

# Supremo Tribunal Federal

## Inconstitucionalidade da Lei de Imprensa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF\*

Thiago Bottino\*\*

Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz\*\*\*

### 1. Introdução

#### *O Supremo Tribunal Federal e a pedagogia dos direitos fundamentais*

Desde o início da década de 1990, o Brasil assiste a expansão do Poder Judiciário, assumindo funções próprias dos poderes Executivo e Legislativo, deixando de lado seu tradicional papel passivo e passando a protagonizar modificações na organização socioeconômica brasileira.<sup>1</sup>

---

\* Memorial apresentado pela Associação Brasileira de Imprensa (ABI), pelo conhecimento e provimento integral do pedido. Trabalho realizado com a colaboração dos alunos da FGV Direito Rio Carlos Humberto F. Borborema, Isabella Barros Gama, Marcos Vinicius Araújo, Thutia Bernardo, Isabela Soares Ferreira, Julia de Castro Tavares Braga, Ciro Rangel Azevedo, Jayme de Carvalho Figueiredo, Pablo Sá Domingues, Renata Szterenbuch Cruz, Renato B. T. Knibe.

\*\* Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da FGV Direito Rio.

\*\*\* Professor do Núcleo de Prática Jurídica da FGV Direito Rio.

<sup>1</sup> “Eu creio, senhores, que nós observamos neste ano, e nesses últimos anos, um crescente protagonismo judicial, seja neste tribunal, quando, afora as questões técnicas específicas, acabou o controle da constitucionalidade se transformando também numa instância recursal da luta política. Por diversas vezes, aqui, examinamos o prolongamento da disputa política junto ao Congresso Nacional em relação à elaboração legislativa. Tivemos, em alguns casos, o uso da ação direta, no sentido de ser um

Sem dúvida, o fator preponderante que impulsiona o ativismo judicial brasileiro é o próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). A Constituição de 1988 refundou nosso Estado no postulado da dignidade humana e traçou como objetivos primordiais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não se olvida que em uma democracia a elaboração das leis está diretamente ligada ao debate público entre os cidadãos, o qual é representado pelas discussões ocorridas no âmbito do Poder Legislativo. Mas é igualmente certo que em uma democracia constitucional, como é a brasileira, as escolhas do Poder Legislativo não são consideradas adequadas apenas em razão de quem detém esses direitos, mas sim em função de como, quando e por que esses poderes são exercidos.

Isso significa que determinadas escolhas foram feitas no momento da fundação de uma nova sociedade e um novo Estado brasileiro — quando da elaboração da Constituição de 1988 — o que impede que o Poder Legislativo tome decisões que sejam incompatíveis com aquelas escolhas. De igual modo, a ausência de decisões do Poder Legislativo é indiferente para a validade jurídica de determinadas escolhas que foram efetivamente feitas pelo poder constituinte originário.

No caso em tela, a ABI acredita que o povo brasileiro, por meio de seus constituintes, escolheu como preceitos fundamentais do novo Estado que se pretende construir a “liberdade de expressão do pensamento e a liberdade de imprensa”.

A afirmação dessas escolhas, dos valores em torno dos quais o povo brasileiro refundou seu Estado, dos direitos fundamentais de que os cidadãos são titulares, compete ao Poder Judiciário. Ao garantir essas escolhas, o Supremo Tribunal Federal atua como guardião das promessas feitas no momento da promulgação da Constituição. Ao nos lembrar e ao nos obrigar a respeitar tais compromissos, o Supremo Tribunal Federal promove a “pedagogia dos direitos fundamentais” e reafirma os valores que caracterizam o Brasil como um Estado democrático de direito.

Essa atuação do Supremo Tribunal Federal se dá, primordialmente, por meio das ações de controle concentrado de constitucionalidade e sobretudo por meio

---

instrumento, inclusive para maior visibilidade de posições político-partidárias. Tivemos também o uso da ação direta por partidos políticos visando a busca do debate constitucional. Mas ao fim, um crescimento imenso da disputa judiciária como um prolongamento da disputa política trazendo o Supremo Tribunal Federal e as estruturas judiciárias para o centro do debate político nacional. Houve também, durante esse período, principalmente a partir dos anos 1990, uma progressiva judicialização das lesões de massa e dos debates de massa. Houve um acréscimo de funções no sistema judiciário, exatamente porque passou o sistema judiciário a integrar a agenda nacional como um *locus* para o debate das grandes questões nacionais.” Discurso do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Nelson Jobim, na abertura do Ano Judiciário de 2005.

das ações de descumprimento de preceito fundamental, em razão do papel que essas cláusulas (preceitos fundamentais) possuem para a estruturação de um Estado democrático de direito.

Embora o conceito de preceito fundamental ainda esteja em construção, é certo que o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento de que nenhum conceito que vier a ser determinado excluirá os direitos e garantias fundamentais.<sup>2</sup>

### *O Núcleo de Prática Jurídica da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e a pedagogia dos direitos fundamentais*

A representação judicial da ABI nestes autos é feita pelo coordenador do 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. Pretende-se formar um profissional com perfil diferenciado, capaz de refletir criticamente sobre sua atuação social e promover mudanças importantes nas estruturas jurídicas necessárias ao desenvolvimento socioeconômico nacional.

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.

O memorial de *amicus curie* adiante apresentado foi elaborado por um grupo de alunos de graduação, supervisionados por dois professores da Escola, todos adiante assinados, contando com a participação de vários colaboradores.<sup>3</sup> Não se pode deixar de registrar a participação dos integrantes da Associação Brasileira de Imprensa na elaboração deste trabalho.

<sup>2</sup> “É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico” (ADPF 33-MC, voto do min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-2003, DJ de 6-8-2004).

<sup>3</sup> Imperioso registrar o agradecimento a todos os que colaboraram para que o projeto fosse bem-sucedido. Além dos alunos e professores que também subscrevem esta petição, destacamos a colaboração da professora Lígia Fabris Campos, coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da FGV Direito Rio.

## 2. Contribuições ao julgamento da causa

### *Justificativas filosóficas: a liberdade de expressão e suas dimensões*

A liberdade de expressão é um conceito aberto, que admite diversas interpretações e justificativas teóricas para sua existência. De forma didática, pode-se dividir, no plano filosófico, a liberdade de expressão em duas dimensões: uma substantiva e outra instrumental.

A dimensão substantiva justifica a proteção da liberdade de expressão como um valor em si mesmo, ao entender a liberdade de expressão como um direito moral dos cidadãos. Já a dimensão instrumental defende que a liberdade de expressão deve ser resguardada enquanto promotora de outros valores, interpretando-a como precondição para o exercício da democracia ou como um instrumento para a busca da verdade.

A origem da liberdade de expressão como direito individual advém da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.<sup>4</sup> A preocupação nessa época era reconhecer aos indivíduos, enquanto seres morais autônomos, um direito natural e intrínseco, independentemente da vontade estatal, de dizer o que pensam e ouvirem o que querem. Portanto, a liberdade de expressão devia ser protegida por ser um valor indispensável para a proteção da dignidade da pessoa humana e para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Essa perspectiva entende a liberdade de expressão como decorrente de três pressupostos: da autodeterminação individual, a fim de garantir autonomia às pessoas de refletirem por si mesmas sem qualquer dominação intelectual ou psicológica por outrem; da autoexpressão, ao perceber a liberdade de pensamento umbilicalmente relacionada à de expressão; da autorrealização, reconhecendo a importância dos indivíduos de manifestar suas ideias e contestar as dos outros (Farias, 2004:65-67).

Ronald Dworkin (1996:200) defende que a liberdade de expressão pressupõe o reconhecimento de que as pessoas são seres autônomos e independentes, moralmente responsáveis, que possuem suas próprias concepções sobre bem e mal, justo e injusto, verdadeiro e falso. Pressupõe, igualmente, o reconhecimento de que as pessoas têm a responsabilidade moral de expressar suas próprias convicções em respeito pelos demais indivíduos e para auxiliar o conhecimento da verdade e a busca por justiça.

Quanto à dimensão instrumental, que valoriza a liberdade de expressão não como um fim em si mesmo, mas pela produção de seus resultados, diversos au-

---

<sup>4</sup> O art. 11, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC), de 1789, está assim redigido: “a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados por lei”.

tores interpretam-na como meio para a busca da verdade ou como valor essencial para a proteção do regime democrático, sendo condição para a participação dos cidadãos no debate público e na vida política (Farias, 2004:64).

A primeira interpretação possui como defensores John Milton, John Stuart Mill e Oliver Wendel Holmes, os quais veem a liberdade de expressão do pensamento como um meio para obtenção da verdade. Mill chega a defender que a livre discussão e o contraste de opiniões é o método para alcançar a verdade e que nunca se deve suprimir nenhuma ideia, porque até as opiniões errôneas são importantes para esclarecer a verdade. A restrição da manifestação equivaleria a dizer que há certeza absoluta a respeito da verdade, o que não é admissível, pois as opiniões só serão julgadas como equivocadas após o confronto com outras opiniões.

A segunda interpretação encontra suas raízes em James Madison, autor da primeira emenda norte-americana.<sup>5</sup> Nesse sentido, a liberdade de expressão é entendida como instrumento para a soberania popular e o autogoverno democrático, garantindo aos eleitores a conscientização e informação necessárias ao debate público.

A concepção madisoniana estabelece dois critérios para avaliação da idoneidade de um sistema de liberdade de expressão e comunicação: o grau de diversidade de pontos de vista expressos e a pertinência com assuntos de interesse público.<sup>6</sup> Logo, para essa concepção, a liberdade de expressão é pressuposto para um regime democrático, não se podendo suprimi-la sem ferir o cerne da participação dos indivíduos na vida política de uma sociedade.

Independentemente de qual concepção se adote, ou entendendo-as como complementares, pode-se dizer que a liberdade de expressão apresenta-se essencial para a determinação da pessoa tanto como indivíduo como em sociedade. Assim, é que não se pode imaginar um modelo constitucional em que a liberdade de expressão não seja um dos pilares. Passemos a analisar como modelos constitucionais trataram da liberdade de expressão em seus ordenamentos.

### *Liberdade ampla versus restrição*

#### Análise das experiências norte-americana e portuguesa

A escolha de um modelo constitucional que privilegie uma ampla liberdade de expressão ou um modelo mais restritivo varia conforme a experiência de cada país e o modo como a sociedade decidiu se organizar.

<sup>5</sup> Nos Estados Unidos, a primeira emenda, aprovada em 1791, estabelece que “o Congresso não deverá criar nenhuma lei restringindo a liberdade de expressão ou de imprensa”.

<sup>6</sup> Lichtenberg, Judith. *Democracy and mass media*. New York: Cambridge University Press, 1995. p. 32-35. Apud Farias, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 68.

Os Estados Unidos, que primam pela menor intervenção possível do Estado na esfera de liberdade dos cidadãos, por exemplo, optaram por assegurar uma liberdade de expressão quase absoluta, ao prever em sua Constituição apenas que “o Congresso não deverá criar nenhuma lei restringindo a liberdade de expressão ou de imprensa”.

Embora o texto constitucional norte-americano trate a liberdade de expressão como um direito (quase) absoluto, esse fato não impediu que abusos cometidos fossem corrigidos. Entretanto, a construção do sistema de liberdade de expressão norte-americano foi sendo delineada ao longo do tempo, por meio das decisões judiciais da Suprema Corte, responsável por formular princípios, teorias e restrições a esse direito, estabelecendo aquilo que merece receber amparo e o que deveria ser restringido.

No caso *Chaplinsky v. New Hampshire*,<sup>7</sup> por exemplo, a Suprema Corte dos EUA foi chamada a decidir a respeito de restrições a discursos que viessem a provocar a quebra da paz social. A Suprema Corte enunciou a “teoria da liberdade de expressão em dois níveis”, segundo a qual a liberdade de expressão pode ou não ser protegida pela primeira emenda, conforme seu valor relativo.

Com base nessa teoria, a Suprema Corte decidiu que palavras ofensivas não são protegidas quando sua intenção for causar dano ao invés de facilitar a comunicação de ideias (quando não serão nem consideradas como discurso), quando suscitarem sentimentos de vingança, causando a quebra da paz social, e quando não forem parte essencial de uma exposição de ideias.

No caso *Branderburg v. Ohio*,<sup>8</sup> a Suprema Corte criou um teste para considerar que um discurso que contenha ameaça pública deve ser punido quando: (i) expressar defesa de violação da lei; (ii) tal defesa contemple a violação imediata da lei; e (iii) a violação da lei seja possível.

Como último exemplo, em *New York Times Co. v. Sullivan*,<sup>9</sup> a Suprema Corte analisou a responsabilidade dos veículos de comunicação nos casos de calúnia de figuras públicas. No caso, a Suprema Corte decidiu que os jornais só deveriam responder se tivessem agido com *actual malice*, ou seja, quando tivessem conhecimento da falsidade da informação ou de que ela foi publicada com total desconsideração sobre ser ela falsa ou não.

Diversos outros casos poderiam ser citados. Entretanto, o que se depreende do exposto supra é que tanto o conceito como as restrições à liberdade de expressão são analisados conforme o caso concreto, pelos tribunais americanos, uma vez ser a fonte da liberdade de expressão apenas a primeira emenda.

<sup>7</sup> 315 U.S. 568 (1942).

<sup>8</sup> 395 U.S. 444 (1969).

<sup>9</sup> 376 U.S. 254 (1964).

Em Portugal, por outro lado, um país cuja intervenção estatal é muito forte, o legislador preferiu regular a liberdade de expressão por meio de uma lei de imprensa: a Lei nº 1/99. A lei portuguesa define imprensa e classifica-a em publicações periódicas e não periódicas, portuguesas e estrangeiras, doutrinárias e informativas, e estas em publicações de informação geral e especializada, de âmbito nacional, regional e destinadas às comunidades portuguesas no estrangeiro.

Estabelece, ainda, a forma de organização das empresas jornalísticas, discorre sobre as competências do diretor e do conselho de redação, estatui sobre o direito dos jornalistas, trata sobre o direito de resposta e a forma de seu exercício, e sobre a responsabilização civil, penal e administrativa. Institui, inclusive, a “Alta Autoridade para a Comunicação Social”, órgão responsável, entre outras funções, pela aplicação das sanções previstas, por deliberar quanto ao direito de resposta e por aprovar o estatuto editorial das publicações periódicas.

A Lei nº 64/2007, que alterou a Lei de Imprensa portuguesa, ainda inseriu em seu texto o Estatuto do Jornalista, regulando a profissão, estabelecendo sanções disciplinares, criando a Comissão da Carteira Profissional de Jornalista, órgão destinado a assegurar a certificação dos profissionais e o cumprimento de seus deveres, dispondo sobre o sigilo profissional e a independência dos jornalistas.

Pode-se perceber que o sistema americano prestigia a liberdade de expressão, enquanto o ordenamento português prefere uma regulação detalhada sobre o modo de seu exercício, estabelecendo diversos tipos de restrição em seu corpo.

Enquanto o art. 1º da lei portuguesa garante a liberdade de imprensa, seu art. 3º já contempla as limitações a esse direito, como o bom nome, a reserva da intimidade da vida privada, a imagem, a palavra dos cidadãos, a defesa da ordem pública e do regime democrático. O sistema americano, apesar de dar maior valor à liberdade de expressão, deixa à Suprema Corte a função de proibir os abusos cometidos por meio dessa liberdade, através de precedentes que nada mais são do que critérios para o exercício desse direito.

No Brasil, durante nossa conturbada história constitucional, tivemos oportunidade de conviver tanto com um sistema mais liberal, fundado apenas na cláusula de liberdade de expressão constitucional, como com um sistema mais restritivo, com a edição de diversas leis e decretos que trataram sobre o assunto, até a Lei nº 5.250/67, tema do debate.

## A experiência brasileira: entre a liberdade e a restrição

A liberdade de expressão sempre se fez presente no ordenamento jurídico brasileiro, até quando o Brasil ainda era colônia de Portugal. Por meio da lei portuguesa de imprensa, de 12 de julho de 1821, foi instituído um Juízo de Jurados,

espécie de júri popular, que contava em sua composição com 24 cidadãos indicados pelo regente, que julgava excessos cometidos através da livre manifestação do pensamento.

A Constituição do Império (1824) tratou da liberdade de expressão em seu art. 179, IV, nos seguintes termos, *in verbis*:

Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

A redação do artigo revela que a liberdade de comunicação era livre, porém era deixada ao arbítrio do legislador a regulação do abuso do exercício desse direito. Atendendo ao requerido pela Constituição, a Lei de Imprensa de 20 de setembro de 1830 previa penas corporais e pecuniárias para quem viesse a exceder-se no exercício de seu direito, causando dano a outrem.<sup>10</sup>

A Carta Republicana de 1891 seguia a mesma sistemática em seu art. 72, §2º, ao garantir a livre manifestação de pensamento, sem deixar de estabelecer que os abusos cometidos seriam regulamentados através de lei. Assim diz o citado artigo: “Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato”.

A Constituição de 1934 tratou, de forma minuciosa, a liberdade de expressão na redação de seu art. 113, 9:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

Esse artigo excluiu da livre manifestação do pensamento os espetáculos e diversões públicas e ainda restringiu propagandas de guerra ou processos violentos que viessem a subverter a ordem política ou social. Além disso, manteve a remis-

---

<sup>10</sup> A Lei de Imprensa de 1830 teve uma duração efêmera: apenas três meses. Em 16 de dezembro de 1830 foi promulgado o Código Criminal, que passou a dispor sobre os abusos praticados pela imprensa.



são à lei para tratar de abusos cometidos no exercício desse direito e assegurou o direito de resposta.

A Constituição de 1937, de carácter ditatorial, restringiu o direito à manifestação do pensamento, ao indicar que esta só seria exercida mediante as condições e limites da lei, facultando, inclusive, a censura da imprensa por intermédio da autoridade competente, a fim de assegurar a garantia da paz, ordem e segurança pública, a moralidade e os bons costumes, a proteção à infância e a juventude e o interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. Na redação do art. 122, §15:

- todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

- com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
- medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
- providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

- a imprensa exerce uma função de carácter público;
- nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do governo, nas dimensões taxadas em lei;
- é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem resposta, defesa ou retificação;
- é proibido o anonimato;
- a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;
- as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empre-

gados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

- não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos.

É interessante notar que esse artigo estabelece que a imprensa será regida por lei especial, a qual deverá seguir princípios estabelecidos, como a obrigatoriedade do direito de resposta e a responsabilidade penal contra o diretor responsável e civil contra o meio de comunicação pelos abusos da imprensa.

Pela primeira vez, a Constituição estabeleceu regras para a composição societária das empresas jornalísticas, expressamente vedando a participação de estrangeiros tanto como acionistas como diretores e orientadores intelectuais, políticos e administrativos dos jornais.

Dessa forma, a Constituição de 1937 não apenas previu a necessidade de uma lei que viesse a tratar dos abusos cometidos por intermédio da liberdade de expressão, como ainda estabeleceu a necessidade de regulação da imprensa especificamente.

A Constituição democrática de 1946 repetiu, em seu art. 141, §5º, a redação da Constituição de 1934, restabelecendo a liberdade de expressão, apenas acrescentando uma restrição em função de propagandas que veiculassem preconceitos de raça ou classe. A Constituição de 1946 manteve, ainda, a necessidade de lei para regular os abusos cometidos por intermédio dessa liberdade. Veja-se:

É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

A Constituição de 1967, produzida sob o regime da ditadura militar, basicamente repetiu a redação da Constituição anterior, no art. 150, §8º.

No entanto, a Emenda nº 1, de 1969, editada sob o mesmo regime autoritário, mas em momento de maior restrição às liberdades individuais, ampliou as limitações, preceituando, no art. 153, §8º, que não seriam toleradas as “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”, o que certamente deu

amparo a toda forma de censura, repressão e punição ocorridos no período. Eis o teor do §8º do art. 153 da Constituição de 1969:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Para atender à regulamentação prevista pelas constituições, o Brasil contou com uma lei em 1830, que mantinha as penas corporais e pecuniárias aplicadas pelo citado Juízo dos Jurados, trazendo em seu bojo o detalhamento do Tribunal de Imprensa, dividido em Júri de Acusação e Júri de Julgação.

Posteriormente, veio o Decreto nº 4.269/21, muito utilizado pelo governo para cercear a liberdade de expressão, através de restrições e penalidades à imprensa e autorização para o governo fechar associações, sindicatos e sociedades civis. Em 1923 foi promulgada a primeira lei de imprensa, Lei nº 4.743, em pleno estado de sítio, a qual tratava sobre responsabilidades, penas e processo e que, por seu rigor, foi denominada por Evaristo de Moraes “Lei Contra a Imprensa”.

Inicialmente, o governo provisório de Vargas, após a Revolução de 1930, instituiu um regime de direito pleno à liberdade de expressão. Entretanto, o Decreto nº 24.766, promulgado em 1934, promoveu a volta do júri para julgar delitos de imprensa e instituiu a censura prévia. Em 1953, Getúlio Vargas promulgou a Lei nº 2.083, que garantia determinadas vantagens aos jornalistas, mas estabelecia medidas preventivas de autocensura e restrição parcial da liberdade de expressão.

A Lei nº 2.083 foi derogada apenas em 1967, pela atual Lei de Imprensa, Lei nº 5.250, de autoria do presidente Castello Branco, tendo como objetivo conter a oposição contra o regime autoritário da ditadura militar. Como nos conta a história, a Lei de Imprensa foi seguida de medidas restritivas à atuação dos jornalistas e veículos de comunicação, inclusive com ampliação das penas dos delitos de imprensa pela Lei de Segurança Nacional.

Nesse período surgiu a figura do censor, o qual tinha poderes para decidir o que seria ou não publicado e a censura era executada pelo Contel, órgão comandado pelo SNI e Dops.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Vinícius Ferreira. *A Lei de Imprensa no Brasil. JusNavigandi*, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=146>>. Acesso em: 20 set. 2008.

Como se pode verificar, as leis de imprensa brasileiras foram editadas em períodos marcados por um caráter eminentemente intervencionista, desde o governo imperial passando por Getúlio Vargas, alcançando seu ápice no governo militar, o que demonstra que, no Brasil, “a implementação de lei para a regulamentação da liberdade de expressão, na verdade, sempre foi uma justificativa para a adoção de medidas de restrição a essa liberdade, através da aplicação de penalidades e censuras”.

Por isso mesmo é que a Constituição Cidadã de 1988 não poderia ter repetido a redação dos artigos das constituições passadas. O art. 220 é claro nesse aspecto: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Portanto, apenas a própria Constituição pode restringir a liberdade de expressão. Nesse sentido, o §1º desse artigo expressamente estabelece que: “§1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

Logo, os únicos limites à liberdade de expressão possíveis são aqueles previstos no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, notadamente os que garantem o direito de resposta e a indenização pelos danos causados pelo exercício dessa liberdade.

Há limites implícitos à liberdade de expressão, entretanto, decorrentes de sua colisão com outros direitos que merecem igualmente amparo constitucional e proteção estatal. É importante a realização de uma análise aprofundada, em concreto, para resolver esse tipo de conflito, assegurando a proteção de todos esses direitos elevados ao mesmo patamar constitucional de direito fundamental.

O exemplo mais clássico de conflito ocorre entre a liberdade de expressão e o direito à honra, à vida privada e à imagem das pessoas. Entretanto, a liberdade de expressão pode conflitar com o direito da criança e do adolescente, em caso de discursos de conteúdo pornográfico; com o direito à igualdade, em caso de discursos de conteúdo racista ou de incitação ao ódio; com o direito à religião, em caso de discursos antirreligiosos; ou mesmo com a própria liberdade de expressão quando, em resposta a uma afronta, o interlocutor também abusa de sua liberdade.

Existem diversas formas de se coibir os abusos cometidos por meio da liberdade de expressão e de se resguardar os outros bens e direitos que colidem com ela. Uma das formas é a análise judicial, caso a caso, da forma como a Suprema Corte americana lida com essas situações. Certamente não se pode permitir que os danos causados fiquem sem o amparo judicial, protegidos pelo manto da liberdade de imprensa, até porque nenhum direito é absoluto. O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário não permitiria que as lesões causadas por meio da imprensa ficassem sem tutela. Através da técnica da ponderação, tão utilizada por

nossos tribunais, pode-se avaliar qual dos princípios, diante das circunstâncias do caso concreto, deve prevalecer.

Outra forma de tutelar esses bens é por meio do sistema de responsabilização civil. Nosso Código Civil, em seu art. 927, estabelece que aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Certamente, aquele que cometer ato ilícito utilizando um veículo de imprensa tem a obrigação de reparar o dano causado.

A própria Constituição ressalva a liberdade de expressão quanto ao dever de indenizar. Nossa lei civil possui seu sistema de responsabilidade, não havendo necessidade de uma lei de imprensa que especificamente trate sobre o assunto. Obviamente, a amplitude da divulgação pela imprensa amplia a lesão causada, o que irá refletir no *quantum* indenizatório; entretanto, não há necessidade de estabelecimento de um sistema de responsabilidade específico para tanto.

O problema da criação de um sistema próprio de indenização para lesões causadas por meio da imprensa é que, por um lado, pode acabar sendo mais rígido do que a lei civil, terminando por reprimir a liberdade de expressão, uma vez que um indivíduo refletirá antes de divulgar seus pensamentos pela possibilidade de ter de arcar com indenizações vultosas pelo publicado. Por outro lado, um sistema mais flexível faria com que os veículos de comunicação viessem a realizar uma análise de custo/benefício antes de divulgar uma matéria falsa ou lesiva, conforme o quanto irão vender *versus* o *quantum* indenizatório.

Outra forma de tutelar os bens que colidem com a liberdade de expressão é através da responsabilidade penal. Novamente, os crimes de injúria, calúnia e difamação do Código Penal dariam conta dos abusos cometidos por meio da liberdade de expressão, sem a necessidade de um sistema de responsabilidade específico por crimes cometidos através da imprensa.

Novamente a ampla difusão do conteúdo criminoso por meio da imprensa pode ser um agravante e refletir na pena aplicada, mas não há sentido em criar um sistema penal para dar conta apenas desses casos.

É importante ressaltar que tal responsabilidade não tem amparo nem na própria Constituição, que não ressalvou da liberdade de expressão a possibilidade de responsabilização penal por abusos cometidos por seu intermédio.

Por esse motivo, pode-se perceber a dificuldade de se estabelecer restrições à liberdade de expressão previamente, para além da análise do caso concreto, uma vez que a própria Constituição optou por não deixar a regulação da liberdade de expressão à lei. Uma vez que todas as constituições pretéritas estabeleciam tal disposição, deve-se compreender, dentro da perspectiva histórica, que o silêncio da Constituição foi eloquente, a fim de limitar às restrições a livre manifestação do pensamento aos dispositivos previstos na própria Carta Magna.

Todos os dispositivos constitucionais que tratam da liberdade de expressão devem ser interpretados conforme sua relevância para a época em que foram redigidos. Assim, só se cogita o limite à liberdade de expressão constitucional por outros dispositivos igualmente constitucionais, sejam eles explícitos ou implícitos. Não cabe à lei ser mais restritiva que a Constituição, por não se cogitar que o constituinte, diante da importância e preocupação quanto ao tratamento do tema, tenha tido outra intenção, a não ser em relação ao que se encontra expressamente previsto.

A primeira conclusão a que se chega, assim, é a de que a atual Lei de Imprensa, além de estar em descompasso com seu tempo, encontra-se também em desconformidade com a Constituição de 1988, que optou por não deixar para a lei a possibilidade de regulação da liberdade de expressão. Ou seja: a Lei nº 5.250/67 não foi recepcionada pela ordem jurídica instaurada com a Constituição de 1988.

Ainda que assim não fosse, o que se admite em respeito ao princípio da eventualidade, não há razão para se manter em vigor a vetusta Lei de Imprensa, seja porque os temas nela tratados já são regulados por outros diplomas legais, seja porque é inadmissível que a lei ordinária regule determinadas matérias, sob pena de restringir, indevidamente, a ampla liberdade de expressão assegurada pela Constituição de 1988. É o que se passa a demonstrar.

### *Responsabilidade penal*

O PDT sustenta, na petição inicial desta ação, que os arts. 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa — que tipificam os delitos de calúnia, difamação e injúria cometidos pelos meios de comunicação, cominando penas mais severas do que as previstas nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal para os mesmos crimes —, não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

Isso porque, no entendimento do autor, “a manutenção, na Lei de Imprensa, de penas para jornalistas mais severas que as previstas no Código Penal para os demais cidadãos, causa grave desproporcionalidade entre os princípios que tratam do sistema de liberdade de comunicação, comprometendo a necessária ‘concordância prática’ entre eles (...)”.

O argumento seria consistente se não partisse de uma premissa equivocada: a de que é possível a criminalização do discurso. No entendimento da ABI, a Constituição de 1988 não autoriza a criminalização de manifestações do pensamento, ainda que o propósito seja o de proteger a honra, a intimidade ou a vida privada de outrem.

Com efeito, embora a Constituição de 1988 resguarde a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ela não permite a criação de tipos penais

que criminalizem discursos.<sup>12</sup> Em verdade, o art. 5º, X, prevê apenas, como meio de reparação, a condenação do infrator ao pagamento de indenização pelos danos material e moral causados.

Note-se bem: ainda que exista certa liberdade para o legislador escolher quais os bens jurídicos mais relevantes que merecem especial proteção e justificam a intervenção do direito penal, essa liberdade é relativa, na medida em que toda e qualquer norma que seja elaborada pelo legislador deve sempre encontrar seu fundamento de validade na Constituição e observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>13</sup>

Veja-se, nesse sentido, que a criminalização do discurso não atende ao princípio da proporcionalidade.<sup>14</sup> De fato, conquanto se possa considerá-la “adequada” à tutela da honra dos cidadãos, a medida fere o subprincípio da “necessidade”, tendo em vista que há outros mecanismos que se mostram menos restritivos à liberdade de expressão, porém igualmente eficazes à proteção da honra, como a reparação civil e o exercício do direito de resposta.

Por outro lado, a medida fere o subprincípio da “proporcionalidade em sentido estrito”,<sup>15</sup> porque o grau de restrição imposto à liberdade de expressão ultrapassa, em muito, a proteção assegurada à honra individual. A perda que advém da restrição à liberdade de expressão não compensa qualquer benefício. É a própria democracia, antes de mais nada, que sai perdendo com a criminalização do discurso. A notícia de que um determinado profissional foi condenado criminalmente em virtude de uma matéria causa enorme impacto e preocupação entre os jornalistas que ficam receosos de exercer a profissão com independência e coragem.

<sup>12</sup> No entendimento da ABI, não é possível a criminalização de qualquer discurso, independentemente de ter ele sido proferido pela imprensa ou não. A única ressalva que se admite diz respeito a discursos racistas e discriminatórios. Veja-se, sobre o tema, o acórdão proferido pelo STF no julgamento do HC nº 82.424/RS, rel. min. Moreira Alves, rel. p/ acórdão min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17-9-2003, DJ de 19-3-2004, p. 17, Ement. vol. 2.144-03, p. 524.

<sup>13</sup> Parte da doutrina sustenta que o princípio da proporcionalidade confunde-se com a razoabilidade. Essa é a posição defendida, entre outros, pelo professor Luís Roberto Barroso.

<sup>14</sup> De acordo com a doutrina e a jurisprudência, o princípio da proporcionalidade se decompõe em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação exige que a medida adotada seja apta a realizar o fim que se busca. O parâmetro da necessidade, por sua vez, estabelece que o meio utilizado deve ser o menos gravoso possível. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito exige que se indague se o grau de restrição imposto ao direito contraposto justifica a intervenção. Para uma análise detalhada do princípio da proporcionalidade, veja-se: Ávila, 2004.

<sup>15</sup> Como destaca Ávila, op. cit., p. 124: “o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”



Deve-se ter em mente, ademais, que o direito penal é norteado pelos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. Como ressalta Cezar Roberto Bitencourt (1999:41-42):

o princípio da intervenção mínima (...) orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. (...) O Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (...) A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal. Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário (...).

Assim, só em casos excepcionais afigura-se legítima a criminalização de condutas. Na medida em que existem outras formas de compor o dano, previstas, inclusive, pela própria Constituição (direito de resposta e indenização), não parece existir razão que legitime a utilização do direito penal.<sup>16</sup>

Seja como for, ainda que se admita a possibilidade de criminalização de discursos que ferem a honra e intimidade das pessoas, é imperioso reconhecer que, diante da importância da liberdade de expressão, as manifestações expressivas só podem ensejar a condenação de seus autores em hipóteses excepcioníssimas, (i) quando

<sup>16</sup> Esse parece ter sido o entendimento adotado pelo ministro Carlos Ayres de Britto no julgamento do Caso Ellwanger (STF. HC nº 82.424/RS, rel. min. Moreira Alves, rel. p/ acórdão min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17-9-2003, DJ de 19-3-2004, p. 17, Ement. vol. 2.144-03, p. 524). Com efeito, ao proferir seu voto, o ministro Ayres de Britto diferenciou o uso e o abuso da liberdade de expressão. Para ele, a Constituição assegura um espaço de autonomia de vontade para a “exteriorização do pensamento (vedado tão somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação”. Essa é a esfera de uso da liberdade de expressão. O abuso, por sua vez, pressupõe o extravasamento dessa autonomia. O abuso só é abuso por violar a autonomia de vontade de outrem, que também deve ser levada em consideração. Configurado o abuso, apura-se o agravo. O agravo enseja o exercício de um direito de resposta e não depende de processo de apuração do transbordamento da autonomia originária. Para o ministro, o abuso e o agravo só podem ser apreciados *a posteriori*, porque a Constituição veda a censura prévia. Portanto, a autonomia de vontade primitiva é absoluta no sentido de que não é permitida a sua restrição *a priori*, só *a posteriori*. Assim, para o ministro, ninguém pode ser proibido de se manifestar ou de desenvolver atividades literárias, científicas, artísticas e de comunicação. Mas aquele que se sentir prejudicado não pode ser proibido de buscar a punição da conduta abusiva, todas as vezes em que ocorrerem abusos.



for impossível compor o dano por meio de indenização ou (ii) quando restar nitidamente comprovada a intenção de lesar os direitos da personalidade.<sup>17</sup> Em nenhuma outra hipótese será legítima a condenação criminal de quem quer que seja por manifestações que violem a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem de outrem.

Ademais, mesmo que se pudesse cogitar de responsabilização penal de jornalistas — novamente apenas para argumentar —, não haveria razão para a manutenção em vigor dos arts. 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, na medida em que os arts. 138, 139 e 140 do Código Penal já disciplinam a matéria “satisfatoriamente”.

### *Responsabilidade civil dos veículos de comunicação*

#### Tarifação do dano moral

O PDT também sustenta, com respaldo em decisões judiciais desse e. Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, que os arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa, que estabelecem limites à indenização por danos morais, não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

Realmente não parece haver mais espaço para discussão a respeito do tema, pois prevalece o entendimento de que, com o advento da Carta da República de 1988, entrou em vigor o sistema da ampla reparação da vítima, possibilitando, nos termos do art. 5º, V, a indenização por dano moral em hipóteses de violação ao direito à intimidade, à privacidade, à imagem ou a qualquer dos atributos da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRACTICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 — Lei de Imprensa, art. 52: NÃO RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. REINTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS *a* e *b*. I — O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 — Lei de Imprensa — não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas *a* e *b* (CF, art. 102, III, *a* e *b*). Não conhecimento do RE com base na alínea *b*, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constitui-

<sup>17</sup> Em comentário ao art. 20, Renato Marcão e Luiz Manoel Gomes Junior (2007:273) salientam que, para que o sujeito possa ser responsabilizado, deve estar demonstrado o dolo, pois não há forma culposa.

ção nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II — A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial — CF, art. 5º, V e X — desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da Lei de Imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III — Não recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 — Lei de Imprensa. IV — Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º 6.2004. V — RE conhecido — alínea *a* —, mas improvido. RE — alínea *b* — não conhecido (STF, RE 396.386/SP, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 29-6-2004, *DJ* de 13-8-2004, p. 285, Ement. vol. 02159-02, p. 295, RTJ 191-01, p. 329, RMP n. 22, 2005, p. 462-469).

\*\*\*

Súmula nº 281 do STJ: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa (STJ, Segunda Seção, julgado em 28-4-2004, *DJ* 13-5-2004, p. 200).

A matéria está pacificada na doutrina<sup>18</sup> e na jurisprudência, razão pela qual não é preciso tecer maiores considerações sobre o tema.

Não há necessidade de manutenção da Lei de Imprensa para que os veículos de comunicação sejam obrigados a reparar civilmente os danos por eles causados

A manutenção da Lei de Imprensa só se justificaria se esse Tribunal reconhecesse a possibilidade de tarifação do dano moral. Como, no entanto, a jurisprudência firmou-se no sentido da não recepção do sistema de tarifação, não parece haver qualquer razão que justifique a manutenção do capítulo da Lei de Imprensa que versa sobre responsabilidade civil.

Veja-se, nesse sentido, que o Código Civil já disciplina o instituto da responsabilidade civil, satisfatoriamente, não havendo necessidade de lei especial para regular o tema. Obviamente, a amplitude da divulgação pela imprensa importará em maior lesão e tal fato deve se refletir no *quantum* indenizatório. Entretanto, re-

<sup>18</sup> Na doutrina, um dos poucos autores que questionam esse entendimento é Rui Stocco. Para o mencionado autor, o sistema da tarifação não é vedado pelo sistema constitucional vigente, porque a Constituição garante o dano moral, mas não especifica como ele será concedido (Stocco, 1999:704-706).

pita-se, não há necessidade de estabelecimento de um sistema de responsabilidade específico para tanto.

Mesmo que esse não seja o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há motivos para considerar recepcionado o art. 56 da Lei de Imprensa, que estabeleça prazo decadencial de 3 (três) meses para a propositura de ação de indenização. Esta é a jurisprudência reinante e pacífica do STJ, como se pode extrair da seguinte decisão que teve como relator o saudoso min. Carlos Alberto Menezes Direito, falecido em 1º de setembro:

Lei de Imprensa. Decadência. Dissídio. Precedentes da Corte. 1. Precedentes da Corte assentam que **não prevalece o prazo decadencial previsto no art. 56 da Lei de Imprensa para a ação de indenização por dano moral, no caso, provocado por programa de televisão**. 2. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 277044/PR, rel. ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 25-9-2001, DJ de 12-11-2001 p. 151).

Nesse mesmo sentido:

PROCESSO CIVIL — LEI DE IMPRENSA — DANO MORAL — NOTIFICAÇÃO DO ART. 57 — DISPENSA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO — PRAZO DECADENCIAL — ART. 56 — NÃO RECEPÇÃO PELA CF/88. — A notificação prevista nos arts. 57 c/c 58, §3º, da Lei de Imprensa é dispensável à propositura da ação de indenização por danos morais. — **O prazo decadencial do art. 56 da Lei de Imprensa não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988**. — Recurso não conhecido (STJ, REsp 547.710/SP, rel. ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 20-4-2004, DJ de 10-5-2004 p. 279).

Também não há razão para a não revogação do §3º do art. 57, que fixa o exíguo prazo de 5 (cinco) dias para apresentação de defesa em ações de responsabilidade civil fundadas na Lei de Imprensa, porque os referidos dispositivos violam o direito à isonomia e à ampla defesa.

No que diz respeito ao §6º do art. 57 a sua revogação é necessária. Esse dispositivo legal condiciona o recurso de apelação a um depósito calculado sobre o valor da condenação. Ocorre que o mencionado dispositivo foi elaborado em consonância com o sistema do tabelamento já recorrido da indenização a título de danos morais.

Com efeito, o referido depósito elaborado como requisito de admissibilidade do recurso de apelação seria calculado sobre uma condenação já previamente estipulada, na exegese do sistema de tarifação também previsto na lei. Ocorre que,

como já debatido, o referido sistema não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, dando ensejo à perda da *ratio essendi* do mencionado depósito, uma vez que a condenação, mensurada de acordo com os danos sofridos pela vítima, poderia representar um óbice ao direito à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição.

### *As diferentes formas de censura e sua compatibilidade com o texto constitucional*

#### Impossibilidade de apreensão de periódicos e de censura a espetáculos e diversões públicas

À medida que nos distanciamos historicamente da ditadura militar que subjugou o país, corremos o risco de esquecer os seus males. De esquecer, por exemplo, o que significa ausência de liberdade, o que representa a censura e os graves danos que ela causa.<sup>19,20</sup>

Esse medo é justificável. Basta ver que, ainda hoje, muitos brasileiros são favoráveis a algum tipo de censura.<sup>21</sup>

A Constituição, no entanto, foi enfática ao afirmar, em seus arts. 5º, IV e IX, e 220, que a liberdade de expressão não está sujeita à censura, nem à licença. Não se pode, portanto, concordar com qualquer tipo de restrição à liberdade de expressão.

A razão é simples: admitir a censura de qualquer conteúdo viola a dimensão substantiva da liberdade de expressão. Afinal, como se disse, o governo frustra a personalidade moral de seus cidadãos quando impede que alguns falem argumentando que a opinião que eles têm a manifestar é indigna de valoração social. Como ressalta Dworkin (1996:200-201), uma sociedade liberal, que possua um go-

<sup>19</sup> Clèmerson Merlin Clève (2006:220) salienta que “(...) periodicamente a tentação da censura reaparece, de maneira sorrateira, de modo manso, quase imperceptível, no contexto de regimes democráticos e, mais, supostamente para a defesa de valores comunitários ou consensualmente compartilhados”. Por essa razão, devemos estar atentos a todas as formas veladas de censura e repudiá-las com veemência. Cf. Clève, Clèmerson Merlin. Liberdade de Expressão, de informação e propaganda comercial. In: Sarmiento, Daniel e Galdino, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220.

<sup>20</sup> Referindo-se à censura pela qual o Brasil passou durante a ditadura militar, e que, ainda hoje ronda sobre as nossas cabeças, o filósofo Roberto Romano escreveu: “Em nossos dias, a memória daqueles tempos desaparece na poeira. Mas é preciso reavivar as lembranças” (ver Romano, 2005 e 2007).

<sup>21</sup> Em 28 de agosto de 1996, a revista *IstoÉ* publicou pesquisa elaborada pela *IstoÉ/Brasmarket*, que apontou que muitos brasileiros queriam a volta da censura. De acordo com a pesquisa, aproximadamente 36% dos 4.952 entrevistados eram favoráveis à volta da censura nos meios de comunicação, e 24,4% aprovavam, em parte, a adoção de medidas restritivas à liberdade de expressão. Cf. Giraldez, Ricardo. A volta da censura: pesquisa *IstoÉ/Brasmarket* mostra que brasileiros querem um controle maior dos meios de comunicação. *IstoÉ*, 28 ago. 1996. Disponível em: <[www.terra.com.br/istoe/politica/140420.htm](http://www.terra.com.br/istoe/politica/140420.htm)>. Acesso em: 11 set. 2006. Acreditamos que, se fosse realizada, hoje, uma nova pesquisa, o resultado não seria muito diferente.

verno democrático, não pode negar às pessoas o direito de falarem e de ouvirem o que bem entenderem.

Não há como reconhecer, desse modo, que o art. 63, *caput*, e os §§1º e 2º da Lei de Imprensa continuem em vigor. Não é lícito ao ministro da Justiça determinar a apreensão ou a proibição de circulação de impressos de qualquer natureza.

Igualmente incompatível com a Carta Magna de 1988 se afigura o §2º do art. 1º da Lei de Imprensa. À medida que a Constituição proíbe qualquer forma de censura de natureza artística, mostra-se intolerável o exercício de qualquer tipo de controle sobre espetáculos e diversões públicas. Na verdade, o Poder Público só pode promover a classificação indicativa de espetáculos, mas essa classificação não pode constituir embaraço ao acesso da população a esses eventos.<sup>22</sup>

## Restrição judicial prévia

Questão importante, não suscitada pelo PDT, mas que precisa ser definida pelo Supremo Tribunal Federal, diz respeito à possibilidade de restrição judicial prévia de notícias e manifestações que, se divulgadas, poderiam causar danos irreparáveis para o ofendido.

Nossa Carta Magna, como se disse, proíbe qualquer tipo de censura, garantindo a liberdade de expressão e de pensamento, nos termos do art. 5º, incs. IV e IX, e do §1º do art. 220. Não obstante, o texto constitucional também protege a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, e há situações em que o dano a esses direitos poderia ser irreparável.

Que fazer nesses casos? Restringir a liberdade de expressão em detrimento dos direitos da personalidade ou tolerar a violação desses direitos em prol da liberdade de expressão e de imprensa? A questão é tormentosa.

O STF já apreciou a questão, ao analisar pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário envolvendo ex-governador do estado do Rio de Janeiro, mas não definiu, em linha de princípio, se é possível restringir previamente, por meio do Poder Judiciário, a liberdade de expressão e de imprensa, para proteger outros valores constitucionais.

<sup>22</sup> Registre-se que a Constituição de 1967 autorizava, expressamente, o controle de espetáculos e diversões públicas em seu art. 150, §8º. Confira-se: “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação **sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas**, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe” (destaques nossos). Norma idêntica foi repetida pela EC nº 1/69, no art. 153, §8º. Sobre o tema, veja-se Barroso (2001:129-152).

EMENTA: Caso O GLOBO x GAROTINHO. 1. Liminar deferida em primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça, que proíbe empresa jornalística de publicar conversas telefônicas entre o requerente — então Governador de Estado e, ainda hoje, pretendente à presidência da República — e outras pessoas, objeto de interceptação ilícita e gravação por terceiros, a cujo conteúdo teve acesso o jornal. 2. Interposição pela empresa de recurso extraordinário pendente de admissão no Tribunal *a quo*. 3. Propositura pela recorrente de ação cautelar — que o STF recebe como petição — a pleitear, liminarmente, (1) autorização de publicação imediata da matéria e (2) subida imediata do RE à apreciação do STF, porque inaplicável ao caso o art. 542, §3º, C. Pr. Civil. 4. Objeções da PGR à admissibilidade (1) de pedido cautelar ao STF, antes de admitido o RE na instância *a quo*; (b) do próprio RE contra decisão de caráter liminar: razões que aconselham, no caso, fazer abstração delas. 5. Primeiro pedido liminar: natureza de tutela recursal antecipada: exigência de qualificada probabilidade de provimento do recurso extraordinário. 6. Impossibilidade de afirmação no caso de tal pressuposto da tutela recursal antecipada: (a) **polêmica — ainda aberta no STF — acerca da viabilidade ou não da tutela jurisdicional preventiva de publicação de matéria jornalística ofensiva a direitos da personalidade**; (b) peculiaridade, de extremo relevo, de discutir-se no caso da divulgação jornalística de produto de interceptação ilícita — hoje, criminosa — de comunicação telefônica, que a Constituição protege independentemente do seu conteúdo e, conseqüentemente, do interesse público em seu conhecimento e da notoriedade ou do protagonismo político ou social dos interlocutores. 7. Vedação, de qualquer modo, da antecipação de tutela, quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (C. Pr. Civ., art. 273, §2º), que é óbvio, no caso, na perspectiva do requerido, sob a qual deve ser examinado. 8. Deferimento parcial do primeiro pedido para que se processe imediatamente o recurso extraordinário, de retenção incabível nas circunstâncias, quando ambas as partes estão acordes, ainda que sob prismas contrários, em que a execução, ou não, da decisão recorrida lhes afetaria, irreversivelmente as pretensões substanciais conflitantes (STF, Pet. 2.702/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 18-9-2002, DJ de 19-9-2003, p. 16, Ement. vol. 02124-04, p. 804) (destaques nossos).

Como se vê, ainda é assunto polêmico no STF sobre a concessão da tutela jurisdicional preventiva de publicação de matéria jornalística ofensiva a direitos da personalidade. A situação torna-se ainda mais tormentosa se levarmos em consideração que o art. 20 do novo Código Civil<sup>23</sup> traz em seu bojo autorização expressa,

<sup>23</sup> Novo Código Civil: “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da Justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem

conferida pelo legislador ordinário, para que o magistrado restrinja a liberdade de expressão, a requerimento do interessado, se puder atingir “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade” do interessado. Ficam ressalvados, apenas, os casos em que a divulgação seja necessária à administração da Justiça ou à manutenção da ordem pública.

Assim, é importante que o STF se posicione sobre o tema firmando entendimento quanto à impossibilidade de censura prévia, de modo a preservar a liberdade de expressão e de imprensa.

A definição da questão é relevante, pois diversos juízes e tribunais têm determinado medidas preventivas, como ocorreu recentemente em Santa Catarina. Um juiz eleitoral da cidade de Itajaí realizou censura prévia argumentando que, no caso, ela era necessária para que fossem resguardadas a paz e a harmonia dos eleitores da cidade.<sup>24</sup>

## Restrição judicial prévia em processos criminais

A liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, por vezes, entra em confronto com os princípios constitucionais garantidores do processo penal. Esse conflito ocorre, por exemplo, quando os veículos de comunicação noticiam crimes e prejulgam os suspeitos. Nesses casos, a garantia constitucional do julgamento equânime, imparcial, pode restar prejudicada.<sup>25</sup>

Deve-se discutir, então, que tipos de medidas devem ser adotadas para assegurar ao réu um julgamento isento. Pode-se cogitar da restrição da liberdade de informação com essa finalidade? Por outro lado, a imposição de sanções aos veículos de comunicação, com a limitação da divulgação de matérias jornalísticas, seria a melhor alternativa?

---

prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

<sup>24</sup> Em sua decisão, o magistrado consignou que “o público já tomou conhecimento de que a Polícia Federal desencadeou ação para investigar delitos que estariam ocorrendo em órgão público deste município. (...) Ocorre que o ressurgimento dessa matéria na quadra eleitoral (...) afigura-se fato preocupante, pois é consabido que os ânimos dos candidatos estão à flor da pele, a adrenalina a mil, a militância partidária em efervescência, ou seja, mexer naquela ferida poderia constituir-se em um estopim perigoso. (...) embora a censura prévia seja odiosa, em casos excepcionais, como o é o presente, deve ser adotada, sobretudo se for para preservar um bem maior, como a paz e a harmonia dos eleitores de Itajaí. É o que a prudência recomenda, sem que isso signifique malferir os princípios constitucionais”. Prado, Raphael. Juiz eleitoral autoriza censura prévia em SC. *Terra Magazine*, 29 set. 2008. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI3219344-EI6578,00-Juiz+eleitoral+autoriza+censura+previa+em+SC.html>>. Acesso em: 21 jan. 2009.

<sup>25</sup> O direito ao julgamento justo é extraído tanto do princípio do devido processo legal, como do da presunção de inocência. Deriva, igualmente, da regra que veda provas ilícitas. Sobre o tema, veja-se o substancioso estudo de Schreiber, 2008.



O egrégio Supremo Tribunal Federal apreciou a questão no julgamento da ADIn nº 869-2, ocasião em que teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade da parte final do §2º do art. 247 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que, a pretexto de resguardar crianças e adolescentes eventualmente envolvidos com a prática de atos infracionais, impedia a divulgação de notícias para evitar que fossem submetidos à execração pública.

Além de punir a conduta de divulgação, com pena de multa, o §2º previa a apreensão da publicação e permitia ao magistrado suspender a programação da emissora por até dois dias ou a publicação do periódico por até dois números.<sup>26</sup>

Essas duas medidas punitivas foram declaradas inconstitucionais na ADIn nº 869-2. Para o STF, o legislador estabeleceu limites indevidos à liberdade de informação jornalística, para preservar a privacidade, honra e imagem das crianças e dos adolescentes.

Em decisão mais recente, a Corte julgou caso<sup>27</sup> envolvendo o então candidato à Presidência da República Anthony Garotinho. Na ocasião, o STF apreciou a possibilidade de divulgação de interceptações telefônicas obtidas ilegalmente e de sua publicação pela Rede Globo. O ministro Marco Aurélio, em seu voto, concluiu que “tratando-se de candidato a Presidência da República, e dada a iminência das eleições”, deveria ser prestigiado o interesse público de que fossem divulgadas as informações.

O eminente ministro entendeu que as informações eram verdadeiras e a Constituição, ao vedar a censura, impedia a censura judicial. Aplicou, ainda, o *standard* do caso Sullivan, ponderando não estar evidenciada a malícia da empresa de comunicação. Não obstante, a Suprema Corte sinalizou no sentido de que a norma constitucional de proscrição da censura não impede provimentos judiciais que vedem a publicação de matérias jornalísticas, considerando direitos fundamentais das pessoas retratadas e a veiculação de material obtido por interceptação telefônica clandestina.

---

<sup>26</sup> O acórdão tem a seguinte ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8.069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. 1. Lei 8.069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu art. 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (STF, ADI nº 869, rel. min. Ilmar Galvão, relator p/ Acórdão min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 4-8-1999, DJ de 4-6-2004, p. 28; Ement. vol. nº 2.154-01, p. 21) (destaques nossos).

<sup>27</sup> Medida Cautelar em Petição nº 2.702-7/RJ.



Esses exemplos demonstram que é mais do que oportuno que essa Corte Constitucional se posicione sobre o tema e defina “se” e “em que medida” é possível restringir a liberdade de imprensa para assegurar ao investigado uma defesa ampla e ao réu direito a um julgamento justo.

Releva notar, a respeito do tema, que nos Estados Unidos há um amplo debate doutrinário e jurisprudencial sobre os efeitos prejudiciais que a cobertura jornalística de um fato criminoso, anterior e concomitante ao julgamento, pode causar sobre seu resultado, e quais restrições que podem, eventualmente, ser impostas à imprensa.

### *Direito de resposta*

#### Procedimento

O maior impacto que a revogação integral da Lei de Imprensa poderia causar está relacionado ao instituto do direito de resposta, porque a Lei nº 5.250/67 disciplina, em seus arts. 29 e segs., o procedimento para o exercício desse direito constitucional e a sua revogação geraria um vazio normativo.

A revogação da Lei de Imprensa, no entanto, não representaria nenhum óbice ao exercício do direito de resposta, tendo em vista que os procedimentos previstos no Código de Processo Civil para a antecipação de tutela e a medida cautelar inominada podem suplantá-lo, com êxito, aquele previsto na Lei nº 5.250/67.

Ressalte-se, nesse sentido, que são raros os casos de exercício de direito de resposta extrajudicial, ou seja, sem a intervenção do Poder Judiciário. Isso se deve ao fato de que, na maioria das vezes, os veículos de comunicação se recusam a atender o direito de resposta e, por isso, de quase nada adianta a previsão do art. 31 da Lei nº 5.250/67.

Seja como for, não é a existência de lei específica que fará com que o veículo de comunicação atenda ao pedido espontaneamente. Se a empresa quiser acolher o pedido, será irrelevante o fato de haver previsão legal, pois não há sanção específica para o caso de descumprimento do pedido formulado extrajudicialmente.

Por outro lado, o interessado poderia valer-se, no âmbito judicial, tanto do rito ordinário (CPC, art. 275 e segs.) quanto do sumário (CPC, art. 277), para veicular pretensão de direito de resposta, com pedido de antecipação de tutela. O pedido, inclusive, poderia ser cumulado com o de indenização, evitando-se, assim, a propositura de mais de uma ação com a mesma causa de pedir.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Note-se que por força do art. 32 da Lei de Imprensa, a competência para a apreciação do pedido de resposta é do juiz criminal, enquanto o pedido de indenização deve ser formulado ao juízo cível, o que inviabiliza, nos dias atuais, a cumulação desses pedidos.

Veja-se, por oportuno, que não há sequer razões de ordem prática que impeçam a revogação também dos artigos que versam sobre direito de resposta. Afinal, os exíguos prazos previstos na Lei de Imprensa não asseguram uma rápida e eficaz prestação jurisdicional, porque o prazo conferido ao juiz por lei para decidir a causa — 24 horas — não é peremptório e quase nunca é cumprido.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o art. 520 do CPC determina que a sentença que confirma tutela antecipada seja recebida apenas no efeito devolutivo, o que assegura a imediata execução da medida, exatamente como prevê o §7º do art. 32 da Lei de Imprensa.

Não há, como se pode perceber, qualquer óbice de natureza processual ao exercício do direito de resposta.

## Direito material

Há, também, razões de ordem material que justificam a revogação integral da Lei de Imprensa, porque o diploma restringe o escopo e a abrangência do direito de resposta previsto na Constituição de 1988.

O direito de resposta surgiu como um mecanismo para assegurar equilíbrio entre os indivíduos e a imprensa. Isso se dá em um cenário em que a liberdade de expressão, dada a evolução tecnológica dos meios de comunicação através dos séculos, não é mais vista como do indivíduo para a comunidade, mas sim da comunidade para todos.

Atualmente, cresce o entendimento de que o direito de resposta é necessário para que não haja somente uma liberdade da imprensa, mas sim uma “liberdade em relação à imprensa” (Moreira, 1994:9), colocando em níveis iguais a proteção jurídica conferida aos veículos de comunicação em relação ao Estado, mas também do indivíduo em relação à imprensa.

A defesa do indivíduo em relação à imprensa se concretiza pelo exercício do direito de resposta, através da publicação, no meio de comunicação correspondente, de uma contramensagem que não é escolhida pelo veículo informativo, em regra justificada em razão da veiculação de fato inverídico ou errôneo relacionado à pessoa natural ou jurídica.

Não obstante, o direito de resposta possui outra função primordial: a de apresentar um meio para implementar o pluralismo informativo e democrático em nossa sociedade, e não somente como resposta de uma lesão à honra, ao bom nome, à reputação de uma pessoa determinada.

Essa leitura da liberdade de expressão está intimamente relacionada à *Fairness Doctrine* implementada nos Estados Unidos nos anos 1960, que representou uma tentativa de democratização do debate público nos meios de comunicação, obrigando-os a vincularem conteúdo que levasse em conta questões controversas de interesse público, oferecendo aos destinatários da informação pontos de vistas diferentes, contrastantes, sobre o mesmo assunto.<sup>29</sup>

A Constituição de 1988 teve a intenção não apenas de garantir a liberdade de expressão; buscou, também, a exemplo da *Fairness Doctrine* norte-americana, cuidar do poder “distorsivo” provocado pelos monopólios e oligopólios dos meios de comunicação, relativizando aquela liberdade e abrindo espaço para o exercício do contraditório, em um amplo “mercado livre de ideias”.

Em outras palavras: a Constituição de 1988 contempla o direito de resposta não somente como uma consequência de um ato ilícito, mas também como uma garantia de todos os cidadãos em relação aos assuntos de interesse coletivo. Isso fica bem evidenciado se entendermos o direito à informação não apenas como o direito de informar, mas também como o direito do público de ter informação de qualidade. Trata-se, nessa acepção mais ampla, de um direito essencialmente difuso, capaz de dar eficácia aos ideais constitucionais de pluralismo democrático e político (art. 1º, CF).

Essa leitura do instituto não representa violação à liberdade de expressão dos veículos de comunicação. A conclusão decorre de uma leitura sistemática da Constituição. Com efeito, a liberdade editorial não é afetada, pois o que se busca não é o domínio dos meios de comunicação ou qualquer modo de censura prévia, mas sim um bom uso e gestão desse meio atrelado ao interesse coletivo que se envolve inexoravelmente a esse direito.

A Lei de Imprensa, no entanto, só contempla a hipótese de exercício de direito de resposta em casos de veiculação de fato inverídico ou errôneo (art. 29), o que, como já se disse, é uma leitura por demasiado restritiva e retrógrada do instituto. Também por essa razão justifica-se a revogação integral da Lei nº 5.250/67.

### 3. Conclusão

Por todas as razões expostas anteriormente, a requerente confia em que o egrégio Supremo Tribunal Federal julgará esta arguição de descumprimento de

<sup>29</sup> Sobre a *Fairness Doctrine*, vide Binenbojm, 2003. Vide, ainda, Daniel Sarmiento, Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 16, maio/jun./jul./ago., 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 22 jan. 2009.

preceito fundamental procedente para declarar, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Reitera-se, por oportuno, o requerimento formulado quando do pedido de admissão da ABI como *amicus curiae*, para que seja autorizada a realização de sustentação oral por ocasião do julgamento da ADPF, intimando-se, oportunamente, os patronos da Associação Brasileira de Imprensa.

## RELATÓRIO

### Ministro Carlos Ayres Britto (relator)

1. Cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental — ADPF, manejada pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT, contra dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, autorreferida como “Lei de Imprensa”.

2. Objeto da ação constitucional é a “declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa (a) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e (b) outros carecem de interpretação conforme com ela compatível (...)” (fls. 03). Isto para evitar que “defasadas” prescrições normativas sirvam de motivação para a prática de atos lesivos aos seguintes preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988: incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do art. 5º, mais os arts. 220 a 223.

3. Quanto à justificativa da adequação do meio processual de que se valeu perante este STF, o arguente invocou a regra da subsidiariedade que se lê no §1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 — Lei da ADPF.<sup>30</sup> Em sobrepasso, arguiu o concreto espocar de controvérsias judiciais sobre a aplicação dos preceitos fundamentais tidos por violados, para o que fez a juntada de cópias do inteiro teor de ações manejadas com base na atual Lei de Imprensa, assim como de algumas decisões liminares em desfavor de jornalistas e órgãos de comunicação social. *Dando-se que o plenário desta Casa de Justiça acolheu tal justificativa de cabimento da presente ADPF, vencido o ministro Marco Aurélio (sessão do dia 27 de fevereiro de 2008).*

4. Também da inicial faz parte o esclarecimento de que a vigente Lei de Imprensa já foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), que não chegou a ser conhecida sob o fundamento da impossibilidade jurídica do pedido (voto

---

<sup>30</sup> Dispositivo que tem a seguinte redação: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Lesividade a preceito que na Constituição mesma tenha sua fundamentalidade reconhecida, seja por modo originário, seja por derivação.

vencedor do ministro Paulo Brossard). Isto pelo acolhimento da teoria kelseniana de que toda nova constituição priva de eficácia as leis com ela incompatíveis, materialmente (fenômeno da não recepção do direito velho pela nova constituição, o que afasta o argumento da inconstitucionalidade superveniente).

5. Prossigo neste relato da causa para averbar que o arguente, após declinar as bases factuais e jurídicas da sua pretensão de ver julgada procedente essa arguição de descumprimento de preceito fundamental, pugnou pelo reconhecimento da total invalidade jurídica da Lei nº 5.250/67, porquanto “incompatível com os tempos democráticos”. Alternativamente, pediu a declaração de não recebimento, pela Constituição: a) da parte inicial do §2º do art. 1º, atinentemente ao fraseado (“...a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem...”); b) do §2º do art. 2º; c) da íntegra dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51 e 52; d) da parte final do art. 56, no que toca à expressão “... e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de três meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa...”); e) dos §§3º e 6º do art. 57; f) dos §§1º e 2º do art. 60; g) da íntegra dos arts. 61, 62, 63, 64 e 65. Mais: requereu interpretação conforme a CF/88: a) do §1º 5 do art. 1º; b) da parte final do *caput* do art. 2º; c) do art. 14; d) do inciso I do art. 16; e) do art. 17. Tudo isso para postular que as expressões “subversão da ordem política e social” e “perturbação da ordem pública ou alarma social” não sejam interpretadas como censura de natureza política, ideológica e artística, ou venham a constituir embaraço à liberdade de manifestação do pensamento e de expressão jornalística. Já alusivamente ao art. 37, requereu o emprego da técnica da “interpretação conforme a Constituição” para deixar claro que o jornalista não é penalmente responsável por entrevista autorizada. À derradeira, tornou a postular o uso da técnica da “interpretação conforme” de toda a Lei de Imprensa, de maneira a rechaçar qualquer entendimento significativo de censura ou restrição às encarecidas liberdades de manifestação do pensamento e expressão jornalísticas. (...)

## VOTO

### Ministro Carlos Ayres Britto (relator)

14. Uma vez assentada a adequação da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como ferramenta processual de abertura da jurisdição deste Supremo Tribunal Federal, e não havendo nenhuma outra questão preliminar a solver, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da questão. Fazendo-o, começo por me impor a tarefa que certamente passa pela curiosidade inicial de cada um dos senhores ministros: *saber até que ponto a proteção constitucional brasileira à liberdade de imprensa corre parrelha com a relevância intrínseca do*

*tema em todos os países de democracia consolidada. A começar pelos Estados Unidos da América, em cuja Constituição, e por efeito da primeira emenda por ela recebida, está fixada a regra de que “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa (...)” (art. I).*

15. Em palavras diferentes, o que certamente passa pelo intelecto de cada qual dos meus pares é saber se o regime constitucional da imprensa, em nosso país, guarda conformidade com o fundamental e insubstituível papel que ela desempenha enquanto *plexo de “atividades” e também como o somatório dos órgãos ou “meios de comunicação social”*. Plexo de atividades e somatório dos órgãos ou meios de comunicação social, porque assim é como dispõe o §5º do art. 220, combinadamente com os §§1º, 2º e 3º do art. 222 da Constituição de 1988.

16. Deveras, todo exame normativo-constitucional que, entre nós, tenha na liberdade de imprensa o seu específico ponto de incidência, há de começar pela constatação de que, *objetivamente, a imprensa é uma atividade*. Uma diferenciada forma do agir e do fazer humano. Uma bem caracterizada esfera de movimentação ou do protagonismo dessa espécie animal que Protágoras (485-410 a.C.) tinha como “a medida de todas as coisas”. Mas atividade que, pela sua força de multiplicar condutas e plasmar caracteres, ganha a dimensão de “instituição-ideia”. “Locomotiva sociocultura” ou ideia-força. Nessa medida, atividade (a de imprensa) que se põe como “a mais rematada expressão do jornalismo”, quer o jornalismo como profissão, quer o jornalismo enquanto vocação ou pendor individual (pendor que é frequentemente identificado como arte ou literatura). Donde a Constituição mesma falar de “liberdade de informação jornalística” (§1º do art. 220), expressão exatamente igual à liberdade de imprensa.

17. Já do ângulo “subjetivo ou orgânico”, a comprovação cognitiva é esta: a imprensa constitui-se num conjunto de órgãos, veículos, “empresas”, “meios”, enfim, juridicamente personalizados (§5º do art. 220, mais o §5º do art. 222 da Constituição Federal). Logo, subjetivamente considerada, a imprensa é “instituição-entidade”, instituição-aparelho, instituição-aparato. Mas seja a imprensa como objetivo sistema de atividades, seja como subjetivados aparelhos, *a comunicação social é mesmo o seu traço diferenciador ou signo distintivo*. As duas coisas sempre englobadas (instituição-ideia e instituição-entidade), pois o fato é que assim binariamente composta é que a imprensa consubstancia um tipo de comunicação que não desborda do significado que se contém nos dicionários da língua portuguesa; ou seja, comunicação é ato de comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar. No caso da imprensa, comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar: a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo do ser, que é o mundo das ocorrências fáticas; b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana

em geral, estes situados nos escaninhos do nosso cérebro, identificado como a sede de toda inteligência e de todo sentimento da espécie animal a que pertencemos.

18. Sequencio imediatamente o raciocínio: a modalidade de comunicação que a imprensa exprime não se dirige a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, *mas ao público em geral. Ao maior número possível de pessoas humanas*. Com o que a imprensa passa a se revestir da característica central de *instância de comunicação de massa*, de sorte a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de “opinião pública”. Opinião pública ou modo coletivo de pensar e sentir acerca de fatos, circunstâncias, episódios, causas, temas, relações que a dinamicidade da vida faz emergir como respeitantes à coletividade mesma. Incumbindo à imprensa o direito e ao mesmo tempo o dever de sempre se postar *como o olhar mais atento ou o foco mais aceso sobre o dia a dia do Estado e da sociedade civil*. O que enseja a tomada de posições, a feitura de escolhas e a assunção de condutas igualmente massivas, *que são direitos elementares de todo grupamento humano o agir e o reagir como conjunto mesmo*. Onde a imprensa, matriz por excelência da opinião pública, rivaliza com o próprio Estado nesse tipo de interação de máxima abrangência pessoal.

19. Foi precisamente em função desse bem mais abrangente, círculo de interação humana, que o nosso Magno Texto reservou para a imprensa todo um bloco normativo com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). Capítulo de que emerge a imprensa como de fato ela é: o mais acessado e, por isso mesmo, o mais influente repositório de notícias do cotidiano, concomitantemente com a veiculação de editoriais, artigos assinados, entrevistas, reportagens, documentários, atividades de entretenimento em geral (por modo especial, as esportivas e musicais, além dos filmes de televisão), pesquisas de opinião pública, investigações e denúncias, acompanhamento dos atos do poder e da economia do país, ensaios e comentários críticos sobre arte, religião e tudo o mais que venha a se traduzir em valores, interesses, aspirações, expectativas, curiosidades e até mesmo entretenimento do corpo societário. Pelo que encerra a mais constante e desembaraçada comunicação de ideias, ensaios, opiniões, testemunhos, projeções e percepções de toda ordem, passando mais e mais a ver a si mesma e a ser vista pela coletividade como ferramenta institucional que transita da informação em geral e análise da matéria informada para a investigação, a denúncia e a cobrança de medidas corretivas sobre toda conduta que lhe parecer (a ela, imprensa) fora do esquadro jurídico e dos padrões minimamente aceitáveis como próprios da experiência humana em determinada quadra histórica. *Não sendo exagerado afirmar que esse estádio multifuncional da imprensa é, em si mesmo, um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução políticocultural de todo um povo. Status de civilização avançada, por conseguinte.*

20. É certo que a nossa Constituição Federal somente faz expresso uso do substantivo “imprensa” numa solitária passagem, e ainda assim como sinônimo



de mídia impressa ou escrita. “Veículo de comunicação em papel ou impresso” (Walter Ceneviva). Isso por oposição à mídia eletrônica, abarcante da radiodifusora e televisiva, consoante a seguinte transcrição: “Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 177, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - ... III — restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei”.

21. Não menos certo, porém, que essa diferenciação entre mídia impressa e mídia radiodifusora e televisiva (eletrônica, dissemos) atende à consideração de que *somente as duas últimas é que são constitucionalmente tipificadas como serviços públicos, próprios da União Federal*. Serviços públicos sempre titularizados pela União, frise-se, porém complementarmente prestados pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão, ou permissão, tanto quanto por ato unilateral e precário de autorização. É como está na alínea *a* do inciso XI do art. 21 da nossa Lei Fundamental, em combinação com a cabeça do art. 223 da mesma Carta Magna, a saber: “Art. 21. Compete à União: XI — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”. “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.”

22. Já a mídia impressa, além de se constituir em sistema de atividades e conjunto de empresas tipicamente privadas, “independe de licença da autoridade” quanto à sua “publicação” (§5º do artigo constitucional de nº 220). Dando-se, no entanto, que todas elas (mídia escrita e mídia eletrônica) passam a compor “as atividades” e “os meios de comunicação social” ainda há pouco referidos como objeto de normação do §5º do art. 220 da CF, mais os §§1º, 2º, 3º e 5º do art. 222). Meios de comunicação social ou simplesmente “empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens”, segundo a linguagem do §1º do art. 222 da mesma Lei Fundamental brasileira.

23. Numa frase, estamos a lidar com atividades e meios ou empresas de comunicação social que, no seu conjunto, encerram o estratégico setor da imprensa livre em nosso país. Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo, por absoluta falta de previsão constitucional, a chamada “Rede Mundial de Computadores — Internet”. Artefato ou empreitada tecnológica de grandes e sedutoras possibilidades informativas e de relações interpessoais, sem dúvida, entre elas a interação “em tempo real” dos seus usuários; ou seja, emissores e destinatários da comunicação “*internetizada*” a dispor da possibilidade de inverter as suas posições a todo o instante. O fisicamente presencial a cada vez mais ceder espaço ao *telepresencial* (viagem que vai do concreto ao virtual), porém, ainda assim, constitutivo de relações sem a menor referência constitucional. O que se explica



em função da data de promulgação da Carta Política brasileira (5 de outubro de 1988), quando os computadores ainda não operavam sob o tão refinado quanto espantoso sistema eletrônico-digital de intercomunicação que veio, com o tempo, a se chamar de “rede”.

24. Pois bem, assim binariamente concebida e praticada entre nós é que a imprensa possibilita, por modo crítico incomparável, *a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade*. Coisas que, por força dessa invencível parceria com o tempo, a ciência e a tecnologia, se projetam em patamar verdadeiramente global. Com o mérito adicional de se constituir, ela, imprensa, num necessário contraponto à leitura oficial dos fatos e suas circunstâncias, eventos, condutas e tudo o mais que lhes sirva de real motivação. Quero dizer: *a imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade*, conforme realçado pelo jurista, deputado federal e jornalista Miro Teixeira, um dos subscritores da presente ADPF. O que já significa visualizar a imprensa como *garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência*. Pensamento crítico ou racionalmente exposto, com toda sua potencialidade emancipatória de mentes e espíritos. Não aquele pensamento sectariamente urdido, ou então superficialmente engendrado, quando não *maquinadamente* elaborado para distorcer fatos e biografias. Sendo de toda relevância anotar que, *a título de reforço à manutenção dessa verdadeira relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre*, a própria Constituição impõe aos órgãos e empresas de comunicação social a seguinte interdição: “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio” (§5º do art. 220). Norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, *o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários* (o necessário consenso é apenas quanto às *regras do jogo*, conforme enuncia Norberto Bobbio em seu clássico livro *O futuro da democracia*<sup>31</sup>). Pluralismo, enfim, que a nossa Constituição prestigia em duas explícitas oportunidades: no seu preâmbulo e no inciso V do art. 1º. Aqui, pluralismo político; ali, pluralismo cultural ou social genérico.

25. Sem maior esforço mental, portanto, vê-se que a imprensa passou a desfrutar de tamanha importância na vida contemporânea *que já faz da sua natureza de focada instância de comunicação social o próprio nome da sociedade civil globalizada: “sociedade de informação”, também chamada de “sociedade de comunicação”*. Preservada a amplitude massiva dos seus destinatários ou público-alvo e sempre na perspectiva da encarnação de um direito-dever inarredável: o da instância por excelência

<sup>31</sup> Doutrina Bobbio: “Democracia é definida como um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”.

do pensamento crítico ou emancipatório. Ele próprio, pensamento crítico ou libertador, a pedagogicamente introjetar no público em geral todo o apreço pelo valor da verdade como categoria objetivamente demonstrável, *o que termina por forçar a imprensa mesma a informar em plenitude e com o máximo de fidedignidade.*

26. Convém insistir na afirmativa: por efeito dessa relação de mútua e benfezaça influência entre a imprensa e seus massivos destinatários, o caminho consequente ou como que natural a seguir só pode ser o da responsabilidade de jornalistas e órgãos de comunicação social. *Responsabilidade que torna intrinsecamente meritórios uns e outros.* Tudo a possibilitar a formação de uma confortável clientela ou corpo de destinatários, que vai eficazmente contrabatendo, com a incessante subida dos seus padrões de seletividade, o personalístico peso dos agentes públicos e dos empresários do ramo, ou mesmo desse ou daquele jornalista em apartado. Seletividade, de sua parte, que opera como antídoto social que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios da imprensa dita burguesa; quer dizer, resquício de um modelo de imprensa que investe no atraso mental das massas e ainda se disponibiliza para o servilismo governamental, quando não para o insidioso desprestígio das instituições democráticas e o dogmatismo tão confessional quanto mercantil. Argentário. Também assim, antídoto contra os desvarios sensacionalistas, o açodamento do “furo de reportagem” (o escritor e jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira bem o diz), a superficialidade e até mesmo a chantagem, que ninguém é ingênuo ou alienado a ponto de não admitir que profissionais e órgãos de imprensa ainda estão sujeitos, sim, àquelas vicissitudes que Rui Barbosa tão bem denunciou com estas palavras, na conhecida monografia *A imprensa e o dever da verdade* (prefaciada, justamente, e com pena de mestre, pelo citado jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira): “Em quatro palavras se poderá encartar uma calúnia. Mas pode ser que a demonstração da falsidade não caiba toda num discurso. Uma só proposição dará, talvez, para se verter no espírito humano um erro tremendo. Mas uma vez lançado ao mundo, sabe Deus que de contestações, raciocínios e debates se não cansariam, porventura, ainda assim, debalde, em lhe dar combate”.<sup>32</sup>

27. Mas a decisiva questão é comprovar que o nosso Magno Texto Federal levou o tema da liberdade de imprensa na devida conta. *Deu a ela, imprensa, roupa formal na medida exata da respectiva substância.* Pois é definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. *Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica.* É a trajetória humana, é a vida, são os fatos, o pensamento e as obras dos mais acreditados formadores de opinião que retratam sob todas as

<sup>32</sup> Barbosa, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Papagaio, 2004. p. 27.

cores, luzes e contornos que imprensa apenas “meio livre” é um tão arremedo de imprensa como a própria meia verdade das coisas o é para a explicação cabal dos fenômenos, seres, condutas, ideias. Sobretudo ideias, cuja livre circulação no mundo é tão necessária quanto o desembaraçado fluir do sangue pelas nossas veias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas. O que tem levado interlocutores sociais de peso — diga-se de passagem — a se posicionar contra a exigência de diploma de nível superior para quem se disponha a escrever e falar com habitualidade pelos órgãos de imprensa.

28. Se é assim, não há opção diferente daquela que seguramente fez o nosso Magno Texto Republicano: consagrar a plenitude de uma liberdade tão intrinsecamente luminosa que sempre compensa, de muito, de sobejo, inumeravelmente, *as quedas de voltagem* que lhe infligem profissionais e organizações aferrados a práticas de um tempo que estrebucha, porque já deu o que tinha de dar de voluntarismo, chantagem, birra, perseguição. *Esparsas nuvens escuras a se esgueirar, intrusas, por um céu que somente se compraz em hospedar o sol a pino.* Exceção feita, já o vimos, a eventuais períodos de estado de sítio, mas ainda assim “na forma da lei”. Não da vontade caprichosa ou arbitrária dos órgãos e autoridades situados na cúpula do Poder Executivo, ou mesmo do Poder Judiciário.

29. O que se tem como expressão da realidade, portanto, é, de uma banda, um corpo social progressivamente esclarecido por uma imprensa livre e, ela mesma, plural (visto que são proibidas a oligopolização e a monopolização do setor). Corpo social também progressivamente robustecido nos seus padrões de exigência enquanto destinatário e conseqüentemente parte das relações de imprensa. De outra banda, uma imprensa que faz de sua liberdade de atuação um necessário compromisso com a responsabilidade quanto à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público. *Do que decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade*, até porque, sob o prisma do conjunto da sociedade, quanto mais se afirma a igualdade como característica central de um povo, *mais a liberdade ganha o tônus de responsabilidade.* É que os iguais dispõem de reais condições de reagir altivamente às injustiças, aos desafios e às provocações do cotidiano, de modo a refrear os excessos ou abusos, partam de onde partirem, venham de quem vierem. Donde o *Jornal da ABI* (Associação Brasileira de Imprensa) comentar que até mesmo os escandalosos tabloides ingleses, premidos pela perda de leitores, não raras vezes mudam sua linha sensacionalista de orientação; “Porque do regime da plena liberdade surge a responsabilidade e o cidadão passa a não comprar porcarias”.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> *Jornal da ABI*, 326, fev. 2008, p. 25. A propósito de entrevista com o citado operador jurídico, jornalista e deputado federal Miro Teixeira.

30. Este o ponto nuclear da questão, à face de uma lógica especificamente referida à interação da imprensa livre com um público-alvo cada vez mais em condições de se posicionar à moda de *filtro* ou *peneira* do que lhe chega como informação ou como conhecimento pronto e acabado. *Lógica encampada pela nossa Constituição de 1988* e, prescientemente, captada pelo inglês William Pitt (1759-1806), para quem “à imprensa deve tocar o encargo de se corrigir a si própria”; pelo norte-americano Thomas Jefferson (1743-1826), autor da afirmação de que, se lhe fosse dado escolher entre um governo sem jornais e jornais sem um governo, não hesitaria em optar por esta última fórmula; e pelo francês Alexis de Tocqueville (1805-1859), ao sentenciar que, numa democracia, o modo mais eficaz de se combater os excessos de liberdade é com mais liberdade ainda. A imprensa, então, cabalmente imunizada contra o veneno da censura prévia, como lúcida e corajosamente pregou o poeta John Milton, em 1644, no seu famoso discurso “A aeropagítica”.<sup>34</sup> A imprensa livre a viabilizar, assim, o ideal daqueles que, à semelhança de Gluksman, veem a liberdade como um rio impetuoso cujo único anseio é não ter margens. Não ter margens fixas — penso que seria melhor dizer —, pois a autorregulação da imprensa nunca deixa de ser um permanente ajuste de limites em sintonia com o sentir-pensar de uma sociedade civil de que ela, imprensa, é simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância. Não só porta-voz, não só caixa de ressonância, mas as duas coisas ao mesmo tempo.

31. Atente-se para as novelas da televisão brasileira e demais programações em canal aberto. Não há censura prévia quanto à exposição de capítulos, cenas, fatos, mas os temas polêmicos ou de mais forte quebra de paradigmas culturais são retratados com perceptível cuidado. Cuidado ou acautelamento que nada tem a ver com o receio de intervenção estatal (proibida pela Constituição, ressalvado o estado de sítio), porém como o fruto mesmo de uma responsabilidade de imprensa cujo tamanho é medido com a trena da suscetibilidade dos telespectadores em geral, dos anteparos de cada família em particular para com os seus membros ainda em formação ou desenvolvimento, e dos próprios sistemas de *ombudsman* de que nenhum órgão de comunicação social pode *abrir mão* hoje em dia. Até mesmo episódios verdadeiros, mas incomumente chocantes, o novo e irreversível modelo de imprensa evita expor para não traumatizar o público, sob o grande risco de perda de audiência. Exemplo disso foi o suicídio de um importante político estadunidense, inteiramente filmado pela televisão, mas levado ao ar sem a brutalidade do momento em que o suicida colocava o revólver no interior de sua própria boca para, em seguida, puxar o gatilho (fato de que tive ciência pelo relato oral do res-

<sup>34</sup> Discurso lido perante a Suprema Corte do Parlamento inglês e transformado em livro pela Editora Topbooks, 1999.

peitável juiz federal da 5ª região, Ricardo César Mandarinó Barreto, presentemente oficiando como juiz auxiliar em meu próprio gabinete de ministro deste STF). Já os fatos e cenas de maior apelo sexual (os programas de *reality show* no meio), estes são exibidos em horário noturno mais avançado e com legenda quanto à sua natureza e não recomendação para determinadas faixas etárias. De conformidade, aliás, com o disposto no §3º do art. 220 da Constituição.

32. Verbalizadas tais reflexões e fincadas as primeiras interpretações da Magna Carta Federal, também facilmente se percebe que a progressiva inafastabilidade desse dever da imprensa para com a informação em plenitude e sob o timbre da máxima fidelidade à sua base empírica é que passa a compor “o valor social da visibilidade”. Nova categoria de direito individual e coletivo ao real conhecimento dos fatos e suas circunstâncias, protagonismos e respectivas motivações, além das ideias, vida pregressa e propostas de trabalho de quem se arvora à condição de ator social de proa, principalmente se na condição de agente público. Visibilidade que evoca em nossas mentes a mensagem cristã do “conheceis a verdade e ela vos libertará” (João, 8:32), pois o fato é que *nada se compara à imprensa como cristalina fonte das informações multitudinárias que mais habilitam os seres humanos a fazer avaliações e escolhas no seu concreto dia a dia*. Juízos de valor que sobremodo passam por avaliações e escolhas em período de eleições gerais, sabido que é pela via do voto popular que o eleitor mais exercita a sua soberania para a produção legítima dos quadros de representantes do povo no Poder Legislativo e nas chefias do Poder Executivo. Mais ainda, visibilidade que, tendo por núcleo o proceder da Administração Pública, toma a designação de “publicidade” (art. 37, *caput*, da CF). *Publicidade como transparência, anote-se, de logo alçada à dimensão de “princípio”, ao lado da “legalidade”, “impeccabilidade”, “moralidade” e “eficiência”*. Sendo certo que a publicidade que se eleva à dimensão de verdadeira transparência é o mais aplainado caminho para a fiel aplicação da lei e dos outros três princípios da moralidade, da eficiência e da impessoalidade na Administração Pública.

33. Daqui já se vai desprendendo a intelecção do quanto a imprensa livre contribui para a concretização dos mais excelsos princípios constitucionais. A começar pelos mencionados princípios da “soberania” (inciso I do art. 1º) e da “cidadania” (inciso II do mesmo art. 1º), entendida a soberania como exclusiva qualidade do eleitor-soberano e a cidadania como apanágio do cidadão, claro, mas do cidadão no velho e sempre atual sentido grego: *aquele habitante da cidade que se interessa por tudo que é de todos; isto é, cidadania como o direito de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, os assuntos da pólis. Organicamente. Militantemente. Saltando aos olhos que tais direitos serão tanto melhor exercidos quanto mais denso e atualizado for o acervo de informações que se possa obter por conduto da imprensa* (contribuição que a internet em muito robustece, faça-se o registro).

34. Esse direito que é próprio da cidadania — o de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, e que a imprensa livre tanto favorece — nós mesmos do

Supremo Tribunal Federal temos todas as condições para dizer da sua magnitude e imprescindibilidade. É que a própria história deste nosso Tribunal já se pode contar em dois períodos: antes e depois da TV Justiça, implantada pelo então presidente Marco Aurélio. TV Justiça a que vieram se somar a TV digital e a Rádio Justiça (criações da ministra Ellen Gracie, à época presidente da Corte), para dar conta das nossas sessões plenárias em tempo real. O que tem possibilitado à população inteira, e não somente aos operadores do direito, exercer sobre todos nós *um heterodoxo e eficaz controle externo*, pois não se pode privar o público em geral, e os lidadores jurídicos em particular, da possibilidade de saber quando trabalham, quanto trabalham e como trabalham os membros do Poder Judiciário. Afinal, todo servidor público é um servidor *do* público, e os ministros do Supremo Tribunal Federal não fogem a essa configuração republicana verdadeiramente primaz.

35. Também deste ponto de inflexão já vai tomando corpo a proposição jurídica de que, pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, *tirando-a mais vezes do papel, a imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação*. Falo da democracia como categoria jurídico-positiva (não simplesmente filosófico-política), que em toda Constituição promulgada por uma Assembleia Constituinte livremente eleita consubstancia o movimento, o fluxo ascendente do poder de governar a pólis; quer dizer, o poder de governar toda a coletividade como aquele que vem de baixo para cima, e não de cima para baixo da escala social. A implicar, por evidente, prestígio das bases governadas e limitação das cúpulas governantes. *Um tirar o povo da plateia para colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito*. Donde figurar, ela, democracia, como questão ou causa verdadeiramente planetária, ao lado da ecologia e da ética na vida pública. Democracia que Abraham Lincoln inexcusavelmente definiu como *o governo do povo, pelo povo e para o povo*, e que a epopeia constituinte de 1987/1988 assumiu como o princípio dos princípios da Constituição de 1988. O seu valor-continente, por se traduzir no princípio que mais vezes se faz presente na ontologia dos demais valores constitucionais (soberania popular, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, só para citar os listados pelos incisos de I a V do art. 1º da nossa Lei Maior). Valor-teto da Constituição, em rigor de ciência, porque acima da democracia não há outro valor coletivo senão já situado do lado de fora de toda positividade jurídica brasileira. Valor incomparável, então, que, se vivido autenticamente, concretiza aquela parte do discurso de posse do presidente Roosevelt, em plena depressão econômica: “nada há a temer, exceto o próprio medo”.

36. Avanço na tessitura desse novo entrelace orgânico para afirmar que, *assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. Até porque essas duas categorias de liberdade*



*individual também serão tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela imprensa mesma (ganha-se costas largas ou visibilidade — é fato —, se as liberdades de pensamento e de expressão em geral são usufruídas como o próprio exercício da profissão ou do pendor jornalístico, ou quando vêm a lume por veículo de comunicação social). O que faz de todo o capítulo constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato. Comunicando-se, então, a todo o segmento normativo prolongador a natureza jurídica do segmento prolongado; que é a natureza de “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”, tal como se lê no título de nº II da nossa Constituição. E para a centrada tutela de tais direitos e garantias é que se presta a ação de descumprimento de preceito fundamental, cujo status de ação constitucional advém da regra que se lê no §1º do art. 101 da nossa Lei Maior, litteris: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Em suma, a virginal fundamentalidade de um preceito constitucional é repassada, logicamente, para outro ou outros preceitos constitucionais que lhe sejam servientes, ainda que esses outros preceitos façam parte de um conjunto normativo diverso. Como se dá, ilustrativamente, com os dispositivos constitucionais que limitam o poder de tributar da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (arts. de nºs 150 a 152, inseridos no capítulo atinente ao Sistema Tributário Nacional), sabido que tal limitação ao poder tributante das nossas unidades federadas opera em favor dos direitos fundamentais que assistem às pessoas privadas quanto às suas propriedades, rendas e atividades de subsistência material e produção econômica (títulos de nºs II e VII, notadamente).*

**37.** Com efeito e a título de outorga de um direito individual que o ritmo de civilização do Brasil impôs como conatural à espécie humana (pois sem ele o indivíduo como que se fragmenta em sua incomparável dignidade e assim deixa de ser o ápice da escala animal para se reduzir a subespécie), a Constituição proclama que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inciso IV do art. 5º). Assim também, e de novo como pauta de direitos mais fortemente entroncados com a dignidade da pessoa humana, a nossa Lei Maior estabelece nesse mesmo art. 5º que: a) “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inciso IX); b) “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (inciso XIII); c) “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (inciso XIV); d) “conceder-se á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público: b) para a retificação de dados, quando não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo” (inciso LXXII).



Discurso libertário que vai reproduzir na cabeça do seu art. 220, agora em favor da imprensa, com pequenas alterações vocabulares *e maior teor de radicalidade e largueza*. Confira-se: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

38. É precisamente isto: no último dispositivo transcrito, a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) *que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição*. Requite de proteção que bem espelha a proposição de que a imprensa é o espaço institucional que melhor se disponibiliza para o uso articulado do pensamento e do sentimento humanos como fatores de defesa e promoção do indivíduo, tanto quanto da organização do Estado e da sociedade. *Plus* protecional que ainda se explica pela anterior consideração de que é pelos mais altos e largos portais da imprensa que a democracia vê os seus mais excelsos conteúdos descenderem dos colmos olímpicos da pura abstratividade para penetrar fundo *na carne do real*. Dando-se que a recíproca é verdadeira: *quanto mais a democracia é servida pela imprensa, mais a imprensa é servida pela democracia*. Como nos versos do poeta santista Vicente de Carvalho, uma diz para a outra, solene e agradecidamente, “Eu sou quem sou por serdes vós quem sois”.

39. É de se perguntar, naturalmente: mas a que disposições constitucionais se refere o precitado art. 220 como de obrigatória observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pela imprensa? Resposta: àquelas disposições do art. 5º, versantes sobre *vedação do anonimato* (parte final do inciso IV); *direito de resposta* (inciso V); *direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas* (inciso X); *livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* (inciso XIII); *direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional* (inciso XIV).

40. Não estamos a ajuizar senão isto: a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento, bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, pouco importando a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Isto é certo. Impossível negá-lo. *Mas o exercício de tais liberdades não implica uma fuga do dever de observar todos os incisos igualmente constitucionais que citamos no tópico anterior, relacionados com a liberdade mesma de imprensa* (a começar pela proibição do anonimato e terminando com a proteção do sigilo da fonte de informação). Uma coisa a não excluir a outra, tal como se dá até mesmo quando o gozo dos direitos

fundamentais à liberdade de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do acesso à informação, acontece à margem das atividades e dos órgãos de imprensa (visto que o desfrute de tais direitos é expressamente qualificado como “livre”). *Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos sobredireitos (faamos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; ou seja, como exercer em plenitude o direito à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral (sobredireitos de personalidade, reitere-se a afirmativa), sem a possibilidade de contraditar, censurar, desagradar e até eventualmente chocar, vexar, denunciar terceiros? Pelo que o termo “observado”, referido pela Constituição no *caput* e no §1º do art. 220, é de ser interpretado como proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, como os mencionados nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º. Proibição de se fazer *tabula rasa* desses preceitos igualmente constitucionais, porém sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das liberdades de manifestação do pensamento e expressão em sentido lato.*

41. Sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das duas categorias de liberdade, acabamos de falar, porque, para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria compostura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico (aqui embutidos a criação e o direito de informar, informar-se e ser informado, como expletivamente consignado pelo art. 37, 1, da Constituição portuguesa de 1976, “versão 1997”). Caso venha a ocorrer o deliberado intento de se transmitir apenas em aparência a informação para, de fato, ridicularizar o próximo, ou, ainda, se objetivamente faz-se real um excesso de linguagem tal que faz o seu autor resvalar para a zona proibida da calúnia, da difamação, ou da injúria, aí o corretivo se fará pela exigência do direito de resposta por parte do ofendido, assim como pela assunção de responsabilidade civil ou penal do ofensor. Esta, e não outra, a lógica primaz da interação em causa.

42. Lógica primaz ou elementar — retome-se a afirmação — porque reveladora da mais natural cronologia das coisas. Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do *caput* do art. 220 da CF, a criação e a informação), *senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias*

*de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros. Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrechoque é entre direitos de personalidade), não pode significar mais que o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parelha de *sobredireitos* fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral. Sendo que, no plano civil, o direito à indenização será tanto mais expressivo quanto maior for o peso, o tamanho, o grau da ofensa pessoal, ou da desqualificação objetiva do fazer alheio. Donde a Constituição mesma falar de direito de resposta “proporcional ao agravo”, sem distinguir entre o agravado “agente público” e o agravado “agente privado”. Proporcionalidade, essa, que há de se comunicar à reparação pecuniária, naturalmente. Mas sem que tal reparação financeira descambe jamais para a exacerbação, porquanto: primeiro, a *excessividade* indenizatória já é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa; segundo, esse *carregar nas cores* da indenização pode levar até mesmo ao fechamento de pequenos e médios órgãos de comunicação social, o que é de todo impensável num regime de plenitude da liberdade de informação jornalística. Sem falar que, em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, *subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade*. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania (é direito do cidadão saber das coisas do poder, *ponto por ponto*), exposto que fica, além do mais, aos saneadores efeitos da parábola da “mulher de César”: não basta ser honesta; tem que parecer. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de comportamento antijurídico. O que propicia maior número de interpelações e cobranças em público, revelando-se claramente inadmissível que semelhantes interpelações e cobranças, mesmo que judicialmente reconhecidas como ofensivas, ou desqualificadoras, venham a ter como sanção indenizatória uma quantia tal que leve ao empobrecimento do cidadão agressor e ao enriquecimento material do agente estatal agredido. Seja como for, quer o ofendido esteja na condição de agente privado, quer na condição de agente público, o que importa para o intérprete e aplicador do direito é revelar a vontade objetiva da Constituição na matéria. E esse querer objetivo da Constituição reside no juízo de que *a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa. Repito: nada tendo a ver com essa equação de Direito Civil a circunstância da veiculação da ofensa por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pen-**

samento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Até de nulificação, no limite.

43. Já no que diz respeito à esfera penal, o esquadro jurídico-positivo também não pode ser de maior severidade contra jornalistas. Vale dizer, a lei não pode distinguir entre pessoas comuns e jornalistas para desfavorecer penalmente estes últimos, senão caminhando a contrapasso de uma Constituição que se caracteriza, justamente, pelo desembaraço e até mesmo pela plenificação da liberdade de agir e de fazer dos atores de imprensa e dos órgãos de comunicação social. Logo, é repelente de qualquer ideia de tipificação criminosa em apartado a conduta de quem foi mais generosamente aquinhoadado pela Constituição com a primazia das liberdades de manifestação do pensamento e de expressão em sentido genérico.

44. Cuida-se, tal primazia, marcadamente em matéria de imprensa, de uma ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente faz e resolve por um modo temporalmente favorecedor do pensamento e da expressão; ou seja, antes de tudo, duas coisas: uma, o ato de pensar em público ou para além dos escaninhos simplesmente mentais da pessoa humana, sabido que “manifestação de pensamento” implica esse transpasse de uma esfera simplesmente abstrata ou interna ao indivíduo para outra empírica ou externa; a segunda, o ato de se expressar intelectualmente, artisticamente, cientificamente e comunicacionalmente, a se dar, por evidente, no mundo das realidades empíricas. Somente depois de qualquer dessas duas atuações em concreto é que se abre espaço à personalíssima reação dos eventuais prejudicados na sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

45. Nova pergunta é de se fazer, também sob a marca da imperiosidade: como entronizar o indivíduo nesses bens de personalidade que são a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral, se a ele é negada a possibilidade de fazer de cada obra sua *um retrato falado* de si mesmo? Se cada autor, cada escritor, cada pensador e cada artista tem por quintessência do seu DNA imaterial a ironia, por hipótese, como impedir que seja igualmente irônica a sua produção intelectual, ou artística, ou comunicacional? E se ele for um incrêu (Millôr Fernandes fala do direito fundamental à descrença), um agnóstico, um iconoclasta, um evolucionista, um questionador, um anarquista (*Anarquistas, graças a Deus*, é o mais conhecido dos livros de Zélia Gattai), um *arauto do holismo, da utopia e do surreal*, como impedir que venha a contraditar, incomodar, desagradar ou até mesmo ofender, chocar, vexar, revoltar quem não o seja? Como proibir que o indivíduo seja ele mesmo em tudo que fizer, de sorte a que tudo que ele fizer seja ele mesmo? Encarnado e inculpado, como se dizia em português dos tempos idos? Impossível, a não ser pelo raso e frio holocausto da liberdade de imprensa em nosso país.

46. Nessa toada de intelecção constitucional da matéria, *quem quer que seja pode dizer o que quer que seja*, ao menos na linha de partida das coisas, pois a verdade, a

beleza, a justiça e a bondade — só para citar os quatro valores por excelência da filosofia grega — podem depender dessa total apriorística liberdade de pensamento e de expressão para poder vir a lume. *O possível conteúdo socialmente útil da obra a compensar eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor.* Não é de René Descartes a máxima de que não lhe impressionava o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento? Não é de Voltaire a sentença de que “não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até à morte o vosso direito de dizê-las”? Sobremais, *é no desfrute da total liberdade de manifestação do pensamento e de expressão lato sensu que se pode fazer de qualquer dogma um problema.* Um objeto de reflexão e de intuição, para ver até que ponto o conhecimento tido por assente consubstancia, ou não, um valor em si mesmo. Para se perquirir, como o fizeram Galileu Galilei e Giordano Bruno, se determinado experimento e/ou uma dada teoria não passam de condicionamentos mentais, ou sociais, que nada têm a ver com as leis da natureza ou com a evolução espiritual da humanidade.

47. Sustentar o contrário parece-me postura de quem *vaza os próprios olhos* para não ter que enxergar esses dois enfáticos e geminados comandos constitucionais: primeiro, o de que os *sobredireitos* de personalidade aqui seguidamente vocalizados se caracterizam pelo seu exercício “livre” (incisos IV e IX do art. 5º da Constituição); segundo, o de se tratar de superiores direitos que, se manifestados por órgão de imprensa ou como expressão de atividade jornalística, *passam a receber sobretutela em destacado capítulo da nossa Lei Maior (Capítulo V do Título VIII)*, pois a dupla verdade jurídico-científica traduz-se em que a imprensa tem o condão de favorecer o uso desses tão encarecidos direitos de personalidade (*sobredireitos*, nunca é demais repetir) e ainda se põe como *vizinha de porta da democracia, essa verdadeira célula mater de todas as grandes virtudes coletivas*. Condomínios, então (imprensa livre e democracia), de um metafórico edifício que a nossa Lei Maior ergueu para possibilitar à nação brasileira caminhar mais decidida e facilitadamente na direção de si mesma. Que possivelmente seja a direção de uma liberdade, de uma igualdade e de uma fraternidade mais afeiçoadas ao nosso modo preponderantemente sentimental, intuitivo, alegre, espontâneo, criativo e agregador de ser (a despeito das duas maiores nódoas ético-espirituais de toda a nossa formação enquanto colônia, reino unido e Estado soberano, que foram as imperecíveis nódoas da escravidão negra e do quase completo etnocídio das nossas populações indígenas. À guisa da exortação que se contém no “Conhece-te a ti mesmo”, do oráculo de Delfos, e no “Torna-te quem és”, do genial filósofo alemão Friedrich Nietzsche. Donde a precedente afirmação de que, *à luz de uma Constituição que tanto favorece a liberdade de imprensa, não cabe sequer falar de um destacado sistema penal na matéria.* Seria dar com uma das mãos e tomar com a outra, como vigorosamente advertia Geraldo Ataliba. Modo *desinteligente*

de se interpretar dispositivos jurídicos (ao contrário, pois, do que preconizava Carlos Maximiliano), mormente os encartados na Constituição.

48. Está-se primariamente a lidar, assim, com direitos constitucionais insuscetíveis de sofrer “qualquer restrição (...)”, seja qual for a “forma, processo ou veículo” de sua exteriorização. O que vem a ser confirmado pelo §1º do mesmo artigo constitucional de nº 220, *verbis*: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

49. Tem-se agora um comando constitucional que vai mais longe ainda no seu decidido propósito de prestigiar a cronologia aqui defendida como de compulsória observância. Preceito constitucional que chega a interditar a própria opção estatal por dispositivo de lei que venha a “constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”. Logo, *a uma atividade que já era “livre” foi acrescentado o qualificativo de “plena”*. Liberdade plena, entenda-se, no que diz respeito à essência mesma do jornalismo. *Ao seu “núcleo duro”, que são as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento e da criação lato sensu, quando veiculada por órgão de comunicação social*. É o que se pode chamar de matéria centralmente de imprensa; ontológica ou axialmente de imprensa, devido a que os temas periféricos, estes, sim, a Constituição coloca ao dispor daquele poder estatal de legislar. Aqui, por se tratar de temas circundantes ou que giram na órbita da liberdade de informação jornalística (sem com essa liberdade se confundir, todavia), o poder estatal de legislar é de ser reconhecido. Ali, por se cuidar do núcleo ou da medula mesma da liberdade de informação jornalística, nenhum poder estatal de legislar é de subsistir.

50. Talvez com maior precisão hermenêutica: a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, há de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: *primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo*. Coordenadas de tempo e de conteúdo que exprimem o que chamamos de “núcleo duro” ou essência mesma da liberdade de imprensa. Seu epicentro. Restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção.

51. Essa interdição ao Poder Legislativo do Estado significa, então, que nem mesmo o direito-lei tem a força de interferir na oportunidade/duração de exercício, tanto quanto no cerne material da liberdade de informação jornalística (conteúdo/extensão). Noutro dizer, *liberdade que tem suas coordenadas temporais e materiais exclusivamente ao dispor do seu individualizado titular em cada caso concreto*. Assumindo ele, óbvio, as consequências civis e penais que são próprias das pessoas ou agentes



comuns. Além de não poder se opor a eventual direito de resposta. Direito que se manifesta como ação de replicar, ora para o efeito de simples retificação da matéria publicada, ora para o fim de centrado contradiscurso por parte daquele que se vê ofendido em sua subjetividade, ou, então, seriamente desqualificado enquanto pensador, cientista, criador ou simples observador da cena existencial.

52. Um segundo desdobramento hermenêutico ainda se desprende dessa mesma interdição legislativa quanto à medula mesma da liberdade de informação jornalística: a de que, no tema, *há uma necessária linha direta entre a imprensa e a sociedade civil*. Se se prefere, vigora em nosso ordenamento constitucional uma forma de interação imprensa/sociedade civil que não passa, *não pode passar pela mediação do Estado*. Interação que pré-exclui, portanto, a figura do *Estado-ponte* em matéria nuclear ou axialmente de imprensa. Tudo sob a ideia-força de que à imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário, conforme ressalta o jornalista Roberto Civita, presidente da Editora Abril e editor da revista *Veja*, com estas apropriadas palavras: “*Contrariar os que estão no poder é a contrapartida quase inevitável do compromisso com a verdade da imprensa responsável*”.<sup>35</sup>

53. Não cessa por aqui o mais firme compromisso da Constituição com esse fazer da imprensa o mais eficaz mecanismo de concreto gozo das liberdades de manifestação do pensamento e da expressão em seu sentido mais abrangente. É que o §3º do mesmíssimo art. 220 ainda contém o seguinte relato: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Com o que a nossa Magna Lei corrobora toda a gama dos *sobredireitos* fundamentais do indivíduo, no tema, *porém no âmbito de um conjunto normativo ainda mais protegido contra as arremetidas antijurídicas do Estado e dos próprios agentes privados*: o conjunto normativo que se veicula, justamente, pelo capítulo constitucional centralmente devotado à liberdade de imprensa, que é, justamente, o Capítulo V do Título VIII da Constituição (conjunto de preceitos fundamentais por arrastamento ou vívida solidariedade de conteúdo e fim, já deixamos assentado, pois nem todo preceito constante de uma Lei Fundamental é por ela mesma qualificado como “fundamental” perante outros do seu unitário lastro formal ou tessitura discursiva).

54. É hora de uma primeira conclusão deste voto e ela reside na proposição de que a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: *a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em sua tríplice compostura, conforme reiteradamente explicitado)*. Liberdades que não podem *arredar pé* ou sofrer antecipado controle,

<sup>35</sup> Revista *Veja*, n. 36, ano 41, 10 set. 2008, p. 114. Edição especial.



nem mesmo por força do direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se. Mais ainda, liberdades reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de imprensa. Isto de modo conciliado: I — *contemporaneamente*, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão; II — *a posteriori*, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros. Sem prejuízo do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte do que o prevalecente para os indivíduos em geral.

55. Outra não podia ser a escolha da nossa Lei Maior, em termos operacionais, pois sem essa absoluta primazia do que temos chamado de *sobredireitos* fundamentais *sobejariam falsas desculpas, sofismas, alegações meramente retóricas para, a todo instante, crucificá-los no madeiro da mais virulenta reação por parte dos espíritos renitentemente autoritários, antiéticos, ou obscurantistas, quando não concomitantemente autoritários, antiéticos e obscurantistas*. Inimigos figadais, por consequência, da democracia e da imprensa livre. Do que aflora a nítida compreensão de que os bens jurídicos em confronto são daqueles que, em parte, se caracterizam por uma recíproca excludência no tempo. A opção que se apresentou ao Poder Constituinte de 1987/1988 foi do tipo radical, no sentido de que não era possível, no tema, *servir ao mesmo tempo a dois senhores*. Donde a precedência que se conferiu ao pensamento e à expressão, resolvendo-se tudo o mais em direito de resposta, ações de indenização e desencadeamento da chamada *persecutio criminis*, quando for o caso.

56. Dois parênteses, no entanto, devo abrir: I — o primeiro, para dizer que estou a falar de direitos de personalidade, não na perspectiva da personalidade como instantâneo atributo de todo ser humano *nativivo*, assim regrado pelo art. 2º do nosso Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Artigo que faz da vida humana pós-parto um automático centro subjetivado de direitos e obrigações, estas últimas *pari passu* ou em sintonia com o efetivo estágio mental de cada pessoa natural. Não é isso. Estou a falar de direitos de personalidade como situações jurídicas ativas que o direito constitucional vai positivando *como expressão de vida humana digna*. Direitos subjetivos que são ditados em harmonia com o grau de avanço cultural de cada povo, correspondendo à *âncora* político-filosófica de que não basta ao ser humano viver; é preciso fazê-lo com dignidade. Não como requisito de formação da personalidade, mas de sua justa e por isso mesmo imperiosa valorização. Logo, direitos subjetivos que densificam, entre nós, o princípio estampado no inciso III do art. 1º da nossa Constituição, não por acaso nominado como “dignidade da pessoa humana”. Mais ainda, direitos subjetivos que, *antes*

*de falar bem de toda e qualquer pessoa natural que os titularize, falar bem é da própria coletividade que os reconhece.* Isto na medida em que tal coletividade se assume como capaz de conciliar, no bojo de sua própria Constituição, a mais avançada democracia com o mais atualizado humanismo. Enfim, direitos subjetivos que, ainda assim positivados como *dignificação* da personalidade humana a partir de um certo grau de evolução político-cultural desse ou daquele povo soberano, admitem temperamentos quando do seu entrelaço eficaz-temporal com outros direitos da mesma índole; II — o segundo parêntese é para nos possibilitar dizer que essa hierarquia axiológica, essa primazia político-filosófica das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* afasta sua categorização conceitual como “normas-princípio” (categorização tão bem exposta pelo jurista alemão Robert Alexy e pelo norte-americano Ronald Dworkin). É que nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como “mandado de otimização”, pois não se cuida de realizá-las “na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”.<sup>36</sup> Tais possibilidades não contam, simplesmente, *porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta.* Assim, na esfera de atuação do Estado quanto dos indivíduos. Logo, valendo terminantemente para todas as situações da vida em concreto, pouco importando a natureza pública ou privada da relação entre partes, ambas as franquias constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de “normas-regra”; isto em consideração ao fato de que, temporalmente, e com o timbre da invariabilidade, *preferem* à aplicação de outras regras constitucionais sobre direitos de personalidade. Não para invalidar estes últimos, mas para sonegar-lhes a nota da imediata produção dos efeitos a que se preordenam, sempre que confrontados com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão *lato sensu*. Mormente se tais liberdades se dão na esfera de atuação dos jornalistas e dos órgãos de comunicação social.

57. Parênteses fechados, retomo o fio do raciocínio hermenêutico-aplicativo para acrescentar que toda a lógica dos comandos constitucionais brasileiros, na matéria, ainda absorve outra interdição da faina legislativa do Estado. *Refiro-me à impossibilidade de produção de uma “lei de imprensa”, como tal entendido um diploma legislativo de feição orgânica ou estatutária.* Diploma de máxima concentração material, porquanto *exauriente* dos temas essencialmente de imprensa, além daqueles de natureza periférica ou circundante.

58. Fácil demonstrar o acerto deste novo juízo. Primeiramente, sintase que as comentadas referências constitucionais à lei (e, por implicitude, à função executiva do Estado) são para interditá-la quanto àquilo que verdadeiramente interessa:

<sup>36</sup> Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32-35.

*dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo das liberdades de pensamento e de expressão em seu mais abrangente sentido (“liberdade de informação jornalística” ou matéria essencialmente de imprensa, repetimos). É afirmar: para a nossa Constituição, o concreto uso de tais liberdades implica um quando, um como e um quê antecipadamente excluídos da mediação do Estado, a partir da própria função legislativa. Confira-se, ainda uma vez, a própria voz da nossa Magna Carta Federal: I — “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (ou seja, observado apenas o que se contiver na própria Constituição. Não o que for acrescentado por modo legislativo, ou executivo; “§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;” (de novo, observado tão somente o disposto nos dispositivos constitucionais citados); “§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (disposição também proibitiva de atuação mediadora do Estado, e que, em verdade, incorre numa redundância somente explicável pelo deliberado intento da Constituição em se fazer expletiva, minudente, casuística, para que nenhuma dúvida interpretativa restasse quanto à pré-exclusão estatal nos encarecidos “quando”, “como” e “quê” da liberdade de imprensa, com a única ressalva, repetimos, do direito de resposta).*

59. Ora, a razão de ser desse inequívoco bloqueio à mediação estatal, a partir da função legislativa (esse primeiro momento lógico da vida do Estado e do direito), é justamente a entronização de sujeitos privados no gozo de franquias especificamente identificadas com toda concepção de imprensa livre. Franquias ou bens jurídicos *ontologicamente de imprensa*, porquanto constitutivos do que se poderia chamar, aristotelicamente, de *causa formal* dela própria. Visto que *imprensa livre e desembaraço total no desfrute das liberdades aqui exalçadas são, para a nossa Constituição, uma coisa só. Uma realidade inapartável*. Por isso que seu regime jurídico tem na Constituição mesma um concomitante ponto de partida e de chegada. Sem abertura de espaço para interposta legislação (quanto mais para a função executiva do Estado!), o que deixa sem sentido a edição de uma lei estatutária que já se sabe proibida de dispor sobre condutas — esse é o ponto — ontológica ou essencialmente de imprensa. *Uma lei de imprensa que nada de axial ou elementarmente de imprensa pode conter*.

60. Acresce que, ainda na esfera dos bens jurídicos ontologicamente fundidos com a noção de imprensa livre, o modo intransigente como a nossa Constituição impõe ao Estado o dever da não interferência *acarreta para ele a lógica impossibilidade de dispor sobre o seu próprio modo de se omitir*. Sobre o seu próprio jeito de suportar uma interdição que a Lei Fundamental impôs com todo rigor, pois esse tipo de interposta ação estatal terminaria por relativizar o que foi constitucionalmente concebido como absoluto. E concebido por modo absoluto como condição e ga-

rantia de *sobre-eficácia* do querer normativo da Constituição em tema tão cultural e politicamente sensível como a liberdade de imprensa.

61. De se ver que as normas constitucionais assim terminantemente proibitivas de atuação estatal intercalar se definem como de “eficácia plena e aplicabilidade imediata”,<sup>37</sup> ou como normas constitucionais de *pronta aplicação*, conforme classificação que pessoalmente adotamos, na companhia do pranteado constitucionalista Celso Ribeiro Bastos,<sup>38</sup> *porém, mais que isto, cuida-se de “normas irregulamentáveis”*. E normas irregulamentáveis porque, no caso, têm na própria interdição da interferência do Estado o seu modo cabal e ininterrupto de incidir. A sua natural condição de serena, total e permanente aplicabilidade. Acabado exemplo, primeiramente, de “normas íntegras, cheias, maciças, quando focadas sob o ângulo da matéria que veiculam, não apresentando frinchas ou brechas passíveis de colmatação, (...) pois nada se pode introduzir em algo que já é, por si, compacto” (p. 38 da sobredita obra). Depois disso, normas que incidem (as irregulamentáveis) “diretamente sobre os fatos regulados, repudiando qualquer regramento adjutório (...). É dizer, a vontade normativa surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema, como condição absoluta de respeito à sua manifestação originária” (p. 39 da mesma obra). O que robustece a anterior proposição do “sem-sentido” de uma lei eminentemente estatutária de imprensa em nosso país.

62. Não é tudo. Outro óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa entre nós é que a serventia de uma lei orgânica ou estatutária não pode deixar de ser esta: *aviar a segunda parte de um regime jurídico sobre determinado tema que a nossa Constituição intencionalmente iniciou para outro diploma normativo concluir*. Tema ou figura de direito que se inicia no corpo normativo da Magna Carta Federal, sim, mas apenas como intencional ou declarado ponto de partida. A própria Constituição a convocar o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante, como, por amostragem, se dá com os seguintes dispositivos: a) art. 29, versante sobre a “lei orgânica” de cada município brasileiro; b) art. 93, a respeito do “Estatuto da Magistratura”; c) §5º do art. 128, acerca do “estatuto de cada Ministério Público”.

63. Decididamente, não é o caso da imprensa como figura de direito constitucional brasileiro. Em nenhum momento do seu falar imperativo, a Constituição iniciou a regulação da matéria para outro diploma legislativo retomar e concluir, se a conduta é nuclearmente de imprensa. *Bem ao contrário, em comportamentos da espécie o comando constitucional é intransponivelmente proibitivo da intromissão estatal, em qualquer das personalizadas esferas da federação brasileira*. Logicamente proibiti-

<sup>37</sup> Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1968.

<sup>38</sup> Bastos, Celso Ribeiro. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

vo, até, porque nenhuma lei pode ir além do que já foi a Magna Carta de 1988, simplesmente porque a nossa Constituição já foi ao máximo da proteção que se pode, teoricamente, conferir à liberdade da profissão de jornalista e de atuação dos meios de comunicação social. E se nenhuma lei pode ir além do que já foi constitucionalmente qualificado como “livre” e “pleno”, a ideia mesma de uma lei de imprensa em nosso país soaria aos ouvidos de todo e qualquer operador do direito como inescandível tentativa de embaraçar, restringir, dificultar, represar, inibir aquilo que a nossa Lei das Leis circundou com o mais luminoso halo da liberdade em plenitude.

64. É o quanto me basta para chegar a duas outras centradas conclusões deste voto: a) *não há espaço constitucional para movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa*; b) a Lei Federal nº 5.250/67, sobre disciplinar matérias essencialmente de imprensa, misturada ou englobadamente com matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias (de *enfiada*, portanto), *o faz sob estruturação formal estatutária*. Dois procedimentos absolutamente inconciliáveis com a superveniente Constituição de 1988, notadamente pelo seu art. 20 e §§1º, 2º e 6º dele próprio, *a acarretar o kelseniano juízo da não recepção do direito velho, todo ele, pela ordem constitucional nova*. Circunstância que viabiliza o emprego da arguição de descumprimento de preceito fundamental como fórmula processual subsidiária da ação direta de inconstitucionalidade — ADIn, nos termos das regras que se lê no §1º do art. 102 da CF e no §1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 — Lei da ADPF. Fórmula instauradora de um substitutivo controle abstrato de constitucionalidade que se revela tanto mais necessário quanto envolto em concreta (agora sim) ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes.<sup>39</sup>

65. Sob esse prisma, não vale a contradita de ser a vigente Lei de Imprensa um diploma normativo contemporâneo da Carta de 1967, o que lhe propiciaria escapar, por dois aspectos, ao exame de compatibilidade com a ordem constitucional que lhe sobreveio (a de 1988): a) primeiro aspecto, atinente ao órgão estatal de que a lei agora sindicada proveio; b) segundo aspecto, alusivo à forma estatutária como a Lei nº 5.250/67 dispôs sobre as coisas. E não vale a contradita *porque subsiste uma incompatibilidade material que é tão preponderantemente em bloco quanto insuperável*. Explico.

66. A atual Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como “anos

<sup>39</sup> Diz a lei da ADPF, pelo seu art. 1º: “A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I — quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” [caso da Lei de Imprensa].

de chumbo” ou “regime de exceção” (período que vai de 31 de março de 1964 a princípios do ano de 1985). Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988. E tal impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical, destarte), contamina toda a Lei de Imprensa: I - quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; II - quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político-ideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às *calendas gregas* a devolução do governo ao poder civil.

67. Sem maior esforço mental, por conseguinte, conclui-se que a lei em causa faz da liberdade de imprensa uma obra de impostura, distanciada a *anos-luz* da radical tutela que salta de uma Constituição apropriadamente apelidada de *cidade* pelo deputado federal Ulysses Guimarães (presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988). Por ilustração, se o art. 1º da Lei de Imprensa, cabeça, assenta que “É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer”, passa a dizer já no §1º desse mesmo artigo que “Não será tolerada a propaganda (...) de processos de subversão da ordem política e social (...)”, e, na mesma toada de prepotência e camuflagem discursiva, acrescenta no parágrafo subsequente que: “O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida” [sem ao menos dizer “nos termos” ou “na forma da lei”]. Por igual, se, no *caput* do seu art. 2º, estabelece que “É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e jornais e outros periódicos (...)”, aí mesmo já principia a fragilizar o seu enunciado com um tipo de exceção que *põe tudo abaixo*: “salvo clandestinos ou quando atentem contra a moral e os bons costumes”. Sobremais, impõe aos jornais e periódicos um regime tal de obrigações de registro e controle estatais que passa a corresponder ao mais rigoroso enquadramento com a ideologia de Estado então vigente (arts. 8º a 11). Já pelo seu art. 61, sujeita a apreensão os impressos que “contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social” (inciso I), ou, então, “ofenderem a moral pública e os bons costumes” (inciso II).



Apreensão que, de início é regrada como da competência do Poder Judiciário, a pedido do Ministério Público (§1º do mesmo art. 61), porém já na cabeça do art. de nº 63 é transferida para o ministro da Justiça e Negócios Interiores, nas situações de urgência. E assim de ressalva em ressalva, de exceção em exceção, de aparentes avanços e efetivos recuos, a Lei nº 5.250/67 é um todo *pro-indiviso* que encerra modelo autoritário de imprensa em nada ajustado ao art. 220 da CF, mais os §§1º, 2º e 6º desse mesmo artigo, consagradores do clima de democracia plena que a nação passou a respirar com a promulgação da Magna Carta de 1988. Pior ainda, a Lei Federal nº 5.250/67 é tão servil do mencionado “regime de exceção”, tão objetivamente impregnada por ele, que chega a ser um dos seus principais veículos formais de concreção. O próprio *retrato falado* e símbolo mais representativo, no plano infraconstitucional, de toda aquela desditosa quadra de amesquinamento dos foros de civilidade jurídica do Brasil.

68. Tudo isto sem falar nos capítulos em que ela, Lei de Imprensa, define crimes e comina penas por “ABUSOS NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E INFORMAÇÃO (Capítulo de nº III, que vai dos arts. 12 a 28), seguido daquele que versa o tema da “RESPONSABILIDADE PENAL” (Capítulo de nº V, compreendendo os arts. de nºs 37 a 48). Quando é da lógica perpassante dos mesmíssimos preceitos constitucionais (art. 220 e seus §§1º, 2º e 6º) o comando de que os eventuais abusos sejam detectados caso a caso, jurisdicionalmente (é abusivo legislar sobre abusos de imprensa, averbo), *pois esse modo casuístico de aplicar a Lei Maior é a maneira mais eficaz de proteção dos superiores bens jurídicos da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão lato sensu*. E já vimos que o tratamento penal mais gravoso para condutas de imprensa implica discriminar quem, precisamente, retira do linguajar prescritivo da nossa Constituição apoio incondicionado para o seu agir e o seu fazer na matéria.

69. Ora bem, presente esse vasto panorama, o intérprete jurídico não tem como deixar de se render às seguintes coordenadas: quando a colisão entre a lei menor e a Constituição Federal se dá em quase toda essa cadeia de técnica redacional, fio condutor das ideias e finalidades político-ideológicas a alcançar, o que toma corpo não é simplesmente uma antinomia material entre dispositivos de desigual hierarquia. *O que em verdade se tem é uma realidade marcada por diplomas normativos ferozmente antagônicos em sua integralidade. Visceralmente contrários, em suas linhas e entrelinhas. Por isso que imprestável, o de menor escalão hierárquico, para tentativas de conciliação hermenêutica com o de maior envergadura hierárquica, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”*. É que até mesmo a técnica de interpretação conforme tem limites. Ela significa, sim, a recusa de incidência a um determina-



do sentido desse ou daquele preceito da lei interpretada, por incompatibilidade com a Constituição Federal, mas sob a condição de que semelhante operação não acarrete *indeterminabilidade* de sentido da parte remanescente da lei em causa. É dizer, *a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursão do intérprete em legiferação por conta própria*. Reescrevendo ele, em verdade, o texto interpretado (o que não se admite jamais), pois o fato é que tal artificialização ou *reescritura* importa o desmonte da própria razão de ser de todo o conjunto da obra legislativa de menor galardão. Assim como quem transforma, num passe de mágica, o mais poluído pântano em cristalina água da fonte. Espécie de emenda insuscetível de salvar um soneto que tem em cada um dos seus versos a motivação e o significado, não apenas do verso anterior ou dos versos anteriores, não somente do verso posterior ou dos versos posteriores, *mas de todos eles em congruente e inapartável unidade*. Caso-limite ou situação extrema de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a *pré-excluir* do intérprete/aplicador do direito: primeiro, qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de destacados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo; segundo, a possibilidade da declaração tão somente de não incidência de um ou de mais de um significado desse ou daquele isolado preceito da lei de menor hierarquia diante da Constituição. Formulação teórica, esta (que ora vocalizo), imperiosamente ditada pela consideração de que, no particular, deixam de ter prestimosidade dois métodos de interpretação jurídica: a) o método teleológico, sabido que não se muda, a golpes de interpretação, o *telos* ou a finalidade da norma interpretada; b) o método sistemático, dada a impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei Federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e maquinadamente escrita para operar em bloco. Urdida e concretamente redigida sob os auspícios do pensar maquiavélico de que *o bem deve ser feito aos poucos, enquanto o mal, de uma vez só*. No caso, o mal do estrangulamento da liberdade de imprensa, a ser perpetrado pelas tenazes de um só conjunto monolítico de regras legais, *acumpliciadamente* dispostas numa completa unidade de desígnios quanto ao seu conteúdo e finalidades próximas e remotas.

70. Convergentemente, é a linha de ponderação de Jorge Miranda — assim me parece —, quando lembra que: “se convém proceder, com a maior eficácia possível, à expurgação do sistema jurídico de normas contrárias à Constituição, ela torna-se ainda mais necessária para normas anteriores do que para normas posteriores, visto que estas são decretadas por órgãos por ela criados e que se presume segundo seus critérios e valores, ao passo que as normas de Direito anterior são

resquícios de um sistema ou de uma ideia de Direito que a Constituição erradicou definitivamente”.<sup>40</sup> Também assim J. J. Gomes Canotilho, para quem a inconstitucionalidade parcial implica o reconhecimento da invalidade total de um enunciado normativo “quando, em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conforme à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo (critério da dependência). Além disso, haverá nulidade total quando o preceito inconstitucional fazia parte de uma regulamentação global, à qual emprestava sentido e justificação (critério da interdependência)”.<sup>41</sup> É o que J. P. Lebreton designa por “solidariedade política” entre as diferentes normas da lei, a se traduzir num enlace operacional de permanente inseparabilidade.<sup>42</sup>

71. Em conclusão, voto, inicialmente, pela confirmação do recebimento da presente ADPF. Quanto ao mérito, encaminho o meu voto no sentido de sua total procedência (dela, ADPF), para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, nele embutido o de natureza penal (compreensivo dos preceitos definidores de crimes, impositivos de penas e determinantes de responsabilidades).

É como voto.

<sup>40</sup> Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional II*. 2. ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 350.

<sup>41</sup> Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. revista e ampliada, Lisboa: Almedina, 1993, p. 1078.

<sup>42</sup> Lebreton, J. P. Les particularités de la juridiction constitutionnelle, *RDP*, n. 2, 1983, p. 437-438. Apud Medeiros, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os feitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 424.