

O DESTAQUE NA HIERARQUIA DE VALORES CONCEDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LIBERDADE DE IMPRENSA

Carolina Scherer Bicca¹

Resumo: O presente artigo examinará a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, o qual analisou a extensão do direito à liberdade de imprensa, tendo como principal objetivo examinar se tal decisão, de acordo com a ideia de Alexy de que é necessário realizar um balanceamento entre princípios colidentes, observou o princípio da proporcionalidade e obteve a máxima otimização de todos os direitos fundamentais envolvidos.

Palavras-Chave: ADPF nº 130 – Liberdade de Imprensa - Balanceamento – Princípios Colidentes – Princípio da Proporcionalidade – Otimização – Direitos Fundamentais.

Abstract: The present essay will examine the decision rendered by the Supreme Federal Court on the occasion of the trial of the Action of Fundamental Noncompliance number 130, that analyzed the extension of freedom of press, but the main purpose of this article is to analyse if this decision, according to the theses of Alexy that is necessary to proceed a balancing between competing principles, observed the principle of proportionality and obtained the optimization between the fundamental rights existents.

¹ Procuradora Federal, no exercício do cargo de Procuradora-Chefe do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Keywords: ADPF nº 130 – Freedom of the press - Balancing – Competing Principles – Principle of Proportionality – Optimization – Fundamental Rights.



1. INTRODUÇÃO

O presente artigo examinará o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 130, no qual o Supremo Tribunal Federal - STF declarou a inconstitucionalidade da “Lei de Imprensa”, mas visa, principalmente, analisar, sob a perspectiva de Robert Alexy de que deve haver um balanceamento ou um sopesamento entre princípios constitucionais colidentes, se a decisão adotada observou o princípio da proporcionalidade, obtendo uma otimização plena de todos os direitos conflitantes, entre eles o direito à liberdade de imprensa, à vida privada e à honra e o direito de resposta.

Em um primeiro momento, nos limitaremos a realizar um estudo do caso, ressaltando os principais aspectos da decisão proferida na ADPF nº 130 pelo STF.

A seguir, efetuaremos uma análise crítica, examinando a extensão do julgado e se havia alternativa(s) para que a decisão em questão fosse adotada de outra forma. Referida análise será efetuada com base na teoria de Robert Alexy de que o balanceamento efetuado entre princípios colidentes garante a racionalidade de uma decisão, sopesamento este obtido mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.²

² ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, Passim.

Posteriormente, observaremos as consequências geradas pela decisão objeto do presente estudo e, por fim, apontaremos uma solução para o impasse gerado.

2. O JULGAMENTO DA ADPF Nº 130 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, conhecida como “Lei de Imprensa”, editada em plena época da ditadura militar no Brasil, e sob a proteção de uma ordem constitucional que foi posteriormente revogada pela Constituição Federal de 1988, regulava a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, tratava dos abusos do seu exercício, tutelando, igualmente, o direito de resposta e a responsabilização civil e penal daqueles que no exercício da liberdade de imprensa violassem direito ou causassem prejuízo a outrem.

O Partido Democrático Trabalhista – PDT, em 2008, ingressou com Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por se tratar de legislação pré-constitucional, visando (1) à declaração de inconstitucionalidade total da Lei supracitada ou (2) alternativamente, à declaração de revogação de determinados dispositivos da “Lei de Imprensa”, os quais, de acordo com o Arguente, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, e (3) à interpretação conforme à Constituição Federal de outros artigos da Lei, com o objetivo de evitar que determinados dispositivos legais defasados pudessem dar azo a prática de atos lesivos aos preceitos fundamentais assegurados nos incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do artigo 5º e artigos 220 a 223 da Carta Magna.

Como resultado, a “Lei de Imprensa”, conforme decidido pela Corte, foi abolida do ordenamento jurídico na sua integralidade, tendo sido declarados inconstitucionais todos os dispositivos que a integravam.

Segundo o Ministro Relator, a mesma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, devendo-se sempre respeitar

a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.³

De acordo com a ementa da decisão a liberdade de imprensa deve ser plena, consistindo em um:

reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.⁴

Ainda, ficou assentado que a liberdade de informação jornalística é um direito “irregulamentável” pelo Estado, tendo em vista que:

são irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no

³ ADPF 130/DF, Relator Ministro Carlos Britto, p. 1-334, D. J. 6.11.2009, p. 8. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 20/10/2011

⁴ ADPF 130/DF, op. cit. p. 1.

próprio texto da Lei Suprema.⁵

Além disso, os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa restaram qualificados como “sobredireitos”.

Com efeito, restou consignado que:

no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.⁶

Restou reconhecido, no entanto, não haver óbice de natureza constitucional à regulamentação de matérias reflexas à liberdade de imprensa, tendo, referida decisão, inclusive, enumerado, de forma exemplificativa, o rol destas matérias, que são aquelas elencadas pela própria Constituição, entre elas: (1) direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; (2) proteção do sigilo da fonte; e (3) responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação.

Apesar desta ressalva, a maioria dos Ministros do Supremo optou por retirar do ordenamento jurídico referida Lei na sua totalidade, invalidando, inclusive, aqueles dispositivos que tratavam destas matérias.

A “Lei de Imprensa”, conforme frisado, disciplinava o direito de resposta de forma exauriente, tratando das hipóteses de seu cabimento (art. 29 – nos casos de veiculação de fato inverídico ou errôneo); da legitimação para o pleito de resposta (art. 29, §1º); do que consistia o direito de resposta (art. 30, I, II e III); da forma como tal direito seria exercitado; do prazo para

⁵ ADFP 130/DF, op. cit. p. 10.

⁶ ADFP 130/DF, op. cit. p. 4.

atendimento ao direito de resposta (art. 31); do prazo para resposta do órgão de imprensa em sede judicial (art. 32, §3º); do prazo para tomada de decisão judicial (art. 32, §4º); e dos casos em que a publicação ou transmissão da resposta ou retificação não seria permitida (art. 34).

A Corte, todavia, talvez em face do grande trauma causado pela censura durante a ditadura em nosso país, aboliu a “Lei de Imprensa” do ordenamento jurídico na sua integralidade, talvez mais pelo caráter simbólico do que jurídico da decisão, pois, se referida norma não ostentasse essa carga negativa, talvez parte dela teria sido preservada, como alguns Ministros, aliás, defenderam, tendo o Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, votado pela improcedência da ação no tocante aos artigos 29 a 36 (que regulavam o direito de resposta) da referida Lei.

Com efeito, o entendimento pela abolição total da “Lei de Imprensa” do ordenamento jurídico preponderou, e de acordo com o Supremo deveria perfectibilizar-se em face da:

Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 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.⁷

Efetuada uma breve disposição sobre os principais aspectos a serem ressaltados na decisão proferida na ADPF nº

⁷ ADPF 130/DF, op. cit. p. 10.

130, passaremos, então, a proceder a uma análise crítica da mesma.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADFP Nº 130

3.1 A INEXISTÊNCIA DE UM DIREITO À LIBERDADE DE IMPRENSA IRREGULAMENTÁVEL

Através do estudo da evolução jurisprudencial americana sobre as interpretações conferidas à 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América⁸, a qual determina, dentre outras coisas, que o Congresso não legislará cerceando a liberdade de imprensa, verificamos que o processo de interpretação iniciou-se com a concepção liberal originária do voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso caso Abrams⁹,

⁸ 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, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. Constituição dos Estados Unidos da América 1787. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acessado em: 22/05/2012.

⁹ The defendants were convicted on the basis of two leaflets they printed and threw from windows of a building. One leaflet signed "revolutionists" denounced the sending of American troops to Russia. The second leaflet, written in Yiddish, denounced the war and US efforts to impede the Russian Revolution. The defendants were charged and convicted for inciting resistance to the war effort and for urging curtailment of production of essential war material. They were sentenced to 20 years in prison.

Question: Do the amendments to the Espionage Act or the application of those amendments in this case violate the free speech clause of the First Amendment? Conclusion: No and no. The act's amendments are constitutional and the defendants' convictions are affirmed. In Clarke's majority opinion, the leaflets are an appeal to violent revolution, a call for a general strike, and an attempt to curtail production of munitions. The leaflets had a tendency to encourage war resistance and to curtail war production. Holmes and Brandeis dissented on narrow ground: the necessary intent had not been shown. These views were to become a classic libertarian pronouncement. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/1901->

o qual defendia que somente o livre intercâmbio de ideias poderia alcançar a verdade, seguindo para a concepção republicana e cívica de James Madison, citada expressamente pela Suprema Corte no caso Sullivan¹⁰, segundo a qual a liberdade de expressão faz parte do sistema constitucional democrático e de deliberação pública.¹¹

Importa registrar, porém, como fez Gilmar Ferreira Mendes que:

Entre concepções liberais, individuais ou subjetivas, por um lado, e outras concepções cívicas, republicanas, democráticas ou objetivas, o aparente paradoxo das liberdades de expressão, de informação e de imprensa tem sido enfrentado pelas Cortes Constitucionais com base em um postulado que hoje faz transparecer quase uma obviedade: *as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quando têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais*

1939/1919/1919_316, Acessado em: 23/05/2012.

¹⁰ Decided together with *Abernathy v. Sullivan*, this case concerns a full-page ad in the *New York Times* which alleged that the arrest of the Rev. Martin Luther King, Jr. for perjury in Alabama was part of a campaign to destroy King's efforts to integrate public facilities and encourage blacks to vote. L. B. Sullivan, the Montgomery city commissioner, filed a libel action against the newspaper and four black ministers who were listed as endorsers of the ad, claiming that the allegations against the Montgomery police defamed him personally. Under Alabama law, Sullivan did not have to prove that he had been harmed; and a defense claiming that the ad was truthful was unavailable since the ad contained factual errors. Sullivan won a \$500,000 judgment. Question: Did Alabama's libel law, by not requiring Sullivan to prove that an advertisement personally harmed him and dismissing the same as untruthful due to factual errors, unconstitutionally infringe on the First Amendment's freedom of speech and freedom of press protections? The Court held that the First Amendment protects the publication of all statements, even false ones, about the conduct of public officials except when statements are made with actual malice (with knowledge that they are false or in reckless disregard of their truth or falsity). Under this new standard, Sullivan's case collapsed. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1960-1969/1963/1963_39, Acessado em: 23/05/2012.

¹¹ SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176.

*liberdades.*¹² (grifos do autor)

Na Alemanha, a liberdade de imprensa passou a ser considerada, a partir do julgamento do famoso caso Lüth em 1958,¹³ um direito subjetivo fundamental e, ao mesmo tempo, uma garantia institucional, tendo essa ideia, aliás, moldado o direito constitucional alemão no sentido de que:

a garantia constitucional dos direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais são, para citar a

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. *Observatorio da Jurisdição Constitucional*, Ano 4, 2010/2011, Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/427/275>, Acessado em: 23/05/2012.

¹³ Lüth havia convocado o público alemão, os donos de casas de cinema e os produtores de filme a boicotarem os filmes produzidos após 1945 por Veit Harlan, pois ele fora o diretor nazista de maior destaque. Lüth referia-se, em especial, ao filme “Jud Suss”, o filme líder da propaganda nazista antisemita. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, “Amante Imortal” (Unsterbliche Geliebte). O Tribunal fundamentou sua decisão ao afirmar que incitar o boicote a filmes como esse violava o art. 826 do Código Civil Alemão, sendo contrário à política pública. Lüth apresentou uma queixa constitucional contra essa decisão. A corte Constitucional Federal Alemã considerou a incitação ao boicote de Lüth a tais filmes como *prima facie* protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental. A segunda seção do art. 5º da Lei Fundamental, no entanto, contém três cláusulas limitadoras da liberdade de expressão garantida na primeira. A primeira delas seria de uma “lei geral”. O Tribunal Constitucional reconheceu que o art. 826 do Código Civil, aplicado pelo Tribunal de Hamburgo, era uma lei geral no sentido da primeira cláusula limitadora, o dispositivo referente à “lei geral” (Decisões da Corte Constitucional Federal, BverfGE, vol. 7, 198, 211f.) A Corte requereu que houvesse um balanceamento ou um sopesamento dos princípios constitucionais colidentes em que a aplicação de regras do Direito Civil poderia limitar um direito constitucional. O resultado do seu balanceamento foi que ao princípio da liberdade de expressão deveria ser dado prioridade sobre considerações constitucionais concorrentes. Ele exigiu que o dispositivo “contra a public policy” do art. 826 do Código Civil Alemão fosse interpretado de acordo com essa prioridade.¹³ Alexy, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40), p. 132.

Corte Constitucional Federal, “ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores”.¹⁴

Partindo dessa premissa, Gilmar Mendes conclui que “o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite como exige a intervenção legislativa, com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional.”¹⁵

Analisando o julgamento da ADPF nº 130, importa destacar não se ter dúvida de que muitos dos dispositivos da “Lei de Imprensa”, por caracterizarem um tipo de censura prévia, não se compatibilizavam com a ordem constitucional vigente, que estabelece como regras essenciais do Estado Democrático de Direito a liberdade de expressão ou da palavra e o acesso do cidadão à informação.

Com efeito, sob o pálio destas regras é que se estipulou que a liberdade de comunicação social não poderá sofrer restrições de qualquer espécie (art. 220 da CF).

Isso não significa, no entanto, que tal garantia é irregulamentável.

Como já dizia Nelson Hungria:

Liberdade de imprensa é o direito de livre manifestação do pensamento pela imprensa; mas, como todo direito, tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios. A ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses: não é possível uma colisão de direitos, autenticamente tais. O exercício de um direito degenera em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a

¹⁴ Tradução livre para: the constitutional guarantee of individual rights is not simply a guarantee of classical defensive rights of the citizen against the state. The constitutional rights embody, to cite the Federal Constitutional court, “at the same time an objective order of values.” ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140, p. 133.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 18.

órbita de gravitação do direito alheio. *Em quase todo o mundo civilizado, a imprensa, pela relevância dos interesses que se entrecrocavam com o da liberdade das idéias e opiniões, tem sido objeto de regulamentação especial.*¹⁶ (grifos do autor).

Ademais, o próprio artigo 220 da Constituição Federal não considera a liberdade de comunicação social um direito absoluto, pois determina que o seu exercício deve observar o disposto na Constituição.

E não se pode concluir que por não ter o legislador constituinte contemplado diretamente a possibilidade de intervenção legislativa no tocante à liberdade de comunicação que não seja possível a existência de lei conformando os direitos constitucionais conflitantes.¹⁷

Partindo-se dessa premissa, nossa crítica repousa no fato de que vários artigos da “Lei de Imprensa” poderiam ter sido preservados pelo STF, pois não incidiam no núcleo do direito de imprensa, como aqueles dispositivos, por exemplo, que regulavam o direito de resposta (artigos 29 a 36 da Lei).

Ademais, não nos parece que a regulamentação do direito de resposta, tal como se encontrava prevista, tivesse aquele viés preconizado pelo Supremo de sufocar o pensamento crítico do país, mas apenas o de inibir o cometimento de abusos, preocupação esta manifestada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto.

3.2 A INEXISTÊNCIA DE DIREITOS ABSOLUTOS E A NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DOS DIREITOS AO SISTEMA DE PONDERAÇÃO

¹⁶ Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI, p. 261.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 19.

De acordo com Alexy, outra lição que se tem da decisão proferida no caso Lüth, acima mencionado, é a de que:

Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios somente pode ser resolvida pelo balanceamento. A lição da decisão em Lüth mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, portanto, é a seguinte: “Um balanceamento de interesses torna-se necessário”¹⁸.

Na ponderação levada à cabo pelo STF entre o direito à liberdade de imprensa e o direito individual à honra e à imagem das pessoas, o primeiro ocupou um lugar de destaque na hierarquia de valores.

A par desta posição adotada pelo Supremo, questiona-se a necessidade de abolição total da “Lei de Imprensa”, que dispunha de outras questões, as quais, inclusive, conferiam efetividade à garantia institucional da liberdade de informação, na medida em que visavam conter os abusos praticados no seu exercício e garantiam o contraditório, como, por exemplo, aquelas disposições atinentes ao direito de resposta.

De acordo com Alexy, o balanceamento faz parte da aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual é dividido em três sub-princípios, quais sejam: o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que ambos expressam a ideia de otimização, no sentido de que “princípios são normas que requerem que algo seja realizado na máxima extensão possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas”¹⁹.

Nas palavras do próprio autor:

¹⁸ Livre tradução para: Values and principles tend to collide. A collision of principles can only be resolved by balancing. The lesson of the Lüth decision that is most important for everyday legal work runs, therefore, as follows: “A ‘balancing of interests’ becomes necessary.” ALEXY, Robert. Op. cit. p. 133.

¹⁹ Livre tradução para “principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the legal and factual possibilities”. Alexy, Robert. Op. cit. p. 135.

Os princípios da adequabilidade e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados. Se um meio M, adotado para promover o princípio P1, não é adequado a essa finalidade, mas obstrui a realização de P2, então não haverá custos quer para P1 ou P2 se M for omitido, mas haverá custos para P2 se M for abandonado. (...) Isto demonstra que o princípio da adequabilidade não é nada mais do que uma expressão da idéia do optimal de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra. O mesmo se aplica ao princípio da necessidade. Esse princípio requer que um dos dois meios de promover P1, que sejam, em um sentido amplo, igualmente adequados, deva ser escolhido aquele que interfira menos intensamente em P2.²⁰

Em relação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirma o autor que:

Esse princípio expressa o que significa a otimização relativa às possibilidades jurídicas (legal). Ela é idêntica à regra que pode ser denominada “Lei do Balanceamento”. Essa regra estabelece que: quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro.²¹

Assim, conforme Alexy:

O balanceamento pode ser dividido em três

²⁰ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003. p. 135

²¹ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 135.

etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro.²²

Aplicando-se as regras acima traçadas por Alexy ao caso ora analisado, verifica-se que o julgamento efetuado pelo STF na ADPF nº 130 não passou pelo terceiro estágio acima referido, tendo o mesmo sido desproporcional na medida em que para satisfazer a primazia do direito à liberdade de informação, adotara uma medida severa e desnecessária que fora a declaração de inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos da Lei de Imprensa, inclusive daqueles que tratavam de questões reflexas à liberdade de informação, tendo sacrificado de forma injustificada o direito de resposta, direito este, aliás, também previsto constitucionalmente.

Com efeito, efetuando-se o balanceamento preconizado pelo autor supracitado, constata-se que, ao invalidar os dispositivos da Lei que regulamentavam o direito de resposta, o grau de não-satisfação de tal direito foi enorme, pois aqueles dispositivos garantiam efetividade e agilidade na promoção de tal direito. Ao princípio concorrente, qual seja, o direito à livre informação foi atribuído elevada importância. Ocorre que, a importância de se satisfazer o direito à informação não justificava a restrição imposta ao direito de resposta.

Referido direito, como já se frisou anteriormente, configura, aliás, um reforço ao direito à liberdade de imprensa, ao garantir o contraditório.

O Supremo, assim, mesmo entendendo que devem ser

²² ALEXY, Robert. Op. cit. p. 136.

protegidos, ainda que de forma secundária, os direitos à imagem e à honra, que incidirão posteriormente ao direito à livre manifestação do pensamento, conferiu plenitude a este último, mas enfraqueceu sobremaneira os primeiros, ao não preservar na “Lei de Imprensa” os dispositivos atinentes ao direito de resposta.

Pode-se dizer, inclusive, que a abolição da regulamentação de tal direito foi contrária ao “princípio da proibição do retrocesso social”, segundo o qual “uma vez concretizada a norma constitucional, o legislador não mais poderia retroceder, revogando a legislação concretizadora”.²³

De acordo com Luís Roberto Barroso:

por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.²⁴

A posição adotada pela Corte acabou por gerar um desequilíbrio enorme entre o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, que poderiam ser reparados de forma eficaz mediante o direito de resposta. Ainda que se considere, como o fez o Supremo, de que deve haver a precedência do primeiro bloco, incidindo o segundo bloco *a posteriori*, a medida adotada pela Corte foi extremamente severa, quando não havia necessidade para tanto, configurando-se aí a desproporcionalidade da decisão.

4. CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO PROFERIDA NA

²³ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

ADPF Nº 130

A postura do Supremo ao julgar a ADPF nº 130, concedeu, na prática, caráter absoluto à liberdade de imprensa e destituiu de instrumentos hábeis de defesa aqueles que tiveram sua honra ou sua imagem lesada em razão do exercício abusivo da imprensa.

A Corte até que se preocupou em ressaltar o direito de resposta, frisando que, em relação a tal direito, não se criou um *vacuum* legislativo, o que a nosso ver não corresponde à realidade.

Com efeito, os Ministros entenderam que o inciso V do artigo 5º da Constituição Federal²⁵, que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização pelo dano causado, é autoaplicável, sendo desnecessária legislação que o complemente, devendo aplicar-se ao direito de resposta as normas da legislação comum (Código Civil e de Processo Civil, Código Penal e de Processo Penal, etc.), conforme consignado no seguinte trecho da decisão:

Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de

²⁵ Art. 5º (...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.²⁶

A jurisprudência em geral também tem se posicionado favoravelmente à autoaplicabilidade do direito de resposta, como demonstram as seguintes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. LEI DE IMPRENSA, DIREITO DE RESPOSTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRAZO. DOIS DIAS. INTEMPESTIVIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (...) De notar, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF, declarou como não recepcionado pela Constituição da República de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. 3. Entretanto, a Constituição Federal assegura, no seu art. 5º, V, o direito de resposta, proporcional ao agravo, norma essa de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, conforme entendimento da Suprema Corte deste País.²⁷

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE RESPOSTA. LEI DE IMPRENSA. ADPF Nº 130/STF. PREVISÃO NO ART. 14 DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. MANDADO DE SEGURANÇA

²⁶ ADPF 130/DF, op. cit. p. 11.

²⁷ Superior Tribunal de Justiça. EARESP 200400640659, Relator Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, p. 1-9, D. Je. 19/04/2010, p. 1. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400640659&dt_publicacao=19/04/2010. Acesso em: 21/10/2011.

CONTRA ATO DE COLÉGIO RECURSAL. APLICAÇÃO, À ÉPOCA, DA SÚMULA 690/STF. *TEMPUS REGIT ACTUM*. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE REMESSA DOS AUTOS À CORTE COMPETENTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não obstante o julgamento da ADF nº 130/STF, no sentido de que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela CF/88, tem-se que o Direito de Resposta continua a existir no ordenamento pátrio, por força do artigo 14 do Pacto de São José da Costa Rica.²⁸

Ocorre que as normas comuns existentes, não preveem, por exemplo, a forma como o direito de resposta deve ser exercido, o prazo para atendimento ao direito de resposta e o prazo para que o pedido de resposta seja concedido judicialmente, o que garantiria a plena eficácia de tal direito. Sem isto, tal direito não é exercitável a tempo, só sendo concedido o direito de resposta ao cidadão ou à pessoa jurídica lesada depois de muito tempo, quando, na verdade, o dano à imagem já se perpetuou, só restando a reparação pecuniária, que, em muitos casos, é de somenos importância.

A título de exemplo, em 2010, uma entidade pública, que depende de sua reputação e credibilidade para realizar com êxito sua missão institucional, teve sua honra e imagem denegridas por determinada matéria jornalística, que desqualificou o produto de seu trabalho, baseada em informações inverídicas e caluniosas.²⁹

²⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 23.369 – SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Recorrente: Dario Eliseo Casas, Impetrado: Juiz de Direito Relator da Apelação NR 491/95 do Colégio Recursal Criminal de São Paulo – SP. p. 1-8, D. Je. 30/08/2010, p. 1. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=200602838796&b=ACOR. Acesso em: 21/10/2011.

²⁹ Planeta Osasco (SP): Ipea ganha direito de resposta contra “O Globo” Disponível em:

Referida entidade, depois de não ter sido atendida sua solicitação de resposta pelo veículo de comunicação que publicou a matéria, ingressou com ação judicial³⁰ pleiteando a concessão do direito de resposta, o qual foi, alguns meses depois, deferido em primeira instância, não tendo sido, todavia, concretizado ainda, passados quase dois anos do fato, pois o magistrado entendeu que não poderia conceder a liminar pleiteada por ser a mesma satisfativa, o que violaria o direito da outra parte de recorrer. O processo judicial foi enviado ao respectivo Tribunal que, até a presente data, não julgou a ação.

Assim, quando o direito de resposta for efetivamente assegurado pelo Judiciário, após percorrer todas as instâncias existentes, a publicação da resposta será inócua, pois ninguém sequer se recordará da matéria jornalística que a ensejou.

5. O IMPASSE PARA O PROBLEMA

O vácuo legislativo em relação ao direito de resposta, gerado pela decisão adotada pelo STF no julgamento da ADPF nº 130, poderá ser remediado com a edição de nova lei tratando do assunto.

Recentemente, texto de autoria do senador Roberto Requião foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça, seguindo para votação na Câmara.³¹

De forma sucinta, de acordo com referido projeto o ofendido terá 60 (sessenta) dias para solicitar a um jornal, revista, blog ou órgão de imprensa a publicação de seu direito de resposta. Em 7 (sete) dias, o veículo de comunicação deverá

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6647, Acessado em: 22/05/2012.

³⁰ Ação nº 41191-93.2010.4.01.3400, 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília – DF.

³¹ Senado aprova lei que regulamenta direito de resposta. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional>, Acessado em 14/05/2012.

responder ao interessado, esclarecendo as informações publicadas, as quais, não sendo satisfatórias, darão ensejo para que o ofendido recorra à Justiça, que disporá de 30 (trinta) dias para decidir.

Assim, pode ser que com a aprovação de uma nova lei que regulamente o direito de resposta a lacuna existente no ordenamento jurídico seja preenchida.

6. CONCLUSÃO

O STF, por ocasião do julgamento da ADPF n° 130, declarou a inconstitucionalidade total da “Lei de Imprensa”, tendo conferido à liberdade de imprensa destaque na hierarquia de valores, em comparação com o direito à vida privada, à intimidade e à honra, passando a considerá-la um “sobredireito”.

Duas críticas, porém, são permitidas em relação ao julgado. Primeira, a de que referido direito, como, aliás, qualquer direito, não é irregulamentável, havendo, pelo contrário, a necessidade de sua regulamentação para que tal garantia institucional tenha efetividade. Segunda, nenhum direito é absoluto, devendo todos os direitos em conflito ser submetidos ao sistema de ponderação, sendo que, aplicando-se o princípio da proporcionalidade à questão da manutenção do direito de resposta tal como estava previsto na “Lei de Imprensa”, verifica-se que a posição adotada pela Corte de não preservá-lo não o observou em toda a sua extensão, eis que desnecessária para se atingir ao fim buscado.

Com efeito, em que pese o Supremo pretender conferir primazia ao direito à liberdade de informação, não havia necessidade de se considerar todos os dispositivos da “Lei de Imprensa” inconstitucionais, inclusive aqueles que dispunham de matéria apenas reflexa à liberdade de imprensa, como o direito de resposta, por exemplo, direito este que, a partir do

juízo da ADPF nº 130, tornou-se ineficaz em nosso ordenamento jurídico.

A consequência advinda disto foi que os cidadãos e pessoas jurídicas prejudicadas pelo abuso do direito à livre manifestação do pensamento e à livre informação ficaram sem meios eficazes de obter a devida e rápida reparação pelo dano causado.

Assim, merece aplauso a decisão do Supremo ao buscar corrigir uma distorção histórica, causada pela censura praticada à época da ditadura, conferindo primazia ao direito à liberdade de informação e de expressão, porém, concluímos que a Corte pecou pelo excesso, não tendo obtido a plena otimização de todos os direitos envolvidos, acarretando consequências lesivas àqueles que sofreram pelo exercício abusivo da liberdade de imprensa, em face do vácuo legislativo gerado em relação ao direito de resposta.



7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.
- Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130/DF*, Relator Ministro Carlos Britto, p. 1-334, D. J. 6.11.2009. Disponível em:

- <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 20/10/2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EARESP 200400640659*, Relator Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, p. 1-9, D. Je. 19/04/2010, p. 1. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400640659&dt_publicacao=19/04/2010. Acesso em: 21/10/2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 23.369 – SP*, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Recorrente: Dario Eliseo Casas, Impetrado: Juiz de Direito Relator da Apelação NR 491/95 do Colégio Recursal Criminal de São Paulo – SP. p. 1-8, D. Je. 30/08/2010, p. 1. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22MARIA+THEREZA+DE+ASSIS+MOURA%22%29.min.&processo=200602838796&b=ACOR. Acesso em: 21/10/2011.
- BRASIL. Justiça Federal Seção Judiciária do Distrito Federal. *Ação nº 41191-93.2010.4.01.3400*, 13ª Vara Federal.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. *Observatorio da Jurisdicao Constitucional*, Ano 4, 2010/2011, Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/427/275>, Acessado em: 23/05/2012.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do*

direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court.* Cambridge: Harvard University, 1999.