

O STF E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DA ADPF Nº 130

STF AND THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: ANALYSIS DA ADPF Nº 130

*Ivan Moizés ILKIU**

*Marcelo Rodrigues DA SILVA***

SUMÁRIO: Introdução; 1. Liberdade de Imprensa na Constituição da República; 2. Liberdade de Imprensa no Sistema Infraconstitucional; 3. Estado Democrático de Direito e a Liberdade de Imprensa; 4. Leis Especiais e Segurança Jurídica; 5. Direito à Intimidade e Direito à Imagem; 6. O Compromisso da Imprensa com a Informação (A questão da Verdade); 7. A Intensidade do Dano Causado pela Imprensa; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Esse artigo visa analisar a jurisprudência do STF com arrimo nos votos vencidos dos ministros Ellen Gracie e Joaquim Barbosa quando da análise da ADPF 130 que resultou na decisão de que de a Lei de Imprensa não teria sido recepcionada pela Constituição da República. Entre os aspectos delineados neste trabalho, estão questões como a liberdade de imprensa no Estado Constitucional e Democrático de Direito, tendo como contraponto a segurança jurídica, o direito à intimidade e à imagem, e a intensidade do dano causado pela imprensa em face do alcance das informações veiculadas sem compromisso com a verdade. Chega-se a conclusão de que a decisão do Supremo não poderia ser outra. A Lei de Imprensa constitui um sistema harmônico, embora anacrônico e contrário ao vigente Texto Constitucional. A derrubada parcial da lei causaria perplexidade e confusão no meio jurídico, sendo plenamente justificável toda a sua derrubada.

ABSTRACT: This article aims to analyze the jurisprudence of the Supreme Court with retaining the votes of defeated ministers Ellen Gracie and Joaquim Barbosa when analyzing the ADPF 130 that resulted in the decision that the Press Law

* Advogado Público, graduado pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), com especialização em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Atualmente é mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. E-mail: ilkiu_adv@yahoo.com.br

** Procurador Federal, graduado pela Universidade Mackenzie, mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e docente do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. E-mail: marcelo.rsilva@gmail.com. Artigo submetido em 04/12/2012. Aprovado em 12/12/2012.

would not have been type approved by the Constitution. Among the aspects outlined in this paper, are issues such as press freedom in the Democratic Constitutional State and Law, as opposed to taking legal certainty, the right to privacy and image, and the intensity of the damage caused by the press in the face of the reach of information transmitted without commitment to truth. Arrives at the conclusion that the decision of the Supreme could not be otherwise. The Press Law is a harmonic system, though anachronistic and contrary to existing constitutional text. The overthrow of the law partial cause perplexity and confusion in the legal and is fully justified all his overthrow.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia, Liberdade, Imprensa, Danos à Imagem.

KEYWORDS: Democracia, Liberdade, Imprensa, Danos à Imagem.

INTRODUÇÃO

Em 30 de abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou a não recepção, pelo Texto Constitucional vigente, de toda a lei de imprensa criada durante o regime militar. A lei, que regulamentava os meios de comunicação e o trabalho dos jornalistas, era uma das últimas lembranças da ditadura que ainda estava em vigor em pleno século XXI.

Criada em 1967, a lei tinha sete capítulos, que tratavam sobre a liberdade da manifestação do pensamento, o direito de resposta e a responsabilidade penal aos jornalistas, entre outros artigos. Apesar da nova Constituição da República promulgada em 1988 garantir o respeito à cidadania e a dignidade humana, a lei de imprensa continuava em aplicação.

Na tentativa de tornar inaplicáveis alguns dispositivos da lei, o Partido Democrático Trabalhista, PDT, em 2008, entrou no Supremo com uma ação de descumprimento de preceito fundamental, a ADPF 130. O caso foi julgado pelo Plenário do Supremo em abril de 2009, mas assim que o processo chegou ao STF, em fevereiro de 2008, o relator, ministro Ayres Britto, em decisão liminar, decidiu suspender 22 de seus 77 artigos. A decisão liminar também foi referendada pelo Plenário.

Entre as principais modificações estavam a suspensão dos artigos que tratavam dos crimes de calúnia, injúria e difamação. A corte autorizou juízes de todo o país a usar, quando cabíveis, regras do Código Penal e Civil para julgar processos sobre os dispositivos da lei que foram suspensos. Além disso, pela decisão do Plenário, todos os outros julgamentos baseados na lei de imprensa também foram suspensos.

Depois das liminares, no dia 1º de abril de 2009, o Plenário do Supremo começou a discutir o mérito da questão. Foram duas sessões de julgamento e mais

de dez horas de debates. Sete dos onze ministros, seguiram o voto do relator, ministro Ayres Britto, e votaram pela derrubada total da lei de imprensa. Três defenderam a manutenção parcial. E para apenas um ministro do Supremo, a lei deveria continuar valendo do jeito que foi editada.

O objetivo desse trabalho é analisar a decisão que derrubou a lei de imprensa no Brasil, tendo como contraponto o entendimento dos ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que sustentaram pela parcial procedência do pedido.

Joaquim Barbosa votou pela parcial procedência do pedido, ressaltando os artigos 20, 21 e 22, da Lei de Imprensa. De acordo com ele, esses artigos que versam sobre figuras penais ao definir os tipos de calúnia, injúria e difamação no âmbito da comunicação pública e social são compatíveis com a Constituição Federal. “O tratamento em separado dessas figuras penais quando praticadas através da imprensa se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida”, afirmou.

Para o ministro, esse tratamento especializado é um importante instrumento de proteção ao direito de intimidade e útil para coibir abusos não tolerados pelo sistema jurídico, não apenas em relação a agentes públicos. “Entendo que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível no que diz respeito a agentes públicos, mas tenho muita reticência em admitir que o mesmo tratamento seja dado em relação às pessoas privadas, ao cidadão comum”, disse.

Durante o voto, Joaquim Barbosa defendeu que não basta ter uma imprensa livre, mas é preciso que seja diversa e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos. Ele criticou a atuação de grupos hegemônicos de comunicação que, em alguns estados, dominam quase inteiramente a paisagem áudio-visual e o mercado público de ideias e informações, com fins políticos. De acordo com ele, a diversidade da imprensa deve ser plena a ponto de impedir a concentração de mídia que, em seu entender, é algo extremamente nocivo para a democracia.

Em retomada posterior, o ministro reajustou seu voto ao da ministra Ellen Gracie, também pela manutenção dos artigos 1º, parágrafo 1º, artigo 14 e artigo 16, inciso I, que proíbem a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe. De acordo com ele, é possível interpretar a linguagem para que o texto seja compatível com a ordem constitucional vigente.

De acordo com o ministro, quanto à questão dos preconceitos, também mencionados nos mesmos dispositivos, “suprimir pura e simplesmente as expressões a eles correspondentes equivalerá, na prática, a admitir que, doravante a proteção constitucional, a liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos sociais eventualmente prejudicados”.

Levando-se em consideração os argumentos do ministro Joaquim Barbosa,

questiona-se: I) É possível dizer que a inexistência de uma lei de imprensa possibilite, aos olhos da Constituição da República, que veiculação de preconceitos ocorram sem contraponto em nosso sistema jurídico?

II) O tratamento especializado, neste caso, seria um instrumento de proteção ao direito de intimidade e útil para coibir abusos não tolerados pelo sistema jurídico? III) A existência de figuras penais em separado se justificariam em razão da intensidade do dano causado por meio da imprensa ser maior para à imagem da pessoa ofendida?

1. LIBERDADE DE IMPRENSA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição reservou um capítulo específico para a comunicação social (arts. 220 a 224). A liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a censura, a propriedade das empresas jornalísticas e a livre concorrência foram disciplinadas de forma libertária nesse documento que constitui o cerne do nosso sistema democrático.

Nesse contexto, a Constituição assegurou a mais ampla liberdade de manifestação do pensamento (arts. 5º, inciso IV e 220). No que tange especificamente à liberdade de imprensa, a Constituição é expressa: “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, incisos IV, V, X, XIII e XIV” (art. 220, § 1º).

Registre-se que a liberdade de imprensa e a democracia encontram-se em posição de reciprocidade. Onde houver liberdade de imprensa, haverá espaço favorável para o exercício e a consolidação do regime democrático. Ao reverso, onde estiver estabelecido um regime democrático, ali a imprensa encontrará campo propício para sua atuação. Nutrem-se, portanto, uma da outra, fortalecendo-se ambas em um processo contínuo, cujos benefícios serão colhidos pelo povo (FACHIN, 2012).

Uma abordagem interessante é a distinção que é feita na Constituição acerca dos termos censura e controle. A primeira liga-se à prática odiosa utilizada pelos regimes ditatoriais; já a segunda encontra vinculação à responsabilidade de escolha de programas recomendados para determinadas idades e vedadas para outras, o que estaria compatibilizado com o regime democrático. Entre os principais instrumentos de controle, podem ser citados: a) o controle administrativo (art. 21, inciso XVI); b) o controle judicial (art. 5º, inciso XXXV, e art. 223, § 5º); c) o controle realizado pelas próprias emissoras ou auto-regulação; d) o controle social (art. 224).

O Legislador constituinte adotou, portanto, posição firme na proibição de qualquer tipo de censura: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5º, inciso IX); “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, § 2º). Logo, nenhuma espécie normativa reconhecida pelo Direito brasileiro poderá instituir a censura.

Nessa linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), que regulava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Publicada em plena ditadura militar, esta lei, que sempre constituiu ameaça à liberdade que se propunha proteger, foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro em 2009. Eis a decisão do STF:

Incompatibilidade material insuperável entre a Lei n° 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, 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’. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal n° 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (ADPF 130/DF).

Em face da não recepção da Lei n. 5.250/1967, inexistente, no Brasil, neste momento, uma lei que trate especificamente da liberdade de imprensa. Diante disso, levanta-se a indagação se a inexistência de uma lei de imprensa possibilitaria, aos olhos da Constituição da República, a veiculação de preconceitos sem contraponto em nosso sistema jurídico.

2. LIBERDADE DE IMPRENSA NO SISTEMA INFRACONSTITUCIONAL

O tratamento especializado, em muitos casos, coaduna-se com a ideia de reforço na proteção de direitos. A esse exemplo, tem-se regulamentos como o estatuto do idoso (Lei n° 10.741/2003), o estatuto da criança e do adolescente (Lei n° 8.069/90), o código do consumidor (Lei n° 8.078/90), entre outras normas.

No caso específico da Lei de Imprensa, prevaleceu o entendimento de que tal norma não foi recepcionada pelo ordenamento, tendo em vista que a Constituição da República foi bastante clara ao coibir qualquer restrição a livre manifestação do pensamento.

Contrariando essa ideia, o ministro Joaquim Barbosa salientou a necessidade da existência de figuras penais em separado em razão da intensidade

do dano causado por meio da imprensa ser maior para à imagem da pessoa ofendida.

Segundo Marina Pinhão Coelho Araújo e Jorge Coutinho Paschoal (2010), o vácuo normativo infraconstitucional tem acarretado decisões conflitantes nos Tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça. A respeito disso, há acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que passaram a entender que as condutas de crime contra a honra, por meio da imprensa, restaram atípicas, tendo ocorrido *abolitio criminis*. Com efeito, consta em um dos julgados:

(...) não é mais típica, ou seja, não constitui crime. Realmente, a Lei nº 5 250, de 9 de fevereiro de 1967, (Lei de Imprensa), em seu inteiro teor, não pode mais ser aplicada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, na sessão de 30 de abril de 2009, por maioria de votos, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que recebeu o número 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista –PDT, seguindo o voto condutor do Ministro Carlos Ayres Britto. Conseqüentemente, o art. 20 da Lei nº 5250/67 não mais existe, portanto, ocorreu o denominado na técnica penal de ‘abolitio criminis. (TJSP, Ap. 990.09.041423-5, rel. des. Machado Andrade, 6ª Câm. Crim., j. 20.08.2009. Há outro acórdão, no mesmo sentido: Recurso em Sentido Estrito nº 993.07.097206-8, relator Roberto Martins de Souza, 2ª Câmara de Direito Criminal).

A nosso ver, correta é a interpretação de que a decisão do Supremo não implicou a atipicidade das referidas condutas, já que tais fatos encontram-se descritos no Código Penal¹. O que ocorria, anteriormente ao julgamento da referida ADPF 130-7 é que, aos crimes contra a honra, praticados por meio de veículo de informação, incidia a Lei de Imprensa, lei especial em relação ao Código Penal.

No que tange as decisões na área cível, tem-se que o STJ foi o primeiro a julgar um recurso sobre responsabilidade de veículo de comunicação após a revogação da lei de imprensa. Na análise do recurso especial nº 984.803, o Tribunal entendeu que a divulgação de informações pela imprensa só pode ser considerada culposa se o veículo agir de forma irresponsável. Ao veicular notícia sobre suspeitas e investigações, em trabalho devidamente fundado, os órgãos de imprensa não são obrigados a ter certeza plena dos fatos, como ocorre em juízo. Na decisão, a ministra Nancy Andrighi se baseou no Código Civil e na Constituição, além de outra norma: o Código de Ética dos Jornalistas. Assim, segundo a ministra:

¹ As figuras típicas dos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente, calúnia, difamação e injúria, apresentam o mesmo enunciado daquelas previstas nos arts. 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, aplicando-se esta lei, por sua especialidade, quando restar configurada a sua hipótese de aplicação, tal como previsto no art. 12 da Lei 5.250/67” (STJ, AgRg na Apn 371/PR, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, J. 16.04.2008, DJe.28.08.2008).

A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque a recorrente, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte”, afirmou a relatora. (...) O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

Em outro Resp (885.248), a ministra Nancy Andrighi tratou da questão da publicação integral da sentença. No seu voto, ressaltou que, nos termos do que foi decidido na ADPF 130, a declaração de não recepção da lei de imprensa não implicou o desaparecimento do direito constitucional de resposta², que permanece passível de ser exercido mediante utilização de outros diplomas legais que o prevêem, em interpretação extensiva. Contudo, para a ministra, o direito de resposta não se confunde com o direito à publicação da sentença. Este, cuja natureza é civil, apresenta-se como um dos aspectos da reparação do dano. Assim, destacou a ministra que, com a não recepção da lei de imprensa, tal direito só prevaleceria se pudesse ser extraído das disposições do Código Civil de 1916 ou do Código Civil de 2002, conforme o caso. Ocorre que nenhum deles prevêem a possibilidade de se condenar o veículo a publicar integralmente a sentença (MIGALHAS, 2012).

No que tange ao ramo do direito civil tem-se que, em face da não existência de norma infraconstitucional especial para regular a matéria, muitos magistrados tem optado por basear suas decisões no Código Civil - para os litígios relativos a pedidos de condenação em danos morais e indenizações - bem como, na Constituição e no Código de Ética dos Jornalistas.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A LIBERDADE DE IMPRENSA

Segundo Julia Maurmann Ximenes, a expressão Estado Democrático de Direito vai além do somatório das duas abordagens verificadas durante os séculos XVIII e XIX [Estado Liberal e Estado Social], envolvendo tanto a liberdade de participação política, como também a busca por esse direito (2008, p. 115).

Bobbio, ao analisar o tema, faz uma digressão histórica:

Primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são

² Segundo a ministra: “Até que seja aprovada a nova lei de imprensa, atualmente em discussão no Congresso Nacional, resta assegurado aos cidadãos apenas o exercício do direito de resposta, não a faculdade de requerer a publicação, na íntegra, das sentenças cíveis ou criminais que julgarem processos relacionados a ofensa perpetradas por veículos de comunicação”.

potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam – além dos direitos de liberdade – também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo (BOBBIO, 1992, p. 100).

Diante disso, se o Estado Democrático de Direito não significa apenas o somatório de direitos de cunho individualista, como os relativos ao direitos de imprensa - o qual somente tem compromisso com a informação e não com a verdade - há que se verificar se o texto constitucional, por si só, contém todas as prerrogativas para assegurar direitos (à imagem, à honra) para todos os cidadãos atingidos pelas veiculações de cunho jornalístico.

Essa preocupação de controle [não de censura] do que é publicado nos jornais parece ser irrisória e voltada apenas para o interior do Estado, mas é fator preocupante, haja vista que charges do profeta Maomé publicadas em jornais americanos e ingleses tem resultado em conflitos de âmbito internacional.³

A concepção de Estado Democrático de Direito acarreta controvérsias que se baseiam na forma de se ver a questão da liberdade na busca pela legitimidade do poder: no “Estado de Direito”, a liberdade é negativa, de defesa ou de distanciamento do Estado; no Estado Democrático, a liberdade é positiva, pois representa o exercício democrático do poder, que o legitima. Os críticos dessa forma de Estado dizem que essa concepção de liberdade representa o liberalismo político: o homem civil precede o homem político. Assim, o liberalismo consagrou uma concepção estática de Constituição, eliminando o problema dos pressupostos ideológicos e sócio-econômicos, indispensáveis à compreensão do conteúdo constitucional (BONAVIDES, 1999, p. 216).

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito, dentre outras questões passíveis de serem levantadas, acrescenta aos conceitos referentes à própria formulação do Estado Moderno um novo espaço: o de discutir o papel da Constituição e do próprio Poder Judiciário, como última instância de interpretação desse documento essencial para a caracterização de um “Estado de Direito”.

Na verdade, utilizando Habermas, o Estado Democrático de Direito visa buscar uma nova forma de legitimação:

³ Os franceses estão divididos entre a liberdade de expressão e a condenação de um “excesso”, após a publicação de caricaturas de Maomé por um jornal semanal satírico, em um contexto de violência no mundo provocado por um filme ofensivo ao Islã. Depois da distribuição do último número da Charlie Hebdo, a reação foi imediata, com medidas de segurança e apelos por calma. Temendo manifestações, enquanto no restante do mundo o filme “A inocência dos muçulmanos” causou protestos mortais, as autoridades decidiram fechar suas embaixadas, escolas e instituições culturais na sexta-feira em doze países e proibiu protestos em Paris no sábado diante da representação diplomática americana. (...) Na rua, a revista Charlie Hebdo, que publicou uma dúzia de desenhos retratando fundamentalistas muçulmanos e onde Maomé é representado duas vezes nu, teve seus exemplares esgotados em algumas bancas nesta quarta-feira, enquanto em outras, eles foram rasgados. As caricaturas suscitaram um acirrado debate na França sobre qual é o limite da liberdade de imprensa diante da responsabilidade (Charges de Maomé geram debate sobre liberdade e responsabilidade na França In: Isto é Dinheiro On Line, 19 set. 2012).

É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido (HABERMAS, 2003, p. 68).

A preocupação com a legitimidade é a tônica do Estado Democrático de Direito já que um dos seus pressupostos é a eliminação da rigidez formal, ou seja, não existe uma forma preestabelecida, que deva ser simplesmente adotada independentemente das circunstâncias históricas e culturais dos diferentes Estados.

Oportuno salientar que tal concepção de legitimidade e, conseqüentemente, legitimidade da própria Constituição, no caso específico do Brasil, exige um olhar mais crítico. Isso porque o peculiar processo histórico da política brasileira possibilita a percepção de que a Constituição não é realmente legítima vontade nacional e popular. A sociedade brasileira é carente, historicamente, de mentalidade cívica e de cultura política democrática. Ainda que se defenda a existência de valores e princípios de uma Constituição, o seu aspecto substancial, eles, no caso brasileiro, constituem mais uma recepção do patrimônio político-cultural de positivamente constitucionais estrangeiras. Urge, portanto, assegurar à maioria da população que não “participa” possibilidade de conquistar uma democracia de cidadãos (VIANNA, 1999, p. 38-44).

Ao inserir a expressão Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988, o constituinte se orientou por uma visão menos individualista de Estado, provocando maior participação dos componentes individuais, em uma perspectiva ascendente de baixo para cima (ZIMMERMANN, 2002, p. 109). Vários mecanismos processuais são instituídos no sentido de buscar dar eficácia a seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação do Poder Judiciário, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer (CITTADINO, 2000).

Considera-se que a liberdade de imprensa em um Estado Democrático de Direito deve ser aquela pautada também na liberdade e no asseguramento dos direitos individuais do cidadão, principalmente no que é pertinente a sua honra e imagem. Além disso, a qualidade democrática do termo [Estado Democrático de Direito] está aliada ao Estado, instituição esta que não pode abrir mão da salvaguarda de sua soberania em prol de uma liberdade ilimitada de empresas jornalísticas que não atuam com profissionalismo. Talvez aí esteja a preocupação suscitada no voto do ministro Joaquim Barbosa.

4. LEIS ESPECIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

Não resta dúvida que a lei de imprensa criada no período da ditadura não foi recepcionada pela Constituição de 1988, mas isso não significa que em virtude dessa declaração do STF, tenha ocorrido uma ruptura do ordenamento jurídico para os casos de responsabilização, tanto do profissional, como das empresas de jornalismo, em face de publicações que porventura causem danos de cunho moral ou à imagem de quem quer que seja.

Tal decisão também não prejudica a edição de outra lei de imprensa que crie mecanismos para que a liberdade de expressão e informação seja usufruída com responsabilidade. Importa dizer que leis especiais tem o papel de assegurar segurança jurídica ao ordenamento jurídico, pois atuam no campo da interpretação do direito ao estabelecer regras que devem ser observadas em face de considerações gerais advindas da própria Constituição.

No que é concernente à segurança jurídica, tem-se que o ponto culminante da discussão está na aplicação do direito em face do caso concreto pelo magistrados. Parece que a inexistência de uma “lei de imprensa” houve por bem retirar o chão dos juízes, que agora decidem de maneira diferente, ora buscando seus fundamentos no código civil, ora na Constituição. O problema não está na inexistência de uma lei especial, em si, mas na falta de respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores. Acerca dessa questão, salienta-se o ensinamento de Marinoni:

(...) as decisões judiciais devem ser previsíveis. A previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver. O mínimo que o cidadão pode esperar, num Estado de Direito, é o respeito à confiança gerada pelos atos e decisões do Poder Público. Daí, aliás, a simbiose entre os princípios da segurança e da confiança (2010. p.1).

Noutro turno, muito embora seja possível sustentar que o respeito ao princípio da legalidade - tendo como escopo as leis infraconstitucionais pelo requisito da sanção - é peça essencial para caracterizar um Estado de Direito, a verdade é que o requisito pode não ser suficiente para estruturar um estado material de Direito. Sobre essa questão, Pietro de Jesús Lora Alarcón, assevera que:

(...) É precisamente a esta concepção fechada que deve se opor a tese da resistência à lei injusta, para prestigiar o Direito que, de acordo com a concepção que temos defendido (...) é um fenômeno que não pode ser reduzido à lei. A essência do direito é o ser humano, que constitui seu começo, meio, fim e razão de ser (2011, p. 175).

Logo, tem-se que a segurança jurídica do sistema não está, propriamente, nas leis (especiais e/ou infraconstitucionais), mas na aplicação da norma (obtida pela interpretação) ao caso concreto. Esse emprego deve ocorrer de forma coerente dentro do sistema e sempre com base na Constituição. Portanto, a segurança jurídica não está no ordenamento, mas no respeito à jurisprudência - ou melhor dizendo, nas decisões - dos Tribunais Superiores.

Diante dessa perspectiva, cabe uma análise de como o Supremo tratou a questão do direito à intimidade e à imagem em face do compromisso da imprensa com a informação, conforme passamos a analisar a seguir.

5. DIREITO À INTIMIDADE E DIREITO À IMAGEM

Inseridos dentro daquele rol elementar que assegura o mínimo existencial a todo e qualquer ser humano, a intimidade e a imagem constituem os mais mezinhos dos direitos da personalidade.

Como assinala Gustavo Tepedino

A categoria dos direitos da personalidade constitui-se, portanto, em construção recente, fruto de elaborações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século XIX. Compreendem-se, sob a denominação de direitos da personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. (2004, p. 24)

A tábua axiológica dos direitos da personalidade – no que interessa ao presente estudo – é materializada na própria Constituição Federal, em cujo artigo 5.o, incisos V e X, assegura proteção à imagem e à intimidade da pessoa.

Em face da prevalência e importância de tais direitos, seu resguardo não carece de regulamentação, eis que protegidos por normas de eficácia plena. Desnecessário, assim, proteção legislativa adicional ao que o próprio Texto Constitucional assegurou de modo claro e contundente. É dizer, não se faz necessário editar norma infralegal (tal qual a Lei de Imprensa) para resguardar o que a Constituição já se incumbiu de fazer.

Tais direitos, todavia, devem ser compatibilizados com outros, igualmente elementares ao ser humano, que gozam da mesma proteção constitucional. A imagem e a intimidade são importantes prerrogativas individuais, mas não se sobrepõe aos demais direitos individuais igualmente estampados no artigo 5.o da Carta, como, por exemplo, o direito a liberdade de expressão (incisos V e IX), e o consectário direito à liberdade de informação jornalística.

Foi justamente esta a questão central posta a exame na ADPF 130: a compatibilização entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão.

No entendimento do Min. Carlos Britto, a liberdade de expressão é sinônimo de liberdade de imprensa, e qualifica-se como sobredireito. Isto porque o direito à informação é tão relevante quanto qualquer outro direito fundamental, seja sob o prisma individual (a livre manifestação de pensamento), seja pelo viés coletivo (o direito de ser informado sobre os fatos que compõe a realidade na qual todos os cidadãos – do mais nobre ao mais humilde – encontram-se inseridos). Sua preponderância surge quando em confronto com o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem: a liberdade de imprensa se impõe como bem jurídico superior, eis que representa uma forma de controle social sobre o poder estatal. Excessos serão punidos pela via da responsabilização penal, civil e administrativa, mas não pela via da censura prévia, da restrição ao direito de informação e conseqüente limitação ao direito de esclarecer a opinião pública sobre os eventos políticos e sociais que acontecem no seio do Estado.

Nesse sentido, aliás, o Texto Constitucional é expresso: “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”, “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. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV” e “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (CF, art. 220, *caput* e §§ 1.º/2.º). É a sagração da liberdade de imprensa de modo amplo e irrestrito. Eventuais excessos deverão ser punidos, mas nunca por intermédio da censura prévia.

A reprimenda civil, penal e administrativa aplicada posteriormente à prática do excesso no dever de informar adequadamente (i.e., na violação ao direito à intimidade e ao direito de imagem) não violam, desqualificam ou prejudicam esse bloco de direitos da personalidade. Em verdade, o que a Constituição busca, a todo pano, é a compatibilização dos direitos e garantias nela consignados: a liberdade de informação não se sobrepõe aos direitos da personalidade, ou vice versa. Na realidade, o direito à informação integra o rol dos direitos fundamentais na medida em que ele se afigura como essencial à sadia existência dos seres humanos considerados em si e por si como sujeitos de direito e objetos da mais ampla proteção jurídica.

6. O COMPROMISSO DA IMPRENSA COM A INFORMAÇÃO (A QUESTÃO DA VERDADE)

A questão que precede ao debate da recepção da Lei de Imprensa pela vigente Constituição da República diz com o papel da imprensa na sociedade moderna. Em seu voto, na oportunidade do julgamento da medida cautelar tirada na ADPF 130, o Min. Celso de Mello esclareceu

Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar, e (d) o direito de criticar. (p.94)

Em verdade, na dinâmica da vida moderna, na era da informação, com o avanço das telecomunicações, a sociedade não pode prescindir dos relevantes serviços prestados pela imprensa. Os fatos acontecidos num canto do mundo são, de modo instantâneo, levados ao conhecimento de pessoas localizados no outro oposto do globo. E a partir do conhecimento desses eventos, tomam-se decisões políticas e econômicas que refletem desde o centro financeiro e cultural até os rincões mais afastados da terra.

Nesse contexto, a informação não deve e não pode ser mendaz, leviana ou equivocada. O serviço de utilidade pública prestado pela imprensa – desde a narrativa de fatos até a impressão pessoal e particular neles inserida – demanda, tanto quanto a rapidez em sua difusão, o compromisso com a verdade.

Assim é que, se de um lado a liberdade de imprensa compreende os direitos de informar, de buscar a informação, de opinar e de criticar, de outro lado transmuta-se no dever de informar, de buscar a informação, de opinar e de criticar. Isto porque, nas palavras do Min.Celso de Mello

(..) a liberdade de imprensa não se traduz uma questão meramente técnica. Ao contrário, representa matéria impregnada do maior relevo político, jurídico e social, porque concerne a todos e a cada um dos cidadãos desta República. (voto na Med.Caut. da ADPF 130/DF, p.109)

Não se pode perder de vista o compromisso da imprensa com a sociedade, de vez que a informação oriunda do meio jornalístico, como lembrou o Min.Carlos Britto em seu voto, serve para a “formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos”.

Justamente por esse compromisso é que deve manter sempre firme seu pacto com a verdade, i.e., deve abster-se de veicular informações inverídicas, imprecisas ou não confirmadas. A garantia do sigilo da fonte milita em favor do pacto da verdade, e não como escudo para a propagação de pilhérias, difamações e calúnias.

Em favor da notícia verdadeira milita, de outra banda, a livre iniciativa. Dentro de um mercado jornalístico competitivo, a mídia falaciosa, que reporta informações duvidosas ou de gosto questionável, finda por reduzir o espectro de consumidores. Na sociedade moderna, pautada pelo consumo e pela rapidez da informação, o cidadão não está disposto a perder tempo e dinheiro com produtos

(jornais, revistas, etc) de baixa qualidade. É o próprio mercado regulando a atividade jornalística, tirando do cenário os veículos descompromissados com a veracidade dos fatos.

De fato, um dos maiores, senão mesmo o maior, patrimônio das empresas que lidam com informação – os conglomerados jornalísticos, as empresas de radiodifusão de sons e de sons e imagens, a imprensa escrita – é sua confiabilidade: o público alvo precisa acreditar na veracidade das mensagens transmitidas pelos meios de comunicação e informação. Em não sendo assim – desacreditados que ficam esses veículos – não terão público para sua mercadoria e, por conseguinte, estão fadadas à quebra e ao encerramento das atividades.

A decisão do Supremo, tirada na ADPF em exame, não subtrai da imprensa a sua liberdade e nem retira sua obrigação para com a verdade jornalística, senão enaltece ambos os compromissos.

7. A INTENSIDADE DO DANO CAUSADO PELA IMPRENSA

Um dos fundamentos adotados para afastar a aplicação da Lei de Imprensa foi a incoercibilidade da manifestação de expressão. Nas quadras da democracia definida pela Carta Republicana, não cabe ao Estado nem a ninguém dizer quais formas de pensar e de manifestar são corretas ou incorretas. A República consagra o pluralismo político, e uma de suas mais evidentes manifestações se dá pela composição, pela convivência harmônica entre as diversas visões de mundo, entre as diversas formas de pensamento e expressão.

Forte nessa linha, o Min. Carlos Britto assentou que nenhuma norma, passada, presente ou futura, poderá limitar a liberdade de imprensa. Qualquer lei vocacionada a tal ofenderia, quando menos, o artigo 5.o, incisos IV e IX, bem como o artigo 220, *caput* e §§ 1.o e 3.o da Constituição.

A partir daí abriu-se a dissidência do Min. Joaquim Barbosa e da Mina. Ellen Gracie escorados (a) na necessidade de quebrar os oligopólios existentes no meio da imprensa, e (b) na necessidade/possibilidade do Estado regular a atuação da imprensa sem que haja ofensa à sua liberdade.

Em certa medida, a dissidência encontra esteio no espectro quase ilimitado do dano causado pelos meios de comunicação. A honra, a idoneidade, a boa fama são direitos caros a qualquer pessoa porque erigidos a custa de trabalho, esforço e retidão de caráter. A informação enviesada, de má-fé ou equivocada que maculem a honestidade de uma pessoa pode ser rapidamente difundida, mas jamais reparada. A honra violada, a idoneidade enlameada e a boa fama enxovalhada não podem ser recompostas (porque sempre haverá alguém a lembrar do agravo, mas não do desagravo).

No entendimento dos Ministros dissidentes, é necessário impor limites e restrições à atividade da imprensa de molde a, senão evitar, ao menos minorar a incidência de eventos desse jaez.

Se afigura, todavia, em nosso sentir, temerário conferir ao Estado primazia da verdade, i.e., a possibilidade de exercer controle sobre o conteúdo versado pela imprensa. É que a imprensa fiscaliza o Estado. Se o Estado fiscalizar a imprensa – ensejando o cerceio da livre manifestação do pensar –, a liberdade de crítica, de opinião e de expressão restarão seriamente prejudicadas como ocorreu em passado não muito longínquo de um Brasil em regime de exceção. Então quem fiscalizará o Estado?

Há direitos que não admitem meio termo: ou são exercidos na plenitude, ou são repudiados. É o que ocorre com a liberdade de imprensa. Qualquer restrição – além daquelas já consignadas no ordenamento jurídico, como o direito de resposta, o dever de reparar o dano, a responsabilização criminal, etc – fere de morte a isenção e a autonomia de que se valem os meios noticiosos para criticar os detentores do poder, seja o Estado, sejam os titulares do poder econômico.

Erros e excessos havidos no manejo da liberdade de imprensa não podem servir com justificativa para sua mitigação ou supressão. A liberdade é o preço que se paga para viver numa sociedade democrática. Os deslizes acontecem como exceção, e não servem para justificar uma regra, a regra da imprensa sem liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Cidadã, num momento em que era necessário romper com o regime de exceção, findou com toda e qualquer limitação à livre forma de pensamento e expressão. Tornou expressa a proibição de impor censura à imprensa, embora admitindo algum controle (quanto à identificação da faixa etária do público alvo, e quanto ao controle acionário das empresas jornalísticas, basicamente), num evidente reconhecimento de que a democracia não existe sem liberdade.

Na oportunidade do julgamento da ADPF 130, muito se discutiu acerca do vácuo normativo existente uma vez retirada do ordenamento jurídico a Lei de Imprensa. Objetava-se que as figuras penais previstas na lei, bem como as formas de reparação civil, não encontravam correspondência em outros diplomas normativos. Todavia, como bem demonstrou a experiência dos Tribunais, a não aplicação da Lei de Imprensa não implicou a impunidade. As disposições do Código Penal e do Código Civil eram suficientes a punir eventuais infratores.

O direito à imagem e o direito à intimidade são direitos da personalidade que encontraram proteção constitucional no âmbito dos direitos fundamentais. Nesta mesma categoria se inserem a liberdade de expressão e de manifestação, antecedentes lógicos e necessários do direito à liberdade de imprensa. Uma sociedade somente alcança uma situação de liberdade quando sua imprensa – assim entendida todas as formas de expressão da opinião e do pensamento – é livre. Não há liberdade quando as formas de pensar e de agir são condicionadas por aquilo que o Estado, em dado momento histórico, convencionou dizer que é correto ou incorreto, que é adequado ou inadequado. Eventuais excessos podem acontecer,

inclusive atingindo direitos da personalidade. Mas, havendo confronto, de dois males (o cerceio da liberdade de imprensa e a violação ao direito à imagem e ao direito à intimidade), o menos pior será a ofensa aos direitos da personalidade.

A sociedade moderna, pautada pelo consumo e pela imediatividade da informação, não pode abrir mão dos relevantes serviços prestados pela imprensa. Esta, todavia, deve manter fiel compromisso com a verdade dos acontecimentos difundidos. A garantia do sigilo da fonte serve para assegurar o alcance da verdade, e não como escudo para a informação falaciosa, equivocada ou mentirosa. O controle exercido sobre a imprensa é realizado pela própria população: desacreditado que seja, o veículo de informação alijado de seu maior patrimônio (i.e., a credibilidade) está fadado à ruína.

É certo que os danos causados pela imprensa alcançam incontáveis pessoas, tornando sua reparação extremamente difícil. A concentração dos conglomerados jornalísticos acirra ainda mais a possibilidade de dano. A honestidade e a lisura questionadas por meio dos veículos de comunicação jamais serão restaurados. Entretanto, o compromisso da imprensa com a verdade evidenciam que condutas dessa natureza constituem exceção, e não a regra. Os instrumentos de controle existentes no ordenamento jurídico servem a contento para por cobro às eventualidades desviadas no meio jornalístico e informativo. Não se faz necessário recorrer à superada Lei de Imprensa, cujo traço marcante foi estabelecer, num dado momento histórico, um projeto de poder mediante a restrição à liberdade de pensamento e expressão.

Andou bem a Suprema Corte ao declarar a não recepção da Lei de Imprensa pelo vigente Texto Constitucional. Esta lei consigna um sistema cuja aplicação se dava na inteireza sistêmica, não bastando a parcial declaração de não recepção.

A ordem normativa brasileira é repleta de ferramentas capazes de inibir e por cobro a excessos e descabros eventualmente praticados pela imprensa. É o caso do direito constitucional de resposta e de indenização por danos à imagem. No plano preventivo, não se pode perder de vista a antecipação de tutela, instrumento algo recente mais plenamente consolidado na ordem jurídico-processual brasileira.

O receio de práticas abusivas, ocasionadas como eventualidade, e não como regra, não serve a justificar restrições à liberdade de expressão, de manifestação e de pensar. Todas essas liberdades, consagradas numa só – a liberdade de imprensa – prestam mais serviço do que desserviço. Uma sociedade que preza os valores igualdade, democracia, pluralismo e liberdade não se compaginam com a restrição do pensamento. Daí o acerto da Corte Suprema ao decidir a ADPF 130.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Marian Pinhão Coelho; PASCHOAL, Jorge Coutinho. *Lei de Imprensa: perplexidades decorrentes do julgamento da ADPF 130-7/DF, pelo Supremo Tribunal Federal*. In: Boletim IBCCRIM nº 210 - Maio de 2010.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. *Teoria do Estado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

FACHIN, Zulmar. *Liberdade de imprensa na Constituição de 1988*. In: *Justiça e Direito*. Gazeta do Povo, Paraná, 08 jun. de 2012. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1262848>>, Acesso em 02 out. de 2012.

HABERMAS, J.; HÄBERLE, P. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In: MERLE, J.; MOREIRA, L.(Org). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 67-82.

LORA ALARCON, Pietro de Jesús. *Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito publico da contemporaneidade*. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. In: texto base da conferência proferida no Congresso de Direito Processual, realizado pelo Instituto dos Advogados do Paraná entre os dias 21 e 23 de outubro de 2010. Disponível em <marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/Conferencia_IAP2> Acesso em 08 de out. de 2012.

MIGALHAS. *Liberdade de expressão*. São Paulo, 2 de out. de 2012, nº 2.971 (ISSN 1983-392X). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI110629,71043-Tribunais+se+posicionam+de+maneira+diversificada+apos+STF+declarar>>. Acesso em 02 de out. de 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts.1.o a 5.o da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4.a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. (Coord.). *A parte geral do Novo Código Civil*. 2.a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito*. In: Revista Integrada dos Cursos Jurídicos IESB e Metropolitana, Brasília: 2008.

ZIMMERMANN, A. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.