



Brasília | ano 50 | nº 200 | Edição especial
outubro/dezembro – 2013

25 anos da Constituição de 1988

Liberdade de imprensa e segurança jurídica

A releitura nos 25 anos da Constituição de 1988

CARLA PATRÍCIA FRADE NOGUEIRA LOPES

Sumário

1. Notas introdutórias. 2. Estado de Direito e segurança jurídica. 3. Segurança jurídica e liberdade. 4. Liberdade de imprensa e ausência de marco(s) regulatório(s): o caso da ADPF nº 130-DF. 5. Propostas de novos marcos regulatórios para a liberdade de imprensa: a segurança jurídica em jogo. 6. Notas conclusivas.

1. Notas introdutórias

A imposição de limites e restrições à liberdade de imprensa é circunstancial e, em linhas gerais, dá-se pela provocação dos atores judiciais em resposta ao exercício da própria liberdade. Opera-se pela densificação contextual do artigo 220 da Constituição Federal de 1988, o que de plano afasta pretensões normativas prévias e abstratas para disciplinar as atividades dos órgãos e dos agentes do jornalismo. Em linhas decisivas: o regime de imprensa prescinde de produção legislativa *stricto sensu*. A princípio, esta é a síntese do julgamento proferido em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130-DF, em que foi declarada a não recepção da Lei nº 5.250/1967 pela atual ordem jurídica constitucional. Nesse precedente ficou estabelecido o diâmetro da liberdade de expressão do pensamento por meio da imprensa, ou seja, sua *plenitude*. O Supremo Tribunal Federal não quis, com isso, dizer que os ofendidos pelas mensagens estampadas nas matérias jornalísticas, por qualquer de suas mídias, passaram a ficar ao largo da tutela do direito. Remanescem, na apreciação da Corte Constitucional brasileira, as possibilidades de alcance dos ofensores pelo Poder Judiciário. Essa abrangência dá-se tanto no campo criminal quanto

Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes é mestra e doutoranda em Direito das Relações Internacionais pelo Uniceub (DF). Bacharel em Direito pelo Uniceub e em Jornalismo pela UnB. Professora de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura (DF). Juíza de Direito Titular da 23ª Vara Cível de Brasília. Juíza Coordenadora do Programa "Justiça Comunitária" do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

na órbita cível; lá, sobretudo, pelo processo e julgamento pelos delitos contra a honra; aqui, pelo direito de resposta e pela via indenizatória ou compensatória. Para tanto, na ADPF nº 130-DF ficou decidido que os mecanismos hoje sustentados pelo ordenamento constitucional e infraconstitucional são bastantes para a salvaguarda dos direitos fundamentais de cidadãos e instituições vítimas de ofensas¹.

Esse panorama formulado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130-DF promove a seguinte indagação: até que ponto pode ser limitada ou sacrificada a liberdade de imprensa? Embora não haja uma resposta precisa e única, o fato é que as tentativas de elaboração das equações possíveis exige o enfrentamento do tema à luz de categorias específicas imbricadas com as ideias de Estado de Direito, segurança jurídica e liberdade como princípio. Para uma avaliação da existência e viabilidade de projetos de regulação da atividade de imprensa, de modo a delimitar sua convivência com os direitos fundamentais catalogados pelo esquadro constitucional, é preciso antes fazer análise dos argumentos lançados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento daquela. Afinal, eventual marco regulatório da imprensa não pode prescindir do balizamento oferecido pela Corte Constitucional naquele julgamento, sob pena de déficit de legitimidade da inovação legislativa por incompatibilidade com a leitura constitucional acerca do tema.

Neste estudo, pretende-se promover a aproximação funcional entre o Estado de Direito como conceito jurídico e a segurança jurídica levada em consideração a partir de seu papel instrumental em favor da certeza, confiança e

estabilidade do sistema normativo. Essas ideias complementam-se pela análise do direito de liberdade, como princípio de sustentação da justiça, e seu delineamento no projeto constitucional brasileiro. Para tanto, a obra de John Rawls (2008) apresenta-se como filtro revelador do pensamento constituinte; o desafio é a defesa da liberdade sem freios, mas com o contrapeso da segurança jurídica. É que ambas – liberdade de expressão integral e segurança jurídica – configuram-se como promessas do texto constitucional brasileiro de 1988. Ao Supremo Tribunal Federal incumbia em 2009 promover esse equilíbrio, quando teve oportunidade de julgar a ADPF nº 130-DF. Prevaleceu o voto condutor do relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, que elegeu o critério de racionalidade seletiva e a teoria libertária para imprimir plena liberdade em prol da ação comunicativa. Entretanto, não foi unânime o posicionamento da Corte no sentido da imprescindibilidade de marco legislativo regulatório; em alguns casos, a teoria democrática, com foco no receptor da mensagem, foi agitada como o caminho a ser seguido pelo Brasil. Nesse caso, há incentivo para que o Parlamento elabore o regime regulador da atividade de imprensa; vários projetos de lei tramitam no Congresso Nacional com essa intenção. Muitos deles são anteriores ao julgamento da ADPF nº 130-DF; alguns são posteriores, encontram-se apensados – e a primeira tarefa do legislador é realizar sua simbiose.

Mas não é só. Há, antes disso, o dever de avaliação teórica e prática em torno da importância desse trabalho legislativo; para tanto, é preciso responder ao seguinte questionamento: a liberdade de imprensa exige regulação prévia, genérica e abstrata, com vocação para o futuro? Ou, contrariamente, deve ter seu arcabouço jurídico edificado à luz das circunstâncias concretas e individuais, com parâmetro nas ocorrências passadas? A resposta implica uma

¹ Basicamente, na Constituição Federal, por seu artigo 5º, incisos V e X; na legislação infraconstitucional, pelos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal; e pelo artigo 186, que pode ser combinado com o art. 927, parágrafo único, ambos do Código Civil.

opção clara e definida em favor do *locus* ideal para a consolidação da liberdade de imprensa na forma como deve amoldar-se ao novo tempo, o tempo da Era da Informação, típica de uma sociedade dinâmica e em rede (CASTELLS, 2010, 2012). Eis aí a importância do tema, da sua reflexão e do debate decorrente da sua complexidade.

Este artigo pretende ser uma contribuição fértil para esses terrenos.

2. Estado de Direito e segurança jurídica

A abordagem dos conceitos de Estado de Direito e segurança jurídica deve dar-se com enfoque na correlação entre tais categorias, de modo a demonstrar-se que existe um liame natural e jurídico entre as estruturas em estudo, ao menos sob a perspectiva deontológica. Não é nossa pretensão promover análise aprofundada acerca dos institutos, mas atrelá-los à leitura constitucional do exercício do direito de liberdade de imprensa. Nesse prisma, a questão a ser visitada gravita em torno dos limites impostos pelo Estado de Direito e pelo princípio da segurança jurídica à expressão do pensamento no âmbito da atividade de imprensa.

Do quanto interessa ao presente estudo, Estado de Direito revela-se como entidade optante pela divisão das funções do Poder, ao lado de comparecer a legalidade como marco decisivo para a atuação dos agentes incumbidos de governar e gerir o Estado (MIRANDA, 2011, p. 33). Nesse espectro, impõem-se duas outras racionalidades conceituais: legalidade é aqui admitida não só sob a ótica formal, mas igualmente em sua feição substancial, configurada na ideia de “conformidade com valores materiais” (MIRANDA, 2011, p. 33). Ademais, Estado de Direito aproxima-se da perspectiva de tutela jurídica, e não apenas legal, para

qualquer espécie de direito. Essa premissa, na Constituição Federal de 1988, apresenta-se pela força normativa do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consoante disposição do art. 5º, inciso XXXV. Com essas primeiras considerações, quer-se assentar que o tema da liberdade de expressão e sua relação com marcos regulatórios está centrado, neste trabalho, no ideal democrático, que não prescinde dos pilares de liberdade, igualdade e solidariedade, bem como posiciona os atores do Judiciário no centro do aparato jurídico (DERZI, 2009, p. 2).

A jurisprudência brasileira, em linhas gerais, adota essas premissas quando se vê no dever de avaliar questões referentes à liberdade de expressão do pensamento e o parâmetro da segurança jurídica, sobretudo na sua função de garantia da certeza, confiança e estabilidade do sistema (TORRES, 2012, p. 183-304). O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 511.961-SP², deparou-se com intensa discussão acerca da exigência legal de diploma de nível superior para o exercício da profissão de jornalista³, na forma do Decreto-Lei nº

² Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, julgamento em 17/6/2009, DJe 213, de 13/11/2009.

³ Neste ponto, agradecemos imensamente a contribuição, neste trabalho, do jornalista Heraldo Pereira. Indagado sobre o exercício do jornalismo por pessoas não portadoras de curso superior na área, ele afirmou, inicialmente, ser contrário a qualquer marco regulatório da imprensa. Referiu-se, ainda, à obrigatoriedade do diploma de jornalismo como uma exigência de um Estado de exceção instalado em 1964, que hoje não se sustenta. Mais do que isso, mencionou ser tal exigência muito anterior à rede mundial de computadores, que acabou por tornar a todos comunicadores, que reportam fatos. Para Heraldo Pereira, essa função é e deve ser livre, o que se estende, também, ao ofício dos jornalistas no âmbito de uma pessoa jurídica formal, sob pena de discriminação negativa ilegítima. Segundo ele, o compromisso do jornalista está atrelado às prescrições legais e, se praticar ilícitos, deve responder por eles perante o Poder Judiciário. Ademais, sustenta a vinculação do comunicador com a qualidade e a excelência do produto a ser oferecido à opinião pública, o que está a exigir dos profissionais da imprensa comprometimento com o debate e o aprimoramento teórico “nos diversos ramos do conhecimento humano”. Sugere, por fim, que os jornalistas tenham “uma inserção obrigatória nos ambientes, acadêmicos ou não, em que se busca

972/1969. Naquela ocasião, a Corte posicionou-se pela não recepção dessa exigência pela Constituição Federal, em face do inciso XIII do art. 5º constitucional, consentânea com a reserva legal qualificada e a (des)proporcionalidade da restrição imposta pela condicionante do diploma. Embora o princípio da segurança jurídica só haja sido acenado de forma explícita no voto do Ministro Marco Aurélio, que foi vencido, o entendimento do Tribunal, por sua maioria, tem apoio na estabilização do sistema, em vista da necessidade de equivaler o jornalismo à própria liberdade de expressão. Nesse sentido, a Corte promoveu a segurança jurídica do esquadro normativo, ao afastar verdadeira clivagem entre a exigência do curso superior e a *plenitude* da liberdade de expressão, consoante dicção do art. 220 da Constituição Federal, reforçada no julgamento da ADPF nº 130-DF, em maio de 2009, como se verá no item 3 deste artigo.

Como dito, para os propósitos deste estudo e no que se relaciona à liberdade de expressão do pensamento, Estado de Direito é categoria jurídica diretamente ligada ao plano também jurídico – mas igualmente político e moral – da democracia. Outra, aliás, não é a concepção constitucional, como se extrai do art. 1º, *caput*, do Texto de 1988. Por outro lado, cuida-se de espécie de Estado moldado sob o viés ético, haja vista manter estrategicamente instituições como segurança jurídica, separação de poderes e submissão a direitos e garantias fundamentais. Esse cenário teórico tem influenciado também a jurisprudência brasileira no tratamento das questões ligadas à liberdade de expressão sob o pálio do Estado Democrático de Direito. No

o conhecimento científico”. Heraldo Pereira é radialista e jornalista desde 1978; é advogado, especialista em Direito Público, pelo IDP-DF e mestre em Direito e Estado, pela UnB. De nossa parte, tendo cursado Comunicação Social (UnB, 1977/1980) e exercido a profissão de jornalista (1980-1996) posicionamo-nos igualmente no sentido da desnecessidade do diploma.

Supremo Tribunal Federal, firmou-se o convencimento de que o direito de crítica é uma das facetas de manifestação do pensamento pela imprensa. Mais do que isso, tem-se entendido que o exercício crítico se legitima quando em favor da coisa e da causa pública⁴ e tem o condão de dar sustentação legitimadora ao regime democrático por constituir-se em um de seus “suportes axiológicos”, conforme registra o Ministro Celso de Mello na confecção da ementa do AI nº 690.841 AgR-SP, julgado em 21/6/2011 na Segunda Turma.

Esse delineamento conceitual e referido à liberdade da imprensa leva-nos a tomar a segurança jurídica como consequência lógica e imediata do primado do Direito como sistema autopoietico (DERZI, 2009, p. 34-45). Isso, porém, não conduz à ideia simplista de que sua realização se faz exclusivamente pelo império da lei, a qual se apresenta como uma ferramenta de índole abstrata e genérica que, aliada a outras fontes, costuma ser utilizada pelo juiz para a criação do direito do e no caso. Assim, para a finalidade precípua deste ensaio – investigação em torno da necessidade de marco regulatório específico para o exercício da atividade de imprensa – segurança jurídica é tomada como princípio revelado por sua funcionalidade descrita pelos parâmetros de certeza, confiança e estabilidade sistêmica, a partir da contribuição de Heleno Taveira Torres (2012, p. 183-304). É com essa tríplice função que a segurança jurídica se relaciona normativamente com o postulado do Estado de Direito.

O tema relacionado à liberdade de imprensa merece contornos específicos nessa seara. É que a segurança jurídica, como estrutura normativa, apresenta-se, como visto, na condição de garantia da estabilidade do ordenamento, conferindo previsibilidade aos destinatários

⁴ Implícito, também, o conceito de República.

das normas e confiança na atuação dos órgãos e agentes do Estado (TORRES, 2012, p. 192; ÁVILA, 2012, p. 128-132). Nessa perspectiva, percebe-se o vínculo da ideia de segurança jurídica com o primado da legalidade; mais do que isso, aproxima-se da concepção linear de legalidade estrita ou reserva legal. Não é por outra razão que a questão da segurança jurídica é densamente investigada sob as luzes do Direito Tributário. Entretanto, a esfera da liberdade de imprensa não se circunscreve ao âmbito de conduta do Estado; ao contrário, sua disciplina constitucional é pautada em regras e princípios calibradores da iniciativa privada, ressalvada a hipótese excepcionalíssima de assessorias oficiais de imprensa. Mesmo nesses casos, a atividade não prescinde de um regime mais fluido, maleável, aberto. Aqui, a vontade é a principal fonte geradora de direito, e isso não pode ser desprezado.

De outro lado, o “aperfeiçoamento permanente do Estado Democrático de Direito” como consequência lógica dos aspectos funcionais da segurança jurídica (TORRES, 2012, p. 192) revela-se, no que tange à liberdade de imprensa, como um outro lado da mesma moeda. Se no âmbito do Direito Tributário ou do Direito Penal, pelas vias legislativa e judiciária, o cidadão terá maior segurança jurídica quanto maior for a confirmação de sua legítima expectativa em torno de tratamento jurídico idêntico para as mesmas pretensões, assim não é em relação à atividade de imprensa. E isso ficou estabelecido no julgamento da ADPF nº 130-DF pelo voto condutor do Ministro Carlos Ayres Britto, como pode ser observado no item 4 deste artigo. Ao contrário do que se espera da atuação dos órgãos e dos agentes do Estado – sobretudo em microsistemas binários cuja tutela jurídica importa restrição máxima de bens diante da configuração do ilícito –, a atividade da imprensa, cuja proteção jurídica se dá segundo um código

multifacetado, exige tratamento não padronizado. O fundamento e a consolidação do direito de liberdade perante o Estado operam-se mediante a ratificação do entendimento jurisprudencial baseado na interpretação/integração reiterada do direito legislado. Mesmo as mudanças de posicionamentos encontram limites materiais e instrumentais sistêmicos, a exemplo do direito adquirido, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, além das regras vinculativas para a modulação dos efeitos em sede de controle abstrato. Em contrapartida, na esfera privada, o direito de liberdade ganha consistência e reafirma-se pela ausência ou quase ausência de restrições metodológicas, sobretudo se projetadas prévia, abstrata e genericamente. Outra não foi a leitura do artigo 220 da Constituição Federal levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130-DF, ao estabelecer a dimensão, os contornos e o alcance da liberdade de imprensa pela sua *plenitude*.

3. Segurança jurídica e liberdade

Em 25 de outubro de 2011, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp nº 1.183.378-RS, da relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. A essa altura, o Supremo Tribunal Federal já havia adotado posicionamento favorável ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, pelo julgamento simultâneo, em 5 de maio de 2011, da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF, relatadas pelo Ministro Carlos Ayres Britto. O interesse imediato no precedente do STJ, para os fins deste ensaio, reside no tratamento emprestado ao princípio da liberdade, como postulado de justiça, e sua ligação com a preservação da segurança jurídica por seus propósitos de proteção da certeza, confiança e estabilidade do sistema, o que se fez no âmbito da Quarta Turma do STJ, majoritariamente, pela disposição de, “cumprindo sua

missão de uniformizar o direito infraconstitucional”, não “conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita”⁵. Percebe-se, pela leitura do acórdão, a prevalência dada à liberdade como princípio de justiça. E ainda sua capacidade de, uma vez mantido seu significado segundo a atual plataforma constitucional, influenciar o entendimento sistêmico, para incluir as previsões relacionadas ao direito de família no circuito do Código Civil à vontade constituinte revitalizada pelo STF pela força integrante dos valores.

Assim é que o STJ assimilou a mudança estrutural da família, que passou a adotar “um explícito poliformismo”⁶ com indução ao casamento plural. Foi incisivo ao dizer que é dever do Estado dar especial proteção, como determinado pelo *caput* do art. 226 da Constituição Federal vigente, às famílias de múltiplos e multifacetados arranjos, com registro de que a mais eficaz proteção é a facilitação legislativa da união estável em casamento. Nesse cenário, o julgador da Quarta Turma do STJ aponta para a ampla liberdade franqueada aos cidadãos, pela Constituição, para que façam a melhor escolha da forma como serão constituídas suas famílias. Interessante observar que nesse precedente há explicitação em torno da segurança jurídica mantenedora da certeza, confiança e estabilidade sistêmicas. Trata-se da justificativa aferida pelos artigos 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil brasileiro, que, na visão dos julgadores, não proíbem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. É com essa perspectiva que enfatizaram não se ter como “enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais”⁷. Observa-se que tanto nesse caso como no julga-

mento da ADPF nº 130-DE, a ser explorado com maior profundidade no próximo item, a liberdade é pinçada como parâmetro para as decisões tomadas. Nessa dimensão de primazia, o cerne é a liberdade igual de consciência (RAWLS, 2008, p. 252-260). Para tanto, aplica-se a teoria rawlsiana da justiça como equidade, elaborada a partir de uma releitura compromissada do contrato social. Explica-se: trata-se da adoção de uma metodologia concebida por John Rawls como “véu da ignorância”, para estabelecimento dos princípios de justiça; assim, as pessoas alocadas em uma posição original, sem conhecer as consequências de suas próprias escolhas, realizam-nas para definição dos princípios e, portanto, da essência de justiça (RAWLS, 2008, p. 166). Essa é a pureza da equidade. O respeito incondicional a essas escolhas é a realização constitucional e democrática da justiça. Uma leitura atenta do preâmbulo e do Título I da Constituição Federal brasileira de 1988 deixa entrever que este é o desiderato institucional tanto do Estado quanto da sociedade: democracia constitucional capaz de promover justiça social. E isso só se faz seguindo o raciocínio e a receita ministrada por Rawls (2008, p. 302-303) no sentido de que a liberdade só admita restrição em favor e em nome da própria liberdade. O pensador vai além para enfatizar que a liberdade de pensamento não pode ser sacrificada em prol da liberdade política, esta traduzida como participação potencial e igualitária das decisões políticas (RAWLS, 2008, p. 247).

A questão imposta neste momento é saber quando se trata da liberdade de imprensa e em harmonia com a teoria política de direito e justiça de Rawls (2008), se há liame entre essa plena liberdade e a segurança jurídica no seu papel de garantia da confiabilidade e manutenção da(s) ordem(ns) instituída(s). O primeiro passo para adoção de uma resposta positiva é dado também por Rawls (2008, p. 249) e tem sido aplicado pela

⁵ Item 1 da ementa do REsp nº 1.183.378-RS.

⁶ Item 3 da ementa citada na nota anterior.

⁷ Item 8 da ementa noticiada na nota 8.

jurisprudência, inclusive e sobretudo no julgamento da ADPF nº 130-DF. Ensina o pensador: “é preciso ter em mente que se devem avaliar as liberdades fundamentais em conjunto, como um sistema único”. Duas consequências advêm, portanto, dessas premissas lançadas por John Rawls (2008) quando se analisa a questão da normatividade da liberdade de imprensa no Brasil de hoje. A primeira está relacionada à suficiência do ordenamento jurídico para atender a violações cometidas pelas vias da ilicitude e do abuso no exercício da atividade jornalística. Esta é a posição do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130-DF, conforme explicitado nas notas introdutórias e explicado no item 4 deste trabalho. A segunda ponderação é atinente aos limites instrumentais impostos a propostas legislativas tendentes a regular a imprensa. O Congresso Nacional deve atentar para os contornos apenas moldurais de futura(s) lei(s) que pretendam substituir a Lei nº 5.250/1967.

Essas posturas serão suficientes para a preservação da liberdade da imprensa com sedimentação do postulado da segurança jurídica. É que esse postulado está radicado na ideia de equilíbrio do sistema, de readequação de seus pressupostos, critérios e parâmetros quando há sua provocação por ondas de turbulência normativa, geradoras de incertezas, desconfianças e instabilidade exigentes de um reajuste político e moral. O acionamento do Poder Judiciário, ainda que se estabeleça por mero deslocamento do poder de decisão, vale dizer, em substituição circunstancial e temporal do Poder Legislativo, por sua inação, é um sinal dessa necessidade de nova calibragem do sistema. Mas isso significa, apenas, releitura por novos influxos aos quais não se deve temer. Em abril de 2011, o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas provocações, exerceu esse papel de reequilíbrio, ao reconhecer repercussão geral da questão constitucional consubstanciada na aplicação do Estatuto do

Idoso (Lei nº 10.741/2003) aos contratos celebrados antes de sua vigência, como se vê na ementa do RE nº 630.852 RG-RS, tendo como relatora a Ministra Ellen Gracie e publicada no DJe nº 103, de 31/5/2011. É interessante verificar que a insegurança jurídica não pode ser extraída do fato de haver contratos a serem atingidos por lei editada posteriormente, mas pela incerteza quanto à decisão em torno da (ir)retroatividade da lei. A sua edição, por si só, teve o condão de gerar a dúvida, por conter dispositivos de índole material e processual, além de prescrever um regime especial protetor de uma minoria qualificada. Ao reconhecer a repercussão geral, o Supremo já viabiliza o sinal indutor da segurança na tríplice função garantidora e de possível diálogo retro alimentador da liberdade.

4. Liberdade de imprensa e ausência de marco(s) regulatório(s): o caso da ADPF nº 130-DF

Desde 6 de novembro de 2009, não há no Brasil lei reguladora da imprensa. Isso não significa, porém, que a partir de então tenha sido instaurado um ambiente de insegurança jurídica em relação à atividade da imprensa, seus profissionais e destinatários. Ao contrário, no julgamento daquela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – a ADPF nº 130-DF –, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu balizas e diretrizes para apreciação de fatos e relações da imprensa, o que prescinde de disciplina legal específica. Como vetor principal, fixou o critério seletivo a definir o (in)aceitável na imprensa. Ao fim, reconheceu como totalmente incompatível a Lei nº 5.250/1967 (“Lei de Imprensa”) com a Constituição Federal de 1988.

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) distribuiu no Supremo Tribunal Federal em 19 de fevereiro de 2008 a ADPF nº 130-DF para buscar o reconhecimento de que determina-

dos dispositivos da Lei de Imprensa não haviam sido recepcionados pela ordem constitucional de 1988; outros demandavam interpretação conforme à Constituição. O PDT sustentou lesão aos incisos IV, V, IX, X, XII e XIV do artigo 5º, além dos artigos 220 a 223, todos da Constituição vigente. O autor pediu liminarmente que fossem suspensos os processos e efeitos de decisões judiciais relacionadas ao objeto da ADPF proposta, o que foi deferido pelo Relator, com confirmação parcial posterior do plenário do tribunal.

O Procurador Geral da República opinou pelo acolhimento em parte do pedido e, para o quanto interessa aos fins deste estudo, posicionou-se no sentido de que a retirada da norma do mundo jurídico resolveria uma questão, a da liberdade de imprensa, mas ensejaria um problema. Para o Ministério Público, a declaração de não recepção da Lei nº 5.250/1967 pela atual Constituição geraria “grave insegurança jurídica devido ao constante estado de ameaça à intimidade e dignidade das pessoas”⁸. Assim não é, porém, como se verá.

Conforme adiantado, a inconstitucionalidade integral foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal, com lastro no critério de seletividade espontânea. O Ministro Relator adotou como premissas o caráter absoluto da liberdade conferida pelo texto constitucional à atividade da imprensa e o sistema binário da liberdade com responsabilidade. A fórmula apontada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, ao definir esses pontos e sem abrir mão da força poética do seu discurso, foi a da autorregulação da imprensa, tese que acabou por sagrar-se vencedora no tribunal. Para o Relator, nesse ponto em convergência com o Procurador Geral da República, o suporte normativo dessas referências está na democracia “como categoria jurídico-positiva”⁹.

Até aqui está pautado o núcleo do voto do Ministro Relator daquela, transformado em novo modelo de regulamentação da imprensa no Brasil. Entretanto, é preciso pontuar que outros elementos podem ter sido decisivos na tomada de posição em favor da inexistência de regulamentação específica, com transferência desse poder para o próprio setor de prestação dos serviços de informação. Ao invés da potencial força de seletividade do cidadão, comparece como causa determinante da autorregulação da mídia a prerrogativa exigível pela sociedade de acessar informações produzidas por fontes diversificadas e sem perfil oficial, como adverte Manuel Castells (2010). Trata-se de processo provocado pelo desloca-

⁸ Reproduzido no relatório elaborado pelo Ministro Carlos Ayres Britto e apresentado na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 1/4/2009, ADPF nº 130-DF, p. 1.858.

⁹ No voto do Relator, proferido na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal de 1/4/2009, ADPF nº 130-DF, p. 1.877.

mento das instâncias de poder, o que se dá, sobretudo, pelos fluxos transnacionais de bens, serviços, produtos e tecnologia, aí incluídas a comunicação e a informação em rede.

Há outro fator não enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da mesma ADPF e que, sobre ser decorrente do deslocamento das esferas de poder, é decisivo para a constatação de que não pode existir controle regulatório externo sobre a imprensa. Cuida-se da incapacidade de os Poderes instituídos evitarem a propagação e os efeitos das informações difundidas, dada a velocidade e a eficiência dos meios utilizados. No Brasil, exemplo recente disso é o caso da modelo Daniela Cicarelli, flagrada em cenas íntimas com seu namorado em uma praia da Espanha; na ocasião, houve determinação judicial de retirada do ar do vídeo veiculado pelo Youtube; contudo, a proliferação e a repetição por diversos outros meios tornaram inócua a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰.

Sob esse aspecto também, o Supremo Tribunal Federal deixou de levar em consideração a trajetória de informações globalizadas, cujo procedimento impede sejam adotadas medidas pelo Poder Judiciário em relação à fonte depositária da informação, ainda que possível sua identificação. Ocorre que, nesses casos, as decisões judiciais não podem colocar-se à margem do processo embrionário de internacionalização do direito, cuja repercussão no Brasil é incipiente, ressalvadas algumas contribuições doutrinárias¹¹, mas de baixa aplicação pelo Poder Judiciário.

¹⁰ Trata-se do Agravo de Instrumento nº 488.184-4/3-SP, Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28/6/2007.

¹¹ Entre essas contribuições, pode ser citado o livro *Transconstitucionalismo*, de Marcelo Neves (2009), e o grupo de pesquisa *Internacionalização do Direito*, liderado por Marcelo Varella.

Ainda em relação à parte nuclear do voto do Relator, observa-se que a democracia tomada como base da decisão ao final adotada pelo Supremo Tribunal Federal não condiz com os resultados pretendidos e obtidos a partir do julgamento da ADPF nº 130-DF. É que a democracia pinçada pelo Ministro Relator e sugerida no parecer do Procurador Geral da República se identifica, como estrutura jurídico-normativa e como projeto político, com os ideais do Estado do Bem-Estar Social, conforme se depreende da vontade constitucional. No entanto, no âmbito da sociedade em rede, inspiradora da ampla liberdade da imprensa e libertadora de suas amarras regulatórias, a democracia do Estado Liberal ou do Estado Social apresenta-se em crise (ou a liberdade plena não seria admitida em favor da imprensa), mostrando-se imprescindível a reconstrução do projeto político democrático, o que se fará, segundo Manuel Castells (2010), pela revelação do que ele nominou de “democracia informacional”. Tem-se, pois, certo descompasso entre a decisão do Supremo Tribunal Federal e a realidade subjacente ao objeto daquela ADPF, especificamente no que respeita ao fundamento da democracia.

Em complemento a seu núcleo estruturante, o voto do Relator fixa as balizas objetivas para a convivência entre a liberdade plena da imprensa e direitos de personalidade. O Ministro Carlos Ayres Britto deixa claro que os únicos mecanismos admissíveis são “o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal” (ADPF nº 130-DF, p. 1.885). Vai além o Relator ao estabelecer, no âmbito cível, o parâmetro da proporcionalidade da indenização, sob pena de elisão da liberdade de imprensa. Sinaliza, ainda, para a necessária modicidade da reparação pecuniária quando o ofendido for agente público, que “está sob permanente vigília da cidadania” (ADPF nº 130-DF, p. 1.886), o que lhe impõe condutas de aparente legalidade e legitimidade.

Vê-se, pois, que para tanto não é necessária regulamentação específica para a atividade da imprensa, uma vez que o sistema jurídico-normativo tem contornos suficientes já na Constituição Federal tanto quanto no Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e, se for o caso, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Apesar dessa moldura tecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da mesma ADPF, há vozes no Brasil que a entendem insuficiente; sustentam, no caso, que a decisão de afastamento integral da Lei nº 5.250/1967 deixa um vazio jurídico no que concerne ao direito de resposta. Mais do que isso, esses pensadores avaliam que a compensação pecuniária pela lesão experimentada em razão de conduta praticada pela imprensa é insuficiente à íntegra reparação, sobretudo por não impedir a violação à honra. Essa a visão do Desembargador Federal do TRF da 3ª Região Newton De Lucca, que sugere mudança na Constituição Federal para a adoção do “habeas mídia”, remédio constitucional por meio do qual o cidadão poderia “proteger o seu patrimônio de honra” (DE LUCCA, 2013). A nosso ver, na modalidade repressiva, o mecanismo sugerido encontraria os óbices já mencionados e consistentes na inocuidade de decisões judiciais após a divulgação da(s) matéria(s). Em sentido contrário ao pensamento do autor, o “habeas mídia” na modalidade preventiva significaria censura prévia.

Questão importante a ser avaliada é a atinente à extensão do direito de resposta, como fórmula jurídica, prevista constitucionalmente e ratificada pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130-DF. Também sob esse aspecto, entendemos deva haver proporcionalidade da medida reparadora em relação ao dano provocado. Além disso, é importante que haja margem de liberdade para que medidas diversas possam ser tomadas a título de resposta à conduta lesiva; a reação não deve cingir-se à mera reprodução da decisão judicial em que se reconheceu o dano e suas consequências. Exemplo recente e de aplicação correta da amplitude do direito de resposta é a sentença prolatada em 24/1/2013, pelo Juiz Federal da 5ª Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo, Paulo Cezar Neves Junior, que condenou a Rede Bandeirantes de Televisão e a União Federal a adotarem medidas específicas por ofensas às pessoas ateias praticadas pelo apresentador José Luiz Datena no programa “Brasil Urgente” em 27/7/2010. Tal comportamento provocou a iniciativa do Ministério Público Federal, por meio de ação civil pública objeto da sentença. O julgador fez estudo detalhado sobre a extensão do direito de resposta, embora tenha reconhecido vácuo legislativo acerca da matéria desde o julgamento da ADPF nº 130-DF. Com base na variante do direito de retificação, determinou à emissora a veiculação de esclarecimentos à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência

e de crença no Brasil durante o mesmo tempo utilizado para veiculação das declarações reconhecidas como preconceituosas (BRASIL, 2012)¹².

Também na esfera criminal há limitações rígidas estabelecidas no sentido de que não existam diferenças de tipificações penais nas hipóteses em que o agente ofensor for jornalista. Tal discrimen é, na visão do Ministro Relator, afronta ao grau de plenitude da liberdade de imprensa. Nessa plenitude o Relator destaca a imprescindibilidade de garantir-se ao comunicador a possibilidade de revelar-se pelo seu trabalho; enaltece o papel da ironia, da descrença, do agnosticismo, do anarquismo, do holismo, da utopia e do surrealismo. Esse mesmo entendimento foi utilizado pelo Ministro Carlos Ayres Britto que também foi o Relator na ADI nº 4.451-DF em que se acolheu pedido da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) para suspender a eficácia de partes do art. 45 da Lei nº 9.504/1997. Esse dispositivo impunha restrições ao humor jornalístico em época de eleições.

Quanto à discriminação legal limitadora da atividade jornalística, merece reflexão a possibilidade, em tese, de instituir-se um sistema de imunidades em favor dos jornalistas, a exemplo dos permissivos normativos no Brasil em prol dos parlamentares e advogados¹³. Atualmente, há avanço próximo nesse sentido mediante a inclusão no texto do anteprojeto do novo Código Penal no sentido de afastar-se a tipicidade dos crimes de injúria ou difamação nas hipóteses de opinião desfavorável da crítica jornalística, em equiparação à crítica literária, artística ou científica, como se vê do inciso II do artigo 141 do anteprojeto. Esse dispositivo avança mais em favor da proteção à atividade da imprensa, ao também afastar a tipicidade na hipótese de relato ou divulgação de fato atinente ao interesse público, conforme inciso IV do mesmo artigo 141.

O voto do Relator da ADPF nº 130-DF sinaliza para a proteção integral do chamado núcleo duro da liberdade de imprensa, que se traduz em dupla dimensão do direito aí previsto: o tempo de seu exercício e o tamanho de seu conteúdo. A leitura do Ministro Carlos Ayres Britto em

¹² Trata-se do Processo nº 0023966-54.2010.403.6100. Tramita no Parlamento o Projeto de Lei nº 141/2011, com origem no Projeto de Lei nº 3.779/1997, de autoria do Senador Roberto Requião (PMDB-PR), que regulamenta o direito de resposta ao agravo; o referido projeto é, inclusive, mencionado pelo Juiz Federal Paulo Cezar Neves Junior na sentença aqui noticiada. Em 22/8/2012 condenamos, na 23ª Vara Cível de Brasília, a empresa Sistema Brasileiro de Televisão (SBT) a veicular a sentença no “Programa do Ratinho” por ofensas irrogadas a um Subprocurador Geral do Distrito Federal; a condenação deu-se a título de direito de resposta, em atendimento ao pedido do autor, que ainda teve o pleito de compensação pecuniária acolhido e à ordem de R\$ 50.000,00. Cuida-se do Processo nº 2012.01.1.086634-4 e que se encontra em grau de recurso junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal por meio da Apelação Cível nº 20120110866344.

¹³ Agradeço ao meu orientador no programa de doutoramento, Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr., pela contribuição, nesse ponto específico, ao mencionar sua intenção de futuramente produzir trabalho científico em defesa da imunidade dos jornalistas.

torno dos dispositivos constitucionais, sob esse aspecto, aponta para proibição integral à atuação legislativa em limitar essa barreira nuclear da liberdade de informação jornalística, o que não prescinde de contornos explicitados pelas circunstâncias de cada caso concreto. Desse espectro ainda decorre outra consequência, a da interação entre imprensa e sociedade civil; para o Relator, esse fluxo comunicativo não admite a intervenção do Estado, notadamente por ser missão da imprensa o controle do Estado, e não o contrário. Guardadas as devidas proporções, o voto do Relator parece ter-se inspirado, dentre outras, nas constatações de David Harsanyi (2011), ao insurgir-se contra o que chamou de “Estado Babá”.

Sob esse prisma, extrai-se o comando dispositivo do voto do Relator ao prescrever a proibição normativo constitucional de edição de uma “lei de imprensa” com pretensões organicistas ou estatutárias. Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto, “não há espaço constitucional para movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa” (ADPF nº 130-DF, p. 1.906), culminando por tomar a Lei nº 5.250/1967, na sua integralidade, como não recepcionada pela Constituição de 1988. Essa decisão, contudo, foi complementada por duas indagações do próprio Relator: se há dispensa pelo texto constitucional de qualquer tentativa de regulamentação do direito de resposta; e se deve prevalecer o regime de prisão especial para os jornalistas na forma como definido pela antiga lei de imprensa. A título de “explicação”, o Ministro Gilmar Mendes adiantou seu posicionamento no sentido de que o direito de resposta reclama disciplina regulatória, visto tratar-se de matéria que não se poderia “simplesmente entregar a qualquer juiz ou tribunal a construção do que é o direito de resposta num setor extremamente sério, grave” (ADPF nº 130-DF, p. 1.920). Na análise

do Ministro Gilmar Mendes, do modo como foi posta a questão pelo voto do Relator, apenas a liberdade de imprensa estaria sendo prestigiada, em prejuízo da dignidade da pessoa humana e do respeito à imagem das pessoas. Vale registrar, porém, que a linha de argumentação do Ministro Relator teve por fundamento o alcance da liberdade de imprensa pelo conteúdo jurídico da dignidade humana, o que põe por terra o fundamento trazido pelo Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Menezes Direito aderiu ao voto do Relator, embora também haja delimitado necessária conformação da liberdade de imprensa com a categoria jurídica da dignidade humana que lhe tem precedência. Para o Ministro, a liberdade de expressão constitui-se em elemento componente do conceito de democracia política e é aceita pelo acervo constitucional como instituição e não como direito (ADPF nº 130-DF, p. 1.928). Não há no voto do Ministro Menezes Direito, apesar dos aportes teóricos em Ronald Dworkin (2006) e Owen M. Fiss (2005), posição tomada em relação à (des)necessidade de regulamentação legislativa acerca da atividade da imprensa; o Ministro limitou-se a reconhecer a inarredável mediação estatal para dirimir conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, por intermédio da Suprema Corte, o que não contribui para o debate pretendido neste estudo. De outro lado, mencionou a incompatibilidade de diploma legislativo de caráter punitivo ou impeditivo da liberdade de imprensa com a atual ordem constitucional, com ratificação da ideia de que esse novo regime só se amolda a uma instância mediadora do Estado em favor da convivência da liberdade de expressão com o postulado da dignidade humana (ADPF nº 130-DF, p. 1.931). Não avançou, porém, o Ministro Menezes Direito na questão da desnecessária atividade legislativa infraconstitucional de regulamenta-

ção da imprensa e seu embate diante do resguardo da segurança jurídica como missão do Direito.

Ainda que de forma reflexa, a Ministra Cármen Lúcia, ao apresentar aditamento a seu voto previamente preparado, deixou entrever ser favorável à edição de norma infraconstitucional regulamentadora da imprensa, com a justificativa de que “em muitos Estados Democráticos contam com lei de imprensa nem por isso são considerados antidemocráticos” (ADPF nº 130-DF, p. 1.936). A julgadora preparou voto escrito baseado em precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para demonstrar que, ao longo do tempo, diversos dispositivos da Lei nº 5.250/1967 vinham sendo considerados incompatíveis com a ordem constitucional vigente. No mais, a Ministra Cármen Lúcia produziu estudo comparativo da norma questionada com a Constituição de 1967 e sua Emenda 1/1969, além de fazer o mesmo trabalho investigativo tomando como elemento de parametricidade a Constituição de 1988.

A melhor contribuição da Ministra Cármen Lúcia, entretanto, está no mencionado aditamento a seu voto, em que ela enfatiza três pontos de sustentação de sua linha de raciocínio; inicialmente, deixa clara sua percepção em torno da aproximação conceitual, sob o ponto de vista do Direito, entre as categorias da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana¹⁴, que não podem ser tratadas “como se fossem dados adversos” (ADPF nº 130-DF, p. 1.935). Em seguida, a Ministra Cármen Lúcia prioriza a democracia como fundamento do texto constitucional, o que elide qualquer possibilidade de restrição. A princípio, essa linha de argumentação parece mostrar-se incoerente com a sinalizada autorização teórica e sistêmica para a elaboração de lei regulatória da imprensa. Contudo, uma outra vertente da posituação reguladora da imprensa pode ser aceita, a exemplo da intervenção do Estado para conter a pressão do mercado sobre a imprensa. É que, na visão de Owen Fiss (2005, p. 101), essa pressão acaba por flexibilizar a autonomia econômica e jurídica ostentada pelos meios de comunicação, o que nos Estados Unidos é incontestável em relação ao ente estatal. O terceiro ponto levantado no aditamento ao voto da Ministra Cármen Lúcia é exatamente a existência de leis regulamentadoras da atividade de imprensa, sem que, contudo, haja posição tomada em favor da necessária regulação para o fomento da segurança jurídica, tema objeto do presente estudo.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu igualmente o voto do Relator, mediante manifestação simples, com fundamento basilar na

¹⁴ Sob esse aspecto, discordamos da Ministra Cármen Lúcia, ao visualizar no voto do Ministro Menezes Direito o mesmo posicionamento; como dissemos acima, o Ministro traça uma linha de hierarquização dos princípios, com precedência da dignidade humana sobre a liberdade de imprensa.

incompatibilidade da Lei nº 5.250/1967 com o que denominou “tripé axiológico” (ADPF nº 130-DF, p. 1.939) composto pelos princípios federativo, republicano e democrático. Para o Ministro, a normatividade constitucional é suficiente, deixando expresso seu entendimento de que uma lei infraconstitucional reguladora da imprensa é desnecessária e até inapropriada, “visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução” (ADPF nº 130-DF, p. 1.941). Nesse contexto, o Ministro sinaliza para a existência exclusiva de conflitos concretos a serem dirimidos pelo Poder Judiciário. Merece destaque a parte do voto do Ministro Lewandowski em que ele busca reforçar seu discurso pelo uso do Direito comparado e registra a inexistência de legislação reguladora da imprensa nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Austrália.

A questão nesses países, contudo, não é pacífica sob o ponto de vista da prescindibilidade de um marco regulatório da imprensa. A obra de Owen Fiss (2005) é um convite explícito ao debate acerca do espectro e da dimensão a ser emprestada à Primeira Emenda à Constituição norte-americana. A pesquisa traça os contornos das duas teorias construídas no sistema americano em torno da liberdade de expressão: a teoria libertária e a teoria democrática. Em linhas bem gerais, a primeira tutela o direito do emissor da mensagem, que não pode sofrer qualquer restrição ou limitação, sob pena de inconstitucionalidade. Já a teoria democrática tem por eixo protegido o receptor da mensagem, que está a exigir “uma regulação estratégica do Estado, de forma a criar uma cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno”, conforme lançam Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto¹⁵. As teorias investigadas por Fiss (2005) são aqui no Brasil visitadas por Edilson Farias (2004, p. 65-74) sob a denominação de concepções subjetiva e objetiva da liberdade de expressão e comunicação. Essa vertente teórica, porém, não pode ser confundida com a dupla dimensão (subjetiva e objetiva) da liberdade de imprensa construída pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que “interpreta as liberdades de expressão e de imprensa [...] de duas formas: como um direito subjetivo fundamental e como uma instituição ou garantia institucional”, como lembra o Ministro Gilmar Mendes no seu voto (ADPF nº 130-DF, p. 2.055).

No Reino Unido, a matéria também está longe de ser tranquila. A imprensa é autorregulada, o que se dá pela intervenção da Comissão Britânica de Queixas à Imprensa (“Press Complaints Commission” – PCC), órgão formado por representantes das empresas de comunicação, que tem como conjunto normativo o Código de Conduta Editorial (“The

¹⁵ No prefácio à obra de Owen M. Fiss (2005, p. 7).

Code of Practice”). No entanto, em 2011, após o escândalo das escutas ilegais feitas pelos jornais de Rupert Murdoch, foi aberto inquérito presidido pelo Juiz Brian Leveson; em novembro de 2012 foi entregue o relatório dessa investigação pelo qual foi sugerida a criação de órgão externo de controle da imprensa, além da edição de lei regulatória, o que vem dividindo o governo e o Parlamento ingleses. É fato que no relatório não há qualquer evidência de censura oficial ao conteúdo de matérias jornalísticas, ao lado de ser a proposta voltada à separação da imprensa do Estado e da indústria, mas está prevista regulamentação da atividade por meio de lei (DINES, 2013).

O Ministro Joaquim Barbosa, ao emitir seu voto na ADPF nº 130-DF, foi enfático ao posicionar-se pela possibilidade de atuação positiva (e proativa) do Estado em relação à imprensa, ao lado de valer-se da obra de Owen Fiss (2005) para filiar-se à teoria democrática antes abordada. Entendeu ser omissivo o voto do Relator no que concerne à “ótica dos destinatários da informação” (ADPF nº 130-DF, p. 1.948); para o Ministro Joaquim Barbosa, o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Carlos Ayres Britto erigiu-se “apenas à luz dos interesses dos produtores da informação” (ADPF nº 130-DF, p. 1.948). Ainda segundo Joaquim Barbosa, o Estado deve intervir como agente libertador de canais de expressão obstruídos e que acabam por silenciar e marginalizar grupos minoritários. O Ministro divergiu do Relator por entender terem sido recepcionados pela Constituição os artigos 20, 21 e 22 da Lei nº 5.250/1967; para ele, o tratamento em separado das figuras penais da calúnia, injúria e difamação, quando praticadas pela imprensa, encontra eco no texto constitucional. Mais à frente, após o voto da Ministra Ellen Gracie, o Ministro Joaquim Barbosa retificou seu voto (ADPF nº 130-DF, p. 1.969-1.971) para introduzir o pensamento segundo o qual o parágrafo 1º do art. 1º da antiga lei de imprensa também seria compatível com a Constituição de 1988; nesse viés, o Ministro posicionou-se – explícita e politicamente – em abono à tese de que a ordem constitucional vigente não dá abrigo à apologia de preconceitos de raça ou de classe.

Trata-se da tese de inconstitucionalidade do discurso de ódio, como defendida por José Emílio Medauar Ommati (2012), para quem a proibição do racismo na Constituição Federal é norma “necessária para a implementação da igualdade e liberdade” (OMMATI, 2012, p. 76), categorias que o pesquisador não visualiza como estruturas antagônicas, mas reconciliadas sob o manto do Estado Democrático de Direito. Para tanto, ampara-se em Jürgen Habermas (1997), com a ideia de que se cuida de “dois princípios (que) são equiprimordiais ou co-originários” e, ainda, em Ronald Dworkin (2012, p. 91), para quem “a igualdade é a sombra que cobre a liberdade”.

Sob esse aspecto, há interessante caso em tramitação no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em que dois jornalistas travam litígio nas áreas cível e criminal; um dos jornalistas apresenta-se como vítima da prática de racismo encetada pelo outro, que teria tecida várias considerações sobre a carreira do colega de profissão. Nessas considerações, há menção à cor negra do jornalista apontado como vítima das palavras do outro que se referiu a ele, dentre outros comentários, a alguém “preto de alma branca”. No âmbito cível, as partes compuseram acordo, com o compromisso do jornalista autor das matérias de publicar notas explicativas e pagar valor compensatório direcionado a uma instituição de caridade. Segundo o autor da demanda, houve descumprimento do acordo; a questão já foi decidida em segunda instância em sede de agravo de instrumento¹⁶, confirmando-se o inadimplemento pelo autor das matérias consideradas ofensivas. Na seara criminal, houve absolvição e desclassificação de racismo para injúria real, na primeira instância, e o processo encontra-se em grau de recurso¹⁷.

O voto subsequente é do Ministro Cezar Peluso; de forma sucinta, o julgador posicionou-se favorável à edição futura de uma lei de imprensa considerada “coisa perfeitamente compatível com o sistema constitucional” (ADPF nº 130-DF, p. 1.961). O Ministro Peluso adotou a tese de que não há direito absoluto na Constituição, e o próprio esquadro normativo prevê as limitações e restrições à liberdade ampla da imprensa. O Ministro não relaciona a elaboração legislativa infraconstitucional à segurança jurídica como postulado do Direito, mas faz ressalva de que até o advento da lei, o Judiciário deve ser o “locus” de decisões acerca de questões atinentes ao exercício da atividade de imprensa, o que, a princípio, não precisava ser dito.

Igualmente favorável à regulamentação legislativa infraconstitucional, no que diz respeito ao direito à liberdade de imprensa, a Ministra Ellen Gracie seguiu a divergência inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa. Foi categórica ao posicionar-se contrária ao que chamou de “completa blindagem legislativa” (ADPF nº 130-DF, p. 1.965) da liberdade de imprensa; para a Ministra, a ausência de legislação implica proteção absoluta desse direito em detrimento das garantias da intimidade, vida privada, honra e imagem de terceiros. Significa, ademais, priorizar e hierarquizar direitos fundamentais, o que não tem leito no texto constitucional. Com esse mesmo argumento, a Ministra Ellen Gracie rejeitou a ideia sugerida

¹⁶ Cuida-se do Agravo de Instrumento nº 20120020224527, da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

¹⁷ Trata-se da Apelação Criminal nº 2010011117388-3, da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

pelo Relator em torno de uma “calibragem temporal ou cronológica” da liberdade de imprensa (ADPF nº 130-DF, p. 1.966).

Boa parte da doutrina tem abordagem próxima ao entendimento desenvolvido pela Ministra Ellen Gracie em torno do caráter de garantia institucional emprestado pela Constituição à comunicação social que não prescinde da iniciativa do Poder Legislativo. Edilson Farias (2004, p. 196-197) é quem mais se aproxima da ideia de que a falta de regulamentação nesse campo gera insegurança jurídica, ao reconhecer que essa inércia do legislador implica inconstitucionalidade por omissão. A entender-se nesse sentido, deverá ser reconhecido que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130-DF, chancelou conduta omissiva do legislador frente ao texto constitucional.

Fundado em estudo desenvolvido por René Ariel Dotti¹⁸, o Ministro Marco Aurélio, vencido no julgamento, entendeu como integralmente improcedente o pedido do autor da ADPF nº 130-DF. Sua linha de raciocínio tem três pilares: inicialmente, a ausência de interesses e interessados no vácuo normativo; a seguir, a desnecessidade de declaração genérica e abstrata de incompatibilidade da Lei nº 5.250/1967 com a Constituição vigente; e, por fim, a inexistência de preceito fundamental violado pela mencionada lei. Segundo Marco Aurélio, os jornalistas, os jornais e a cidadania brasileira não são beneficiários da falta de marco regulatório da imprensa; para o julgador, essa ausência “só

¹⁸ René Ariel Dotti foi relator da comissão de juristas e jornalistas instituída para elaborar o anteprojeto de lei de imprensa da OAB. Os outros membros foram Evandro Lins e Silva (presidente), João Luiz Faria Neto, Leônidas Rangel Xausa, Luiz Francisco de Carvalho Filho e Manoel Alceu Ferreira. O documento produzido pela comissão foi publicado no Diário do Congresso Nacional, edição de 14/8/1991, Seção II, p. 4.763. Sugere-se a leitura da “Carta Aberta ao Ministro Marco Aurélio – O controle democrático da liberdade de informação”, escrita por René Ariel Dotti em 1º/5/2009, destacando a importância do voto vencido do ministro e defendendo a edição de nova “lei de imprensa”.

leva à babel, à bagunça, à insegurança jurídica” (ADPF nº 130-DF, p. 1.982). Mais do que isso, sustenta que, desde a entrada em vigor da atual Constituição, os juízes foram capazes de afastar, pontual e circunstancialmente, os dispositivos da Lei nº 5.250/1967 não harmônicos com o texto constitucional. No mais, o Ministro Marco Aurélio chega a desafiar a Corte a apontar o preceito fundamental na Constituição atingido pela aplicabilidade da lei de imprensa. O desafio, de uma certa forma, foi aceito pelo Ministro Gilmar Mendes que, logo no início de seu voto, fixou os parâmetros de controle nos preceitos fundamentais dos incisos IV, V, IX, XIII e XIV do artigo 5º e os artigos 220 a 223, todos da Constituição Federal (ADPF nº 130-DF, p. 2.043).

Para os fins deste trabalho, deve ser destacado o segundo ponto do voto do Ministro Marco Aurélio que, em última análise, está ligado ao primeiro núcleo de seu pronunciamento. Há incoerência interna no voto, na medida em que o julgador considera suficiente o trabalho dos juízes em analisar conflitos atinentes à liberdade de imprensa com base nas circunstâncias concretas dos casos (ADPF nº 130-DF, p. 1.973) e, ao mesmo tempo, mas contrariamente, reputa temerário deixar-se à margem de apreciação do Poder Judiciário o contingente de questões relacionadas ao tema (ADPF nº 130-DF, p. 1975). Sob esse último aspecto, o ministro remete a responsabilidade, em caráter prospectivo, ao Parlamento para que promova a substituição da Lei nº 5.250/1967 (ADPF nº 130-DF, p. 1.981-1.982).

O voto do Ministro Celso de Mello não foi inovador em relação a seus posicionamentos anteriores na Corte; ao contrário, houve repetição de julgados coletivos e monocráticos, escudados, sobretudo, no direito/dever de crítica por parte da imprensa. Essa prerrogativa, na visão do ministro, não pode sofrer limitação prévia

imposta pelo Estado, ressalvadas as hipóteses de abuso aferidas em juízo posterior e pelo Judiciário. O ministro extremou sua posição acerca da liberdade de imprensa no papel do emissor da mensagem, ao sustentar que a atividade compreende as potencialidades do direito de informar, buscar a informação, opinar e criticar (ADPF nº 130-DF, p. 1.986). A toda evidência, filia-se à corrente libertária (ou subjetiva), sem dar importância à figura do receptor da mensagem, fonte de preocupação do voto do Ministro Joaquim Barbosa, como já analisado. Celso de Mello, porém, deixa em aberto a possibilidade de atividade legislativa tendente à proteção dos atributos da personalidade e de banimento do discurso de ódio (ADPF nº 130-DF, p. 1.996-1.997). No mais, preocupa-se em deixar o salvo, mesmo diante do “juízo *negativo* de recepção da Lei de Imprensa”, o direito do sigilo da fonte (ADPF nº 130-DF, p. 2.021), elemento conformador do sigilo profissional reconhecido aos jornalistas.

Diferentemente de outros votos, a manifestação do Ministro Celso de Mello destaca importância para o ponto relativo ao direito de resposta. Nesse sentido, prioriza dois aspectos: a suficiente densidade normativa na Constituição Federal e o poder-dever dos magistrados de fazer valer a garantia de resposta diante do abuso do direito de imprensa, ainda que à míngua de “regramento legislativo” momentâneo ou permanente (ADPF nº 130-DF, p. 2.034).

O último voto¹⁹ foi do então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes. Diversamente do pronunciamento anterior e na linha de convicção do Desembargador Revisor, o Ministro Gilmar Mendes afir-

ma que o direito de resposta “exige inequívoca regulamentação legislativa” (ADPF nº 130-DF, p. 2.065). Para ele, embora a atual Constituição, destoando dos textos estrangeiros mais modernos e das Cartas brasileiras anteriores, não mencione autorização expressa da intervenção do legislador infraconstitucional, a inteligência do art. 220 deixa entrever a previsibilidade de reserva legal qualificada, desde que não se edifiquem embaraços ao exercício da liberdade de imprensa. Segundo Gilmar Mendes, entendimento em sentido contrário importa “leitura rasa do texto constitucional” (ADPF nº 130-DF, p. 2.063-2.064) e tratamento simplista e até simplório do tema (ADPF nº 130-DF, p. 2.066).

Em sentido diametralmente oposto ao pensamento desenvolvido pelo Relator da ADPF nº 130-DF, o Ministro Gilmar Mendes deixa entrever que a Constituição não ostenta capacidade suficiente para regular as atividades de comunicação social. Sustenta ele não ser bastante a existência de normas constantes da legislação civil, penal e processual (ADPF nº 130-DF, p. 2.087). Vai além para pontuar que até a edição de nova moldura legislativa infraconstitucional, a Lei nº 5.250/1967 “continua sendo uma garantia da própria liberdade de imprensa e de direitos fundamentais” (ADPF nº 130-DF, p. 2.090). Ao finalizar seu voto, o Ministro Gilmar Mendes assume posição favorável à manutenção da legitimidade dos artigos 29 a 36 da revogada lei de imprensa sob o argumento de que seu afastamento do ordenamento jurídico terá o condão de instaurar “um quadro de extrema insegurança jurídica, que afetará a todos” (ADPF nº 130-DF, p. 2.104).

Entretanto, desde a decisão do Supremo Tribunal Federal até os dias atuais, como visto, o Poder Judiciário tem decidido casos relacionados à liberdade de imprensa e seu aparente conflito com outros direitos fundamentais, inclusive com reconhecimento do direito de

¹⁹ Quando do início do julgamento, o Ministro Eros Grau, após o voto do Relator, adiantou seu posicionamento, para acompanhar na íntegra o voto do Ministro Carlos Ayres Britto e declarar a não recepção integral da Lei nº 5.250/1967.

resposta a ser exercido pelas vítimas de abusos praticados pela imprensa. Isso se vem operando à luz da Constituição, por seu artigo 5º, inciso V, independentemente de regramento legislativo. Tal fato, aliado aos posicionamentos lançados no julgamento daquela ADPF, enseja reflexão em torno da necessidade – ou não – de novas regras infraconstitucionais para a prática da atividade de imprensa, sobretudo o exercício do direito de resposta. A investigação sobre os projetos atinentes ao tema e em trâmite no Poder Legislativo, certamente, poderá desvendar o mistério.

É o que se passa a fazer.

5. Propostas de novos marcos regulatórios para a liberdade de imprensa: a segurança jurídica em jogo

O principal projeto de lei em trâmite na Câmara do Deputados, mas oriundo do Senado Federal, voltado a disciplinar a liberdade de imprensa é o PLS nº 3.232/1992, de autoria do Senador Josaphat Marinho, do PMDB da Bahia. O projeto tinha como objetivo imediato revogar a Lei nº 5.250/1967, o que acabou sendo precipitado pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento da ADPF nº 130-DF, quando a proposta legislativa já tramitava havia cerca de dezessete anos. Não se pode dizer, contudo, que a proposição perdeu seu objeto, porque a iniciativa não se limita à revogação da antiga lei de imprensa, mas tem também o escopo de regulamentar a atividade de comunicação social segundo o regramento da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, há vinte e dois projetos apensados ao PLS nº 3.232/1992; neste estudo interessam de perto as iniciativas voltadas à regulamentação genérica da atividade de imprensa, como é o caso daquele PLS, eventuais proposições destinadas à regulação do direito de resposta e/ou exercício do direito de compensação pecuniária por danos causados em decorrência do exercício abusivo da liberdade de expressão do pensamento, além de projetos voltados à disciplina da divulgação do pensamento pela internet. Em contrapartida, não serão analisadas as propostas apenas modificadoras da Lei nº 5.250/1967, estas sim atingidas pela perda de objeto em razão do julgamento daquela ADPF. Quanto a estes, contudo, deve ser destacado o PL nº 2.937/2000, de autoria do Deputado Lincoln Portela (PSL-MG); embora seja proposta voltada à alteração dos artigos 1º e 7º da Lei nº 5.250/1967, permanece apensado ao PL nº 3.232/1992 para votação em plenário. Essa proposição, ao menos por meio de sua justificação, poderá colaborar para o debate em torno da necessidade de regulamentação da atividade de imprensa no Brasil para além do marco normativo constitucional. Trata-se de projeto que pretende estabelecer proibição de propaganda de incentivo à prostituição infantil e

de adolescentes, bem como de adultos, inclusive por telefone, internet ou qualquer outro meio de comunicação de massa. O projeto pretende, ademais, seja proibida a divulgação de qualificações de pessoas acusadas de crimes relacionadas à religião, opção sexual, parentesco, agremiação a que pertence ou demais opções individuais que “possam de alguma forma caracterizar discriminação”.

Essas questões, apesar de não mais poderem ser avaliadas à luz da revogada lei de imprensa, ainda tendem a suscitar importante discussão, o que demandará análise séria acerca do conceito de “liberdade negativa”, seus limites e implicações, conforme lançado por Isaiah Berlin em Oxford, em aula inaugural em 1958, de que nos dá notícia Ronald Dworkin (2006, p. 344-345), o qual em tradução do pensamento de Berlin, diz que a “liberdade negativa [...] significa não ser impedido pelos outros de fazer o que se deseja fazer” (DWORKIN, 2006, p. 345). Assim, quando o Parlamento se debruçar sobre a apreciação da nova proposta reguladora da imprensa terá, entre outros desafios, o de debater, se ultrapassada a barreira da desnecessidade da lei em si, sobre as possibilidades de censura ao discurso do ódio racista e sexista e da pornografia, aqui tomada no sentido mais amplo e geral. Neste ensaio, defendem-se as ideias de que a regulamentação legislativa, na forma como tem sido desenhada pelo projetos em trâmite, é desnecessária, já que o esquema constitucional é suficiente a resguardar a segurança jurídica²⁰. Mais do que isso, defende-se a perspectiva de que qualquer tipo de censura é incompatível com o regime democrático. Os abusos ensejadores de danos e delitos já têm balizas suficientes, inclusive como solucionadoras dos conflitos internos da liberdade, no ordenamento jurídico em vigor. O ajuste dessas balizas nos casos concretos é tarefa do Poder Judiciário.

O PL nº 2.937/2000 traz à tona reflexão em torno da restrição da liberdade negativa pelo exercício da liberdade na sua dimensão positiva. Sob este último aspecto, a liberdade é predicada na capacidade de participação dos cidadãos nas decisões públicas, inclusive a possibilidade de limitação da liberdade negativa (DWORKIN, 2006, p. 345). Ocorre que o mencionado projeto de lei tem por escopo proibir a propagação da pornografia com crianças e adolescentes; entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.069/1990, já contém essa proibição, ao capitular como crimes situações de uso de imagens de crianças e adolescentes em “cena de sexo explícito ou pornográfica”; conforme disposição de seus artigos 240 a 241-E. Ainda que se admita o projeto de lei para beneficiar pessoas adultas vítimas de uso da imagem em pornografia, tem-se

²⁰ Em sentido contrário, embora em contextos espaço-temporais diferentes, Owen Fiss (2005).

que a questão igualmente já está disciplinada como delito na esfera criminal pela tipificação descrita no artigo 234 do Código Penal. Não se pode, porém, deixar de registrar posições doutrinárias favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade tácita desse dispositivo legal, como sustenta Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 176-178), em defesa do direito à pornografia (SILVA, p. 178-179), tema discutido com profundidade por Dworkin (2000, p. 497-554) sob o prisma da igualdade.

O propósito imediato da presente investigação neste item é a análise da oportunidade de edição de leis reguladoras do direito de resposta e/ou compensação ou reparação de danos decorrentes de abusos da imprensa no exercício de seu poder/dever de informar. Há nove projetos de lei voltados para esse objetivo. Duas dessas propostas datam de 1991; trata-se dos PLs nºs 1.539 e 2.065 de autoria dos Deputados Cardoso Alves (PTB-SP) e Mavial Cavalcante (PRN-PE), respectivamente. O primeiro projeto pretende regulamentar o artigo 5º, inciso V, e o outro, o inciso X do mesmo dispositivo constitucional. A iniciativa do Deputado Cardoso Alves está lastreada na possibilidade de pessoas físicas e jurídicas vítimas de crimes contra a honra serem indenizadas com quantias prefixadas legalmente no âmbito do juízo criminal. A justificativa do projeto é baseada no sentimento de impunidade e na fragilidade do sistema penal em relação aos delitos de injúria, difamação e calúnia. A proposta do Deputado Mavial Cavalcante, por sua vez, volta-se à disciplina de possível ação indenizatória quando violada a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Nesse caso, não há intenção legislativa de delimitar valores, mas há previsão de intercâmbio de três peritos judiciais para definição do dano material ou moral, além de atrelar o direito de ação do ofendido à apresentação de queixa. A toda evidência, é desnecessária essa disciplina

infraconstitucional, seja pela previsão normativa do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, seja pela suficiência da gramática legislativa já existente, a exemplo do artigo 186 do Código Civil. Essa moldura limitadora da liberdade atende ao pressuposto lançado por John Rawls (2008, p. 303) no sentido de que “a liberdade de pensamento e de consciência está sujeita a regulamentações razoáveis”.

Em 1997 o Senador Roberto Requião, do PMDB do Paraná, apresentou o PL nº 3.779 voltado a disciplinar o direito de resposta. De duvidosa constitucionalidade, a proposta pretende estabelecer limites e procedimentos nas esferas administrativa e judicial do exercício do direito de resposta previsto no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal. Fixa parâmetros para a extensão e o *locus* da resposta, além de estabelecer celeridade procedimental, ao inibir, por exemplo, o manejo de pedido reconvenicional e o estabelecimento de litisconsórcio. Percebe-se a intenção legislativa de delinear a proporcionalidade entre o direito de resposta e o agravo, conforme o comando constitucional. Contudo, não há razões plausíveis a justificar esses limites preestabelecidos. A margem da extensão do direito de resposta, como já frisado no item 4 deste estudo, deve ter o raio de ação estipulado pelas circunstâncias fáticas. No mais, o projeto também não consegue afastar a premissa de que o Judiciário, com base nos elementos normativos já vigentes, tem condições de estipular, em cada caso, a resposta proporcional ao agravo. Para tanto, no âmbito deste estudo, sugere-se a adoção da abordagem teórica de realização do direito concebida por Ronald Dworkin (2010, p. 74-77), aplicável ao trabalho do juiz. Em linha gerais, deverá o julgador valer-se de “ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política”, como adverte Dworkin (2010, p. 72), com reflexão aprofundada acerca do plexo de postulados

estruturantes da responsabilidade civil, “ou do significado da liberdade de expressão em uma democracia [...] e à tomada de decisões éticas pessoais”, ainda nas palavras de Dworkin (2010, p. 73). De ver-se, sob esse aspecto, que a ADPF nº 130-DF é um ponto de partida necessário e seguro nessa tarefa.

Com base na inconstitucionalidade reconhecida da Lei nº 5.250/1967, em 2009 foi apresentado o PL nº 5.322, de autoria do Deputado Cleber Verde, do PRB-MA, também com a finalidade de regulamentar o direito de resposta na imprensa, inclusive por meio eletrônico. A proposta busca resguardar oportunidade espontânea para o ofendido obter a divulgação de sua resposta – na mesma medida em que haja sido propagada a matéria ofensiva –, inclusive com o estabelecimento de prazo decadencial. Remete o ofendido para a via judicial nas hipóteses de resistência da instância administrativa. Nesse caso, pode-se vislumbrar, em tese, violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Contudo, dois outros tópicos conduzem a maiores desafios. O primeiro diz respeito à base conceitual da liberdade de imprensa concebida pelo artigo 220 da Constituição, agora com a moldura estabelecida pela ADPF nº 130-DF: liberdade plena. É que o PL nº 5.322/2009 descreve de forma detalhada, descritiva e limitadora a forma pela qual deve ser difundida a resposta. O segundo aspecto, a nosso ver o mais importante, é aquele atinente à incapacidade de o PL alcançar todas as variáveis decorrentes do que vem sendo chamado por Manuel Castells (2012, p. 413-466) de “cultura da virtualidade real”. Esse processo faz proliferar novas mídias, com uma consequente alteração na audiência de massa, que se torna multifacetada e fragmentada. São fenômenos de uma nova era e que acabam por pressionar a desregulamentação dos meios de comunicação em geral (CASTELLS, 2012, p. 423). O projeto de lei em

questão está na contramão das reflexões geradas pelo processo cultural da informação em rede.

Três projetos de lei também relacionados ao direito de resposta foram apresentados em 2011. São os PLs nºs 1.112, do Deputado João Arruda, do PMDB-PR, 2.450, de autoria do Deputado Anthony Garotinho, do PR-RJ e o 1.744, do Deputado Francisco Araújo, do PSL-RR, este último voltado à regulamentação do direito de resposta na internet. O PL nº 1.112/2011 é uma simbiose dos PLs nºs 3.779/1997 e 5.322/2009. Ao buscar a fixação de celeridade ritual no processo perante o Judiciário, a proposta veda, para além da reconvenção e do litisconsórcio, a cumulação de pedidos, com o intuito de focar no direito de resposta, sem prejuízo de ação autônoma compensatória. Merece as mesmas críticas lançadas acima em relação aos projetos que lhe serviram de formação, sobretudo pelo fato de impor limites preestabelecidos para a divulgação da resposta, independentemente das circunstâncias de fato subjacentes ao(s) direito(s) do emissor e do receptor da(s) mensagem(ns) – matéria jornalística e resposta do ofendido. A questão relacionada à repercussão das matérias pela internet, embora haja sido objeto de preocupação do autor da proposição, não tem solução adequada. O artigo 4º, inciso I, da proposta menciona a hipótese de agravo difundido pela internet; nesses casos, “terá a resposta ou retificação o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensajou”. Ocorre que o controle desse modelo é impossível ou, no mínimo, ineficaz, o que põe em xeque a autoridade e a eficiência dos Poderes instituídos.

O Deputado Anthony Garotinho, por meio do PL nº 2.450/2011, com o mesmo espírito disciplinador do direito de resposta proporcional ao agravo cometido pela imprensa, traz previsão específica sobre a ação judicial. Sugere rito próprio, prazo decadencial reduzido de 60

para 30 dias, além de estabelecer prevenção do juízo cível, possibilidade de pedido e decisão liminar, prazo de resposta de apenas 48 horas e intervenção do Ministério Público. Todas essas matérias são passíveis de objeções de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade. O projeto padece de outros vícios, a exemplo do parágrafo 2º do art. 9º que autoriza a Justiça Eleitoral a determinar a imediata divulgação da resposta nas hipóteses de descumprimento dos prazos previstos nos dispositivos anteriores da proposição legislativa. Porém, a maior falha desse projeto é a ausência de previsão normativa para a resposta e seu controle no âmbito das mídias modernas, abrangentes das redes sociais, como largamente tem sido esboçado neste trabalho. Embora o artigo 2º do PL nº 2.450/2011 mencione o direito de resposta à “ofensa à pessoa por intermédio de quaisquer meios de comunicação”, o artigo 9º traz previsão afeta à divulgação de matéria pelos meios convencionais, notadamente o jornalismo impresso, com lacuna visível quanto às tecnologias utilizáveis na rede em que hoje estamos inseridos.

Essa lacuna parece ter sido prevista pelo Deputado Francisco Araújo, ao propor o PL nº 1.744/2011, que “institui o direito de resposta em caso de acusação ou ofensa divulgada na rede mundial de computadores”. Em sua justificção, o parlamentar deixa clara a intenção de disciplinar um mecanismo administrativo para o exercício do direito de resposta, de maneira a inibir a provocação sistemática do Judiciário, cuja sobrecarga é por ele reconhecida. A tentativa da proposição de garantir a “divulgação do direito de resposta” nas “mesmas circunstâncias, espaço e destaque do enunciado, fato ou ato que o motivou” não traz soluções para a complexidade engendrada pelo plexo de mecanismos de comunicação em rede, como vimos pontuando ao longo do presente estudo. A postagem de uma mensagem em um hospedeiro na internet prolifera-se de forma instantânea, sem possibilidade de fiscalização e controle, tampouco de garantia de difusão no mesmo modelo em que se operou a ofensa. Há um dado importante no PL nº 1.744/2011 relacionado ao conteúdo do ato, fato ou enunciado gerador da resposta; segundo dispõe o parágrafo 6º do artigo 2º da proposta, não caberá resposta quando o ato foi produto de crítica. Trata-se de conceito aberto que demanda interpretação e que, portanto, dificilmente não levará a questão para o Judiciário. Um último aspecto merece consideração; o parágrafo 7º do artigo 2º da proposição prevê multa de R\$ 5.000,00 para o caso de descumprimento da obrigação de divulgar a resposta. A limitação da multa pode ser fator de estímulo ao não cumprimento da obrigação prevista no PL; ademais, não se pode estipular multa em valor único sem levar em consideração as características e possibilidades do veículo de comunicação em que tenha sido publicada a ofensa.

Em 2012, dois projetos de lei foram apresentados com o propósito de regular o exercício da liberdade de expressão. Trata-se dos PLs nºs 3.406 e 3.523, de autoria dos Deputados Onofre Santo Agostini, do PSD-SC e André Vargas, do PT-PR. O primeiro projeto tem o escopo de inserir parágrafos no artigo 20 do Código Civil para presumir a ocorrência de dano moral nas hipóteses em que a imagem de pessoa física ou jurídica for utilizada sem sua autorização, além de estipular que a indenização deve pautar-se na extensão do dano e no grau de reprovabilidade da conduta. Essa sintaxe normativa, porém, já se encontra inserida no sistema estabelecido para as relações privadas, sejam elas paritárias ou assimétricas. A fixação disso é encetada pelo próprio Código Civil em diálogo com as demais fontes, inclusive (e sobretudo) a partir da Constituição Federal. Não bastasse isso, e a proposta apenas reproduz o que já se vem construindo doutrinariamente e pela jurisprudência brasileira, o que acabou por culminar com a edição do Enunciado nº 403 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Esse fato, aliás, é reconhecido na justificação do PL nº 3.406/2012 denunciando a desnecessidade da proposta legislativa.

Essa análise leva ao enfrentamento direto da garantia da segurança jurídica. Pode-se argumentar que a transformação do PL nº 3.406/2012 em lei terá o condão de gerar estabilidade para as relações em que envolvido o direito à imagem, o que se faz, obrigatoriamente, pela iniciativa do Parlamento na sua função precípua de inovador da ordem jurídica. Assim não é, porém, de forma genérica. A segurança jurídica é incumbida aos três Poderes (ÁVILA, 2012, p. 164); sua realização opera-se de maneira diferenciada e, como assinala Humberto Ávila (2012, p. 164), o legislador deverá ocupar-se de fatos futuros, com a previsão de “construir um “novo” Direito, orientando-se pelo que normalmente ocorre”. Como dito, o PL nº 3.406/2012 apenas reproduz entendimentos já forjados no âmbito da doutrina e no ambiente jurisprudencial. Em contrapartida, o Judiciário, na missão de salvaguardar a segurança jurídica, tem sua atividade vetorizada prevalentemente para o passado, com amparo nos fatos deduzidos pelas partes (ÁVILA, 2012, p. 166). Vê-se, pois, que esse projeto de lei sinaliza para um desvirtuamento da atividade legiferante que não socorre o primado da segurança jurídica; ao contrário, vem de encontro aos seus pressupostos.

O PL nº 3.523/2012 também traz a pretensão de regulamentar o direito de resposta e retificação, em atenção ao artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal. Não contém inovações em relação às demais proposições como o mesmo objeto, igualmente voltado a estabelecer mecanismos de atuação espontânea do ofendido, com a previsão de legitimados, prazos e limites de conteúdo da resposta. Da mesma forma que as propostas antes analisadas, procura configurar o direito de ação perante o Poder Judiciário, aí inclu-

ídas balizas para a fixação de multa no caso de descumprimento da determinação judicial para que se realize o direito de resposta. O projeto de autoria do Deputado André Vargas prevê, no seu artigo 2º, o exercício do direito de resposta em relação a matérias ofensivas publicadas pela imprensa, internet ou em transmissões pelos serviços de radiodifusão ou de sons ou imagens. Entretanto, ao traçar os instrumentos de veiculação da resposta (artigo 2º, parágrafo 4º), não prevê o *modus operandi* por intermédio da internet, atendo-se às possibilidades pela imprensa, televisão ou rádio. Da mesma maneira que as propostas antes noticiadas, o PL nº 3.523/2012 não apresenta modelo hábil a comportar as consequências advindas do uso da rede mundial de computadores; a produção legislativa está ainda muito aquém do exigido para sustentação das decorrências do chamado sistema multimídia, que Castells (2012, p. 450-458) identifica como “ambiente simbólico” em que se emitem e se recebem mensagens.

Há pouco mais de vinte anos tramita o Projeto de Lei nº 3.232/1992 do Senado Federal e, como já aqui mencionado, não se cinge a revogar a Lei nº 5.250/1967: busca também regulamentar a liberdade de imprensa, opinião e informação, além de disciplinar a responsabilidade dos meios de comunicação. Trata-se de proposição inspirada no processo de abertura democrática instaurado pela Constituinte de 1987/1988. Com esse espírito, afasta qualquer espécie de censura, mas em razão da época em que elaborado, o PL nº 3.232/1992 sequer elenca como meios de comunicação social as atuais mídias sociais, sem qualquer alusão à internet. Há necessidade, no mínimo, de uma atualização da proposta em andamento na Câmara dos Deputados. O projeto preocupa-se com a reserva do mercado nacional em relação à propriedade das empresas jornalísticas, em conformidade com o *caput* do artigo 222 da Constituição

Federal. Dado importante da proposição reside na proibição genérica de apreensão de jornais e revistas ou suspensão de transmissões de rádios e televisão, ressalvadas as hipóteses previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, publicações anônimas ou transmissões clandestinas. Mais uma vez, poderá ser deflagrado o debate em torno da manutenção dessa normatividade quando se tratar de divulgação de material pornográfico ou de veiculação de discurso do ódio. Vozes dissonantes ecoarão. Neste estudo, defende-se a tese de que não pode haver, em qualquer hipótese, interrupção da propagação das ideias, sem prejuízo, entretanto, de responsabilização *a posteriori* nas esferas cível e criminal.

No PL nº 3.232/1992, há tipificação de crimes praticados pela imprensa, os chamados delitos de opinião. Conforme enunciado na ADPF nº 130-DF, os crimes não devem revestir-se desse caráter de especialidade; basta a capitulação na legislação penal comum. Da mesma forma, há doutrina contrária à existência de delitos específicos porque praticados por intermédio dos meios de comunicação social, a exemplo da tese defendida por Alexandre Assunção e Silva (2012). O projeto de lei de autoria do Senador Josaphat Marinho elenca as hipóteses de calúnia, difamação e injúria, inclusive qualificadas pela ofensa aos mortos, além de prever norma penal em branco ao estatuir como crime “violiar a intimidade ou a vida privada de alguém”. A proposição cuida da ação e processo para o trâmite dos delitos de opinião, com especificação do foro competente, participação do Ministério Público e lapso temporal prescricional. A especificidade dos delitos de opinião, sobre não guardar harmonia com a decisão contida na ADPF nº 130-DF, também está eivada de inconstitucionalidade.

O direito de resposta proporcional ao agravo é igualmente disciplinado no PL nº 3.232/1992, que lança de forma preestabelecida a maneira

pela qual se deve operar a resposta, sem que haja, como já assinalado, previsão para divulgar-se resposta na hipótese de agravo perpetrado por intermédio da internet que, como visto, é o maior desafio hoje imposto não só ao Legislativo, como também ao Judiciário. A efetividade do direito de responder e, assim, minimizar a repercussão da ofensa, impõe-se como a questão mais difícil de ser dirimida quando se cuida de exercício desse direito por força de ato praticado nas novas mídias de comunicação social, as conhecidas redes sociais. O arbitramento prévio pelo Poder Legislativo terá de ignorar circunstâncias fáticas e concretas, o que poderá significar fragilização da segurança jurídica, ao invés de importar sua garantia.

6. Notas conclusivas

A liberdade de imprensa, por ser plena, na forma como prescreve a Constituição Federal de 1988, prescinde de marco regulatório. Esta é a principal conclusão a que se chega no estudo dos argumentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 130-DF. Vale observar que, embora tenha sido esse o eixo fundante do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, nem todos os ministros – mesmo aqueles que o acompanharam na decisão de declarar a não recepção integral da Lei nº 5.250/1967 pela ordem constitucional vigente – foram uníssomos nesse sentido. Há quem entenda que a retirada do ordenamento da antiga lei de imprensa gera um perigoso vácuo legislativo em relação à atividade dos agentes e órgãos do jornalismo. Entretanto, essa não é a posição assumida neste texto. O sistema constitucional, pautado na plena liberdade de expressão do pensamento, confere legitimidade ao Poder Judiciário para, motivadamente e em cada caso diante das suas circunstâncias, decidir acerca do cometimento de ilícitos ou abusos no

exercício do poder/dever/direito de comunicação. A base normativa encontra-se no próprio ordenamento constitucional, assim como nos Códigos Penal e Civil, conforme amplamente se buscou demonstrar.

Esse trabalho a ser formatado pelos julgadores tem como pauta o Estado Democrático de Direito preconizado pelo artigo 1º, *caput*, do texto constitucional. Tal premissa induz à obrigação institucional de decidir com amparo no binômio liberdade-segurança jurídica. A referida estrutura de sustentação da criação em concreto do direito nas hipóteses relacionadas à liberdade de expressão do pensamento tem assim definidos seus alicerces:

– liberdade é princípio prevalente para o equacionamento da justiça como equidade, a teor da contribuição teórica de John Rawls (2008); e

– segurança jurídica é postulado normativo de índole funcional garantidor da certeza, confiança e estabilidade de um sistema autopoietico do direito.

Estas são as balizas pontuais forjadas em 2009 com o julgamento da ADPF nº 130-DF pelo Supremo Tribunal Federal. Este estudo adota o mesmo posicionamento porém, sem prejuízo da advertência acerca da necessidade de adequação de todos – Estado e sociedade – à chamada Idade Informacional (CASTELLS, 2010), típica de uma sociedade em rede (CASTELLS, 2012), cujo fluxo comunicativo se opera em movimentos transversais e dinâmicos. Trata-se de uma ação comunicativa não só voltada às massas, mas também praticada pelas massas, por intermédio das mais diversificadas espécies de mídias sociais. Esse cenário que se desenvolve como um processo aberto e em movimento – como ocorre, igualmente, com o processo constitucional – exige comportamentos atualizados com novas metodologias de emissão e recepção de mensagens, a serem

construídas segundo padrões que ultrapassam as fronteiras territoriais dos Estados-nação.

Nesse sentido, qualquer decisão do Parlamento em favor da inovação na ordem jurídica por meio da elaboração de nova(s) lei(s) reguladora(s) da atividade de imprensa não pode prescindir da reflexão e do debate dos elementos aqui apontados. Muito se diz sobre a necessidade de atos normativos regulamentadores da proibição da pornografia e do discurso de ódio, nos moldes do sistema europeu. O modelo até agora apresentado pela Corte Constitucional brasileira, em adoção à teoria libertária, em que pese a voz discordante do atual presidente do Tribunal, Ministro Joaquim Barbosa, que se filia explicitamente à teoria democrática, não se compraz com essa engenharia. Ao contrário, aproxima-se da gramática institucional norte-americana de não acatar limites à liberdade de expressão do pensamento, sem prejuízo das respostas posteriores e na medida das violações e ofensas. Contudo, comparece salutar a reflexão e o debate acerca da imposição de restrições à pornografia e ao discurso de ódio, com a perspectiva de que a repercussão dos danos na órbita jurídico-moral dos cidadãos e instituições seja irreversível. Esse debate e essa reflexão merecem estudos à parte. Este trabalho também teve a intenção de convidar a comunidade a realizar essas tarefas.

Referências

ANDRADE, Fábio Martins. *Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Ministério Público Federal. Processo n. 0023966-54.2010.403.6100. 5ª Vara Cível de São Paulo, São Paulo, 1 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoese/2013/130131band.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2013.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

_____. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

DE LUCCA, Newton. Habeas Mídia previne o jornalismo que denigre a honra. *Conjur*, São Paulo, 5 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-05/newton-lucca-habeas-midia-previne-jornalismo-denigre-honra>>. Acesso em: 5 fev. 2013.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DINES, Alberto. As repercussões do relatório Leveson. *Observatório da Imprensa*, São Paulo, 9 fev. 2013. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/videos/view/como_o_relatorio_pode_repercutir_na_imprensa_brasileira>. Acesso em: 3 mar. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARSANYI, David. *O Estado babá: como radicais, bons samaritanos, moralistas e outros burocratas cabeças-duras tentam infantilizar a sociedade*. Tradução de Carla Werneck. Rio de Janeiro: Litteris, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Albertino Pinheiro. São Paulo: EDIPRO, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas, 2012.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.