrais, onde são avaliados os indicadores financeiros, preenchimento de metas e, no trimestre seguinte, são avaliados o cumprimento da qualidade. O Hospital Sírio e o Instituto de Responsabilidade Social são entidades distintas, não se confundem, nem, em questão administrativa, nem, financeira. O Hospital Sírio Libanês empresta “expertise”, no sentido de troca de conhecimentos com a Organização Social de Saúde - OSS, o que beneficia a gestão pública. Nenhuma delas auferir vantagem ou remuneração. Os contratos de gestão e organizações de saúde não contemplam vantagens financeiras, são formas dessas instituições cumprirem sua missão social. No mesmo período, em que fora diretor geral do Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês, o apelante foi Secretário de Saúde. Assumiram-se alguns hospitais estaduais e assinaram-se contratos com a Secretaria. Não sabe dizer se o secretário também assinou. Acredita que, nem sua assinatura consta, pois substituiu o doutor Gonçalo. Com relação à assinatura constante de fls. 581, se refere ao contrato de gestão do Instituto de Responsabilidade



Social com a unidade Lucy Montoro. Pelo contrato de gestão, há repasse de verbas para gerir entes públicos, há contraprestação mensal que consta do contrato e sua publicidade era feita pelo Diário Oficial (fls. 799/804).

A testemunha José Antonio Fanchini Ramires, presidente do Incor, apresentada contradita pela defesa do apelante foi indeferida (fls. 693). Asseverou que conhece o apelado Pedro, da data da entrevista. Abordou o tema de conflito de interesses, de forma genérica, em contratos lavrados entre a Secretaria de Saúde e entidades privadas. No caso do apelante, teve relação direta, em ocupar, simultaneamente, cargo em entidade privada e pública ao mesmo tempo. Então, caso a Fundação Faculdade de Medicina ou o Hospital Sírio Libanês fossem entidades privadas, deveria se abrir mão para assumir um cargo público. Soube da celebração de contratos entre a Secretaria da Saúde e uma OSS, vinculada ao Hospital Sírio, pelos jornais. Desconhece se a nomeação do apelante gerou críticas, no meio médico, pois é muito comum que um professor da Unicamp, Unesp, Unifesp ou da USP seja nomeado como secretário da saúde. Também desconhece se a Faculdade de Medicina e a OSS são a mesma coisa. A ADUSP é contra fundações, posição conhecida dentro da universidade. Como presidente do Incor e de comissões dentro da universidade tinha contato com todos os aspectos difíceis e sempre que saía algo contra Fundações, era requisitado. No Incor, há a Fundação Zerbini. Na Faculdade de Medicina, há a Fundação Faculdade de Medicina, e há posicionamento contrário dos docentes em relação a estas Fundações. Concorda com Fundações, desde que sigam as regras da universidade (fls. 792/798).

A testemunha Ciro Teixeira Correia, professor do Instituto de Geociências e do Departamento de Mineralogia e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Geotectônica, disse que foi presidente da ADUSP, gestão de 2001/2003 e de 2013/2015. A preocupação com conflitos de interesses, envolvendo o setor público e privado sempre esteve presente na associação dos docentes da USP, nas assembleias, no conselho editorial, notadamente, em razão da existência de fundações privadas que “utilizavam funcionários, docentes e técnicos administrativos da Universidade”, na área da saúde. A preocupação do uso de recursos, no interesse social, de forma transparente, sempre foi o escopo da associação dos docentes e da revista,. Houve inúmeros debates e discussões, publicação de matérias, muitas vezes, críticas às políticas de diferentes gestões sobre o tema de conflito de interesses, na atuação, na área médica, principalmente, sobre cursos pagos, ministrados nas diferentes áreas da universidade, por fundações privadas. Fora intentada ação civil pública pelo Ministério Público. Sempre foi reconhecida a isenta atuação da ADUSP e da Revista, no interesse público; nunca apontado qualquer intenção ou perspectiva de difamar ou ofender qualquer um que fosse. A revista sempre se manteve avessa à qualquer publicação que tivesse caráter ofensivo. O jornalista Pedro Pomar, funcionário da ADUSP, compõe o conselho editorial da revista. A pauta da revista é decidida por comissão editorial, composta por indicação do Conselho de representante de cada entidade, indicada na capa de toda publicação da revista (fls. 783/791).

A testemunha José Arbex Junior, em juízo, informa que conhece a apelada Tatiana, desde 2000, pois fora sua aluna. A apelada Débora, também, pois trabalharam, na revista Caros Amigos. A atuação profissional das apeladas é impecável. São profissionais sérias. Merecem os prêmios que receberam - defesa dos direitos humanos Vladimir Herzog. Ao longo dos anos, sempre desenvolveram atividade jornalística voltada aos direitos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

humanos. Pela justiça, no Brasil, buscando um jornalismo transparente e democrático. Nunca soube de qualquer fato a desaboná-las, nem envolvimento em processos. Conhece o apelado Pedro, especialmente, pela atuação sindical, sempre em defesa da classe jornalística. Sempre lutou pela democratização da profissão, dos meios de comunicação e de informação, contra o monopólio exercido pelas grandes corporação no país. O apelado é editor da Revista da ADUSP. Desconhece que referida revista exerça ou constranja jornalistas a produzir matérias de conteúdo ofensivo. Até porque isso iria contra tudo que conhece dele, na atuação do sindicato e no movimento dos jornalistas, em defesa da ética profissional e do livre exercício de um jornalismo independente. Não é amigo dos jornalistas. Embora tenha relação profissional de longa data, desconhece sobre pedido de explicações, demandado pelo atual secretário Doutor Davi Uip contra os apelados (fls. 732/740).

A testemunha Luiz Carlos Azenha, em juízo, disse conhecer a apelada Tatiana, desde 2005. Trabalharam juntos. O apelado Pedro, da militância profissional. Não conhece a apelada Débora, nem o apelante. A apelada Tatiana fez algumas reportagens para seu *blog* - Favela da Maré e Comissão da Verdade. Todas as matérias passam por ele, antes de serem publicadas. Trabalha com jornalismo desde 72, há mais de 40 anos. Desconhece qualquer fato que possa desaboná-la, pelo contrário. É pessoa que convida, como *freelancer*, em seu *blog*, inclusive, pelos trabalhos desenvolvidos. Embora nunca tenha trabalhado para seu *blog*, conhece o apelado Pedro, através de outras matérias, que ele escreve, e nada sabe que possa desaboná-lo. Considera importante que um jornalista investigativo a ser contratado vá à origem, à fonte, como é o caso da apelada Tatiana (fls. 736/740).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juntada manifestação firmada pela coordenadora do Centro de Referência Legal da Artigo 19 Brasil (fls. 945/1008), assim como, a documentação da defesa das apeladas Tatiana e Débora (fls. 494/629, 705/712). Acostado aos autos o acórdão da Segunda Câmara de Direito Privado desta Corte (fls. 1225/1233).

Narra a queixa-crime que, em face da manchete e conteúdo da matéria publicada, teria sido sustentado que o apelante, na qualidade de Secretário da Saúde do Estado de São Paulo, teria favorecido determinadas organizações de saúde, ao celebrar contrato com referida Pasta.

Os apelados, em interrogatório prestado em juízo, foram unânimes em revelar que a matéria tinha por escopo a análise e debate do tema conflito de interesses, na atuação de entes privados. Enfatizaram os apelados que a matéria publicada foi embasada em larga pesquisa realizada ao longo de meses, com base em documentos e depoimentos pessoais. Esclarecem ainda que, por diversas vezes, no decorrer do período, tentaram contato com o apelante visando colher manifestação a respeito dos fatos tratados, na publicação.

Da leitura da indigitada publicação, aliada ao exame da prova oral, produzida em contraditório, na instrução criminal, infere-se que não ficou evidenciado o propósito de ofender a honra ou a dignidade do apelante. O cerne da discussão travada, na matéria publicada, diz respeito ao conflito de interesses. Investigação jornalística que traz como pano de fundo fatos tidos como relevantes ao interesse público.

Não há evidência de que os apelados agiram



com dolo a macular a honra ou a reputação do apelante.

A difamação, imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação, pressupõe a intenção de lesar a honra alheia: “*vontade livre e consciente de praticar a conduta delituosa, ou seja, no caso em questão, o propósito de ofender a honra ou a dignidade alheia*” (Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. SP:RT, 13ª ed. rev., atual. e ampl., 2013, p. 696).

Não se integraliza o dolo sem o *animus diffamandi*, elemento subjetivo do tipo, que caracteriza o especial fim de difamar. Conduta orientada ao ânimo de narrar, de informar, afasta o dolo.

Importa ter em conta o contexto em que a publicação veio à lume, como evidenciado pela própria prova colhida, nos presentes autos.

A discussão entre a separação do espaço público e privado e, por consequência, eventual conflito de interesses entre condutas atinentes à atuação de agentes públicos, por certo, representa questão de relevância social.

O pano de fundo dos fatos narrados, na publicação em questão, diz respeito aos vínculos presentes e passados, com entidades privadas, que passam a celebrar contrato com o poder público.

Condutas que, em passado remoto, não eram consideradas a violar o interesse público, vistas sob ótica diversa, podem ser apreciadas e submetidas à opinião pública conquanto questão de interesse público em geral (Bacigalupo, Enrique. Delitos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Contra El Honor, 1ª ed. Buenos Aires, Hammurab, 2002, p. 79/80). -

Como deixa consignado José Afonso da Silva “o direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva. (...) No capítulo da comunicação social (art. 220-224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV). No mesmo art. 5º, XIV e XX – XIII, já temos a dimensão coletiva do direito à informação. O primeiro declara “assegurado a todos o acesso à informação”. É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculados pelos meios de comunicação social. Dai por que a liberdade de informação deixa de ser mera função individual para tornar-se função social” (Comentários Contextual à Constituição Federal, SP: Malheiros, 2005, p. 109).

Não se discute que a honra, bem tutelado pelo tipo penal da difamação, constitui um direito fundamental, assegurado pelo artigo 1º, III, e artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Entretanto, como toda garantia constitucional não pode ser tida como absoluta, em face de outros valores também protegidos pela Constituição Federal.

O confronto entre direitos fundamentais, que tenham idêntico *status* constitucional, há que ter o devido balanceamento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Para tanto, tem aplicação o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, na medida em que deve ser protegido o núcleo essencial do direito fundamental.

A contraposição de direitos fundamentais deve ter em conta a lição de J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira: *“a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é a da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada do outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa. Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos ou interesses em conflito”* (Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, p. 134).

O dilema posto entre a contraposição de direitos fundamentais há que ser resolvido no plano constitucional. A ponderação dos interesses subjacentes aos direitos fundamentais em colisão deve tomar em conta o significado institucional de uns e outros, considerada a posição que ocupa a liberdade de expressão no sistema do Estado Democrático de Direito (Bacigalupo, Enrique — *Delitos Contra El Honor*, 1ª ed. Buenos Aires, Hammurab, 2002, p. 76).

Por certo, trazer à reflexão a questão do conflito de interesses, entre a função pública e outras atividades, tem sede no exercício do direito de liberdade de expressão e/ou de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

informação.

O exercício de cargos públicos, vez que deve atender ao interesse público, não fica imune à crítica. As questões ligadas à gestão de um órgão público devem e podem ser debatidas e avaliadas.

O conceito de conflito de interesses a cada momento pode apresentar matiz diversa. A complexidade das relações sociais vai acrescentando ingredientes, que podem resultar em interpretações diversas. Não podem deixar de serem examinadas e discutidas. Situações assim geradas não podem ficar à margem, sem delas compartilhar a comunidade, posto que, em última análise, sofre as consequências.

A discussão e debate a respeito do conflito de interesses pode passar por crivo diferenciado, não dispensando exame de hipóteses concretas.

Vista sob tal premissa, demonstrado que, à época da publicação, a questão era alvo de debate, não se extrai da publicação em questão intenção de ferir a imagem do apelante.

Diante do exposto, por votação unânime, conheceram e negaram provimento ao apelo, indeferida a participação da associação civil sem fins lucrativos, Artigo 19 Brasil, como *amicus curiae*.

des^a. Angélica de Almeida

relatora