

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELATOR DA AÇÃO  
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.415, DOUTOR MINISTRO DIAS TOFFOLI

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO – ABRAJI**, pessoa jurídica de direito privado, constituída na forma de associação civil sem fins econômicos, inscrita no CNPJ sob o nº 05.723.989/0001-85, com sede, foro e domicílio na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Barão de Itapetininga, nº 88 – Sala 807, no bairro da República, CEP: 01042 – 903 (Estatuto Social e Ata de Assembleia, docs. 1 e 2), por meio dos seus advogados abaixo constituídos (Procuração, doc. 3), vem, a Vossa Excelência, respeitosamente, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei 9.869/98, requerer admissão como *amicus curiae* nos autos da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.415, proposta pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB, bem como requerer a juntada do incluso **MEMORIAL DE AMICUS CURIAE** pelas razões e para os fins adiante expostos.

Termos em que,

Pede Juntada e Deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, DF, 11 de julho de 2017.



**Thiago Bottino**  
OAB/RJ nº 102.312

**André Pacheco Teixeira Mendes**  
OAB/RJ nº 148.661

# **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

## **Nº 5.415**

Memorial apresentado pela

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO**  
**– ABRAJI**

*Pela procedência do pedido do Requerente, com a declaração de  
inconstitucionalidade do art. 10 da Lei Federal nº 13.188/2015.*

## ÍNDICE

### 1. INTRODUÇÃO

- 1.1. A LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO – ABRAJI – PARA PARTICIPAR COMO *AMICUS CURIAE*
- 1.2. O NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS – NPJ DA FGV DIREITO RIO

### 2. CONTRIBUIÇÕES AO JULGAMENTO DA CAUSA

- 2.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre liberdade de expressão
  - 2.1.1. O caso das biografias não autorizadas
  - 2.1.2. O caso *Ellwanger*
  - 2.1.3. O caso da Marcha da Maconha
  - 2.1.4. O caso da Lei de Imprensa
  - 2.1.5. O caso do humor nas eleições
- 2.2. Direito à Honra e à Imagem
- 2.3. Liberdade de expressão
- 2.4. *Chilling Effect*
- 2.5. A efetividade processual na proteção dos direitos fundamentais
  - 2.5.1. Direito ao processo justo
  - 2.5.2. Igualdade entre as partes

### 3. CONCLUSÃO E PEDIDOS



## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo da presente petição é contribuir para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.415, proposta pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, na qual se discute a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 13.188/2015, que trata do direito de resposta em veículos de comunicação social. A norma impugnada exige a manifestação de “juízo colegiado prévio” para suspender o direito de resposta em grau de recurso.

Em 26 de outubro de 2014, foram publicados no Jornal Correio do Estado 6 direitos de resposta do então senador Delcídio do Amaral.<sup>1</sup> As notícias geradoras dos referidos direitos de resposta, veiculadas entre agosto e outubro de 2014, tratavam de um possível envolvimento do senador com a manipulação de depoimentos na CPI da Petrobras, em 2014.

Muito embora as acusações fossem fundadas em evidências sustentáveis, elas foram contestadas judicialmente, sendo o veículo de comunicação obrigado a publicar os citados direitos de resposta.

O espaço ocupado pela publicação das 6 respostas custou ao modesto jornal o valor de R\$ 39.402,09. Foi ocupada integralmente a página 3, de grande valor e visibilidade. O custo do espaço ocupado pelo direito de resposta entra no cálculo de quais matérias publicar, e segundo a Associação Nacional de Jornais, o Correio do Estado não figura entre os 50 maiores jornais do país. Um jornal pequeno tem, portanto, um incentivo financeiro forte para escolher matérias não polêmicas e desistir do jornalismo investigativo.

Se houvesse alguma garantia de que o direito de resposta impõe custos apenas quando merecido, não haveria problema. Mas as evidências mostram justamente o contrário. Em março de 2016, o já ex-senador Delcídio do Amaral informou em delação premiada homologada que os

<sup>1</sup> As respostas foram publicadas na página três, caderno “Política”, do jornal *Correio do Estado*, edição de 26.10.2014. Os seis textos de direito de resposta foram: “Delcídio do Amaral não teve nenhuma participação na compra da refinaria de Pasadena”; “Não existe investigação da Polícia Federal contra Delcídio do Amaral”; “Correio do Estado publica matéria inverídica contra Delcídio do Amaral”; “Delcídio do Amaral não foi responsável por dar treinamento a nenhum depoente na CPI da Petrobras”; “Delcídio do Amaral jamais formulou perguntas para depoentes na CPI da Petrobras”; e “Delcídio não teme, pois não teve envolvimento em suposto esquema de corrupção”. CARAZZAI, E. *Jornal de MS dá página inteira de direito de resposta para petista*. *Folha de S. Paulo*, 26.10.2014, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1538611-jornal-de-ms-da-pagina-inteira-de-direito-de-resposta-para-petista.shtml>. Acesso em 14.06.2017.

integrantes da CPI da Petrobrás foram pagos para evitar a convocação de determinados empreiteiros.

O pequeno jornal que prestou serviço público consagrado constitucionalmente foi punido por noticiar aquilo que o ex-senador mais tarde confessou ser verdade. Quem sai perdendo, por óbvio, é a sociedade. A atual prática do direito de resposta estimula a divulgação seletiva dos fatos, de modo a diminuir a exposição negativa do jornal, bem como seus custos judiciais e a perda de espaço publicitário.

Exigir que os jornais tenham provas cabais sobre o ocorrido é colocá-los na posição dos juízes. Aos jornais cabe divulgar as evidências e torná-las públicas. À justiça cabe a investigação das provas. Decisões judiciais sobre direito de resposta impactam negativamente o exercício do jornalismo investigativo.

Assim, este memorial pretende aprofundar o debate em torno do objeto desta ADI, na medida em que o dispositivo impugnado:

- (i) **viola a liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CF/88);**
- (ii) **tem o efeito de inibir o exercício dessa liberdade (*chilling effect*), representando assim restrição desproporcional à imprensa livre (art. 220 da CF/88), constituindo embaraço à plena liberdade de informação jornalística (art. 220, §1º, da CF/88);**
- (iii) **produz desequilíbrio processual ao criar desigualdade entre as partes no litígio, vulnerando o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88).**

Nesse contexto, merece procedência o pedido do requerente, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 10 da Lei Federal nº 13.188/2015.



**1.1. A LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO – ABRAJI – PARA PARTICIPAR COMO *AMICUS CURIAE* NA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 7º, §2º, DA LEI Nº 9.868/1999**

As questões constitucionais contemporâneas não são passíveis de solução por interpretações isoladas do direito objetivo, e nem poderiam ser, devido aos tipos de demandas que chegam ao Judiciário. É necessário que se use mecanismos capazes de permitir a permeabilidade das cortes à informação e aos interesses dos grupos afetados, porque (i) cabe ao Supremo decidir casos de enorme repercussão social, que não dependem apenas de tecnicidades jurídicas, mas das consequências políticas, sociais e econômicas das decisões, (ii) a efetivação das normas constitucionais de direitos fundamentais torna necessário que o Supremo conheça melhor a realidade específica dos afetados pela decisão, e (iii) o Supremo também precisa estar em diálogo com a sociedade e de algum grau de legitimidade democrática.

Nesse contexto, a Lei 9868/99 admitiu a participação órgãos e entidades interessados, caso se observem dois requisitos: a *relevância* da matéria e a *representatividade* dos postulantes. Dado o propósito acima descrito, o Supremo já reiterou que a averiguação dos critérios não é feita da mesma forma que no caso da legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade,<sup>2</sup> ampliando os requisitos. Por isso, cabe avaliar no caso concreto a verificação do binômio relevância-representatividade.<sup>3</sup>

Quanto à relevância da matéria, ainda que parte da doutrina considere que ações diretas de inconstitucionalidade sejam *ipso facto* relevantes, preenchendo-se automaticamente o requisito,<sup>4</sup> cumpre lembrar que a matéria tratada é de enorme complexidade e seus efeitos são enormes. Sem dúvidas, a declaração do Supremo sobre o conteúdo dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e do direito à honra e à imagem já alçariam a matéria à relevância. Mas, além disso, deve-se ter em mente a necessidade que o caso em voga traz de que *outros elementos* sejam adicionados aos autos. As consequências jurídicas de uma decisão sobre os dispositivos

<sup>2</sup> Ver, por exemplo, ADIN 1.104-9, relator Min. Gilmar Mendes, DJ 29.10.2003, p. 33.

<sup>3</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.164.

<sup>4</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 140.

questionados na Lei de Direito de Resposta poderão ser melhor avaliadas caso uma associação que congrega membros diretamente afetados possa expressar a sua perspectiva sobre a questão, facilitando a permeabilidade do Pretório Excelso à pluralidade e ao debate jurídico amplo com a sociedade.

Quanto à representatividade, cabe lembrar que os jornalistas investigativos constituem um dos principais grupos afetados pelo julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, senão o principal. A Lei de Direito de Resposta traz consequências diretas ao trabalho de todos os membros da categoria, porque tem implicações imediatas na maneira pela qual o trabalho será exercido: a aplicação da lei ditará o que se deve ou não investigar; o que se pode ou não publicar. Os jornalistas investigativos são os profissionais responsáveis por chegar a fatos e narrativas que são de suma importância para a liberdade de expressão e para o debate público. Não é exagero dizer que o resultado da presente ADI poderá definir o futuro da atuação do profissional do jornalismo investigativo.

Além disso, a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo tem a função de servir de canal aos jornalistas envolvidos na apuração de fatos e descobrimento de novas matérias, pelo qual são discutidas questões relativas à profissão e à liberdade de seu exercício. É formada por jornalistas de todo o país, contando com mais de dois mil sócios e um total de quase seis mil jornalistas envolvidos em suas atividades, como cursos de técnicas jornalísticas e eventos sobre liberdade de expressão. A associação tem um histórico de atuação em favor do livre acesso às informações públicas e da liberdade de exercício do jornalismo, tendo atuado nos seguintes casos:

1. RE 662.055/SP, ocasião na qual a ABRAJI chamou atenção para os problemas relacionados ao estabelecimento de limites à liberdade de expressão, quando em colisão com outros direitos fundamentais, por meio de *amicus curiae*;
2. ARE 833.248/RJ, caso em que a ABRAJI alertou para os riscos à liberdade de expressão e à atividade jornalística associados à inclusão do “direito ao esquecimento” no ordenamento jurídico brasileiro, mais uma vez pelo instrumento de *amicus curiae*.

Portanto, evidenciada a legitimidade da ABRAJI, estão preenchidos todos os requisitos do art. 7º, §2º da Lei nº 9.868/1999.



## 1.2. O NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS – NPJ DA FGV DIREITO RIO

A representação judicial da ABRAJI nesses autos é feita pelo Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO).

O NPJ é o local em que se realiza o estágio curricular supervisionado do curso de graduação em direito da FGV DIREITO RIO. Seu objetivo é desenvolver atividades de prática jurídica que capacitem os alunos a intervir de forma qualificada na discussão dos temas centrais do Direito Brasileiro atual e em áreas de grande relevância social.

Por essa razão, também é função do NPJ da FGV DIREITO RIO contribuir para a *pedagogia dos direitos fundamentais*, ou seja, estimular nos alunos a reflexão sobre os valores mais importantes do Estado Democrático de Direito e a perspectiva da advocacia de interesses difusos ou coletivos e da potencial contribuição que o profissional do direito pode fornecer na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Com isso, pretende-se formar um profissional com perfil diferenciado, capaz de refletir criticamente sobre sua atuação e promover mudanças importantes nas estruturas jurídicas necessárias ao desenvolvimento socioeconômico nacional.

O memorial de *amicus curiae* foi elaborado coletivamente por 6 (seis) alunos da graduação da FGV DIREITO RIO, supervisionados pelos subscritores, em conjunto com a ABRAJI.



## **2. CONTRIBUIÇÕES AO JULGAMENTO DA CAUSA**

### **2.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre liberdade de expressão**

#### **2.1.1. O caso das biografias não autorizadas**

No contexto da discussão neste memorial sobre a nova Lei de Direito de Resposta, cabe trazer à tona uma decisão do Supremo Tribunal Federal em outro caso polêmico na seara da liberdade de expressão: o caso das biografias não autorizadas.

Em 2015, o STF discutiu um pedido de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4815) feito pela Associação Nacional dos Editores de Livros que reivindicava a nulidade parcial dos artigos 20 e 21 do Código Civil.

A decisão, que ganhou notoriedade na imprensa por envolver o cantor Roberto Carlos, foi no sentido de declarar a procedência do pedido formulado na ADI. Dessa forma, o Tribunal interpretou os artigos 20 e 21 do Código Civil de modo a valorizar a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão em detrimento da preservação da privacidade e da imagem. O caso das biografias não autorizadas possui semelhanças com a presente discussão sobre a nova Lei de Direito de Resposta. Entende-se que as razões que justificaram a decisão naquele caso podem ser usadas de forma analógica nesta discussão de modo esclarecê-la.

Em especial, destacam-se três elementos: (i) a natureza consequencialista da argumentação levantada por alguns ministros, (ii) os direitos contrapostos no caso concreto e (iii) a escolha sobre como tratar eventuais abusos de liberdade de expressão. Cabe lembrar que, no caso das biografias, alguns Ministros, como Luís Roberto Barroso, ressaltaram que seria importante que a publicação de biografias fosse protegida para manter vivos os registros da história e da cultura nacional, além de manter ativo o mercado editorial.

Se, no caso das biografias, os Ministros consideraram as implicações descritas acima, entende-se que um raciocínio semelhante poderia ser aplicado ao caso concreto. A nova lei de Direito de Resposta cria um arranjo processual, no seu artigo 10, que prejudica os órgãos de imprensa e favorece o autor da ação.

Esse *design* normativo funciona como um *incentivo* para litigar contra órgãos de imprensa. Um número maior de ações de direito de resposta representam, para os meios de comunicação,

um aumento nos gastos com o departamento jurídico. Além disso, em caso de derrota, uma execução de uma ação de direito de resposta implica a perda de espaço de publicidade. Portanto, os veículos de imprensa passam a ter custos maiores e, eventualmente, ter parte de sua receita com publicidade comprometida. Soma-se a isso que, com a difusão da internet dos anos 2000 em diante, o setor de mídia vem tendo problemas para se sustentar financeiramente.

Desse modo, a nova lei pode influenciar no comportamento da imprensa, sendo que uma reportagem investigativa possui, agora, riscos ainda maiores. Consequentemente, a liberdade de expressão e o direito de se informar serão prejudicados.

Além disso, no caso das biografias, observa-se os seguintes direitos contrapostos: a proteção do direito à honra, à privacidade e à imagem *versus* a liberdade de expressão e a liberdade de informação.

Os casos envolvendo a lei de Direito de Resposta tendem a surgir em um contexto de conflito normativo similar. Os indivíduos que buscam proteção são movidos, principalmente, pelo intuito de proteção à honra, sendo a liberdade de expressão dirimida. Em relação às biografias não autorizadas, o Supremo decidiu por valorizar a liberdade de expressão em detrimento dos outros direitos contrapostos a ela. Entende-se que a postura do Tribunal deve ser a mesma em relação à presente ADI: os Ministros devem optar pela liberdade de expressão no conflito em tela.

Por fim, cabe fazer uma importante ressalva. Ao dar preferência à liberdade de expressão, não significa que o Tribunal tenha a tornado um direito absoluto e sem limites. Pelo contrário. A Ministra Cármen Lúcia, então relatora, fez questão de frisar como devem ser tratados eventuais abusos: pela via da indenização por danos morais. Assim, não cabe ao biografado impedir a publicação de determinada biografia. Caso a obra possua mentiras ou afirmações que ofendem sua honra, o biografado deve buscar proteção na Justiça via indenização, tendo uma proteção *a posteriori*. Essa visão sobre como tratar abusos de liberdade de expressão pode ser aplicada de forma analógica em relação ao Direito de Resposta. Tratar o artigo 10 da Lei n. 13.188/2015 como inconstitucional não significa dispensar os meios de imprensa de responsabilidade. Representa tão-somente inserir potenciais conflitos em uma estrutura processual adequada – sendo sempre possível a responsabilização por danos.



### 2.1.2. O caso *Ellwanger*

A temática do direito à liberdade de expressão sopesada com outros direitos de igual hierarquia constitucional não é nova. É importante citar que já foi expressado posicionamento, neste tribunal, onde fora debatida a questão da liberdade de expressão em suas intermitências sistêmicas, indo além do debate do direito individual da liberdade de expressão. A defesa desse direito, feita no HC 82424, no voto do Ministro Marco Aurélio, parte da assertiva segundo a qual a liberdade de expressão é fundamental (i) para o livre exercício da democracia, (ii) para a eficácia do princípio democrático, e (iii) suas facetas - consubstanciadas no direito de discurso, de opinião, de imprensa, à informação e a proibição da censura – são essenciais para a evolução da sociedade e amadurecimento da democracia brasileira. É na liberdade de expressão que uma pessoa pode expor suas opiniões e contrariar a opinião majoritária e o Estado<sup>5</sup>.

Trata-se do entendimento de que a liberdade de expressão, se posta em xeque e ameaçada pelo Estado quando esta expressão tenta fiscalizá-lo, pode pôr em risco toda a estrutura democrática do sistema político e ameaçar uma fiscalização efetiva por parte da população, afetando assim outros direitos do cidadão. A ideia oposta ao entendimento oficial ou majoritário é fruto de uma liberdade que é decisiva no controle do exercício do poder e da atividade governamental.

Assim, de acordo com o entendimento do Min. Marco Aurélio, deve ser completamente lícita a crítica desimpedida aos assuntos políticos do país e ao governo, uma vez que a liberdade de expressão é fator essencial para que se possa criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos<sup>6</sup>. Nesta toada, a questão central se desnuda aos nossos olhos quando percebemos que a crítica sem censura por parte do Estado se mostra absolutamente imprescindível ao exercício de um controle democrático à atividade e exercício dos governantes perante os governados. Punir um indivíduo por apenas difundir sua visão da história significa violar a liberdade de expressão.

Cabe citar:

---

<sup>5</sup> Voto - Vista do Ministro Marco Aurélio nos autos do HC 82424/RS, julgado em 17/09/2003, p.19-27, disponível em <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/06/Ellwanger-HC-82424.pdf>, visualizado pela última vez em 15/11/2016.

<sup>6</sup> Idem, p. 23-25.



Parece-me temerário, ou no mínimo arriscado, a restrição acintosa da liberdade de opinião pautada somente em expectativas abstratas ou em receios pessoais dissociados de um exame que não leve em consideração os elementos sociais e culturais ou indícios já presentes de nossa história bibliográfica (...) “A limitação estatal à liberdade de expressão deve ser entendida com caráter de máxima excepcionalidade e há de ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve um grave abuso no exercício.”<sup>7</sup>

Assim, a *ratio* intrínseca do raciocínio exprimido acima nos mostra ser de incrível aprendizado e de extrema utilidade para pautarmos um escrutínio mais responsável acerca de questões relativas à liberdade de expressão. Esta opinião consegue elucidar de maneira didática e objetiva o risco que advém da limitação dessa liberdade sem padrões estritos e que sejam levados a sério.

### **2.1.3. O caso da Marcha da Maconha**

Na ADPF 187, o STF liberou, por decisão unânime, a realização dos eventos chamados “marcha da maconha”. A ação foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República, pretendendo que o art. 287 do Código Penal fosse interpretado conforme a Constituição, com o fim de dele excluir qualquer significado que ensejasse a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou da legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico ou viciado das suas faculdades psicofísicas.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a interpretação do artigo em questão deve ser conforme aos direitos constitucionais de reunião e de livre expressão do pensamento que garantem a realização das marchas: a eficácia de direitos fundamentais não pode se submeter à vontade de grupos majoritários, de forma que o art. 287 do CP deve ser interpretado em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição. A marcha mostra a interconexão entre as liberdades constitucionais de reunião – direito-meio – e de manifestação do pensamento – direito-fim – e o direito de petição, de forma que é nociva e perigosa a pretensão do estado de reprimir a liberdade de expressão.

Em pertinente voto na ADPF 187, o Ministro relator Celso de Mello afirmou que se trata de um movimento social espontâneo que reivindica, através da livre manifestação do pensamento, “a possibilidade (...) da discussão democrática do modelo proibicionista [do consumo de drogas] e dos

<sup>7</sup> Idem, p. 34, 39.

*efeitos que (esse modelo) produziu em termos de incremento da violência*".<sup>8</sup> Desta forma, uma restrição estatal aos atos acarretaria

(...) graves e lesivas consequências para o exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da livre circulação de ideias em torno de tema impregnado de inquestionável relevo político-social e de inegável repercussão na vida da coletividade e das pessoas em geral.<sup>9</sup>

Ainda, a Ministra Carmen Lúcia afirmou que a liberdade de expressão no caso deve se impor em face da proteção a segurança supostamente ameaçada, e que a manifestação pode conduzir à modificações de leis. Nesta linha foi também o voto do ministro Ayres Britto, ao afirmar que

a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade. E essa liberdade é tonificada quando exercitada gregariamente, conjuntamente, enturmadamente, porque a dignidade da pessoa humana não se exaure no gozo de direitos rigorosamente individuais, mas de direitos que são individuais, porém coletivamente experimentados, coletivamente exercidos<sup>10</sup>.

Como é afirmado nos votos, embora a livre expressão não se revista de caráter absoluto, serve para proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social.

Por sua vez, o Recurso Extraordinário nº 61.475, julgado em 1968<sup>11</sup> – em meio à ditadura militar – foi julgado prejudicado em reconhecimento ao que fora decidido no Recurso de *Habeas Corpus* nº 40.320, lavrado em 1964. O caso demonstra o tratamento histórico do Supremo Tribunal Federal no tocante às prerrogativas da imprensa e a proteção da atividade jornalística. No caso, o autor questionava um artigo veiculado no jornal Última Hora, e o STF impediu a persecução criminal privada de jornalista por parte de um político alvo de matéria de teor crítico, porque a retificação da matéria fora feita. O Pleno do STF entendeu que *"os administradores se engrandecem não é fazendo processar contra jornalistas, mas, pelas suas obras, suas realizações. Não se engrandecem, com efeito, na tentativa vã de intimidar a imprensa livre"*. Privilegiou, assim, o

<sup>8</sup> ADPF 187/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011, p. 103 do Inteiro Teor do Acórdão, citando CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil - Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06*. Lumen Juris, 5ª ed., 2010, p. 258/261, item n. 12.10.

<sup>9</sup> ADPF 187/DF (*op. cit.*), pp. 16-17 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>10</sup> *Id.*, p. 177 do Inteiro Teor do Acórdão.

<sup>11</sup> Recurso Extraordinário Criminal nº 61.475/Guanabara, Primeira Turma, rel. Min. Barros Monteiro, publicado em. 19.06.1968.



direito à liberdade de manifestação do pensamento, respondendo cada um pelos abusos que cometer, balanceado ao direito de cada cidadão ao respeito à sua honra e dignidade.<sup>12</sup>

Além da liberdade de manifestação e pensamento, o STF sempre cuidou da atividade jornalística: mesmo em seus anos de menor independência, a corte ressaltava meramente que o jornalista deveria evitar o “espírito polemista ou exibicionista”, cuidando-se de agredir ou ofender a pessoa vem sendo investigada.

#### 2.1.4. O caso da Lei de Imprensa

O julgamento da ADPF 130, ocasião na qual se decidiu pela inconstitucionalidade em bloco da Lei de Imprensa do regime militar, foi essencial para traçar os contornos da liberdade de expressão no direito brasileiro.<sup>13</sup> O entendimento que se mostrou majoritário na Corte foi no sentido de que é possível que haja lei regulando os contornos da liberdade de expressão, e delineando seus possíveis conflitos com os direitos à honra e à imagem. Mas essa lei, como todos os Ministros que votaram fizeram questão de ressaltar, não deve impossibilitar a prática legítima de um desses direitos em detrimento do outro. Como salientou o Min. Celso de Mello em seu judicioso voto, a lei serviria para coibir abusos e delinear o tratamento da dimensão objetiva do direito. Complementarmente, é possível citar o excelente voto da Min. Carmen Lúcia, que ressaltou que diversos países ao redor do mundo possuem leis que regulam a imprensa e, ainda assim, possuem o exercício da liberdade de expressão pela imprensa plenamente livre de amarras.

O caso é importante por trazer à tona que não basta a aceitação da possibilidade de existência de uma lei que regule o exercício da liberdade de expressão: *é necessário que essa lei não impeça, em abstrato, o exercício desse direito*. Nos casos concretos, em que abusos podem ocorrer, possivelmente haverá casos em que a liberdade de expressão terá que ceder espaço ao direito à imagem, por meio do direito de resposta. Porém, ao se utilizar a visão adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130, chega-se à conclusão que qualquer lei que *per se* e *ex ante* crie um viés contrário à liberdade de expressão, dando maior força a outros direitos, é cabalmente inconstitucional. Afinal, nas palavras do Min. Celso de Mello, “*não custa insistir, neste ponto, na*

<sup>12</sup> RHC 40.320/Guanabara, Tribunal Pleno, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, publicado em 06.05.1964.

<sup>13</sup> ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, j, 30.04.2009, DJe 06.11.2009.



*asserção de que a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento”.*<sup>14</sup>

### **2.1.5. O caso do humor nas eleições**

Além da ADPF 130, a postura protetiva à liberdade de expressão e de imprensa pode ser observada no julgamento da ADI 4451, em que se confirmou a suspensão de alguns dispositivos da Lei Eleitoral que impediam as emissoras de rádio e de TV de veicular conteúdo satirizando algum candidato ou grupo político durante o período de campanha eleitoral. Nesse caso, aplicou-se a mesma racionalidade da ADPF 130, pois considerou-se a veiculação de conteúdo humorístico como equivalente à atividade de imprensa. A Corte, tal qual ocorreu no caso da Lei de Imprensa, considerou que a legislação eleitoral estava a impedir a atividade dos jornalistas e dos humoristas e, assim, os Ministros afastaram qualquer interpretação restritiva à liberdade de imprensa.

A jurisprudência do STF estudada até aqui deve ser entendida como a aplicação pela corte de diversos direitos e garantias individuais previstas na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, após uma análise dos principais casos enfrentados ao longo dos anos na jurisdição constitucional brasileira, será proposto um estudo sobre os principais institutos jurídicos postos em discussão com o ajuizamento das presentes Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

## **2.2. Direito à Honra e à Imagem**

O direito à honra ocupa um lugar de destaque na constelação de direitos da personalidade, vinculado à noção universal de dignidade da pessoa humana, pois diz respeito ao bom nome e à reputação dos indivíduos. Entretanto, a vinculação com a dignidade da pessoa humana reforça a dificuldade de se definir com alguma precisão e em abstrato o conteúdo do direito à honra, já que se cuida de uma noção marcada por forte dose de subjetividade.

O Direito à honra não se reveste de caráter absoluto, mas desempenha papel relevante na condição de limite ao exercício de outros direitos fundamentais, em especial das liberdades de expressão. Neste sentido, *“o direito à informação favorece uma interpretação, sempre a luz do caso*

---

<sup>14</sup> *Id.*, p. 153 do Inteiro Teor do Acórdão.

concreto, generosa em relação à liberdade de expressão”<sup>15</sup>. A possibilidade de excluir a ilicitude da ofensa à honra resultaria do interesse público na questão revelada e não no caráter público da pessoa atingida ou de sua exposição na esfera pública. A jurisprudência deste STF, inclusive, é no sentido de dar preferência a manifestações que sejam ofensivas à honra pessoal quando o ofendido for agente estatal, pois podem servir de fundamento para atenuar o grau de reprovabilidade da conduta do autor das ofensas à honra.

Da mesma forma, o direito à imagem pode ter sua proteção mitigada, quando se trata de pessoa ocupante de cargo, função ou que exerça atividade pública, “(...) pois em tais situações se presume um acordo tácito, no sentido de um consentimento implícito, o que deve ser levado em consideração especialmente no plano da colisão entre direitos fundamentais”.<sup>16</sup>

### 2.3. Liberdade de expressão

A liberdade de expressão consiste na liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos sobre opiniões de terceiros. É a liberdade de opinião que se encontra na base de todas as modalidades da liberdade de expressão. Para assegurar sua máxima proteção e sua posição de destaque dentre as liberdades fundamentais, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível. Isso ocorre porque a liberdade de expressão extrapola a noção de direito individual, e representando um valor central para o Estado Democrático de Direito, tornando-se um valor transindividual.

Cabe aqui citar, ainda, que a teoria da posição preferencial (*preferred position*) – vide ADPF 130 – coloca a liberdade de expressão com uma maior relevância quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais. Ela reconhece uma posição de vantagem deste direito constitucional para conflitos no caso concreto, de sorte é preciso considerar a proporcionalidade e outros critérios aplicáveis.

### 2.4. Chilling Effect

Aqui, vemos também a necessidade de dialogar acerca do efeito que uma lei pode exercer em inibir o uso do direito de liberdade de expressão. Uma questão de extrema relevância e que merece ser citada em qualquer situação como a presenciada no caso em tela é a de que o processo

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 425.

<sup>16</sup> *Id.*, p. 427.



judicial navega em um oceano de incertezas, e é, portanto, cenário onde erros são possíveis. Todavia, é necessário analisar como os riscos que um processo judicial incerto e passível de diversos erros podem impactar um direito tão sensível e importante à manutenção do Estado Democrático de Direito.

E, mais ainda, é necessário ir mais adiante e perceber que uma limitação errônea da liberdade de expressão gera mais danos a sociedade do que julgamentos que geram uma extensão indevida ao direito de liberdade de expressão. Ou seja, uma limitação errônea da liberdade de expressão é, *a priori*, uma limitação mais danosa à sociedade do que uma extensão indevida<sup>17</sup>.

Julgamentos e julgadores são muitas vezes suscetíveis a erros, paixões e, algumas vezes, inexatidões; e esse fato deve ser abraçado, gerando assim a compreensão de que muitas vezes, em caso de dúvida, deve-se preferir pela proteção de certos valores, como é o caso da liberdade de expressão<sup>18</sup>.

O direito à liberdade de expressão é um direito que deve ser incentivado e sua repressão por parte do governo deve ser desencorajada<sup>19</sup>. E o artigo da lei de direito de resposta, ora em ataque, nada faz senão o oposto.

É necessário reiterar, portanto, que à luz de um mundo onde o processo legal não surte resultados perfeitos, confiar a eficácia do direito de liberdade de expressão ao escrutínio judiciário é extremamente temerário. Então, em um sistema onde prevalece a incerteza em torno dos resultados de um eventual litígio, um indivíduo racionalmente decidirá agir no sentido de evitar que seus atos, amparados pelo bom direito ou não, sejam levados ao escrutínio do Poder Judiciário<sup>20</sup>. Ao julgador cabe apreciar se o exercício do direito de se expressar de um cidadão dá azo a outro de exercer resposta. Mas isso possui consequências mais profundas do que apenas aspectos financeiros ou administrativos do editorial. Há consequências altamente inibitórias ao exercício livre da liberdade de emitir opiniões, críticas e ataques àqueles que são do interesse da população em geral, àqueles que governam. Da mesma forma, há desincentivo à reflexões e versões diferentes da oficial ou daquelas apoiadas pelos membros do governo.

<sup>17</sup> SCHAUER, Frederick. *Fear, risk, and the First Amendment: Unravelling the "chilling effect"*. 58 B.U. L. REV. 685 1978, p. 697.

<sup>18</sup> Idem, p. 687.

<sup>19</sup> Id., p. 715.

<sup>20</sup> Id., p. 731



A discussão leva à presunção de que os indivíduos na ação avaliam suas atitudes como sendo condutas dentro da lei, mas também que o medo de que um critério subjetivo como “ofensa à honra”, com regras abrangentes, chegará a vereditos diferentes do esperado, ou até mesmo a conclusões erradas. Essa incerteza pode nascer de uma grande variedade de causas, e talvez a mais importante parta do entendimento de que nunca se sabe se determinada conduta cai no escopo da regra reguladora quando tratamos de liberdade de expressão. Muitos conceitos jurídicos não encontram definição precisa, e sua aplicabilidade é objeto de um grande grau de incerteza. É **virtualmente impossível quantificar esse grau de incerteza.**

Um regramento que imponha que um meio de comunicação assegure a veracidade de todo argumento fático impõe barreiras práticas intransponíveis e estabelece uma impossibilidade econômica.<sup>21</sup> Nosso modelo “perfeito” de justiça assume que não há custos para o inocente, mas isso não é verdade. Mesmo em um mundo perfeito, onde não há erros no processo, há questões como o ônus financeiro no processo, tempo de defesa, bem como o ônus social e a percepção da sociedade ante a situação enquanto o resultado do processo não é anunciado.<sup>22</sup>

Assim, há um preço pesado a pagar simplesmente por se estar em uma posição de ser obrigado a explicar ou defender. Esses custos de garantir o resultado justo criam um medo do processo inteiro, com um aumento proporcional do grau de desincentivo; mesmo aqueles com conhecimento perfeito do resultado final do litígio serão desestimulados de realizar manifestação protegida se for necessário a eles demonstrar publicamente a legalidade de sua conduta.<sup>23</sup>

Assim, na imensa maioria das vezes, punir a liberdade de expressão, como por exemplo, estipulando punições que geram ônus financeiro àqueles que capitanearam o exercício de tal liberdade é, por definição, mais danoso à sociedade do que a garantir a quem não merece<sup>24</sup>. Neste sentido, cabe citar o princípio da ameaça comparativa:

Na medida que a alocação do ônus da prova, ou a existência de qualquer regra legal, tende a incrementar o risco de julgamento errado contra a liberdade de expressão, existe um aumento

<sup>21</sup> Id., p. 699

<sup>22</sup> Id., p. 699-701

<sup>23</sup> “Thus, there is a heavy price to pay for simply being in a position to have to explain, or defend. These costs of securing vindication create a fear of the entire process, with a commensurate increase in the degree of deterrence; even those with perfect knowledge of the ultimate outcome of litigation will be deterred from engaging in protected activity if it will be necessary for them to demonstrate publicly the lawfulness of that conduct.” Id.

<sup>24</sup> Id., p. 701

proporcional do medo de tal decisão judicial – o grau de medo e, portanto, a probabilidade de desestímulo seguem o nível real de risco (...) Ao escolhermos regras que minimizam o risco de julgamento errado, diminuimos o medo gerado por esse risco, e assim reduzimos o quanto as pessoas são desestimuladas de participar de atividades relacionadas à liberdade de expressão. Essa é a essência da doutrina do *chilling effect*.<sup>25</sup>

Sobre tal temática, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em *New York Times v. Sullivan*, analisou profundamente a extensão na qual as proteções constitucionais à expressão e imprensa limitam o poder do estado de conferir reparação civil em ações trazidas por pessoas públicas em razão de críticas às suas condutas no exercício das suas prerrogativas públicas<sup>26</sup>. Foi entendido que o erro fático não é suficiente para punir um indivíduo no uso de seus direitos de expressão para criticar um oficial público. Isso porque o medo de responsabilização civil pode exercer efeitos inibitórios, conforme contestado pela Suprema Corte, maiores ainda que processos criminais, pois o medo e a timidez impostas por uma possível punição gerada por processos àqueles que dariam voz às críticas públicas é uma atmosfera na qual o direito à liberdade de expressão não sobreviveria<sup>27</sup>.

Uma regra que obriga os críticos às condutas oficiais de um oficial público, exigindo que a mídia identifique uma verdade objetiva e inquestionável acerca de todas suas assertivas fáticas, gera autocensura<sup>28</sup>. Assim, quando se permite que se defenda a verdade, com o ônus de prová-la cabendo a mídia, não significa que apenas discursos facilmente identificáveis como falsos serão dissuadidos. Sob a vigência desta norma, possíveis críticos de condutas oficiais podem ser dissuadidos de expressar suas críticas, mesmo quando acreditam tratar-se da verdade, e mesmo quando são de fato verdade. A dúvida e incerteza em relação ao resultado do processo judicial, assim como os altos custos de provar em tribunais exerceriam efeito dissuasório a esses críticos<sup>29</sup>.

Sobre o precedente estabelecido em *NYT v. Sullivan*, Schauer comenta a *ratio* da decisão, entendendo que uma sanção equivocada, penalizando a imprensa, gera mais danos sociais do que uma decisão equivocada não conferindo a responsabilização:

<sup>25</sup> “To the extent that the allocation of the burden of proof, or the existence of any legal rule, tends to increase the risk of an erroneous judgment against speech, there is a proportionate increase in the fear of such a judgment—the degree of fear, and hence, the likelihood of deterrence follow the actual degree of risk.(...) By choosing rules that minimize the risk of an erroneous judgment, we lessen the fear generated by that risk, and thereby reduce the extent to which people are deterred from engaging in protected speech-related activity. This is the essence of the chilling effect doctrine.” *Id.*, p. 704.

<sup>26</sup> *NYT v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)..

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> *Id.*



A decisão no caso *The New York Times* constitui, no fundo, um julgamento de que uma penalização equivocada do veículo de publicação é mais danosa que uma recusa equivocada de reparação por dano à reputação. (...)A Corte estava relutante em endossar uma obrigação que forçaria um veículo a absorver os custos de realizar essa determinação teoricamente possível. A essência da decisão no caso *Times*, portanto, é que nenhum jornal pode realisticamente ser cobrado a suportar o custo de verificar todos as afirmações fáticas que aparecem em suas edições.<sup>30</sup>

No tema da intervenção jurisdicional em questões envolvendo políticas voltadas apenas à mídia que podem gerar impactos pecuniários a esse setor, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem consistentemente trabalhado com a presunção de que esse tratamento que alveja a mídia representa um risco à liberdade de expressão que não pode ser aberto<sup>31</sup>.

Ainda na esteira da jurisprudência internacional, cabe mencionar o paradigmático caso do *Miami Herald v. Pat L. Tornillo*.<sup>32</sup> Na ocasião, um político com pretensões eleitorais no Estado da Flórida ficou incomodado com reportagens do jornal *Miami Herald*. Por entender que estavam sendo feitos ataques de natureza pessoal, Pat Tornillo pleiteou na justiça o direito de resposta, que tinha previsão na lei do Estado da Flórida.

Houve uma divergência entre a primeira e a segunda instância, sendo a constitucionalidade do dispositivo que autorizava o direito de resposta questionada. O caso foi levado à Suprema Corte Norte-Americana. A disputa envolvia a interpretação da Primeira Emenda (*First Amendment*), no que tange à liberdade de imprensa (*freedom of the press*).

A maioria dos ministros decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo. Esse caso é fundamental para a discussão do presente memorial em virtude de dois aspectos.

**Primeiro**, pela abordagem consequencialista. Ainda que não tenham usado o termo *chilling effect*, a preocupação com as implicações da decisão sobre a imprensa eram explícitas. Os ministros temiam que, caso a norma da lei da Flórida fosse considerada constitucional, eles estariam fixando um forte precedente que poderia comprometer a liberdade de imprensa no país. Na decisão do caso, fica nítido que existiam preocupações sobre os custos que os meios de imprensa poderiam vir a ter. Não só com despesas jurídicas, mas até mesmo com os gastos adicionais com papel que o direito de resposta poderia provocar. Cabe lembrar que a decisão foi

<sup>30</sup> The New York Times decision is, at bottom, a finding that an erroneous penalization of a publisher is more harmful than a mistaken denial of a remedy for an injury to reputation. (...)The Court was unwilling to endorse a requirement that forced a publisher to absorb the costs of making that theoretically possible determination. The essence of the Times rule, then, is that no newspaper can realistically be expected to bear the burden of verifying all the factual statements appearing in each of its editions. P. 709

<sup>31</sup> Ver *Minneapolis Star Tribune Company v. Minnesota Commissioner of Revenue*, 460 US 575 (1983).

<sup>32</sup> *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).



tomada em 1974, um contexto muito diferente do atual, uma época em que os jornais escritos eram a principal forma de organização da imprensa.

O **segundo** aspecto importante da decisão no caso *Miami Herald versus Pat L. Tornillo* foi a definição do posicionamento da Suprema Corte em relação a eventuais abusos da liberdade de expressão e de imprensa. Ainda que o tribunal tenha claramente tido uma preferência por esses direitos, ele não os tratou como absolutos, apontando um caminho institucional para os eventuais abusos.

Assim como o posicionamento defendido pelo Supremo Tribunal Federal no caso das biografias não autorizadas, os abusos devem ser tratados pela via da indenização. No caso americano, os Ministros citaram a *action for libel*,<sup>33</sup> um instrumento processual que existe para proteger ofensas à honra e que define parâmetros de indenização.

Esse famoso precedente da jurisprudência estrangeira está parcialmente alinhado com a presente tese defendida. Esta defesa não se opõe à constitucionalidade do direito de resposta em si, a crítica feita aqui é em relação à estrutura processual definida no artigo 10 da Lei 13.188/2015. Feita esta ressalva, o precedente americano é útil, por deixar claro que existem outras formas de se conter abusos e que raciocínios consequencialistas devem ser considerados ao se analisar a liberdade de imprensa e de expressão, pilares de qualquer democracia.

A liberdade de imprensa é fundamental para a construção de uma sociedade democrática. Sua missão primordial é informar e formar a opinião pública. Para a concretização dessa liberdade, deve o Estado fornecer garantias para que os profissionais e as empresas responsáveis pela construção da imprensa de um país possam exercer suas atividades com garantias de direitos:

Uma outra dimensão concretizadora do direito à liberdade de imprensa diz respeito à garantia dos direitos dos jornalistas. Estes ligam-se intimamente aos direitos de informação dos cidadãos, tendo como pano de fundo os elevados custos que cada cidadão teria que suportar para procurar toda a informação de que necessita ou para conseguir controlar a objectividade da informação que lhe é prestada. Aquela não pode ser efectivamente garantida, no seu conteúdo essencial, sem a tutela destes direitos.<sup>34</sup>

Ao considerarmos a importância de um profissional de imprensa, devemos pensar sobre sua missão de informar. O jornalista, essencialmente, leva a informação que os cidadãos e as cidadãs não obteriam sozinhos. Ou seja, a profissão do jornalista está diretamente ligada aos custos de

<sup>33</sup> Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 262 (1974).

<sup>34</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012, p. 406.

oportunidade que as pessoas têm em procurar e averiguar informações relevantes sobre os mais diversos temas da sociedade: o jornalista investigativo, por exemplo, ao revelar um grande esquema de corrupção, atua em benefício daqueles que, apesar de interessados, não descobririam esses atos sozinhos devido ao alto custo de fazê-lo.

Assim, essa missão do jornalista, a de informar, fica comprometida quando um dispositivo legal permite que políticos o utilizem de maneira excessiva ou de má-fé. Tal dispositivo pode servir como uma ameaça a um jornalista durante a produção de seu material. Isso pode ser ainda mais notório longe dos grandes centros urbanos, em que a relação entre políticos e os meios de comunicação locais é mais estreita. Desse modo, o temor de retaliações ou de judicialização de seu material jornalístico - antes mesmo da publicação - pode incentivar a autocensura por parte dos jornalistas, pois, devido à disparidade de recursos, estes podem preferir o silêncio a publicar informação de interesse público à população.

## 2.5. A efetividade processual na proteção dos direitos fundamentais

Mostrou-se, nas seções anteriores, como os dispositivos legais questionados afetam a liberdade de expressão ao restringir a atuação da imprensa e dos jornalistas investigativos. Agora, passa-se à análise dos conflitos que esses dispositivos enfrentam com os mais basilares entendimentos sobre o processo justo.

Para que se possa questionar a violação da Lei de Direito de Resposta aos princípios processuais, é preciso compreender os contornos do processo moderno. Marinoni<sup>35</sup> aponta que este é cada vez mais adaptável e mutável pelas partes e pelo juiz para permitir a tutela do direito material no caso. Para cada direito material que se quer tutela, há uma correspondente *forma de tutela*, que é inerente ao direito material, e os procedimentos são moldados no caso de acordo com as demandas das formas de tutela. Não existe direito sem uma forma de o tutelar. Assim, ao dispor sobre o direito de resposta, a Constituição de 1988 tornou claro que não existe direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem sem a forma de tutela capaz de garanti-los: a tutela ressarcitória de forma específica, que é o direito de resposta. Só ele, nesse sentido, é capaz de garantir a

---

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



plenitude do direito material. A forma de tutela, para o mencionado autor, é o que garante a possibilidade de prestação concreta da tutela de um direito material subjetivo.

Assim, é possível que se meça a *efetividade* do processo observando em que medida as técnicas processuais traçadas para a relação jurídica processual em questão tornam possível a forma de tutela que se busca. Essas técnicas ou instrumentos processuais só são *efetivos* se forem *adequados* à forma de tutela necessária para a existência de um direito subjetivo. Dessa forma, o direito de resposta é a forma de tutela necessária aos direitos da personalidade relacionados à intimidade, à imagem e à honra, e as técnicas processuais específicas que o garantem são consideradas efetivas em relação a esses direitos na medida em que promovem a possibilidade eficaz de resposta tempestiva. O processo no caso concreto, conforme aponta Marinoni, deve ser moldado (i) pela lei, ao tentar criar procedimentos especificados para formas de tutela diferenciadas, (ii) pelo autor da ação, ao pedir a aplicação de técnicas voltadas à forma de tutela específica, e (iii) pelo juiz, ao perceber as necessidades processuais e moldá-lo.

Esse entendimento, no entanto, peca ao atribuir a modulação do processo ao caso concreto tendo em vista tão somente as necessidades de garantir formas de tutela relativas a direitos materiais *do autor*. Em diversos tipos de relações jurídicas processuais, existem direitos contrapostos, de titularidade do réu, que igualmente são merecedores de proteção. A elaboração de técnicas processuais capazes de dar efetividade ao direito do autor não pode ser feita de forma a restringir garantias contrapostas do réu, porque alguns direitos, como é o caso da liberdade de expressão, encontram suas formas de tutela exatamente na garantia de proteção contra violações indevidas e arbitrárias. Por isso, o delineamento dos contornos do processo não pode perder de vista o direito da parte contraposta, que é um limite à elaboração de técnicas processuais compatíveis com o direito material do autor.

Isso tudo leva a crer que a isonomia processual pressupõe que a efetividade na tutela de direitos é uma via de mão dupla. O réu também deve ser capaz de moldar o processo junto com o autor e o juiz, porque nem sempre ele quer apenas se defender contra uma forma de tutela – às vezes, a própria defesa pode ser uma forma de tutela de um interesse dele. É possível encontrar inúmeros exemplos em que o processo está preocupado com técnicas que garantam o amplo direito de defesa, porque essa é a forma de tutelar direitos contrapostos do réu. É o caso do processo penal, por exemplo, ou do direito administrativo sancionador. Na verdade, quanto maior

o grau da potencialidade de restrição aos direitos do réu, mais o seu direito de defesa também deve ser visto como um objetivo da tutela jurisdicional. Afinal, se a jurisdição é um meio de tutelar direitos, não é possível que ela esqueça que o direito de defesa também deve ser objeto de tutela.

### 2.5.1. Direito ao processo justo

O direito fundamental ao devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88. Trata-se de modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo de particulares em situações substanciais, que tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um *processo justo*. Tal direito se densifica através da legislação infraconstitucional. Ele visa assegurar uma decisão justa, sendo o meio pelo qual se exerce pretensão à justiça e pretensão à tutela jurídica.

Nesse sentido, é claro que o artigo da lei objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade não segue os ditames constitucionais, e muito menos respeita o “conteúdo mínimo essencial” para estar diante de um processo justo. Segundo os ensinamentos de Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação da coisa julgada.<sup>36</sup>

Tais critérios, portanto, são fundamentais para a **justa estruturação do processo**, e este Tribunal tem o dever de controlar a adequação do princípio através de normas infralegais, tendo em vista a ofensa direta do direito ao processo justo no caso em questão.

Desta forma, a organização de um processo justo exige, também, a efetiva adequação do processo ao direito material. O processo sofre o influxo do direito material, que polariza sua finalidade e determina sua estruturação. A atuação do legislador infraconstitucional deve ser vista como uma concretização do direito ao processo justo. Tal princípio exerce papel de centralidade na

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 616.



compreensão da organização infraconstitucional do processo, com a participação desta corte, de forma a buscar a melhor interpretação da legislação processual. No entanto, não é possível vislumbrar isso no procedimento proposto pela lei que é objeto da presente ação: a decisão judicial ignora a justa estruturação do processo, já que impossibilita à parte ré que apresente suas razões perante o órgão julgador.

### **2.5.2. Igualdade entre as partes**

Por sua vez, a igualdade entre as partes no processo deve ser analisada sob a perspectiva da igualdade perante a legislação, no que diz respeito à igualdade na mesma, que pressupõe a inexistência de distinções arbitrárias de seu conteúdo, sendo esta feita de forma racional pelo legislador. É flagrante, neste ponto, que o procedimento previsto na Lei nº 13.188 induz a um total favorecimento da parte autora.

O direito à paridade de armas no processo diz respeito às partes disporem *das mesmas oportunidades e dos mesmos meios* para dele participar. É exigência que se projeta tanto para o legislador quanto para o juiz, e constitui pressuposto para efetiva participação das partes no processo e, portanto, é requisito básico para plena realização do direito ao contraditório. Nesta seara, cabe aqui apontar que as violações da lei em questão impedem que as partes possam, de forma igualitária, participar do processo e influir nos seus rumos.

Por fim, é fundamental a compreensão de que se está violado também a ampla defesa da demandada no processo, visto que tal direito determina a adoção de procedimentos de cognição plena e exauriente, visando a conformação do procedimento, mesmo que seja possível a realização de cortes de cognição para organização do processo. Mesmo que seja imprescindível que às vezes o processo seja dotado de cognição parcial, como no direito à técnica antecipatória no processo civil, é necessário que se permita a decisão material sob cognição plena do magistrado, fato este que se perde com a nova lei de direito de resposta, ao praticamente suprimir o segundo grau de jurisdição, impondo-se a barreira da decisão colegiada para suspensão da liminar em segunda instância.

## **3. CONCLUSÃO E PEDIDOS**

Diante de todo o exposto, a **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO – ABRAJI** entende que o art. 10 da Lei Federal nº 13.188/2015:

- (i) restringe de maneira desproporcional o direito fundamental à liberdade de expressão, violando assim o art. 5º, IX, da CRFB/88;
- (ii) tem o efeito de inibir o exercício dessa liberdade (*chilling effect*), representando assim restrição desproporcional à imprensa livre (art. 220 da CRFB/88), constituindo embaraço à plena liberdade de informação jornalística (art. 220, §1º, da CRFB/88);
- (iii) produz desequilíbrio processual ao criar desigualdade entre as partes no litígio, vulnerando o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88).


E assim, a **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO – ABRAJI** requer sejam deferidos os seguintes pedidos:

- (i) Sua admissão, na qualidade de *amicus curiae*, para atuar na presente ação direta de inconstitucionalidade para todos os fins admitidos, inclusive sustentar oralmente no dia do julgamento;
- (ii) A inclusão do presente memorial com contribuições ao julgamento do processo;
- (iii) A procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, para julgar inconstitucional o art. 10 da Lei Federal nº 13.188/2015.

Termos em que,

Pede Juntada e Deferimento.

Do Rio de Janeiro para Brasília, DF, 11 de julho de 2017



**Thiago Bottino**  
OAB/RJ nº 102.312

**André Pacheco Teixeira Mendes**  
OAB/RJ nº 148.661



**Ivar A. Hartmann**  
Professor de Direito



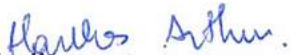
**ACADÊMICOS DA FGV DIREITO RIO**



**Fernanda Almeida Fernandes de Oliveira**



**Luiz Filipe Esteves Cunha**



**Harllos Arthur Matos Lima**



**João Pedro Fontes Zagni**

**Pedro Moysés Delfino**



**Pedro Sutter Simões**