

21/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT
ADV.(A/S) : GUSTAVO BINENBOJM E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S) : MARA HOFANS E OUTRO(A/S)

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA.

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.

3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período

ADI 4451 / DF

eleitoral.

4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes.

5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência da Senhora Ministra CÁRMEN LÚCIA, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, acordam em julgar procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/1997, assim como, por arrastamento, dos §§4º e do 5º do mesmo artigo, confirmando a medida liminar concedida.

Brasília, 21 de junho de 2018.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE
RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT
ADV.(A/S) : GUSTAVO BINENBOJM E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S) : MIRO TEIXEIRA E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de ação direta proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, ABERT, em face do art. 45, incisos II e III, da Lei Federal 9.504/1997, Lei das Eleições. A petição inicial veiculou pedido de concessão de medida cautelar, que veio a ser apreciado e deferido pelo Tribunal Pleno, em sessão de 1º/9/2010. Diante dessa circunstância, adoto o relatório lançado naquela assentada pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, a seguir transcrito:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert). Ação que impugna os incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997, assim vernacularmente postos:

“Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: [...] II- usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito ; III- veicular propaganda política ou

ADI 4451 / DF

difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. ”

(Sem destaques no original)

2. Pois bem, argui a requerente que *“tais normas geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, obrigadas a evitar a divulgação de temas políticos polêmicos para não serem acusadas de difundir opinião favorável ou contrária a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. Além disso, esses dispositivos inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral”*. Pelo que toma corpo intolerável violação aos incisos IV, IX e XIV do art. 5º e ao art. 220, todos da Constituição Federal.

3. Segue o autor na mesma linha de raciocínio para dizer que, não obstante *“o pretense propósito do legislador de assegurar a lisura do processo eleitoral, as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação [...] constituem garantias tão caras à democracia quanto o próprio sufrágio”*. Isso porque *“a idéia de um procedimento eleitoral justo não exclui, mas antes pressupõe, a existência de um livre, aberto e robusto mercado de idéias e informações, só alcançável nas sociedades que asseguram, em sua plenitude, as liberdades de expressão e de imprensa, e o direito difuso da cidadania à informação”*. Pelo que os dispositivos legais impugnados, *“ao criar restrições e embaraços a priori à liberdade de informação jornalística e à livre manifestação do pensamento e da criação, no âmbito das emissoras de rádio e televisão, [...] instituem verdadeira censura de natureza política e artística”* .

4. Ainda compõem o arsenal argumentativo do requerente as considerações de que: a) o sistema constitucional da liberdade de expressão abrange as dimensões substantiva e instrumental; b) o fato de a radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão) constituir serviço público “não representa um fator relevante de diferenciação em relação a outros veículos de comunicação social, no que se refere à

ADI 4451 / DF

proteção das liberdades de expressão, imprensa e informação”; c) sob o ângulo do postulado da proporcionalidade, a lisura que é própria do regime jurídico das eleições populares não justifica as restrições veiculadas pelos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997 à liberdade de informação jornalística, por se tratar de restrições patentemente inadequadas e excessivas. Daí requerer “seja declarada a inconstitucionalidade integral do inciso II e de parte do inciso III (isto é, da expressão ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes) do art. 45 da Lei Federal nº 9.504/1997”. Sucessivamente, pleiteia que o Supremo Tribunal Federal dê “interpretação conforme a Constituição” aos dispositivos impugnados para afastar do ordenamento jurídico: a) “interpretação do inciso II do art. 45 da Lei Eleitoral que conduza à conclusão de que as emissoras de rádio e televisão estariam impedidas de produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações”; b) “interpretação do inciso III do art. 45 da Lei nº 9.504/97 que conduza à conclusão de que as empresas de rádio e televisão estariam proibidas de realizar a crítica jornalística, favorável ou contrária, a candidatos, partidos, coligações, seus órgãos ou representantes, inclusive em seus editoriais” .

5. Pois bem, em decisão de 26 de agosto de 2010, deferi parcialmente a liminar. Decisão que agora trago à apreciação deste Plenário.

É o relatório.

No referido julgamento, a CORTE deliberou suspender a eficácia do art. 45, II e III, da Lei 9.504/1997, bem como dos §§ 4º e 5º desse dispositivo, por arrastamento. A Ementa do julgado foi assim redigida:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997.

1. Situação de extrema urgência, demandante de providência imediata, autoriza a concessão da liminar “sem a

ADI 4451 / DF

audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado” (§ 3º do art. 10 da Lei 9.868/1999), até mesmo pelo relator, monocraticamente, ad referendum do Plenário.

2. 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. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de “manifestação do pensamento”, liberdade de “criação”, liberdade de “expressão”, liberdade de “informação”. Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de “Fundamentais”: a) “livre manifestação do pensamento” (inciso IV); b) “livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” (inciso IX); c) “acesso a informação” (inciso XIV).

3. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político,

ADI 4451 / DF

econômico, militar ou religioso.

4. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa.

5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de

ADI 4451 / DF

que a locução “humor jornalístico” enlaça pensamento crítico, informação e criação artística.

6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de “restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei” (inciso III do art. 139).

7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de “outorga” do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo.

8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros

ADI 4451 / DF

recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos.

9. Suspensão de eficácia da expressão “ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto.

10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

Após o julgamento, o eminente Ministro AYRES BRITTO determinou a intimação das autoridades requeridas para a apresentação de informações, bem como a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, na forma dos arts. 6º e 8º da Lei 9.868/1999 (peça 44).

O Presidente da Câmara dos Deputados informou nos autos que a *“matéria foi processada nesta Casa dentro dos estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie”* (peça 51).

O Presidente do Senado Federal (peça 52) sustentou a constitucionalidade das normas impugnadas. Argumentou que o art. 45 da Lei das Eleições não visaria a cercear o direito à liberdade de expressão e de pensamento, mas sim a *“assegurar a equidade entre os candidatos e a evitar que as emissoras se utilizem da sua programação para favorecê-los ou prejudicá-los”*, como forma de proteção do Estado Democrático de Direito e do direito ao voto universal, direto, secreto e igualitário (art. 14, caput, CF), embora tenha reconhecido que a interpretação a norma reclama a ponderação entre direitos individuais e o exercício de direitos políticos.

Destaca, especificamente em relação ao inciso II do art. 45, que a restrição à prática de *“truncagem”* ou *“montagem”* de conteúdo

ADI 4451 / DF

audiovisual expressa uma legítima preocupação com a lisura e a ética do processo eleitoral, limita essa restrição apenas *“àquelas que degradem ou ridicularizem candidatos, partidos ou coligações ou desvirtuem a realidade em benefício de algum deles”*, com a finalidade de *“evitar a manipulação do eleitorado”*. De igual modo, o inciso III do art. 45, ao restringir a veiculação de propaganda política ou difusão de opiniões sobre candidatos, partidos e coligações, também teria o seu âmbito de aplicação limitado às hipóteses de interferência indevida na vontade do eleitor. Nesse sentido, afirma: *“a regra em comento não veda pura e simplesmente o elogio ou a crítica, mas sim a realização de propaganda política ou a difusão de opinião político-partidária pela emissora de rádio ou televisão ou apresentador, com a finalidade de cooptar votos (fim especial de agir)”*.

As informações apresentadas pela Presidente da República (peça 55) trazem conclusão favorável ao juízo de constitucionalidade das normas impugnadas, com destaque para a referência ao precedente firmado pela CORTE no julgamento da ADI 956, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, no qual teria sido validada norma de teor semelhante (art. 76, § 1º, da Lei 8.713/1993).

O Advogado-Geral da União (peça 57) opinou pela improcedência da presente ação direta. Defendeu que as restrições questionadas visariam a tutelar a normalidade e legitimidade das eleições mediante a garantia de igualdade de condições entre os candidatos. Segundo alega, *“tais medidas têm por escopo tutelar o livre exercício do sufrágio universal, garantindo que o cidadão apresente o seu voto escorado e um processo eleitoral igualitário e isento da influência de mecanismos tecnológicos que embaracem a sua correta compreensão dos fatos apresentados pelos meios de comunicação em massa”*. Destacou o propósito do legislador constituinte em preservar os processos eleitorais do abuso do poder econômico (art. 14, § 9º, CF), bem como o fato de que as empresas de rádio e TV são concessionárias de um serviço público de titularidade da União, e o exercem sob regime jurídico-administrativo (Lei 4.117/1962). Por tudo isso, conclui que *“as limitações previstas pelos dispositivos impugnados não se mostram desproporcionais ao fim a que se propõem -a higidez do processo eleitoral”*.

ADI 4451 / DF

O Procurador-Geral da República (peça 63) também se posicionou favoravelmente à validade das normas impugnadas, salientando que as mesmas realizam uma legítima ponderação de interesses entre a liberdade de imprensa e a lisura do processo eleitoral, de forma adequada, necessária e estritamente proporcional, eis que as possíveis restrições à liberdade de expressão e pensamento atingiriam apenas situações específicas de potencial e grave lesão ao processo eleitoral. Assim concluiu Sua Excelência:

O núcleo das disposições impugnadas da Lei 9.504/97 volta-se à manutenção da paridade de armas, do equilíbrio, da legitimidade e da lisura do pleito eleitoral. Tais normas conformam-se, assim, com os princípios insculpidos no art. 14 da Constituição da República, sobretudo no que se refere à proteção da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico (art. 14, § 9º, CR).

Deferiu-se ao Partido Democrático Trabalhista, PDT, o ingresso nos autos na condição de *amicus curiae* (peça 38).

É o relatório.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade em que a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, ABERT, questiona a validade de dispositivos da Lei das Eleições que vedam que emissoras de rádio e televisão, durante o período eleitoral, veiculem em sua programação normal: (a) “*trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo*” que tenha por objeto a pessoa de candidatos, partidos e coligações (art. 45, inciso II); e, de forma mais ampla, veda (b) a difusão de “*opinião favorável ou contrária*” a candidatos, partidos e coligações.

Inicialmente, conheço da presente Ação Direta, conforme juízo de admissibilidade já exercido por este Tribunal Pleno no julgamento da medida cautelar, oportunidade em que reconhecido se tratar de medida proposta por entidade com legitimidade para a propositura de ações do controle de constitucionalidade (art. 103, IX, da CF), em que se questiona a validade de ato normativo federal confrontado com o texto da Constituição Federal.

A tese de inconstitucionalidade proposta pela Requerente invoca a violação ao art. 5º, incisos IV, V, VI, IX, XIV, XXXIII e LVIII, ao art. 206, II, e ao art. 220 e §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal, na linha de que a restrição estabelecida na legislação impugnada importaria em medida irrazoável e desproporcional à liberdade de manifestação do pensamento, ao direito ao amplo acesso à informação, à plena liberdade de exercício da atividade jornalística, caracterizando “*controle prévio e apriorístico*” sobre o debate público durante o processo eleitoral.

Coloca-se, assim, a sensível questão da liberdade de expressão nos meios de comunicação social, especificamente no contexto do processo eleitoral. O escopo das restrições estabelecidas pela legislação impugnada, segundo o Congresso Nacional, seria o de garantir a lisura e igualdade dos pleitos eleitorais, protegendo-os da influência abusiva do poder econômico.

No caso em julgamento, a legislação impugnada teria pretendido

ADI 4451 / DF

(art. 45, II, da Lei das Eleições) proteger a honra e dignidade dos agentes políticos em disputa eleitoral, proibindo a trucagem de mídia relacionada à pessoa de candidatos, partidos e coligações – o que alcança o uso do humor e sátira sobre a figura pública dessas pessoas –, bem como expressou cláusula ampla proibitiva da difusão, na programação de emissoras, de opiniões sobre o pleito eleitoral.

Ao tratar da comunicação social, optou o constituinte por atribuí-la a agentes econômicos privados, que exercem essa atividade de visível interesse social sob um regime jurídico especial, preconizando a observância de determinados princípios na produção e difusão de conteúdo informativo pelas emissoras de rádio e televisão (art. 221), vedando a formação de monopólios e oligopólios (art. 220, § 5º) e limitando certos aspectos dessa atividade a brasileiros natos e a empresas com determinado perfil societário (art. 222).

Está presente no texto constitucional, portanto, a preocupação com os riscos decorrentes da captura da comunicação social por interesses organizados, em prejuízo do pleno funcionamento da Democracia.

No entanto, essas limitações são de direito estrito e excepcional, prevalecendo, no contexto da comunicação social, acentuada marca de liberdade na organização, produção e difusão de conteúdo informativo, o que é expresso de forma inequívoca no *caput* do art. 220, ao delimitar que *“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”*.

Na mesma linha, o § 1º do art. 220 refere-se expressamente ao conteúdo do art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, da CF, afastando qualquer margem para restrição da garantia fundamental da liberdade de expressão no cenário da comunicação social, pelo que se conclui que o direito à informação, conferido ao cidadão individualmente, implica o reconhecimento de correspondente liberdade aos agentes envolvidos na atividade de comunicação social – emissoras de rádio e televisão, como a quaisquer veículos de imprensa – de não se submeterem a *“qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”* (art. 220, § 2º, da CF).

ADI 4451 / DF

Historicamente, a liberdade de discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão (GEORGE WILLIAMS. *Engineers is Dead, Long Live the Engineers in Constitutional Law. Second Series.* Ian D. Loveland: 2000, capítulo 15; RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana.* Martins Fontes: 2006; HARRY KALVEN JR *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series.* Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14), que tem por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva (Tribunal Constitucional Espanhol: S. 47/02, de 25 de febrero, FJ 3; S. 126/03, de 30 de junio, FJ 3; S. 20/02, de 28 de enero, FFJJ 5 y 6).

A Constituição protege a liberdade de expressão no seu duplo aspecto: o positivo, que é exatamente "*o cidadão pode se manifestar como bem entender*", e o negativo, que proíbe a ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia.

A liberdade de expressão, em seu aspecto positivo, permite posterior responsabilidade cível e criminal pelo conteúdo difundido, além da previsão do direito de resposta.

No entanto, não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, ou seja, para limitar preventivamente o conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter junto ao público.

No julgamento da ADI 4.815, de relatoria de nossa Ministra Presidente, CARMEN LÚCIA, o Plenário conferiu interpretação conforme aos artigos. 20 e 21 do Código Civil para afastar a possibilidade de "*censura prévia particular*", consistente na exigência de prévia autorização para divulgação ou publicação de obras biográficas por parte da pessoa biografada, tendo sido ressaltado:

"2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de

ADI 4451 / DF

escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.

3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem”.

Nos dispositivos impugnados, está presente o traço marcante da censura prévia, com seu caráter preventivo e abstrato. A lei pretende interditar o conteúdo que se pretende futuramente expressar, atribuindo-lhe supostas repercussões adversas que justificariam a restrição.

A previsão dos dispositivos impugnados é inconstitucional, pois consiste na restrição, subordinação e forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante

ADI 4451 / DF

o período eleitoral, pretendendo diminuir a liberdade de opinião e de criação artística e a livre multiplicidade de ideias, com a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; tratando-se, pois, de ilegítima interferência estatal no direito individual de criticar.

No célebre caso *New York Times vs. Sullivan*, a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu ser “*dever do cidadão criticar tanto quanto é dever do agente público administrar*” (376 US, at. 282, 1964); pois, como salientado pelo professor da Universidade de Chicago, HARRY KALVEN JR., “em uma Democracia o cidadão, como governante, é o agente público mais importante” (The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in *Constitutional Law. Second Series*. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 429).

Embora não se ignorem certos riscos que a comunicação de massa impõe ao processo eleitoral – como o fenômeno das *fake news* –, revela-se constitucionalmente inidôneo e realisticamente falso assumir que o debate eleitoral, ao perder em liberdade e pluralidade de opiniões, ganharia em lisura ou legitimidade.

A censura prévia desrespeita diretamente o princípio democrático, pois a liberdade política termina e o poder público tende a se tornar mais corrupto e arbitrário quando pode usar seus poderes para silenciar e punir seus críticos (RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes: 2006, p. 319; HARRY KALVEN JR *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series*. Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 429).

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL confere especial relevo aos preceitos constitucionais invocados na presente ação, como no julgamento da ADPF 130 (Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, DJe de 6/11/2009), no qual foi firmado que “*a crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada*”.

Os legisladores não têm, na advertência feita por DWORKIN, a

ADI 4451 / DF

capacidade prévia de “fazer distinções entre comentários políticos úteis e nocivos” (*O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes: 2006, p. 326).

Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre os governantes, que nem sempre serão “*estadistas iluminados*”, como lembrava o JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição; além da necessária fiscalização dos órgãos governamentais.

No célebre caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630-1 (1919), OLIVER HOLMES defendeu a liberdade de expressão por meio do *mercado livre das ideias* (*free marketplace of ideas*), em que se torna imprescindível o embate livre entre diferentes opiniões, afastando-se a existência de verdades absolutas e permitindo-se a discussão aberta das diferentes ideias, que poderão ser aceitas, rejeitadas, desacreditadas ou ignoradas; porém, jamais censuradas, selecionadas ou restringidas pelo Poder Público que deveria, segundo afirmou em divergência acompanhada pelo JUSTICE BRANDEIS, no caso *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927), “*renunciar a arrogância do acesso privilegiado à verdade*”.

RONALD DWORKIN, mesmo não aderindo totalmente ao *mercado livre das ideias*, destaca que:

“a proteção das expressões de crítica a ocupantes de cargos públicos é particularmente importante. O objetivo de ajudar o mercado de ideias a gerar a melhor escolha de governantes e cursos de ação política fica ainda mais longínquo quando é quase impossível criticar os ocupantes de cargos públicos” (*O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Martins Fontes: 2006, p. 324).

ADI 4451 / DF

No âmbito da Democracia, a garantia constitucional da liberdade de expressão não se direciona somente à permissão de expressar as ideias e informações oficiais produzidas pelos órgãos estatais ou a suposta verdade das maiorias, mas sim garante as diferentes manifestações e defende todas as opiniões ou interpretações políticas conflitantes ou opositoras, que podem ser expressadas e devem ser respeitadas, não porque necessariamente são válidas, mas porque são extremamente relevantes para a garantia do pluralismo democrático (cf. HARRY KALVEN JR. *The New York Times Case: A note on the central meaning of the first amendment in Constitutional Law. Second Series.* Ian D. Loveland: 2000, capítulo 14, p. 435).

Todas as opiniões existentes são possíveis em discussões livres, uma vez que faz parte do princípio democrático “*debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta*” (*Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 310 (1940), quoted 376 U.S at 271-72).

O direito fundamental à liberdade de expressão, portanto, não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias (*Kingsley Pictures Corp. v. Regents*, 360 U.S 684, 688-89, 1959). Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

A Corte Europeia de Direitos Humanos afirma, em diversos julgados, que a liberdade de expressão:

“constitui um dos pilares essenciais de qualquer sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 10.º, ela vale não só para as «informações» ou «ideias» acolhidas com favor ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ferem, chocam ou inquietam. Assim o exige o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe «sociedade

ADI 4451 / DF

democrática». Esta liberdade, tal como se encontra consagrada no artigo 10.º da Convenção, está submetida a exceções, as quais importa interpretar restritivamente, devendo a necessidade de qualquer restrição estar estabelecida de modo convincente. A condição de «necessário numa sociedade democrática» impõe ao Tribunal determinar se a ingerência litigiosa corresponde a «uma necessidade social imperiosa»

(ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, J. 20 de outubro de 2009)

A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.

Lembremo-nos que, nos Estados totalitários no século passado – comunismo, fascismo e nazismo –, as liberdades de expressão, comunicação e imprensa foram suprimidas e substituídas pela estatização e monopólio da difusão de ideias, informações, notícias e educação política, seja pela existência do serviço de divulgação da verdade do partido comunista (*pravda*), seja pela criação do Comitê superior de vigilância italiano ou pelo programa de educação popular e propaganda dos nazistas, criado por Goebbels; com a extinção da multiplicidade de ideias e opiniões, e, conseqüentemente, da Democracia.

Essa estreita interdependência entre a liberdade de expressão e o livre exercício dos direitos políticos, também, é salientada por JONATAS E. M. MACHADO, ao afirmar que:

“o exercício periódico do direito de sufrágio supõe a existência de uma opinião pública autônoma, ao mesmo tempo que constitui um forte incentivo no sentido de que o poder político atenda às preocupações, pretensões e reclamações formuladas pelos cidadãos. Nesse sentido, o exercício do direito de oposição democrática, que inescapavelmente pressupõe a liberdade de expressão, constitui um instrumento eficaz de crítica e de responsabilização política das instituições

ADI 4451 / DF

governativas junto da opinião pública e de reformulação das políticas públicas... O princípio democrático tem como corolário a formação da vontade política de baixo para cima, e não ao contrário” (*Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Editora Coimbra: 2002, p. 80/81).

No Estado Democrático de Direito, não cabe ao Poder Público previamente escolher ou ter ingerência nas fontes de informação, nas ideias ou nos métodos de divulgação de notícias ou, – como pretendido nos dispositivos impugnados – no controle do juízo de valor das opiniões dos meios de comunicação e na formatação de programas humorísticos a que tenham acesso seus cidadãos, por tratar-se de insuportável e ofensiva interferência no âmbito das liberdades individuais e políticas.

O funcionamento eficaz da democracia representativa exige absoluto respeito à ampla liberdade de expressão, possibilitando a liberdade de opinião, de criação artística, a proliferação de informações, a circulação de ideias; garantindo-se, portanto, os diversos e antagônicos discursos – moralistas e obscenos, conservadores e progressistas, científicos, literários, jornalísticos ou humorísticos, pois, no dizer de HEGEL, é no espaço público de discussão que a verdade e a falsidade coabitam.

A liberdade de expressão permite que os meios de comunicação optem por determinados posicionamentos e exteriorizem seu juízo de valor; bem como autoriza programas humorísticos e sátiras realizados a partir de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio e vídeo, como costumeiramente se realiza, não havendo nenhuma justificativa constitucional razoável para a interrupção durante o período eleitoral.

Note-se que, em relação à liberdade de expressão exercida por meio de sátiras – mesmo analisando em hipótese menos grave que a tratada na presente ação, pois não houve censura prévia, mas sim pedido de responsabilização posterior –, a Corte Europeia de Direitos Humanos referendou sua importância no livre debate de ideias, afirmando que “a sátira é uma forma de expressão artística e de comentário social que, além da exacerbação e a deformação da realidade que a caracterizam, visa, como é próprio, provocar e agitar”. Considerando a expressão artística

ADI 4451 / DF

representada pela sátira, a Corte entendeu que:

“sancionar penalmente comportamentos como o que o requerente sofreu no caso pode ter um efeito dissuasor relativamente a intervenções satíricas sobre temas de interesse geral, as quais podem também desempenhar um papel muito importante no livre debate das questões desse tipo, sem o que não existe sociedade democrática”. (ECHR, Caso Alves da Silva v. Portugal, Queixa 41.665/2007, J. 20 de outubro de 2009)

A plena proteção constitucional da exteriorização da opinião (aspecto positivo) não significa a impossibilidade posterior de análise e responsabilização por eventuais informações injuriosas, difamantes, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, mas não permite a censura prévia pelo Poder Público.

São inconstitucionais, portanto, quaisquer leis ou atos normativos tendentes a constranger ou inibir a liberdade de expressão a partir de mecanismos de censura prévia (*Smith vs. California*, 361 U.S. 147, 1949; *Speiser vs. Randall*, 357 U.S. 513, 1958), como na presente hipótese, em que os dispositivos legais impugnados interferem prévia e diretamente na LIBERDADE ARTÍSTICA – ao pretender definir o formato e conteúdo da programação e restringir a própria criatividade, elemento componente da liberdade de expressão, estabelecendo a vedação, durante o período eleitoral, de “*trucagem, montagem ou outro recurso de áudio e vídeo*” que tenha por objeto a pessoa de candidatos, partidos ou coligações – e na LIBERDADE JORNALÍSTICA E DE OPINIÃO – ao pretender impedir a difusão de “*opinião favorável ou contrária*” a candidatos, partidos e coligações.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação para DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE do art. 45, incisos II e III (na parte impugnada), da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento,

ADI 4451 / DF

dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo, em face da impossibilidade de realização de qualquer tipo de censura prévia sobre o conteúdo difundido por emissoras de rádio e televisão durante o período eleitoral.

É o voto.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, eu saúdo o eminente Ministro Alexandre de Moraes que, como não poderia deixar de ser, traz um voto sensível e acutíssimo sobre esse importante tema.

Senhora Presidente, eu trago uma declaração de voto que também adota como fundamento de decisão a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e um conjunto de argumentos que foram objeto do voto, da exposição do eminente Ministro à luz desse controle de constitucionalidade que se faz com o filtro nos dispositivos constitucionais citados.

Além disso, ainda que esteja presente, chamo um pouco mais a atenção sobre um argumento que se agrega a essa fundamentação e que está nessa declaração de voto que vou juntar à deliberação deste Colegiado e que diz respeito à proteção do processo eleitoral das influências de poder. Na medida que se garante a liberdade, na verdade, se contribui para a lisura do pleito eleitoral e, portanto, para a manutenção da democracia.

Vossa Excelência tem diversos pronunciamentos nessa ordem. Esse Colegiado também já respondeu a um conjunto de desafios sobre esta matéria. Um deles, aliás, foi quando deferiu a cautelar precisamente nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451.

Portanto, agregando essa dimensão da legitimidade do processo eleitoral, do pleito eleitoral para garantir a denominada paridade de armas, também entendo que esta direção tem aqui um acento importante na fundamentação ao lado da liberdade de expressão e de imprensa.

Acompanho a conclusão do eminente Ministro-Relator no sentido de confirmar a cautelar deferida, portanto, declarando a inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 45 desta Lei nº 4.504, e também acompanho no arrastamento dos §§ 4º e 5º - arrastamento esse já

ADI 4451 / DF

deferido na cautelar - que faz todo sentido porque define, exatamente, dois significantes cujo significado é dado pelos parágrafos.

Eu apenas faria uma ponderação ao eminente Ministro-Relator no sentido de que a petição inicial pede a declaração de inconstitucionalidade de parte do inciso III. E foi assim que restou deferida a cautelar, na verdade a segunda parte do inciso III.

Creio que o sentido da conclusão de Sua Excelência é exatamente esse, ou seja, acolhendo os termos da petição inicial, portanto, nesta exata medida, é como voto, saudando o eminente Relator, não deixando de saudar a sustentação oral do ilustre advogado e da eminente Procuradora-Geral da República. E, subscrevendo essas razões de decidir e contribuindo com o postulado constitucional da duração razoável do processo, que se aplica à duração razoável do voto, acompanho o eminente Relator.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Alexandre de Moraes.

Como bem destacou Sua Excelência, trata-se, *in casu*, de pedido para que este Supremo Tribunal Federal reconheça a inconstitucionalidade dos incisos II e III (em parte) do art. 45 da Lei 9.504/97 (Lei Eleitoral), cujo teor é o seguinte:

“Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: (...)

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;”

Os parâmetros de controle invocados, por sua vez, são os incisos IV, IX e XIV do art. 5º e o art. 220, todos da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

ADI 4451 / DF

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

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.

§ 1º 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.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

(...)”

Em apertada síntese, com relação aos incisos do art. 5º, supracitado, na inicial sustenta-se que: “(...) os dispositivos legais em questão não se coadunam com a sistemática constitucional das **liberdades de expressão e de imprensa e do direito à informação**, garantias institucionais verdadeiramente constitutivas da democracia brasileira. 4. Com efeito, tais normas geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, obrigadas a evitar a divulgação de temas políticos polêmicos para não serem acusadas de “**difundir opinião favorável ou contrária**” a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. Além disso, esses dispositivos inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral. 5. Em que pese o pretense propósito do legislador de assegurar a lisura do processo eleitoral, as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), constituem

ADI 4451 / DF

garantias tão caras à democracia quanto o próprio sufrágio. Assim, a ideia de um procedimento eleitoral justo não exclui, mas antes pressupõe, a existência de um livre, aberto e robusto mercado de idéias e informações, só alcançável nas sociedades que asseguram, em sua plenitude, as liberdades de expressão e de imprensa, e o direito difuso da cidadania à informação (art. 5^o, XIV) (grifos no original)”.

No tocante à alegada afronta ao art. 220 do Texto Constitucional, também acima colacionado, o autor articulou os seguintes argumentos, ora sintetizados: *“7. Ao criar restrições e embaraços a priori à liberdade de informação jornalística e à livre manifestação do pensamento e da criação, no âmbito das emissoras de rádio e televisão, os incisos II e III da Lei Federal n^o 9.504/1997 instituem verdadeira censura de natureza política e artística, de forma totalmente incompatível com a Constituição da República.”*

Por oportunidade do referendo pelo Colegiado desta Corte à medida cautelar da presente ação direta, o então Relator, Ministro Ayres Britto, concluiu pela suspensão do inciso II e da segunda parte do inciso III do art. 45 da Lei 9.504/97, e por arrastamento, dos §§4^o e 5^o do mesmo artigo.

Naquela assentada, a maioria do Tribunal o acompanhou para deferir a liminar, cuja ementa está assim vazada:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997.

1. (...)

2. 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. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. Vale dizer: **não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha**. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma

ADI 4451 / DF

bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de *manifestação do pensamento*, liberdade de *criação*, liberdade de *expressão*, liberdade de *informação*. Liberdades constitutivas de verdadeiros **bens de personalidade**, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de *Fundamentais*: a) *livre manifestação do pensamento* (inciso IV); b) *livre[...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação* (inciso IX); c) *acesso a informação* (inciso XIV).

3. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes *do papel*, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso.

4. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de **humorismo** (tema central destes autos). A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais

ADI 4451 / DF

excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela *charge* ou caricatura, desse ou daquele programa.

5. Programas humorísticos, *charges* e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de *imprensa*, sinônimo perfeito de *informação jornalística* (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que **o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado**. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução *humor jornalístico* enlaça pensamento crítico, informação e criação artística.

6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular *charges*, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. **Processo eleitoral não é estado de sítio** (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de *restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa,*

ADI 4451 / DF

radiodifusão e televisão, na forma da lei (inciso III do art. 139).

7. O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. **O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de outorga do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo.**

8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos.

9. Suspensão de eficácia da expressão *ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*, contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. **Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto.**

10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo. (Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 24.08.2012)

Por mais ponderáveis e pertinentes que sejam as razões apontadas

ADI 4451 / DF

pela minoria do Tribunal, dentre as quais destaco as expostas no aprofundado voto do e. Min. Dias Toffoli (e que enriqueceu sobremaneira a discussão com um especial olhar sobre o direito eleitoral), com a devida vênia, deve-se reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Há mesmo dificuldade que emerge da presente controvérsia e que está intimamente relacionada ao alcance da liberdade de expressão, especialmente quando se cuida, como na espécie, em confrontá-la à regra que possui, em última análise, escopo de proteção da própria democracia, que se atinge pelos processos de escolha livre de todos os eleitores (como bem explicitado no voto do Ministro Dias Toffoli).

Entretanto, a jurisprudência desta Corte tem realçado a primazia de que goza o direito à liberdade de expressão na Constituição Federal. Além da decisão tomada pelo Colegiado nos autos da ADPF 130, também de relatoria do e. Ministro Ayres Britto, em que o Tribunal fez observar que “o pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna”, há várias passagens nos votos da citada medida cautelar que compõem, de modo especial, as premissas de minha conclusão. Destaco, por todos, trecho do pronunciamento da e. Ministra Cármen Lúcia, por oportunidade daquele julgamento:

“Ao vedar, previamente, a trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degrade ou ridicularize candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito parece haver uma imposição de cerceamento prévio em contrariedade ao disposto no art. 220, caput e §§ 1º e 2º, da Constituição do Brasil. A dizer, no ponto, a lei cria *embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social*, além de impor *censura de natureza política, ideológica e artística*.

Censurar é repreender, desaprovar e por conta desta admoestação impedir.

A censura é a mordada da liberdade. Se legítimo ou não o acanhamento da liberdade é o que se há de verificar, porque o direito à liberdade está delineado com suas restrições no

ADI 4451 / DF

sistema jurídico.

Mas no modelo constitucional brasileiro a censura de natureza política, ideológica e artística não é permitida. Logo, na minha visão, ao excluir do espaço de liberdade de informação (noticiários) e de programas (incluídos aí como estão os de humor) da arte, não tenho como compatibilizar as regras legais com a norma constitucional.

Trucagem, como exposto no § 1º do art. 45 acrescentado pela Lei n. 12.037/09, é um meio de expor um truque ou de expressar uma idéia ou descrever uma situação por meio de truques, o que poderia significar uma falsa verdade.

Montagem, também definido no § 5º do art. 45 acrescentado pela Lei n. 12.037/09, é operação técnico-estética pela qual se atinge o efeito de emocionar ou informar mediante combinação de trechos ou imagens que apresentem um resultado previsto pelo autor.

A trucagem e a montagem são técnicas legítimas, adotadas no rádio, na televisão e no cinema, operações regulares para expressar o que busca o autor.

Então, previamente estabelecer que tais operações são vedadas no período iniciado em 1º de julho de ano de eleições me parece incompatível com a norma constitucional proibitiva de censura.

Em linha semelhante e de forma mais recente, a difícil decisão tomada ADI 2.655, para a qual restei redator para o acórdão, onde externei que:

“Todos esses julgados sublinham precisamente que as restrições à ampla liberdade de expressão devem ser interpretadas à luz do que estritamente previsto em lei.

Há, nesse sentido, convergência entre os dispositivos constitucionais e o que dispõem os tratados internacionais de direitos humanos, em especial o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual o exercício do direito à

ADI 4451 / DF

liberdade de pensamento e de expressão “não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores”.

A referência aos documentos internacionais, possível também ante a incidência da cláusula material de abertura (art. 5º, § 2º, da CRFB), permite, ainda, depreender o alcance das possíveis restrições à liberdade de expressão. Se é certo que inexistem direitos absolutos, como defendeu o e. Ministro Sydney Sanches no julgamento da medida cautelar, é a partir do texto constitucional e dos tratados de direitos humanos que se poderia definir os limites para o exercício desse direito.

Assim, é preciso jamais olvidar a essencialidade do direito à liberdade de expressão, veículo indispensável para o exercício pleno de diversos direitos fundamentais. Como advertiu o e. Ministro Luiz Fux, quando do julgamento da ADI 2.404, já referenciada nesta manifestação, *“a conexão axiológica entre liberdade de manifestação de pensamento dos seus variados matizes e o princípio democrático, servindo aquela de instrumento à preservação deste, torna claro o risco subjacente a qualquer forma de controle prévio pelo Poder Executivo do conteúdo a ser veiculado nos meios de comunicação”*.

Não se pode perder de vista que a liberdade de expressão *jamais* possui um aspecto meramente individual. Não se trata apenas de direitos que pertencem a quem fala ou de quem está com a palavra, mas também de quem a ouve. O direito a liberdade de expressão abrange, necessariamente, uma dimensão social, que engloba o direito de receber informações e ideias. A Corte Interamericana de Direitos Humanos bem expressou esse ponto na Opinião Consultiva sobre a associação obrigatória de periodistas, solicitada pelo Governo da Costa Rica, em 13.11.1985 (par. 30):

“Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero

ADI 4451 / DF

implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”

“Manifestam-se, assim, as duas dimensões da liberdade de expressão. De fato, esta requer, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento e representa, por tanto, um direito de cada indivíduo; mas também, por outro lado, um direito coletivo de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio” (tradução livre).

Mas não é somente essa premissa - de especial proteção e primazia da liberdade de expressão e de imprensa - que adoto como razão de decidir agora.

Durante o julgamento liminar nesta ação, dentre as riquíssimas discussões, pontuou-se a presença de regra – precisamente do inciso IV do artigo 45 da mesma Lei – que, segundo compreendo (em adição àqueles que assim se manifestaram naquela assentada), atinge o escopo de proteção do processo eleitoral às influências de poder aptas a ferir a legitimidade do pleito para disparidade de armas, sem que sejam, para tanto, imprescindíveis os dispositivos ora impugnados.

Veja-se, a propósito, o que diz a regra do inciso IV e dos subsequentes, do artigo 45 da Lei 9.504/97, não impugnados e com a redação do *caput* que lhe outorgou a Lei 13.165/2015:

“Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário:

(...)

IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;

V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou

ADI 4451 / DF

partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;

VI - divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro.

A regra do inciso IV, para parafrasear a e. Min. Ellen Gracie em sua antecipação de voto naquele julgamento *“resolve a tensão que existe entre os direitos aparentemente conflitantes, o direito de liberdade de expressão, de um lado, e, de outro, o direito de paridade de armas na campanha eleitoral”* (ADI 4.451 – MC – REF/DF).

Com efeito, possuía total razão Sua Excelência ao afirmar que outros dispositivos da mesma lei, além do IV, ao se referir também aos incisos V e VI do artigo 45, da Lei 9.504/97, conferem proteção suficiente (apta a evitar que para garantir essa proteção elimine-se à de liberdade de expressão, mesmo que por tempo determinado) ao processo democrático de escolha dos representantes. Nas palavras da eminente Ministra, elas *“impedem, nas transmissão radiofônica ou televisiva, o tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação, a alusão crítica a candidato ou partido político em filmes, novelas e minisséries, ou a divulgação de nome de programa que acabe, involuntariamente ou não, representando clara referência a determinado candidato”*.

Por fim, e ao lado dessas garantias específicas, não se pode olvidar, como bem lembrou a e. Ministra Cármen Lúcia, também por oportunidade daquele julgamento ser *“certo que, em todo o caso, fica impedido a degradação, vale dizer, o aviltamento, a desmoralização social que conduza, em qualquer modo e tempo, outro ser humano, pois tanto atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, e não apenas de candidatos.”*

Aliás, para ofensas à honra, há figuras penais típicas, além da garantia constitucional muito utilizada em período eleitoral,

ADI 4451 / DF

consubstanciada no direito de resposta. E não são as eleições em nada comparáveis à hipótese do “estado de sítio” (art. 139, CRFB), como bem lembrou o Relator originário, Min. Ayres Britto, para que transitoriamente se excluam tão graves liberdades públicas. Disse, ainda, que o processo eleitoral é a “festa da democracia”, com o que concordo.

Assim, mesmo que se proceda a um balanceamento entre os direitos em confronto, não há como deixar de privilegiar a liberdade de expressão. Uma vez mais, peço vênias para me utilizar das palavras da e. Min. Ellen Gracie, que parecem bem sintetizar a “prova dos nove” da controvérsia posta:

“Como disse anteriormente a respeito do alcance que dou ao postulado presente no art. 220 da Constituição Federal, é preciso extirpar do texto legal qualquer interpretação que represente empecilho gratuito e desarrazoado ao exercício da liberdade de informação e de manifestação do pensamento.

No tocante ao inciso II do art. 45, entendo, nesta análise preliminar, que a dose ministrada, por sua intensidade, deixou de ser remédio para se tornar veneno. Em outras palavras, proibiu-se, como ressaltado pelo eminente relator em sua decisão sob referendo, a utilização de todo um leque de recursos técnicos de uso consagrado pela imprensa, sobretudo pela imprensa especializada na refinada linguagem do humor crítico, para buscar conter aqueles que, no uso desse meio técnico, viessem a tomar, antidemocraticamente, posição por este ou aquele candidato ou partido político.

Trata-se, portanto, de medida desproporcional, pois o profissional de imprensa, no estrito contexto da manifestação crítica própria do humor jornalístico, não está manifestando sua preferência eleitoral, mas apenas fazendo a sua leitura profissional da realidade política que o cerca.

É bem verdade que a técnica retratada no referido inciso II pode ser utilizada para fins de manipulação e indução da opinião pública, como quaisquer outras formas de se fazer imprensa. Todavia, tais condutas encontram vigorosa vedação

ADI 4451 / DF

no inciso IV do mesmo art. 45 da Lei 9.504/97, que, em alto e bom som, proíbe a concessão de tratamento privilegiado a determinada candidatura.

Já com relação ao inciso III do art. 45 do diploma legal sob exame, também eu reconheço excesso ofensivo à liberdade de manifestação do pensamento o impedimento generalizado à difusão de opiniões favoráveis ou contrárias a candidatos e partidos, que somente se torna efetiva ameaça ao processo eleitoral quando representar explícito exercício de propaganda política.

Em último aspecto, por definirem os conceitos de “trucagem” e “montagem” (referidos nos incisos II e III), os §§ 4º e 5º do mesmo artigo são inconstitucionais por arrastamento, também como já delineado quando do julgamento da medida cautelar e pelo que me eximo de maiores digressões, agora.

Por essas razões, acompanho os votos já proferidos para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45, da Lei 9.504/97 e, por consequência, dos §§ 4º e 5º (por haver arrastamento, na medida em que se relacionam a esses incisos, definindo o sentido e o alcance de expressões naqueles constantes) e julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E por falar em humor na política, eu me lembro de uma frase antiga do Millôr Fernandes, em que ele dizia: a situação é tão indigna que até pessoas sem nenhuma dignidade já estão ficando indignadas.

Eu cumprimento, em primeiro lugar, o voto do eminente Ministro Alexandre de Moraes, que esgotou praticamente o tema em discussão. Eu apenas vou fazer breves considerações, porque considero esse tema muito importante e que me é particularmente caro. Cumprimento o ilustre advogado que esteve na tribuna, Dr. Gustavo Binenboing, e cumprimento a Dra. Raquel Dodge.

Eu penso que vai se formar um consenso e provavelmente uma unanimidade, portanto eu não vou explorar os aspectos mais complexos. Na verdade, nas sociedades abertas, plurais e complexas, a Constituição abriga valores contrapostos.

Na presente discussão, estão em tensão, de um lado, a liberdade de expressão e o direito de informação do público – eu diria – e até a liberdade de criação artística e, do outro lado, o que seria a lisura do pleito democrático, a paridade de armas entre os candidatos, em última análise, portanto, a Democracia. Quando essas situações de tensão ocorrem, a solução que o Direito prevê e provê é que se faça uma ponderação entre os valores que estão em jogo, que estão em disputa.

Ponderar significa atribuir pesos a estes valores à luz de elementos do caso concreto. As ponderações legislativas, embora sejam possíveis e legítimas, frequentemente são problemáticas. Como é o caso dessa que está em discussão, porque, ao fazer a ponderação, o legislador federal neste art. 45 da Lei nº 9.504/1997, a meu ver, incorreu em três impropriedades.

A primeira, o legislador hierarquizou esses bens jurídicos

ADI 4451 / DF

constitucionais. Ele fez uma escolha e disse: a lisura ou o equilíbrio do pleito democrático, que ele, legislador, considerou ameaçado – eu não estou endossando isso –, deve prevalecer sobre a liberdade de expressão ou de criação artística dos veículos de comunicação.

Como nós sabemos, pelo princípio da unidade da Constituição, não existe hierarquia entre direitos fundamentais. Portanto, quando o legislador os hierarquiza, ele incide, a meu ver, em inconstitucionalidade. Foi a tese que eu espousei que, de certa forma, prevaleceu no voto igualmente histórico – eu diria – relatado pela Ministra Cármen Lúcia, no caso em que discutimos a exigência de prévia autorização para biografias.

A segunda, além de hierarquizar, esta norma legal não preserva o núcleo essencial da liberdade de expressão, porque fica simplesmente suprimida, a partir de julho não pode mais falar, pensar ou criar - pensar alto ou criar.

A terceira e última, Presidente, é que se deixou de levar em conta também um aspecto que eu penso que seja majoritário aqui no Supremo, mas certamente está presente na minha convicção: é o caráter preferencial da liberdade de expressão. E aí eu gostaria de, também brevemente, elaborar o que que significa esse caráter preferencial. Significa que, embora não exista hierarquia entre normas constitucionais, a liberdade de expressão desfruta de uma primazia *prima facie*, ou seja, em princípio ela deve prevalecer. Consequentemente, o ônus argumentativo da demonstração de que outro valor deva sobrepujá-la é da parte que esteja questionando, da parte que esteja impugnando a norma. E por que que eu acho que, no Direito brasileiro, a liberdade de expressão deve desfrutar desta posição preferencial? Em primeiro lugar, porque o passado condena. Nós temos uma história de desrespeito à liberdade de expressão que começa na certidão de nascimento da nação brasileira, quando o Padre Manuel Aires de Casal mandou cortar vários trechos da carta de Pero Vaz de Caminha que considerou indecorosos. A partir dali veio uma certa tradição de intervenção estatal na liberdade de expressão, da qual não nos livramos até hoje e em relação à qual, eu devo registrar a

ADI 4451 / DF

nosso crédito, o Supremo Tribunal Federal tem tido um papel importante, quando não decisivo, para superar esta cultura censória que se manifesta muitas vezes, inclusive, por intervenção judicial.

Mas para lembrar – porque acho emblemático lembrar –, apenas no período da última ditadura, nós tínhamos a censura à imprensa, em que os jornais eram submetidos a censura prévia, com cortes de textos. E aí ficavam – os mais antigos lembrarão – espaços em branco no jornal ou, muitas vezes, receitas de bolo. Os jornais eram apreendidos. Os que não se submetiam à censura – *Opinião*, *Pasquim*, os jornais que faziam oposição ao Regime Militar – eram apreendidos. Revistas eram apreendidas pelas motivações mais bizarras. Eu me lembro que havia uma revista, chamada *Ele e Ela*, que era uma revista masculina e uma das edições foi apreendida porque exibiu os dois seios de uma modelo, quando a orientação da censura era que só podia exibir um. Os critérios eram verdadeiramente os mais absurdos, quando não se boicotavam os jornais, impedindo a publicidade, seja estatal, seja de empresas privadas. Ninguém me contou, eu estava lá, assistindo o filme *Laranja Mecânica*, em que havia pessoas que apareciam nuas na tela, e eles colocavam umas tarjas pretas sobre seios e órgãos genitais. E os personagens corriam na tela e quando eles corriam as tarjas tinham que correr atrás, de modo que o filme era um drama pesado, mas, no Brasil, virou comédia, porque era realmente um espetáculo inusitado. Eu me lembro de o Ballet Bolshoi ter sido proibido porque era propaganda comunista. Outro dia, na história do Brasil, todo compositor tinha que enviar para a censura federal o texto da sua letra, para ser aprovado ou não. E, às vezes, a censura tirava pedaço, às vezes até contribuía, pedia para acrescentar alguma coisa. Havia autores malditos que só conseguiam aprovar as suas músicas com pseudônimo. Portanto, é uma história, como disse antes, em que o passado condena. Eu me lembro que houve uma novela chamada *Roque Santeiro* que foi proibida porque podia ser interpretada como crítica à ditadura. Mas eu acho que o pior símbolo desse período foi a proibição da divulgação de que houve, no início dos anos 70, no Brasil, um surto de meningite. Não se podia divulgar porque isso comprometia a imagem do

ADI 4451 / DF

Brasil grande. Há essa deformação de que a gente se preocupa mais com a imagem do que com o conteúdo.

De modo que acho que a liberdade de expressão deve ser uma liberdade preferencial, em primeiro lugar, porque o passado a condena. Em segundo lugar, porque – muito importante e foi observado no voto do Ministro Alexandre de Moraes – liberdade de expressão, ou seja, a livre circulação de ideias, fatos, informações e opiniões, é pressuposto para o exercício de muitos outros direitos fundamentais, inclusive o exercício da liberdade, da autonomia privada e da autonomia pública, para que as pessoas tomem decisões esclarecidas e bem informadas na sua vida de uma maneira geral. Assim sendo, o exercício dos direitos políticos, o exercício dos direitos sociais e o exercício dos direitos individuais não podem prescindir da livre circulação de informações, para que as pessoas possam exercê-los esclarecidamente e até para que possam ter consciência dos seus próprios direitos.

Portanto, porque acho que a liberdade de expressão desfruta de uma primazia, *prima facie*, eu extraio desse fato a consequência de que o seu cerceamento deve passar por um escrutínio extremamente estrito. Só em situações muito excepcionais, muito extraordinárias, é que se deve admitir a censura prévia, que, de resto, é vedada pela Constituição. Dessa forma, censura prévia eu acho que talvez em nenhuma hipótese. Em algumas raríssimas ocasiões, acho que se pode retirar uma manifestação de circulação.

Um exemplo que me ocorre é alguém que imputa falsamente, dolosamente, que o candidato é pedófilo. Aí eu acho que, claro, você pode, em determinadas circunstâncias, impedir a circulação dessa informação; embora, como regra geral, a mim, pareça-me que a solução ideal em matéria de liberdade de expressão seja a reparação *a posteriori*, com retificação, com o direito de resposta e, eventualmente, até com indenização.

Presidente, eu penso que, neste caso específico, a lei impugnada não resiste a nenhum desses elementos teóricos que estou aqui procurando assentar; porque ela hierarquiza direitos fundamentais, não protege o

ADI 4451 / DF

núcleo essencial da liberdade de expressão e não reconhece o caráter preferencial que – acho eu –, no Direito brasileiro, deve ter a liberdade de expressão.

Por essas razões, e para não me alongar, também eu estou acompanhando o Relator, para julgar procedente o pedido, sendo que, em relação ao inciso III, não é toda a sua extensão.

Uma última observação que eu queria fazer é que a liberdade de expressão é um pressuposto da democracia; não é garantia de verdade, não é garantia de justiça. Também eu concordo com o Ministro Alexandre de Moraes: Quem se dispõe a vir para o espaço público tem que aceitar uma certa resignação à crítica construtiva, à crítica destrutiva, à crítica bem informada, à crítica desinformada, à crítica de quem tem interesses afetados e até às críticas procedentes que a gente deve reconhecer e procurar se aprimorar. Logo, liberdade de expressão não é garantia de justiça nem de verdade; é garantia de uma liberdade que é pressuposto para o exercício de outras liberdades.

De modo que eu estou julgando inteiramente procedente o pedido, na mesma linha do que propôs o eminente Relator, com a observação do Ministro Fachin de que o pedido não inclui todo o inciso III, mas apenas a sua fração final.

É como voto, Presidente.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER: 1. Senhora Presidente, Egrégia Corte, cumprimento todos, especialmente o Relator Alexandre de Moraes, que apresentou um voto e uma exposição belíssimos. Também cumprimento a eminente Procuradora-Geral da República e os Procuradores que ocuparam a tribuna com excelentes sustentações orais.

Cumprimento, ainda, Vossa Excelência, Presidente desta Suprema Corte, pela sensibilidade em pautar este processo que diz com tema tão delicado em momento em que se avizinham as eleições gerais.

Como afirmado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, “**a liberdade de expressão é pressuposto da democracia**”, e a partir desta desta premissa passo a expor algumas anotações sobre o tema em debate.

Nesta ação de controle abstrato, como visto, são impugnados os incisos II e III (este apenas em parte) do art. 45 da Lei Federal nº 9.504/1997, a Lei das Eleições, dispositivos que, a meu juízo, tal como bem exposto pelo Ministro Relator, estão eivados de inconstitucionalidade.

Início fazendo pequena homenagem via leitura de um item da ementa da decisão da lavra do Ministro Ayres Britto, então relator deste feito (como também Relator da ADPF 130, verdadeiro marco da jurisprudência desta Suprema Corte), referendada pelo Plenário em sede de medida cautelar, que, a meu juízo, diz o que há de mais relevante:

“6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras

ADI 4451 / DF

e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de 'restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei' (inciso III do art. 139)." (ADI 4.451-MC-REF, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 1º.7.2011)

2. A requerente alega violação dos arts. 5º, IV, IX e XIV, 220, §§ 1º e § 2º, e 221 da Constituição da República.

Sustenta que "os dispositivos legais em questão não se coadunam com a sistemática constitucional das liberdades de expressão e de imprensa e do direito à informação, garantias institucionais verdadeiramente constitutivas da democracia brasileira". Afirma também que "tais normas geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, obrigadas a evitar a divulgação de temas políticos polêmicos para não serem acusadas de 'difundir opinião favorável ou contrária' a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. Além disso, esses dispositivos inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral". Aduz, outrossim, que, "em que pese o pretense propósito do legislador de assegurar a lisura do processo eleitoral, as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), constituem garantias tão caras à democracia quanto o próprio sufrágio. Assim, a ideia de um procedimento eleitoral justo não exclui, mas antes pressupõe a existência de um livre, aberto e robusto mercado de ideias e informações, só alcançável nas sociedades que asseguram, em sua plenitude, as liberdades de expressão e de imprensa, e o direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV)". Sustenta também que "a CF não traz, dentre os princípios norteadores da produção e programação das emissoras de rádio e TV (art. 221), qualquer forma de censura ou embaraço à plena liberdade das empresas no que se refere à forma e conteúdo

ADI 4451 / DF

de suas transmissões". Diante disso, conclui que, "ao criar restrições e embaraços a priori à liberdade de informação jornalística e à livre manifestação do pensamento e da criação, no âmbito das emissoras de rádio e televisão, os incisos II e III da Lei Federal nº 9.504/1997 instituem verdadeira censura de natureza política e artística, de forma totalmente incompatível com a Constituição da República".

3. Transcrevo as normas impugnadas da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997):

~~Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:~~

Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: (Redação atual do caput, dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

(...)

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III - veicular propaganda política ou **difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.**

As definições de *trucagem* e *montagem* encontram-se em parágrafos do mesmo art. 45, incluídos pela Lei nº 12.304/2009:

§ 4º Entende-se por **trucagem** todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.

§ 5º Entende-se por **montagem** toda e qualquer junção de

ADI 4451 / DF

registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.

A análise das normas impugnadas à luz dos dispositivos constitucionais leva à conclusão de chapada inconstitucionalidade, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do citado art. 45 (que definem *trucagem e montagem*).

Nessa linha, destaco que aponta, o legislador, como pretexto para ferir a liberdade de imprensa, a finalidade de garantia da “lisura e o equilíbrio do processo eleitoral”. Esse pretexto, contudo, se acolhido, abre um infinito de possibilidades que pode levar, “a conta-gotas”, ao enfraquecimento total da *plena liberdade de informação jornalística expressamente garantida pelo art. 220, § 1º, da CF*.

Tanto é assim que, enquanto tramitou esta ADI, o *caput* do art. 45 da Lei nº 9.504/1997 foi alterado em 2015. Nada impede, portanto, que, em se tendo como constitucionais os dispositivos questionados, o legislador estenda o prazo das vedações, por exemplo, para a partir do início do ano eleitoral!!

Entendo que os mecanismos de controle *a posteriori* já existentes na legislação eleitoral, como a verificação da ocorrência de *abuso dos meios de comunicação* ou o *direito de resposta*, são suficientes para coibir eventuais interferências no pleito.

Não obstante, mantidas em vigor outras vedações não questionadas nesta ação e constantes em outros incisos do mesmo art. 45, especialmente os incisos V e VI:

Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio

ADI 4451 / DF

e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário:

IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;

V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;

É fato que discussões sobre a ineficácia do *direito de resposta* podem ocorrer nas hipóteses de manifestações artísticas feitas em charges ou em programas humorísticos. Mas creio sejam elas recebidas pelo eleitor como opinião humorística e artística, de forma a nos parecer caro e desproporcional demais para os consagrados valores da liberdade de imprensa e de expressão cercear esses direitos fundamentais sob o pretexto da preservação do “equilíbrio eleitoral”.

A não vedação à reeleição, por exemplo, tem se mostrado fator muito mais capaz de influenciar o eleitorado (em virtude da dificuldade de se fiscalizar o uso da máquina pública) que as manifestações intelectuais e artísticas cuja interpretação possa levar à conclusão, pelo eleitor, favorável ou contrária a determinado candidato.

Parece ser mais que suficiente a manutenção das vedações (**não impugnadas pela autora nesta ADI**) contidas na parte inicial do inciso III do art. 45 da Lei nº 9.504/1997, ou seja, a que impõe ser vedado às emissoras de rádio e TV, em sua programação normal e em seu noticiário, “**veicular propaganda política**”, bem como a do seu inciso IV, isto é, “**dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação**”, pois estas já albergam os conceitos de propaganda “favorável ou positiva” e “contrária ou negativa”.

O legislador, ao partir para limitar esta ou aquela forma de manifestação (como quando pretendeu vedar *o uso de trucagem, montagem ou recurso de áudio ou vídeo que degrade ou ridicularize candidato, partido ou*

ADI 4451 / DF

*coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito, bem como quando vedou aos referidos meios difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes), passou a criar categorias ou espécies de manifestação vedadas a priori, a caracterizar **censura**, esta vedada pelo § 2º do art. 220 da CF (é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística), e **embaraço à plena liberdade de informação** (vedada pelo § 1º do art. 220 da CF).*

Consigno que a influência do eleitor pode se dar de infinitas formas: há uns que se encantam com a “beleza” do(a) candidato(a); outros com a “beleza de sua voz”; outros porque os veem como pessoas “boas”, porque “religiosas” ou porque praticam “clientelismo”, e entendem tal conduta como positiva; outros porque se encantam com suas “promessas”; outros ainda porque os veem como “líderes” capazes de mudar magicamente a realidade; outros porque consideram o candidato uma pessoa “amiga”; outros ainda porque já conhecem “trabalhos anteriores” do candidato e creem que se repetirão; enfim, outros se identificam com o candidato por inúmeras características, como o sexo, a cor da pele, a origem regional ou por alguma “bandeira” por ele defendida. Há ainda os que analisam propostas e escolhem o candidato por aquela que consideram melhor. E há, claro, aqueles que não têm ideia em quem vão votar e são influenciados por o que veem ou ouvem nos meios de comunicação, como rádio, TV e, mais recentemente e de forma intensa, na *internet*.

Diante dessa enorme gama de fatores passíveis de influenciar eleitores, não parece proporcional tolher e sacrificar, por menos que se faça, a liberdade de expressão e de imprensa, pois se mostra parcela ínfima do espectro da formação da opinião do eleitor, caríssima para a democracia.

Observo que as condutas vedadas nos dispositivos consignados emanam dos verbos neles implícitos, “**degradar**”, “**ridicularizar**” e “**emitir opinião favorável ou contrária**”. Trata-se de condutas humanas

ADI 4451 / DF

inerentes à expressão, por meio de gestos ou ideias, cujo espectro pode abarcar, *data venia* dos que pensam em contrário, desde atos grosseiramente maldosos e negativos até a pilhéria, a sátira, o humor, a crítica, o sarcasmo, a gozação e a ironia, dentre infinitas outras manifestações. A gama de ações é de tal forma grande que se mostra capaz impedir não só o livre fluxo de ideias, como a singela manifestação individual de comunicação ou mesmo da arte.

A vedação à “degradação”, em especial, parece absolutamente despicienda como enfatizou o Ministro Cezar Peluzo em seu voto quando do referendo da liminar neste processo. Cito o trecho:

“Mas, de qualquer maneira, em relação ao número II, ou os verbos “degradem” e “ridicularizem” são entendidos em sentido de proibição de atos que são ilícitos do ponto de vista penal, ou significam outra coisa. Se significam atos que já são ilícitos do ponto de vista penal, isto é absolutamente inútil, porque o Código Penal não restringe, não faz nenhuma limitação quanto aos sujeitos passivos do crime, porque jornalista não está isento do crime de injúria, de difamação, nem de calúnia. Isso bastaria para proteger os políticos de eventuais abusos da imprensa.”

Trata-se, enfim, de verdadeiro empecilho ao exercício de consagrados direitos individuais.

Por fim, consigno que eventual apoio “escancarado” de um programa ou de uma emissora a um candidato, além de poder ser dosado pela Justiça Eleitoral pelo viés do **abuso** e também ser objeto de denúncia pública pelo opositor, pode consistir informação útil ao eleitor, que então poderá avaliar que tal empresa “apoia”, ainda que indiretamente determinado candidato, e, ao final, poder escolher se é ele mesmo que merece seu voto.

Embora a aparente boa intenção do legislador, voltada a coibir

ADI 4451 / DF

abusos, o remédio legal proposto tem tantos efeitos colaterais, que sua manutenção no sistema parece capaz de “matar o doente”. Preferível, portanto, excluí-la do mundo jurídico e trabalhar com os outros remédios já existentes, capazes de tratar sem causar tantos danos.

Julgo procedente a ADI, acompanhando na íntegra o eminente Relator.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, meu voto vai ser muito rápido.

Louvando o voto do eminente Relator, as manifestações orais e lembrando a máxima latina, muito comum aos estudantes do Largo de São Francisco, **ridendo castigat mores** - o riso corrige os costumes -, acompanho o Relator.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E
TELEVISÃO - ABERT

ADV.(A/S) : GUSTAVO BINENBOJM (83152/RJ) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : MARA HOFANS (68152/RJ) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos § 4º e do § 5º do mesmo artigo, confirmando os termos da medida liminar concedida, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Dias Toffoli, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, o Dr. Gustavo Binenbojm; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.6.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

21/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, estudantes. Senhora Presidente, eu pedi, ontem, que houvesse a suspensão porquanto tenho assumido um protagonismo com relação ao combate de *fake news*.

Eu queria fazer um *discrímen* bem claro e alinharei algumas ideias que tomariam mais tempo da Corte do que é do meu costume, mas, na qualidade de Presidente do Tribunal, hoje tivemos um congresso internacional, que está ocorrendo ainda, Fake News - Brasil e União Europeia, e eu e a Ministra Rosa Weber, Presidente eleita, estivemos lá e participamos da mesa, e tive oportunidade de fazer algumas digressões sobre o que eu entendo. Então, apenas para que a minha posição ficasse bem clara em relação ao que ora se debate.

Eu relembriaria apenas que é uma ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, já apreciada, que basicamente visa impedir o uso de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação; e o inciso III, veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato.

Então, Senhora Presidente, eu vou resumir, são algumas pequenas páginas, mas me senti nesse dever exatamente porque tenho feito um discurso em determinado sentido e não gostaria que parecesse nada de incongruente na minha fala.

21/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 45, II E III, DA LEI 9.504/1997 (LEI DAS ELEIÇÕES). INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE RESTRINGEM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM DISPUTAS POLÍTICO-ELEITORAIS. PROIBIÇÃO DE CENSURA PRÉVIA. PRIMAZIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE PENSAMENTO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

1. A liberdade de expressão e de pensamento no Direito Eleitoral, em razão do seu caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais gozam maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento.

2. A proeminência da liberdade de expressão, por óbvias razões, **implica** que os cidadãos devem ser informados da variedade e da riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo, sem que isso implique, em linha de princípio, violação às normas que regulam a comunicação social.

ADI 4451 / DF

3. A comunicação política pressupõe a livre circulação de ideias e opiniões, uma vez que a democracia se desenvolve sob a crença no valor do diálogo e sob a premissa de que os sujeitos participantes gozam de capacidade intelectual para tomar parte, em condições de igualdade, das circunstâncias relativas aos assuntos que conclamam uma atenção comum.

4. A liberdade de expressão é uma pedra angular para a existência de uma sociedade democrática e é indispensável: a) para a formação da opinião pública; b) *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas e culturais e, em geral, todos aqueles que desejem influir sobre a sociedade possam desenvolver-se plenamente; c) É, enfim, uma condição para que a comunidade, no momento de exercer as suas opiniões, esteja suficientemente informada, o que significa dizer que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre.

5. As eventuais limitações à liberdade de expressão devem superar o multicitado *teste de proporcionalidade*, demonstrando-se *adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito*, conforme a clássica proposta de Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116-117). Ademais, devem respeitar os limites específicos colocados pela própria Carta Constitucional em seu art. 220, §§1º e

ADI 4451 / DF

2º, entre os quais se destaca a cabal proibição de censura prévia.

6. O uso do humor como ferramenta política não é, em absoluto, descabido, por isso que a literatura especializada adverte que a deformação humorística se apresenta como um mecanismo certamente capaz de provocar “climas psicológicos” favoráveis ou desfavoráveis aos diversos *players*, exercendo, destarte, um papel importante no processo de convencimento político.

7. Nada obstante, considero que a patente legitimidade das finalidades buscadas pelo art. 45, II e III, da Lei 9.504/1997 esbarra na fórmula utilizada para a sua implementação, notadamente porque, em meu sentir, a exclusão apriorística de recursos técnicos e abordagens artísticas, assim como a proscrição de emissões de opiniões acerca de temas ou figuras públicas, adentra, sem dúvida, as raias da censura, prática peremptoriamente refutada pela Constituição da República (arts. 5º, IX, e 220, §2º), em estrita consonância com diversos diplomas legislativos e documentos internacionais, entre os quais a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 13.2) e a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (§ 5), valendo ainda citar a carta de princípios constante da Declaração de Chapultepec (§ V).

ADI 4451 / DF

8. *In casu*, as regras plasmadas no art. 45, II e III, da Lei 9.504/1997, embora movidas por uma finalidade nobre, escapam à razoabilidade sistêmica, na medida em que o bem jurídico tutelado já encontra guarida em dispositivo diverso (art. 45, IV, da Lei das Eleições) e, também assim, afrontam diretamente a proibição de censura prévia exigida pela Constituição Federal em dois diferentes dispositivos (arts. 5º, IX, e 220, §2º). Finalmente, na esteira do decidido no julgamento da medida cautelar no presente feito, também reconheço a inconstitucionalidade por arrastamento dos §§ 4º e 5º do art. 45 da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), os quais definem os conceitos de “trucagem” e “montagem” referenciados nos incisos II e III do mesmo artigo.

0. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 45, II e III (na parte impugnada), da Lei 9.504/1997, assim como, por arrastamento, dos §§ 4º e do 5º do mesmo artigo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, egrégios membros do Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, autoridades políticas presentes, estudantes, senhoras e senhores.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face dos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), assim cunhados:

Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das

ADI 4451 / DF

convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

(...)

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes; (...).

A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT sustenta, em síntese, que *“os dispositivos legais em questão não se coadunam com a sistemática constitucional das liberdades de expressão e de imprensa e do direito à informação, garantias institucionais verdadeiramente constitutivas da democracia brasileira”*.

Afirma, então, que *“tais normas geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, obrigadas a evitar a divulgação de temas polêmicos para não serem acusadas de ‘difundir opinião favorável ou contrária’ a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”*.

Aduz, outrossim, que esses dispositivos inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos durante o período eleitoral. Além disso, salienta que, a despeito do propósito do legislador de assegurar a lisura do processo eleitoral, as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IV a IX, CRFB) *“constituem garantias tão caras à democracia quanto o próprio sufrágio”*.

Nesse passo, sustenta que *“a ideia de um procedimento eleitoral justo não exclui, mas antes pressupõe a existência de um livre, aberto e robusto mercado de ideias e informações, só alcançável nas sociedades que asseguram, em sua plenitude, as liberdades de expressão e de imprensa, e o direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV)”*.

Diante disso, conclui que, *“ao criar restrições e embaraços a priori à*

ADI 4451 / DF

liberdade de informação jornalística e à livre manifestação do pensamento e da criação, no âmbito das emissoras de rádio e televisão, os incisos II e III da Lei Federal nº 9.504/97 instituem verdadeira censura de natureza política e artística, de forma totalmente incompatível com a Constituição da República”.

Em 26 de agosto de 2010, o então relator, Min. Ayres Britto, deferiu parcialmente a liminar, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso III do mesmo artigo, de modo a considerar “*conduta vedada, aferida a posteriori pelo Poder Judiciário, a veiculação, por emissora de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalística que venha a descambar para a propaganda política, passando, nitidamente, a favorecer uma das partes na disputa eleitoral, de modo a desequilibrar o princípio da paridade de armas”.*

Em 2 de setembro de 2010, o Plenário da Corte, por maioria, referendou parcialmente a liminar, suspendendo a eficácia do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do art. 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo. Da decisão do Min. Ayres Britto, apura-se que:

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. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: **não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha.**

Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de criação, liberdade de expressão, liberdade de informação.

ADI 4451 / DF

[...] Suspensão de eficácia da expressão “ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. **Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral.** Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto. 10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo. (grifou-se).

Solicitadas as informações, a Câmara dos Deputados ressaltou que houve estrita observância do processo legislativo.

O Senado Federal, por seu turno, sustentou que as regras questionadas “*não afrontam as liberdades de expressão, de informação e de comunicação, mas tão somente as conformam para proibir que o seu exercício tenha como fim especial o desequilíbrio da disputa eleitoral e como instrumento a transmissão de rádio ou televisão*”. Alegou, ainda, que “*a temporária conformação das liberdades de expressão e de comunicação contida na regra citada tem o claro propósito de assegurar a máxima eficácia da norma insculpida no art. 14, §9º, da CF, com a qual devem ser ponderadas, preservando-se, em cada uma delas, o seu núcleo essencial*”.

A Presidência da República afirmou não existir “*o alegado descompasso entre a norma objeto de impugnação e a Carta da República*”, forte na premissa de que “*os dispositivos hostilizados não restringem, indevidamente, o direito constitucional à liberdade de comunicação, mas disciplinam o emprego de recursos tecnológicos e a utilização dos meios de comunicação em massa, enquanto serviço público, durante o período de propaganda eleitoral, com o intuito de garantir a normalidade e a legitimidade das eleições, por meio do oferecimento de igualdade de condições entre os candidatos e do acesso dos eleitores a informações condizentes com a realidade*”.

No mesmo caminho, colhe-se da manifestação da Advocacia-Geral da União que as regras em exame “*têm por escopo tutelar o livre exercício do*

ADI 4451 / DF

sufrágio universal, garantindo que o cidadão apresente o seu voto escorado em um processo eleitoral igualitário e isento da influência de mecanismos tecnológicos que embarcem a sua correta compreensão dos fatos apresentados pelos meios de comunicação em massa”.

Por fim, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer no sentido da improcedência do pedido veiculado presente na ADI, por entender que a norma constante do art. 45, II, “*não proibiu, indistintamente, a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos que tratem de questões ou personagens políticos*”, e “*tampouco impediu a divulgação de temas polêmicos ou limitou o direito de crítica jornalística e liberdade de informação*”. Na visão da PGR, os dispositivos somente incidem “*quando a veiculação promovida por rádio ou televisão tiver a finalidade específica de degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação*”.

Aduziu, ainda, que:

“O inciso II do art. 45 da Lei Eleitoral faz uma legítima ponderação entre valores constitucionalmente protegidos: de um lado, a lisura do processo eleitoral; de outro, a imprescindibilidade da preservação da liberdade de imprensa. E, ao realizar essa ponderação, o dispositivo atacado atende aos requisitos da proporcionalidade, pois as medidas restritivas que estabelece se revelam: (i) adequadas à garantia de um pleito justo e equilibrado; (ii) necessárias, tendo em vista a influência que os meios de comunicação exercem sobre o eleitorado; e (iii) proporcionais em sentido estrito, uma vez que o campo de incidência da norma é extremamente limitado, atingindo apenas casos extremos que possam ocasionar graves lesões ao processo eleitoral, decorrentes da degradação ou ridicularização de candidatos, partidos ou coligações.”

A Procuradoria-Geral da República acresceu que a alegação de que o inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997 constitui impedimento à crítica ou à opinião política realizada em programas jornalísticos não merece acolhida, notadamente porque o inciso V do mesmo artigo já assegura, de maneira expressa, a licitude de tais condutas.

ADI 4451 / DF

Assim, concluiu que *“a proibição contida no inciso III do art. 45 não incide sobre programas jornalísticos”, e que, portanto, “seu alcance é mais restrito e objetiva coibir a influência indevida na vontade dos eleitores, que ocorre por meio da difusão de posicionamento favorável ou contrário a candidato, muitas vezes de forma velada, nos demais programas que compõem a grade da emissora”*.

É o relatório.

Ab initio, impende registrar que, em minha atuação como Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, tenho constantemente destacado que, no Direito Eleitoral, o caráter dialético imanente às disputas político-eleitorais exige maior deferência à liberdade de expressão e de pensamento. Neste cenário, recomenda-se uma intervenção minimalista do Judiciário nas manifestações próprias do embate eleitoral, sob pena de se tolher substancialmente o conteúdo da liberdade de expressão.

Deveras, a Justiça Eleitoral deve se abster de tentar impedir *“que os indivíduos decidam quais informações entendem relevantes para a formação de suas convicções políticas”, sobretudo porque toda visão paternalista, nesse campo, revela-se “intrinsecamente incompatível com a democracia, uma vez que nega aos indivíduos a autonomia fundamental à própria ideia de autogoverno e de soberania popular, tratando-lhes como ‘eternas crianças imaturas’”* (OSORIO, Aline. *Direito Eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 221, com referência ao parecer de Sepúlveda Pertence, na qualidade de Procurador-Geral Eleitoral, nos Mandados de Segurança 984, 997 e 1.008, de 26/10/1988).

No âmbito político-eleitoral, a meu sentir, essa proeminência da liberdade de expressão deve ser trasladada por óbvias razões: os cidadãos devem ser informados da variedade e da riqueza de assuntos respeitantes a eventuais candidatos, bem como das ações parlamentares praticadas pelos detentores de mandato eletivo, sem que isso implique, em linha de princípio, violação às normas que regulam a comunicação social (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*.

ADI 4451 / DF

Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 116-119).

No campo da comunicação política, pois, a livre circulação de ideias e opiniões deve prosperar, em definitivo, porque a democracia se desenvolve sob a crença no valor do diálogo e sob a premissa de que os sujeitos participantes gozam de capacidade intelectual para tomar parte, em condições de igualdade, das circunstâncias relativas aos assuntos que conclamam uma atenção comum (PERROUX, citado por BURGUERA AMEAVE. *Democracia electoral: comunicación y poder*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013, p. 33).

É sabido, contudo, que mesmo as democracias mais liberais desconhecem direitos absolutos. Como sugere Gregorio Badeni (BADENI, Gregorio. *Tratado de libertad de prensa*. Buenos Aires: Lexis Nevis, 2002, p. 21), se alguma liberdade jurídica fosse absoluta, seria impossível concretizar uma vida social em liberdade. Por essa razão, as liberdades constitucionais encontram-se condicionadas à adequação do indivíduo à ordem jurídica da comunidade global.

Nessa medida, o espírito constitucional admite a imposição de *restrições razoáveis*, aquelas vocacionadas à harmonização dos interesses individuais rumo à satisfação do interesse comum. Nessa esteira, Robert Alexy reputa impossível a existência de um “*estado global de liberdade*” não apenas em função dos choques entre direitos subjetivos e competências que condicionam a sua existência, mas ainda em função de inúmeras características presentes na organização estatal e na sociedade (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 379).

Por esse prisma, não há negar que mesmo *liberdades preferenciais*, como são as liberdades de expressão e de imprensa, podem ser limitadas em uma atividade de ponderação, máxime quando o seu modo de exteriorização redunde em um menoscabo de outro princípio prioritário segundo o quadro da Constituição. Nessa direção, a doutrina eleitoral admite que:

(...) os princípios que resguardam a liberdade de comunicação e informação não são os únicos a figurarem na Constituição. (...) A rigor, a Lei Maior constitui uma carta de

ADI 4451 / DF

valores e princípios. Na dinâmica da vida social, não é incomum que princípios detentores de igual status constitucional colidam entre si. Cumpre, pois, definir quais dos princípios colidentes deverá prevalecer no exame de cada caso concreto. A esse respeito, é assente que se deve realizar um juízo de ponderação. Tenha-se presente inexistir, a priori, hierarquia entre os princípios constitucionais, embora a liberdade de comunicação ocupe lugar destacado. Somente a pesquisa dos valores em jogo e das circunstâncias concretas poderá revelar a preponderância de um ou de outro no caso a ser resolvido. (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: GEN, 2016, p. 512).

Não por acaso, alguns dos principais diplomas transnacionais em matéria de direitos humanos são claros em destacar que a liberdade de expressão, embora ocupe lugar de destaque no plexo de garantias fundamentais asseguradas pelo direito comunitário, encontra limites quando o seu exercício importe em um menoscabo dos direitos alheios. Nessa direção, vejam-se as ressalvas expressas encontradas no art. 13, item 2, *a*, do Pacto de San José da Costa Rica, bem como no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Na espécie, o ponto de partida da discussão gira em torno de saber se as liberdades de expressão e de imprensa podem ser limitadas em nome da preservação da legitimidade das eleições, especialmente em função da constatação de que os veículos da indústria midiática apresentam-se, na sociedade moderna, como inegáveis ferramentas de controle social.

Tal como explicam Melvin DeFleur e Sandra Ball-Rokeach, o poder midiático provém do papel que os meios de comunicação de massas cumprem no exercício social de compreensão dos acontecimentos mundanos. Nessa quadra:

Evidentemente, a mídia é parte central dos processos de comunicação das sociedades modernas. Ela contribui em suas descrições e relatos com interpretações da realidade que suas

ADI 4451 / DF

audiências internalizam. As pessoas podem criar construções de significado subjetivas e compartilhadas, para as realidades físicas e sociais nas quais vivem, pelo que lêem, escutam ou vêem. Portanto, seus comportamentos pessoal e social podem ser em parte modelados por interpretações dadas pela mídia a acontecimentos e temas em debate acerca dos quais as pessoas dispõem de poucas fontes de informação alternativas. (DeFleur, Melvin; BALL-ROKEACH, Sandra. *Teorias da comunicação de massa*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, p. 54).

No campo das eleições, os possíveis influxos da mídia preocupam porque repercutem, potencialmente, sobre os meandros do processo intelectual que determina a conformação da preferência do eleitor. Nesse contexto, em estudo clássico Giovanni Sartori antecipava pertinentes questões a respeito do tema ora enfrentado:

As eleições registram as decisões dos votantes; mas como essas decisões se processaram? Eleições computam opiniões; mas de onde procedem essas mesmas opiniões e como se formaram? Qual é, em resumo, a gênese da vontade e da opinião que as eleições se limitam a registrar? A votação possui um bastidor pré-eletivo. Assim, conquanto não devemos esquecer a importância das eleições, não podemos isolar o acontecimento eleitoral do círculo completo do processo de formação da opinião eleitoral. (...)

O poder eleitoral torna-se *per se* a garantia mecânica do sistema, mas a garantia substantiva é conferida pelas condições sob as quais os cidadãos obtêm a informação necessária e são expostos à pressão dos articuladores da opinião. (...) Dissemos que as eleições devem ser livres. Isso é realmente verdadeiro, mas não pode ser o bastante, porque a opinião deve também ser, em algum sentido básico, livre. Eleições livres com uma opinião que não seja livre (...) nada significam. (SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1965, p. 88-89).

ADI 4451 / DF

Para Sartori (ibidem), é muito importante distinguir entre “*uma opinião pública apenas no sentido de que é determinada pelo povo*” e uma “*opinião pública que o povo de alguma forma moldou por si mesmo*”. O segundo modelo, em sua concepção, é o mais consentâneo com o espírito da democracia, tendo em vista que somente nele o povo é, verdadeiramente, o seu “*sujeito ativo*”, sendo o voto “*um produto autêntico da autodeterminação*”.

Nesse compasso, é lícito vislumbrar a preservação da legitimidade eleitoral como um fundamento implícito para a imposição de limitações temporárias à liberdade de imprensa, considerando-se que “*o mandado de otimização subjacente ao conteúdo da integridade eleitoral clama pelo desenho de arranjos centrados na busca do reforço do pluralismo informativo e da efetiva concessão de um tratamento isonômico entre os indivíduos e forças em disputa*” (ALVIM, Frederico Franco. *Cobertura política e integridade eleitoral. Efeitos da mídia sobre as eleições*. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 136).

É certo, portanto, que “*o Estado deve podar os excessos cometidos em nome da liberdade de imprensa, sempre que possam comprometer [a lisura do] o processo*” (FÁVERE, Renata Beatriz de. *Eleições e liberdade de imprensa. Resenha Eleitoral*, v. 17, 2010, p. 19).

Entretanto, não menos certa é a afirmação de que tais limitações, na medida em que restringem o alcance de direitos fundamentais, devem superar o multicitado *teste de proporcionalidade*, demonstrando-se *adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito*, conforme a clássica proposta de Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116-117).

Ademais, devem respeitar os limites específicos colocados pela própria Carta Constitucional em seu art. 220, §§1º e 2º, entre os quais se destaca a cabal proibição de censura prévia.

Sob tais aspectos, passo a escrutinar os dispositivos questionados, começando por esclarecer os seus respectivos propósitos.

O art. 45, II, da Lei das Eleições pretende impedir que as emissoras de rádio e televisão utilizem recursos de áudio ou vídeo que degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, bem como produzam

ADI 4451 / DF

ou veiculem programas com esse efeito. A finalidade do comando é evitar a depreciação da figura dos concorrentes, sabotando suas respectivas campanhas mediante o uso de estratégias de aviltamento ou escárnio travestidas de humor (ALVIM, Frederico Franco. *op. cit.*, p. 163).

Destaco que a preocupação normativa com relação ao uso do humor como ferramenta política não é, em absoluto, descabida. Com efeito, a literatura especializada adverte que a deformação humorística se apresenta como um mecanismo certamente capaz de provocar “climas psicológicos” favoráveis ou desfavoráveis aos diversos *players*, exercendo, destarte, um papel importante no processo de convencimento político (RIODA, Mario. Humor y comunicación política. In: CRESPO MARTÍNEZ, Ismael et al. *Diccionario Enciclopédico de Comunicación Política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 204).

Por outro lado, a proibição relativa à veiculação de propaganda política ou à difusão de opiniões favoráveis ou contrárias a candidatos, partidos, coligações ou seus representantes tem o sentido de evitar que apresentadores ou comentaristas façam apologia ou promovam boicotes de candidaturas políticas, alterando o necessário equilíbrio da disputa eleitoral (ALVIM, Frederico Franco. *op. cit.*, p. 163).

Posto o que antecede, considero que a patente legitimidade das finalidades buscadas pelo legislador esbarra na fórmula utilizada para a sua implementação, notadamente porque, em meu sentir, a exclusão apriorística de recursos técnicos e abordagens artísticas, assim como a proscrição de emissões de opiniões acerca de temas ou figuras públicas, adentra, sem dúvida, as raias da censura, prática peremptoriamente refutada pela Constituição da República (arts. 5º, IX, e 220, §2º), em estrita consonância com diversos diplomas legislativos e documentos internacionais, entre os quais a Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 13.2) e a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (§ 5), valendo ainda citar a carta de princípios constante da Declaração de Chapultepec (§ V).

A propósito do tema, Daniel Sarmiento, após frisar que “a proibição de

ADI 4451 / DF

censura é um dos aspectos centrais da liberdade de expressão”, e que, portanto, todas as formas de censura foram “completamente banidas pela Constituição”, leciona que, em um sentido mais amplo, a Carta Constitucional veda, ainda, a “*censura legislativa*”, verificada quando o legislador pretende vedar determinados conteúdos ou formas de manifestação (SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275).

Em idêntica postura, Gregorio Badeni pontua que a liberdade de imprensa não é incompatível com a submissão das indústrias da mídia a uma legislação de regência. Não obstante, é enfático em afirmar que dita regulamentação não pode desconhecer o cânone constitucional absoluto referente à exclusão da censura (BADENI, Gregorio. *op. cit.*, p. 215).

Esse pensamento é também reproduzido em um importante documento continental a propósito do assunto, a saber, a Opinião Consultiva 5/1985 produzida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme a qual a censura prévia é excluída como instrumento legítimo para limitar a liberdade de expressão, admitindo-se apenas a atribuição legal de responsabilidades ulteriores, sujeitas a determinadas exigências (CIDH, OC 5/1985, §§ 9 e 10).

Outrossim opina a Corte que a liberdade de expressão é de ser amplamente protegida não apenas em função de sua dimensão individual, por servir de base para o exercício da autonomia pessoal, mas ainda em razão de sua dimensão coletiva, plena de relevância em virtude da centralidade que essa liberdade assume para um adequado funcionamento do regime democrático de governo, abrindo vias para um debate público vigoroso e para uma participação informada da cidadania, submetendo-se a ação das autoridades a constante escrutínio. Nesse diapasão, a CIDH constata, com inegável lucidez, que:

A liberdade de expressão é uma pedra angular para a existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas

ADI 4451 / DF

e culturais e, em geral, todos aqueles que desejem influir sobre a sociedade possam desenvolver-se plenamente. É, enfim, uma condição para que a comunidade, no momento de exercer as suas opiniões, esteja suficientemente informada. Portanto, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre. (CIDH, OC nº 5/1985, § 70).

Por todo o exposto, verifica-se o total acerto desta Suprema Corte por ocasião da análise do pedido liminar nesta ADI, acerto, aliás, reconhecido por prestigiosa doutrina, como se apura de análise realizada em torno do indigitado julgamento:

Tal interpretação [a interpretação dada pela maioria da Corte] é sobremodo alvissareira. Além de significar a vitória das liberdades de expressão e informação, expõe uma visão menos tutelar do cidadão, que sempre foi entendido como um ser débil, carente de proteção estatal, incapaz de observar, pensar e produzir juízos autônomos acerca da vida político-social e dos políticos. Ora, a convivência democrática pressupõe, entre outras coisas, a diversidade de formas e meios de expressão, a diversidade de pensamentos. E a democracia não se afirma senão onde é vivida (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 14^a ed. São Paulo: GEN, 2018, p. 571).

Com essas considerações, concluo que as regras plasmadas no art. 45, II e III, da Lei 9.504/1997, embora movidas por uma finalidade nobre, escapam à razoabilidade sistêmica, na medida em que o bem jurídico tutelado já encontra guarida em dispositivo diverso (art. 45, IV, da Lei das Eleições). Além disso, afrontam diretamente a proibição de censura prévia exigida pela Constituição Federal em dois diferentes dispositivos (arts. 5º, IX, e 220, §3º).

Finalmente, na esteira do decidido quando do julgamento da medida cautelar, também reconheço a inconstitucionalidade por arrastamento dos §§ 4º e 5º do art. 45 da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), os quais definem os conceitos de “trucagem” e “montagem”

ADI 4451 / DF

referenciados nos incisos II e III do mesmo artigo.

Ex positis, voto pela **procedência do pedido** veiculado na presente ação declaratória de inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade do art. 45, II e III (na parte impugnada), da Lei 9.504/1997, assim como, por arrastamento, dos §§4º e do 5º do mesmo artigo.

É como voto.

21/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL**ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aqui, então, Senhora Presidente, apenas para manter coerência com o que eu tenho defendido e hoje, inclusive, eu assim me posicionei, faço um *discrímen* entre a liberdade de expressão e aquela propaganda eleitoral sabidamente enganosa que causa um dano irreversível à candidatura de determinados *players*.

Nós temos hoje, basicamente, dois princípios no campo das *fake news*, essas notícias enganosas. Em primeiro lugar, há necessidade da lisura informacional, porque o voto é livre na medida em que ele é livre de suborno, corrupção e desinformação também. Se nós queremos um voto livre e consciente, não podemos cancelar *fake news*, que são notícias sabidamente inverídicas, propagáveis, massificadas, que viralizam num tempo recorde, sob o pálio da liberdade de expressão.

Então, os próprios princípios da Constituição Federal aplicados ao Direito Eleitoral, em primeiro lugar, eles impõem a verdade real, ou seja, o candidato não pode se valer da sua ira contra o outro candidato para desqualificar uma candidatura ao invés de revelar as suas virtudes.

Eu fico a imaginar na prática, por exemplo, um candidato massacrado com *fake news* participando de um debate de televisão, tendo de se defender de todas as notícias enganosas sem que sobre qualquer tempo para que ele possa revelar a sua plataforma; ele vai ficar se defendendo das notícias enganosas e não vai ter tempo suficiente para mostrar ao eleitor o quanto ele pretende fazer pelo país. E, por outro lado, não pode haver também uma proteção deficiente, a verdade há de ser real, e a proteção há de ser eficiente.

Nesse sentido, a tutela legal hoje é prevista na lei. O princípio da inafastabilidade prevê medidas preventivas e medidas repressivas. Nós temos tutela cível, com dano moral, a responsabilidade civil; nós temos tutela criminal, com os crimes contra a honra, praticados na seara

ADI 4451 / DF

eleitoral; há um tipo aberto do art. 323 do Código Eleitoral, que tem uma propaganda massiva enganosa; e, sem prejuízo, medidas administrativas, multas por propaganda irregular; temos direito de resposta; pode haver até cassações de mandato por abuso de poder, se esse financiamento das *fake news* for engendrado por pessoa jurídica; e até mesmo o art. 222 do Código Eleitoral prevê a possibilidade de anulação de determinada eleição de determinado candidato, se foi fruto e resultado que decorreu da influência da propaganda massiva enganosa.

De sorte que o que nós temos defendido é exatamente que a linha limítrofe é muito tênue entre a liberdade de expressão e uma propaganda. Agora ela não é tão limítrofe assim quando se trata de propaganda sabidamente inverídica e que causa o dano irreparável à candidatura alheia. Aí, sim, nós estamos diante de uma *fake news*.

E, para esse combate, é que o Tribunal Superior Eleitoral, hoje, revelou, digamos assim, as suas frentes de atuação, o jornalismo sério, os espaços que os jornais têm aberto para conferência das notícias, porque dois partícipes são muito importantes nesse cenário de *fake news*. Em primeiro lugar, o jornalismo. Eles hoje, e eu sempre defendo que, quanto às *fake news*, mais imprensa e mais jornalismo. E os jornais hoje, como, por exemplo, o Jornal O Globo tem um espaço, cujo título é: "É isso mesmo?" E qual é a virtude desse espaço? Não adianta só a imprensa, é preciso que o cidadão, sociedade se empenhe no combate às *fake news*. Exercer cidadania não é compartilhar notícias enganosas. As notícias devem ser, primeiramente, checadas; e, depois de checadas, compartilhadas com responsabilidade. Então, hoje nós temos nos valido da imprensa, e aqui nós estamos no campo da imprensa e a suposta inconstitucionalidade de um dispositivo. A sociedade civil, Ministério Público, Polícia Federal, órgãos de inteligência - aqui eu me reservo o direito de só mencionar isso, porque uma das estratégias de inteligência é não dizer qual é a estratégia de inteligência -, os partidos políticos, que assinaram o termo de colaboração, os profissionais de *marketing* e as empresas de *fact-checking*, que também estão atuando como coadjuvantes da nossa atuação em relação às *fake news*.

ADI 4451 / DF

Eu vou juntar o voto, porque, para mim, é muito importante, à medida em que eu faço um discurso contra a propaganda enganosa em relação ao candidato, ao mesmo tempo, uma lei, que se pretende seja declarada inconstitucional, que traz talvez aqui um aspecto que poderia gerar uma certa perplexidade porquanto a lei permite a degradação da honra alheia.

Então poder-se-ia imaginar que eu estaria no contraditório ao permitir uma degradação da honra alheia e, ao mesmo tempo, combater as *fake news*. Só que, conforme destaquei, as *fake news* são comunicações falsas, comunicações enganosas, e aqui o que se propõe é que não se possa degradar, que significa desonrar, significa aviltar a honra alheia. E aqui o que se pretende é que não possa ser feita uma sátira ou mesmo uma notícia sobre a honra alheia se eventualmente uma pessoa está, por exemplo, respondendo a uma ação penal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro **Fux**, se me permite? Vossa Excelência tem toda a razão no ponto. Em vez de **fake news**, penso que nós deveríamos começar a usar o termo em português "notícia fraudulenta". Fraudulenta é fraude - trata-se de notícia fraudada dolosamente. Então, veja bem, quando falamos em notícia fraudada e sátira, fica bem clara a diferença.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Bem clara a diferença, Vossa Excelência tem toda a razão. Aliás, há um colunista famoso, Ancelmo Gois, que, toda vez que se usa uma expressão em inglês, é severo na crítica, porque é obrigatório o uso do vernáculo. Então essa notícia fraudulenta é algo que faz parte da matéria pública com que nós lidamos, é fraude. E quando se afirma que o Tribunal Eleitoral vai controlar conteúdo, mas nós controlamos conteúdo de todas as sessões jurisdicionais que julgamos em caso de propaganda negativa, o candidato, ao invés de ressaltar suas qualidades, vai fazendo propaganda negativa. E há vários precedentes no Tribunal Superior Eleitoral, mas isso se aplica de um candidato em relação a outro, mas não em relação à imprensa, porque a imprensa se propõe a degradar e a informar quando o fato é verdadeiro, e, aí, a própria pessoa está se degradando, e ela não

ADI 4451 / DF

pode impedir que a imprensa o faça também.

De sorte que eu até me recordo de uma passagem interessante da jornalista ucraniana Olga Yurkova, quando ela adverte que a verdade é muito entediante e as pessoas preferem acreditar naquilo que é falso. Mas ela diz que, quando uma notícia é dramaticamente emocionante, primeiro, é preciso ler o teor inteiro da matéria antes de compartilhar. Depois, diz ela, a probabilidade de ser falsa é absolutamente total quando ela tem aquela notícia dramática e emocionante.

De sorte que eu estou interpretando nem conforme, estou lendo esse dispositivo como a liberdade de expressão, a liberdade da imprensa de fazer sátiras, trucagem. Isso evidentemente é chancelado pela jurisprudência do mundo inteiro, inclusive, nessa parte que poderia revelar uma postura contraditória, devo admitir a degradação, mas, na verdade, a imprensa vai eventualmente qualificar como degradação aquilo que o próprio candidato já se degradou pelas suas atitudes, pelos seus antecedentes, pela sua folha corrida.

Hoje, por exemplo, ao início dos debates, duas questões foram postas, a primeira delas eu não consigo nem ouvir, que é a questão da passividade, a questão da leniência, a questão de um tribunal da envergadura do Tribunal Superior Eleitoral jogar a toalha antes do embate ter começado.

Então eu entendo que o Tribunal Superior Eleitoral tem condições sim e vai combater as *fake news*. E a segunda colocação que foi feita foi de uma alta autoridade do país que noticiou: "Bom, aqui, publicaram hoje no jornal uma notícia de que vou ser substituído e que vem uma pessoa de fora". Bom, isso aqui, quando muito, é um fato que incomoda, que, não sendo verídico, pode dar até chance a uma ação de indenização por dano moral, mas jamais a uma ação de combate de notícias fraudulentas, porquanto o próprio autor da denúncia dessa notícia disse que vai sair da vida política para ficar no auditório, para ficar na plateia. Disse que não vai mais participar da vida política. Então essa notícia fraudulenta não tem a menor importância para o Direito Eleitoral. Só tem importância para o Direito Eleitoral aquelas notícias fraudulentas que violam a lisura

ADI 4451 / DF

informativa da opinião pública, que deve ser livre, mas ela não pode ser livre se não há essa lisura de informação.

Então, Senhora Presidente, eu vou fazer a juntada para evidentemente evitar que seja mal interpretada essa expressão de degradação que aqui consta, mas é uma degradação motivada pelo próprio degradado, ele próprio deu ensejo. Se eventualmente se diz que Fulano de Tal está sendo investigado na Lava Jato, estar sendo investigado na Lava Jato não é degradação pela imprensa. Isso é notícia. Isso é uma informação. Não é uma degradação.

De sorte, Senhora Presidente, que eu também, acompanhando a douta maioria, estou entendendo que há inconstitucionalidade nessas limitações à liberdade de expressão e de imprensa. E por essa razão eu vou fazer juntada do voto, porque poupei os Colegas de uma leitura de tudo quanto os Senhores sabem melhor do que eu.

Temos aqui cinco ex-Presidentes do Tribunal Superior Eleitoral. Então, temos Ministro Lewandowski, Ministro Marco Aurélio, que é reincidente específico na Presidência, Ministro Gilmar, Vossa Excelência, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Dias Toffoli, uma Presidência magnífica da qual tive oportunidade de participar, Vossa Excelência, fui a sua posse, participei com Vossa Excelência. Por isso é que os últimos seis meses que me sobraram na Presidência coincidiram com o calendário eleitoral. Então, meu tiro é curto, mas eu tenho de fazer muita coisa até para deixar uma eleição hígida, limpa para nossa brilhante Colega Ministra Rosa Weber, que nos deu hoje a honra de presidir o nosso debate com um especialista francês, que abordou como é o combate às notícias fraudulentas - eles chamam de *fake news* - no cenário da União Europeia.

De sorte, Senhora Presidente, que eu estou acompanhando a maioria no mesmo sentido da procedência da declaração de inconstitucionalidade.

21/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, cumprimento inicialmente os oradores que se revezaram na tribuna, especialmente a Doutora Raquel Dodge, que nos brindou com uma magnífica intervenção.

Vou me permitir não tecer as habituais loas à liberdade de expressão e nem associá-la à democracia, pois essa compreensão já se encontra há muito tempo cristalizada nesta Suprema Corte. A exaltação da liberdade de expressão, de tão repetida - e mesmo assim nem sempre praticada -, transformou-se, pelo menos desde Voltaire, num verdadeiro lugar-comum.

Eu penso que os problemas da democracia hoje, e no mundo todo, no campo da informação, são basicamente dois. Em primeiro lugar, como já agora acaba de demonstrar o Ministro Luiz Fux, nós temos a disseminação generalizada de *fake news*, que não raro vêm revestidas sob a forma de sátira - e todos nós que fomos Presidentes do TSE, em época de eleição, verificamos isso. As sátiras não raro se revestem de *fake news* ou veiculam *fake news*.

Em segundo lugar, a mim me parece que o segundo grande problema é a instalação de um pensamento único, hegemônico, que só pode ser combatido mediante a garantia da livre circulação de opiniões. Para mim, portanto, Senhora Presidente, a prática da democracia está indissoluvelmente ligada à liberdade de expressão, porém necessariamente associada ao pluralismo de ideias e à divisão de mundo.

Dito isso, Senhora Presidente - até porque para resolver esses problemas nós temos que atuar, talvez, no plano de *lege ferenda* e alteração da legislação até constitucional e infraconstitucional -, eu quero dizer que acompanho integralmente o voto do Ministro Alexandre de Moraes, a quem cumprimento pelo voto que proferiu.

21/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também, Presidente, tenho voto escrito e entendo que o tema é sempre difícil nas especificidades do processo eleitoral.

Basta lembrar, por exemplo, que o Tribunal já teve oportunidade de relativizar a imunidade parlamentar, em se tratando de manifestação de um parlamentar valendo-se da condição de parlamentar num dado prélio eleitoral, num dado certame eleitoral, fazendo afirmações e impedindo, por exemplo, que a pessoa atingida ou atacada pudesse revidar – aqui vem a questão da igualdade de chances, mas também a ideia de uma certa igualdade de armas.

A outra questão que se manifesta no processo eleitoral é o curto tempo para a própria colocação das mensagens eleitorais, de que modo uma concentração de informações negativas, talvez, até montagem, pode levar, sem dúvida nenhuma, a uma distorção.

Muito provavelmente, eu não tenho tanta confiança, como o Ministro Fux tem, nas informações factuais que são repassadas, inclusive pelas autoridades. Pelo contrário, o que nós temos julgado hoje aqui indica que há muita mentira, há muita *fake news*, inclusive nos relatórios de polícia. Portanto, tem que se tomar muito cuidado quando se diz "alguém cometeu tal coisa e por isso está sendo investigado na Operação Lava Jato", Doutora Procuradora. Muitas vezes nós temos que tomar muito cuidado.

Por isso que inclusive o Ministro Toffoli tem adotado a prática - que me parece que deve ser generalizada - de proibir as entrevistas de Delegados e de Procuradores nessas ações, porque eles têm uma narrativa que depois não se confirma.

Nós estamos vendo isso nos julgamentos que se fazem. Muitas vezes, narra-se que alguém é Manuel, que mora em Niterói e, depois você descobre que nem é Manuel, nem mora em Niterói e nem é português.

ADI 4451 / DF

Infelizmente essas histórias se amontoam e isto exige muito cuidado no processo eleitoral, redobrado cuidado no processo eleitoral. Nós temos histórias várias de notícias fraudulentas. Observem o caso que se atribuiu ao Brigadeiro Eduardo Gomes de repúdio ao voto dos marmiteiros, em que se trocaram palavras que danificaram, obviamente, a candidatura. Tudo isso pode ocorrer em um processo eleitoral e isso exige de nós um escrutínio muito severo. É muito difícil.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite um aparte corroborador e para manifestar uma preocupação? Vossa Excelência está fazendo uma associação, a meu ver, muito válida entre as *fake news* e os vazamentos ilegais e indevidos de inquéritos e ações penais. E, realmente, há uma conexão muito íntima entre esses dois fenômenos. Compete a nós coibir esses vazamentos com os instrumentos que temos à nossa disposição e eu tenho certeza que, com essa prática, nós diminuiremos, em grande medida, as *fake news*, em época eleitoral, sobretudo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É porque o fato de se dizer que há uma informação oficial significa hoje, Presidente, muito pouco. Eu diria que, às vezes, é até um risco. Nós vimos essa história que constrange, Presidente. Eu recebi, ainda ontem, o irmão do reitor da Universidade de Santa Catarina, aquele que, infelizmente, foi sacrificado por conta desses episódios. Ali se dizia, Ministro Fux, que era um desvio de oitenta milhões, praticado na sua gestão, na gestão do reitor. Ele não se chamava Manuel, não morava em Niterói. Vejam a responsabilidade de juiz, vejam a responsabilidade de promotor, vejam a responsabilidade de delegados! E a família quer só o quê? Que ele seja declarado inocente, só isso. Já está morto. Vejam a que ponto é a gravidade dessas notícias, desses relatórios, desses repórteres irresponsáveis.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, só para recordar. Certa feita tivemos uma sessão administrativa em que nós discutimos sobre a desnecessidade de veiculação dos inquéritos, porquanto as denúncias poderiam ser arquivadas. E resolveu-se, em nome de uma transparência - eu fui voto vencido -, divulgar tudo. Eu fui

ADI 4451 / DF

voto vencido, porque entendo que o inquérito ainda não prova nada, é preciso o recebimento da denúncia. E é o que está acontecendo hoje, com a devida vênua, se nós formos pesquisar as atas administrativas, com beneplácito do Supremo, com meu voto vencido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Temos que rediscutir talvez, então, essas e outras questões. Mas aqui é muito difícil para o Tribunal, de fato, por exemplo, declarar a inconstitucionalidade de uma expressão como veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação a seus órgãos ou representantes, a partir de um referencial, porque qualquer notícia negativa – Vossa Excelência disse-o muito bem – será interpretada como contrária a esses interesses. Agora, eu não excluo a possibilidade – que fica no plano daquilo que nós chamamos proporcionalidade em concreto – de se fazer uma avaliação. Se uma dada empresa de comunicação faz editoriais em relação a um dado candidato, isso pode ser avaliado pela Justiça Eleitoral no campo da proporcionalidade em concreto. Porque, é evidente, qualquer candidato vai avaliar uma notícia como contrária aos seus interesses, desde que ela tenha alguma repercussão de caráter negativo. Mas eu não excluo a possibilidade de que se faça a avaliação, porque pode ocorrer.

Não nos esqueçamos que essa é uma realidade: muitas reprodutoras de televisão e de rádio nos Estados estão em mãos de famílias de políticos e, certamente, têm um direcionamento; e pode ocorrer – nada exclui essa possibilidade – de que uma orientação editorial leve a fazer um noticiário massivamente contrário a um dado candidato. Para a Justiça Eleitoral, aqui há o bom e relevante direito de resposta. É fundamental que haja esse remédio. Mas é preciso ter muito cuidado, portanto, com essa temática, claramente: nem proibir e nem dizer que aqui é o campo em que tudo é permitido. Porque, de fato, isso pode ser decisivo para comprometer o processo eleitoral, de maneira definitiva, com a sofisticação hoje inclusive de mecanismos.

É bom lembrar esse precedente – salvo engano, mais um – da lavra da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, esse caso sobre a imunidade

ADI 4451 / DF

parlamentar: o candidato que participa de campanha vai ao palanque ou, mais que isso, vai como um apoiador em um palanque e fala "cobras e lagartos" do *ex adverso*, coberto pela imunidade. Disse Pertence: Não, a imunidade parlamentar não serve para isso! Porque desequipara as armas, fere o princípio da igualdade de chances.

Da mesma forma, também a liberdade de imprensa, que não pode se valer da ideia de discurso. Natural! É evidente que a liberdade de imprensa faz parte daquele núcleo básico – com a liberdade de associação, de reunião, de manifestação de pensamento – dos direitos funcionalmente democráticos. Sem ela, não existe a democracia; mas é fundamental que se tenha aqui essa visão. De modo que, a despeito de, eventualmente, declarar-se a legitimidade ou a inconstitucionalidade dessas normas dos incisos II e III, temos que reconhecer que, *in concreto*, poderá, sim, o Judiciário fazer as devidas avaliações.

Chamo a atenção de que, não raras vezes, o Tribunal já aplicou a proporcionalidade em concreto. Um exemplo que sempre cito, no debate sobre proporcionalidade, é o caso do exame de DNA. Em um dos primeiros casos de análise precedente, o *leading case* cujo relator é o Ministro Marco Aurélio, assentou-se, de maneira muito clara, que seria proibida a exigência do exame. Ficaram vencidos o Ministro Rezek e o Ministro Pertence, que entendiam, que, tendo em vista os valores em colisão, era adequada a prova.

Houve um segundo caso, também importante, em que a Justiça decretou que alguém que se declara pai de alguém, de uma relação extraconjugal, deveria se submeter ao exame. Aqui, o Relator foi Pertence, que disse: Não, o exame – ainda que ele defendesse a obrigatoriedade – neste caso não pode, porque a configuração fática do caso leva a impor a alguém um vexame. Mesmo ele, portanto, que tinha defendido a tese da obrigatoriedade do exame, aqui, posicionou-se em sentido contrário.

Na jurisprudência internacional, é célebre o caso de assassinato em Lebach, em que houve a morte de soldados. Alguém, depois de ter cumprido a pena – iria receber liberdade condicional ou coisa que o valha –, viu que se anunciava um filme, um documentário sobre o caso. Em

ADI 4451 / DF

princípio, na jurisprudência mundial, é pacífica a orientação de que reportagem sobre fatos ocorridos não têm relevo, não pode ser proibido. Não obstante, este indivíduo suscitou a questão: Como vai estar o meu direito de ressocialização neste momento? E a Corte Constitucional Alemã deu-lhe razão; claro caso de proporcionalidade *in concreto*.

Aqui, vamos estar às voltas, certamente, com casos semelhantes, a despeito da declaração de inconstitucionalidade das disposições, não vamos estar autorizando um vale-tudo, e nem podemos.

De modo que, com essas observações, acompanho o voto do eminente Relator.

21/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se, como já visto, de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) contra os incisos II e III, em parte, do art. 45 da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições).

Eis os dispositivos impugnados:

Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário (*Redação do caput dada pela Lei 13.165/2015*):

(...)

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III - veicular propaganda política *ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.*

Em 2 de setembro de 2010 este Tribunal concedeu medida cautelar para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, que têm a seguinte redação:

§ 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. ([Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009](#))

ADI 4451 / DF

§ 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Acompanhei, então, o relator, Ministro Ayres Britto, no sentido de conceder a medida cautelar, por entender que as restrições impostas pelos dispositivos impugnados seriam desproporcionais ao fim almejado. Consignei que a própria lei já apresenta proibições relativas a eventuais abusos no exercício do poder de crítica ou à concessão de tratamento privilegiado a candidato, a partido ou a coligação.

Pois bem. Em análise definitiva da questão, creio que seja o caso de confirmar a medida cautelar.

Em síntese, a principal questão aqui posta é averiguar se as previsões dos incisos II e III, parte final, ambos do art. 45 da Lei das Eleições, configurariam censura desproporcional à liberdade de expressão, em especial à liberdade artística, assim como violação à liberdade de imprensa.

Tecerei, de pronto, algumas considerações sobre liberdade de expressão.

1. Liberdade de expressão e seus limites constitucionais

É notória, por certo, a importância que a liberdade de expressão representa para o regime democrático, inclusive como instrumento para fomentar debates e “assegurar o combate intelectual de opiniões” (*den geistigen Kampf der Meinung zu gewährleisten*) (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, p. 137).

Trata-se de direito fundamental previsto pela Constituição 1988 ao qual se relacionam a livre manifestação de pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a livre expressão de consciência, a liberdade de

ADI 4451 / DF

comunicação (incluindo-se, aí, a liberdade de imprensa) e outras manifestações similares. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 435.)

Da mesma forma, destaca Canotilho que:

“A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num *cluster* de direitos comunicativos fundamentais (*Kommunikationsgrundrechte*) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade” (CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E.M. **Constituição e código civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas**. In JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; SANTOS, Márcio Gil Tostes. *Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014)

Transcrevo, nesse sentido, a título de ilustração, os principais dispositivos constitucionais relacionados à liberdade de expressão:

“Art. 5º (...)

IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

ADI 4451 / DF

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

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

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;

§ 1º 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.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (...)

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”.

Para assegurar esse amplo leque de liberdades, a liberdade de expressão tem como âmbito de proteção “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”, desde que não esteja em conflito com outro direito ou valor constitucionalmente protegido (BRANCO, Paulo

ADI 4451 / DF

Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.451).

Isso porque o constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo.

Ao contrário do disposto em alguns dos mais modernos textos constitucionais (Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1) e do estabelecido nos textos constitucionais que a antecederam (Constituição brasileira de 1934, art. 113, 9; Constituição brasileira de 1946, art. 141, § 5º; Constituição brasileira de 1967-69, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 não contemplou, diretamente, na disposição que garante a liberdade de expressão, a possibilidade de intervenção do legislador com o objetivo de fixar alguns parâmetros para o exercício da liberdade de informação.

Não parece correta, todavia, essa leitura rasa do texto constitucional, pelo menos se se considera que a liberdade de informação mereceu disciplina destacada no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220-224 da CF/88).

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de expressão haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada, deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito.

A própria formulação do texto constitucional — *“Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”* — parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e

ADI 4451 / DF

de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Ademais, que a matéria não é estranha a uma disciplina legislativa é o próprio texto que o afirma explicitamente, ao conferir à lei federal a regulação das diversões e dos espetáculos públicos (natureza, faixas etárias a que se não recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada), o estabelecimento de mecanismos de defesa contra programas e programações de rádio e de televisão que, *v. g.*, sejam contrários a valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, arts. 220, § 2º, e 221, IV).

1.1. Liberdade artística

A liberdade artística, em especial, está assegurada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, IX, que prescreve ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

a) Dificuldade de definição do conceito de *arte*

Apesar de expressamente prevista no texto constitucional, o âmbito de proteção da liberdade artística pode gerar bastante polêmica. Isso porque é praticamente impossível chegar-se a uma definição de arte universalmente aceita.

No Brasil, a construção de um conceito constitucional de arte ainda é incipiente. Nos últimos tempos, o tema recebeu destaque e foi muito discutido em situações específicas que geraram controvérsias na averiguação se o apresentado como arte estaria ou não protegido pela liberdade artística.

Apenas para recordar alguns casos, em setembro de 2017, em Porto

ADI 4451 / DF

Alegre/RS, a exposição “Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte” foi cancelada pela instituição patrocinadora devido à onda de protestos nas redes sociais. As obras expostas, que tratavam de questões de gênero, com temática sexual, foram consideradas por parte do público como desrespeitosas a símbolos, a crenças e a mundos (Reportagem **Após protesto, mostra com temática LGBT em Porto Alegre é cancelada**. Folha de São Paulo, 10.9.2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/09/1917269-apos-protesto-mostra-com-tematica-lgbt-em-porto-alegre-e-cancelada>. Acesso em: 19.6.2018).

Outra polêmica envolveu peça teatral que apresenta Jesus Cristo representado por transsexual. Considerada por muitos agressiva, a apresentação chegou a ser cancelada em algumas cidades, ou expressamente banida, como divulgado pelo prefeito do Rio de Janeiro ao anunciar que a proibia em escolas públicas municipais (Reportagem **Peça com travesti no papel de Cristo é proibida pelo prefeito Marcelo Crivella**. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/peca-com-atriz-travesti-no-papel-de-cristo-e-proibida-pelo-prefeito-marcelo-crivella/>. Acesso em 19.6.2018).

Vê-se, pois, que as formas de expressão artística são inúmeras e de impossível previsão. Isso porque a *arte* tem, muitas vezes, caráter inovador. Pode ser igualmente polêmica, subversiva, agressiva a padrões usualmente aceitos pela sociedade, características que podem fazer com que obras artísticas sejam submetidas à avaliação do Poder Judiciário quando em eventual confronto com outros direitos igualmente assegurados.

Do constitucionalismo da Alemanha, Pieroth e Schlink destacam que o *Bundesverfassungsgericht* utiliza vários conceitos de arte, que podem ser sintetizados do seguinte modo:

– o conceito de arte, por ele designado como material, do acórdão *Mephisto*, isto é, a ideia de que “o essencial da atividade artística é a livre conformação criadora, na qual as impressões, experiências e vivências do artista são trazidas para

ADI 4451 / DF

a contemplação direta, por meio de uma determinada linguagem das formas“;

– um conceito de arte, por ele chamado formal, que vê o “essencial de uma obra de arte” no fato de esta poder ser classificada em determinado tipo de obra (pintura, escultura, poesia, representação teatral etc.);

– um conceito de arte de certo modo aberto, que vê “a marca distintiva de uma manifestação artística no fato de ser possível, em virtude da variedade da sua mensagem, extrair do que nela estão representados, por via de uma interpretação continuada, significados de cada vez maior alcance, de modo que daí resulte uma transmissão de informação praticamente inesgotável e a vários níveis” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 291).

A doutrina alemã enfatiza, ademais, o chamado *critério de reconhecimento por terceiros*, isto é, se o que é apresentado como arte tem condições de ser assim interpretado por terceiros. Ainda, pelas inúmeras formas de sua expressão, que estão em constante desenvolvimento, o conceito de arte deve ser aberto suficiente a incluir diversas formas, inclusive as fora do comum, como provocações pornográficas, e grafite. (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 293).

Nesse amplo conceito de arte, o fato de a obra procurar atingir fim político ou religioso não necessariamente altera sua natureza (JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Munique: C.H. Beck, p. 208). Aí estão incluídas sátiras, charges, o uso do humor, em si.

Todavia, como visto, a liberdade de expressão não é absoluta.

No que se refere ao conflito entre liberdade artística e os direitos da personalidade, como o direito à honra e à imagem, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão é farta no sentido de procurar estabelecer limites claros do âmbito de proteção de tais direitos.

ADI 4451 / DF

b) Caso *Mephisto*

A propósito da problemática, mencione-se o *Caso Mephisto*, importante decisão proferida pela Corte Constitucional alemã na qual foram estabelecidas certas concepções de liberdade artística.

Na decisão de 24.02.1971, relativa à publicação do romance *Mephisto*, de Klaus Mann, reconheceu-se o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade como derivações do princípio da dignidade humana (*BVerfGE* 30, 173).

O filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen postulou perante a justiça estadual de Hamburgo a proibição da publicação do romance *Mephisto* com o argumento de que se cuidava de uma biografia depreciativa e injuriosa da memória de Gründgen, caricaturado no romance na figura de Hendrik Höfgen. O tribunal estadual de Hamburgo julgou improcedente a ação. O romance foi publicado em setembro de 1965 com uma advertência aos leitores, assinada por Klaus Mann, afirmando que “*todas as pessoas deste livro são tipos, não retratos de personalidade*” (*Alle Personen dieses Buchs stellen Typen dar, nicht Porträts*. K.M.).

Com fundamento em uma medida liminar deferida pelo Tribunal Superior de Hamburgo, acrescentou-se à publicação uma advertência aos leitores na qual se enfatizava que, embora constassem referências a pessoas, as personagens haviam sido conformadas, fundamentalmente, pela “*fantasia poética do autor*” (*dichterische Phantashie des Verfassers*).

Posteriormente, concedeu o Tribunal o pedido de proibição da publicação, tanto com fundamento nos direitos subsistentes de personalidade do falecido teatrólogo, quanto em direito autônomo do filho adotivo. Como o público dificilmente poderia distinguir entre poesia e realidade, sendo mesmo levado a identificar na personagem Höfgen a figura de Gründgen, não havia como deixar de reconhecer o conteúdo injurioso das afirmações contidas na obra. O direito de liberdade artística não teria precedência sobre os demais direitos, devendo, por isso, o juízo

ADI 4451 / DF

de ponderação entre a liberdade artística e os direitos de personalidade ser decidido, na espécie, em favor do autor.

O Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) rejeitou a revisão interposta sob a alegação de que o direito de liberdade artística encontra limite imanente (*imannente Begrenzung*) no direito de personalidade assegurado constitucionalmente. Esses limites são violados se, a pretexto de descrever a vida ou a conduta de determinadas pessoas, atribui-se a elas prática de atos negativos absolutamente estranhos à sua biografia, sem que se possa afirmar, com segurança, que se cuida, simplesmente, de uma imagem hiperbólica ou satírica.

A editora-recorrente sustentou na *Verfassungsbeschwerde* impetrada que as decisões dos Tribunais violavam os artigos 1, 2, I, 5, I e III, 14 (direito de propriedade) e 103, I, todos da Lei Fundamental, bem como os postulados da proporcionalidade e da segurança jurídica.

O Tribunal Constitucional reconheceu que a descrição da realidade integra o âmbito de proteção do direito de liberdade artística, isto é, a chamada arte engajada não estaria fora da proteção outorgada pelo art. 5º, III, da Lei Fundamental.

A ementa do acórdão fornece boa síntese dos fundamentos da decisão:

“N. 16

1. Art. 5, III, 1.º período da Lei Fundamental representa uma norma básica da relação entre o Estado e o meio artístico. Ele assegura, igualmente, um direito individual.

2. A garantia da liberdade artística abrange não só a atividade artística, como a apresentação e a divulgação das obras de arte.

3. O direito de liberdade artística protege também o editor.

4. À liberdade artística não se aplicam nem a restrição do art. 5.º, II, nem aquela contida no art. 2.º, I, 2.º período.

5. Um conflito entre a liberdade artística e o âmbito do direito de personalidade garantido constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro na ordem de valores estabelecida pela Lei Fundamental; nesse sentido, há de ser considerada,

ADI 4451 / DF

particularmente, a garantia da inviolabilidade do princípio da dignidade humana consagrada no art. 1.º, I". (Decisão da Corte Constitucional, vol. 30, p. 173).

Reconheceu-se, pois, que, embora não houvesse reserva legal expressa, o direito de liberdade artística não fora assegurado de forma ilimitada. A garantia dessa liberdade, como a de outras constitucionalmente asseguradas não poderia desconsiderar a concepção humana que balizou a Lei Fundamental, isto é, a ideia de homem como personalidade responsável pelo seu próprio destino, que se desenvolve dentro da comunidade social.

O não estabelecimento de expressa reserva legal ao direito de liberdade artística significava que eventuais limitações deveriam decorrer, diretamente, do texto constitucional. Como elemento integrante do sistema de valores dos direitos individuais, o direito de liberdade artística estava subordinado ao princípio da dignidade humana (LF, art. 1.º), que, como princípio supremo, estabelece as linhas gerais para os demais direitos individuais. O modelo de ser humano, pressuposto pelo art. 1.º, I, da Lei Fundamental, conformaria a garantia constitucional de liberdade artística, assim como esta seria influenciada, diretamente, pela concepção axiológica contida no art. 1º, I.

No caso em apreço, considerou-se que os tribunais não procederam a uma aferição arbitrária dos interesses em conflito, mas, ao revés, procuraram avaliar, de forma cuidadosa, os valores colidentes, contemplando, inclusive a possibilidade de determinar uma proibição limitada do romance (publicação com esclarecimento obrigatório).

Transcrevo, por fim, sistematização realizada por Eduardo André Folque Ferreira que, com base em jurisprudência e doutrina portuguesa, alemã e de outros países, lista as principais questões relacionadas à liberdade de criação artística:

a) a liberdade de criar (produzir) e a de não criar, independentemente do talento ou génio do artista;

ADI 4451 / DF

b) a liberdade de criar, consentindo, ou não, divulgar a obra;

c) o direito a divulgar (compreendendo a reprodução), a obra própria ou alheia (consentida a divulgação), podendo esta mesma divulgação conferir um valor artístico criativo acrescentado;

d) a liberdade de escolha do gênero, das técnicas e dos meios de manifestação artística, bem como o de fazer surgir novas modalidades de intervenção artística;

e) a liberdade de acompanhar ou de dissidir das tendências e movimentos artísticos;

f) a proteção contra intromissões (por direção ou orientação) não consentidas (livremente) relativas ao tempo da criação, ao seu conteúdo (significante), ao seu objeto (significado) e os direitos a reagir e a exigir defesas contra as mesmas ingerências;

g) o direito a ver acompanhada a exteriorização da obra pelo reconhecimento do vínculo desta com a personalidade do artista, por forma a ver respeitada a paternidade e a integralidade da obra;

h) o direito a introduzir modificações sobre a obra produzida;

i) o direito de acesso aos meios necessários para a criação artística;

j) direito de praticar atos jurídicos concernentes, quer ao processo criativo, quer ao seu resultado (a obra);

k) direito ao segredo sobre a atividade criadora e sobre a obra não divulgada;

l) direito a não ser privado da atividade artística;

m) garantia contra os efeitos discriminatórios por conta de apreciações não artísticas da obra de arte;

n) garantia contra apreciações estéticas negativas da obra lesivas da atividade artística (a liberdade da arte não pode depender da qualidade da obra, nem ser reservada aos autores de reconhecido talento) (FERREIRA, Eduardo André Folque. **Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e**

ADI 4451 / DF

sentimentos religiosos. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, vol. XLII, n.1, 2001, p. 231)

Vê-se, portanto, a amplitude da liberdade artística.

c) Liberdade artística na jurisprudência do STF

Em relação à colisão entre liberdade artística e outros direitos, este Supremo Tribunal Federal ainda não teve muitas oportunidades de se manifestar e desenvolver densa teoria sobre o tema.

c.1) Limites da liberdade de expressão artística – diretor teatral

Alguns conceitos de liberdade de expressão e limites da arte foram aventados no HC 83.996, de relatoria originária do Ministro Carlos Velloso, e julgado pela Segunda Turma desta Corte.

No caso, buscava-se o trancamento da ação penal que atribuíra ao réu, conhecido diretor teatral, incursão nas penas do art. 233 do Código Penal, ao argumento de que a simulação de masturbação e a exibição das nádegas, após o termino de peça teatral, em reação a vaias do público, caracterizaria ofensa ao pudor.

O impetrante sustentou que a denúncia oferecida contra o paciente era inepta, razão por que deveria ser trancada a ação penal pelos fundamentos de: a) atipicidade da conduta descrita na inicial, pois o conceito de pudor público, elemento normativo do tipo, deveria ser interpretado de acordo com o local e as circunstâncias em que a conduta fora praticada; b) relatividade do grau ofensivo da nudez humana e do próprio conceito de ato obsceno, nos dias atuais; c) ausência de conotação sexual na atitude do paciente, mas de desprezo pela parte do público que o vaiava.

O exame objetivo do caso demonstrava que a discussão estava inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. No entanto, entendi que, se a sociedade moderna dispõe de

ADI 4451 / DF

mecanismos específicos e adequados de controle, como a própria crítica, faz-se dispensável o enquadramento penal.

Em voto-vista, apresentei, ademais, antiga decisão da própria Segunda Turma em que a caracterização da obscenidade fora diferenciada em razão do público-alvo. No feito, o relator, Min. Aliomar Baleeiro, ressaltara que:

“À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes. A apreensão de periódicos obscenos cometida ao juiz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação absoluta do acesso de adultos que o queiram ler. Nesse sentido, o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 18534, Min. Aliomar Baleeiro, j. em 1.10.1968 – Segunda Turma)

Concluí, então, que o “o conceito de obsceno, imoral, contrário aos bons costumes é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores.”

A reação do público, em si, ao vaiar o diretor teatral em protesto à qualidade da obra apresentada, deveria ser interpretada dentro do contexto em que inserida, ou seja, tratava-se de manifestação realizada dentro de teatro, por público adulto e consciente do que poderia ser esperado da proposta artística.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal acabou por deferir o pedido de *habeas corpus* e determinou, em consequência, a extinção do

ADI 4451 / DF

processo penal de conhecimento, com o imediato trancamento da ação penal, em virtude de se haver registrado empate na votação.

c.2) Biografias não-autorizadas

A ADI 4815, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, é exemplo mais recente de caso em que este Tribunal apreciou limites da liberdade artística quando em confronto com outros direitos constitucionalmente garantidos.

Tratava-se de ação em que se discutia a necessidade de autorização prévia de pessoas biografadas, nos termos do possivelmente interpretado dos artigos 20 e 21 do Código Civil, em razão de eventual limitação à liberdade de expressão e do direito à informação.

Nos termos da redação desses dispositivos:

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 da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A requerente, a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), defendeu que a redação desses dispositivos, ao não prever exceções, estabeleceria uma censura prévia, contrariando o artigo 5º, incisos IV e IX - liberdade de manifestação do pensamento-, além do artigo 5º, XIV CF -

ADI 4451 / DF

XIV (“*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”).

A ação acabou por ser julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).”

O STF concluiu, então, que a autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. Restou consignado, ademais, que a proibição de censura não obsta, porém, a que o indivíduo assumas as consequências, não apenas cíveis, como igualmente penais, do que expressou.

Faço, agora, algumas considerações sobre a liberdade de imprensa.

1.2. Liberdade de imprensa

A liberdade de imprensa, essencial ao Estado Democrático de Direito, é valor em permanente afirmação e concretização, inclusive em nações de democracia avançada. Em países com histórico de instabilidade política e nas denominadas novas democracias, a paulatina construção dos fundamentos institucionais propícios ao desenvolvimento da liberdade de comunicação ainda representa um desafio e um objetivo a ser alcançado.

No Brasil, como não poderia deixar de ser, o permanente aprendizado da democracia, em constante evolução positiva desde o advento do regime constitucional instaurado pela Constituição de 1988, sempre foi indissociável da incessante busca por uma imprensa de fato livre.

Desde as primeiras positavações nas conhecidas declarações de direitos e textos constitucionais - já proclamava a Declaração de Direitos

ADI 4451 / DF

da Virgínia de 1776 (*Virginia Bill of Rights*) , em seu artigo 12: “*that the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty and can never be restrained but despotic governments*” –, a liberdade de imprensa constitui um valor em busca de plena realização; um ideal à procura de seu correspondente fático.

Entre a liberdade absoluta e a censura completa, a imprensa se desenvolveu ao longo dos últimos séculos em uma luta incessante em direção à primeira. Talvez tenha sido Alexis de Tocqueville quem, por meio da análise de uma mente estrangeira sobre a democracia nos Estados Unidos da América, revelou tão claramente a peculiar questão sobre a definição do conteúdo da liberdade de imprensa. Pensava Tocqueville: “*Se alguém me mostrasse, entre independência completa e a servidão inteira do pensamento, uma posição intermediária onde eu pudesse permanecer, talvez me estabelecesse nela; mas quem descobrirá essa posição intermediária?*” (TOQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica; 1996, p. 198).

Dado curioso, nesse sentido, é que a grande maioria dos textos constitucionais, desde as primeiras declarações de direitos, proclamam expressamente a liberdade de imprensa como um valor quase absoluto, não passível de restrições por parte do governo ou mesmo do parlamento, por meio da lei.

Assim ocorreu com a citada Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (art. 12) e com outros textos constitucionais originados dos processos de emancipação das colônias britânicas da América (New Hampshire, art. XII; Carolina do Sul, art. XLIII; Delaware, art. 1º, sec. 5; Pennsylvania, art. XII; Maryland, art. XXXVIII; Georgia, art. IV, sec. 3; Massachusetts, art. XVI), que influenciaram decisivamente na redação final da 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América de 1791: “*O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião ou de proibir o seu livre exercício, ou para limitar a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e de pedir ao Governo a reparação de seus agravos*” (Cfr.: ASÍS ROIG, Rafael de; ANSUÁTEGUI ROIG, Javier; DORADO PORRAS, Javier. Los textos de las Colonias de Norteamérica y las Enmiendas a la

ADI 4451 / DF

Constitución. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÉNDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II. Volumen III. Madrid: Dykinson; 2001).

No Brasil, apesar de as primeiras Constituições preverem expressamente a possibilidade da lei restritiva da liberdade de imprensa (Constituição de 1824, art. 179, IV; Constituição de 1891, art. 72, § 12; Constituição de 1934, art. 113, 9; Constituição de 1937, art. 122, 15; Constituição de 1946, art. 141, § 5º; Constituição de 1967/69, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 adotou disposição (art. 220) que muito se assemelha ao modelo liberal clássico de garantia da liberdade de imprensa: “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”.

A positivação nos textos constitucionais da liberdade de imprensa como valor imune a restrições de todo tipo não impediu, porém, a delimitação legislativa e jurisprudencial a respeito de seu efetivo conteúdo. A análise da história nos revela que, no processo contínuo de afirmação, positivação e concretização da liberdade de imprensa, os Tribunais cumpriram papel decisivo na interpretação e aplicação desses textos constitucionais.

A história de progressiva efetivação do valor da liberdade de imprensa se confunde com a própria história de definição jurisprudencial de seus limites pelas Cortes Constitucionais. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito encontra-se na jurisprudência constitucional a respeito da definição dos limites à própria liberdade de imprensa.

No debate permanente entre a liberdade absoluta e a liberdade restrita, a jurisprudência das Cortes produziu duas vertentes ou duas concepções sobre o significado ou o conteúdo da liberdade de imprensa.

Nos Estados Unidos da América, formaram-se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1ª Emenda: a primeira, uma concepção liberal, enfatiza o bom funcionamento do “mercado das idéias” e remonta ao voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso *caso Abrams*; a

ADI 4451 / DF

segunda, uma concepção cívica ou republicana, ressalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no voto de Louis D. Brandeis no *caso Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan* (Cfr.: SUSTEIN, Cass R.. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176).

Na Alemanha, o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), por meio de uma jurisprudência constante que possui marco inicial no famoso *caso Lüth*, construiu o conceito de dupla dimensão, duplo caráter ou dupla face dos direitos fundamentais, enfatizando, por um lado, o aspecto subjetivo ou individual, e por outro, a noção objetiva ou o caráter institucional das liberdades de expressão e de imprensa.

Analisarei cada uma dessas tradições jurisprudenciais, que revelam o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito.

a) Interpretações da 1ª Emenda à Constituição Norte-Americana

Nos Estados Unidos, apenas na segunda década do século XX, foi instaurada uma verdadeira e profunda discussão sobre o conteúdo e os limites constitucionais da liberdade de imprensa protegida pela 1ª Emenda, quando a Corte Suprema foi chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis restritivas editadas pelo Congresso.

São conhecidos os históricos pronunciamentos de Oliver W. Holmes nos casos *Schenck v. United States* (249 US 47, 1919) e *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919). Se no primeiro caso (*Schenck v. United States*) o Justice Holmes criou a doutrina do “perigo claro e iminente” (*clear and present danger*) para justificar a constitucionalidade da lei restritiva (Lei de Espionagem de 1917, editada durante a 1ª guerra mundial), no seguinte caso (*Abrams v. United States*) Holmes divergiu de seus pares com o famoso pronunciamento em torno do “mercado de ideias” (*market in ideas*):

“when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very

ADI 4451 / DF

foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country."

Os fundamentos do voto divergente de Holmes configuram o que Cass Sustein denomina de o primeiro modelo de interpretação da 1ª Emenda (SUSTEIN, Cass R.. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176).

Holmes defendia, em verdade, a diversidade, a concorrência e o livre intercâmbio de ideias como o único modo idôneo de se buscar a verdade. Uma interpretação das liberdades de expressão e de imprensa que muito se assemelha às concepções defendidas por John Milton, em 1644, no discurso "Aeropagítica" – certamente um dos textos mais expressivos contra a censura da imprensa e sobre a necessidade da livre e ampla circulação de opiniões como forma de alcance do conhecimento e da verdade. Para Milton, "a opinião, entre homens de valor, é conhecimento em formação". Indagava então John Milton ao Parlamento inglês: "Quem jamais ouviu dizer que a verdade perdesse num confronto em campo livre e aberto?" (MILTON, John. *Aeropagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks; 1999).

Talvez seja essa uma das mais importantes funções das liberdades de expressão e de imprensa na democracia. O livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema democrático e para a existência de uma sociedade aberta.

ADI 4451 / DF

Essas concepções da liberdade encontram na obra de John Stuart Mill - "On liberty" – uma de suas melhores exposições. Como bem observou Isaiah Berlin, outro grande pensador das liberdades, a obra de Stuart Mill *"ainda é a mais clara, sincera, persuasiva e instigante exposição do ponto de vista dos que desejam uma sociedade aberta e tolerante"* (Introdução à obra: MILL, John Stuart. *A liberdade; utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes; 2000, p. XLVII).

Ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, Mill enfatizava que nada mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a expressão de uma opinião. Em suas memoráveis palavras: *"Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade"* (op. cit. p. 29). E continua para afirmar, categoricamente, que *"o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana"* (op. cit. p. 29).

A Suprema Corte norte-americana ainda manteve por um tempo seu posicionamento a favor das leis e medidas administrativas restritivas da liberdade de imprensa em casos posteriores – *Pierce v. United States* (1920), *Gitlow v. New York* (1925), *Whitney v. California* (1927) -, porém com os votos dissidentes de Holmes, que representam um marco na história da concepção liberal da proteção das liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos (Cfr.: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado; 2006).

Por outro lado, o famoso caso *New York Co. v. Sullivan* (376 US 254, 1964) representa o ponto culminante da formação de uma concepção que se iniciou em James Madison, foi acolhida por Louis D. Brandeis em voto no caso *Whitney v. California* e encontrou uma de suas melhores expressões no importante trabalho de Alexander Meiklejohn, que associou o princípio do *free speech* com o ideal de democracia deliberativa (SUSTEIN, Cass R.. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme*

ADI 4451 / DF

Court. Cambridge: Harvard University; 1999, p. 176).

Decidiu a Suprema Corte, no *caso Sullivan*, que, para a efetiva garantia das liberdades de expressão e de imprensa, não se poderia exigir dos comunicadores em geral a prova da verdade das informações críticas aos comportamentos de funcionários públicos. O requisito da verdade como condição obrigatória de legitimidade das críticas às condutas públicas seria equiparável à censura, pois praticamente silenciaria quem pretendesse exercer a liberdade de informação. Mesmo nas hipóteses em que se pudesse ter certeza da veracidade das informações, a dúvida poderia persistir sobre a possibilidade de prova dessa verdade perante um Tribunal. Tal sistema suprimiria a vitalidade e a diversidade do debate público e democrático e, dessa forma, não seria compatível com as liberdades de expressão e de informação protegidas pela 1ª Emenda.

A decisão cita expressamente o pensamento de Madison, no sentido de que o direito de criticar e discutir as condutas públicas constitui um princípio fundamental da forma democrática e republicana de governo na América. Trata-se de um modelo que incorpora a ideia cívica e republicana de soberania popular simbolizada pelo “*We the people*”.

A jurisprudência firmada em *Sullivan* foi posteriormente aplicada pela Corte norte-americana em outros casos: *Rosenblatt v. Baer* (1966), com extensão aos candidatos a cargos públicos; *Curtis Publishing Co. v. Butts* e *Associated Press v. Nalker* (1967), aplicando-se o entendimento a figuras públicas que não estivessem desempenhando funções oficiais; *Rosenbloom v. Metromedia* (1971), estendendo-se aos casos em que não há uma figura pública mas tem-se assuntos de transcendência pública.

Como observa Cass Sustein, o *modelo madisoniano* de interpretação da 1ª Emenda traduz o direito de livre expressão como uma parte fundamental do sistema constitucional de deliberação pública e democrática. Essa visão da Constituição não seria contrária à possibilidade de intervenção regulatória do Estado no sentido de promover e aperfeiçoar o debate público e de assegurar o bom funcionamento do regime democrático (SUSTEIN, Cass R.. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard

ADI 4451 / DF

University; 1999, p. 176).

Entre concepções liberais, individuais ou subjetivas, por um lado, e outras concepções cívicas, republicanas, democráticas ou objetivas, por outro, 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 liberdades.

O Tribunal Constitucional alemão não chegou a outra solução ao interpretar o art. 5º da Lei Fundamental de Bonn. É o que será analisado no tópico a seguir.

b) Dupla dimensão (subjetiva e objetiva) da liberdade de imprensa na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*

Se, nos Estados Unidos, é possível identificar essas duas tradições ou dois modelos de interpretação da liberdade de imprensa, na Alemanha, a jurisprudência do Tribunal Constitucional interpreta as liberdades de expressão e de imprensa protegidas pelo art. 5º da *Grundgesetz* de duas formas: como um direito subjetivo fundamental e como uma instituição ou garantia institucional.

b.1) Caso *Lüth*

O famoso *caso Lüth* (*BVerfGE* 7, 198, 1958) é, antes de tudo, um marco na definição do significado da liberdade de expressão na democracia. Em passagem emblemática, consignou o Tribunal o seguinte:

“O direito fundamental à livre expressão do pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes (*un des droits les plus précieux de l’homme*, segundo o Art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ele é elemento constitutivo, por excelência, para um ordenamento

ADI 4451 / DF

estatal livre e democrático, pois é o primeiro a possibilitar a discussão intelectual permanente, a disputa entre as opiniões, que é o elemento vital daquele ordenamento. (BVerfGE 5, 85 [205]). Ele é, num certo sentido, a base de toda e qualquer liberdade por excelência, “*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*” (Cardozo).”

Ao julgar a a ação, o TFC alemão reconheceu a dupla dimensão, subjetiva (individual) e objetiva (institucional), dos direitos fundamentais. Em primeira linha, considerou o Tribunal o seguinte:

“Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da ideia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente (dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos), a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público.”

Em seguida, não obstante, concluiu o Tribunal que:

“Da mesma forma é correto, entretanto, que a Constituição, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico, estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um **ordenamento axiológico objetivo**, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse

ADI 4451 / DF

sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos.”

Essa concepção formada pela Corte alemã evidencia que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados [HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts, der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 112; KREBS, Walter. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, in: *JURA*, p. 617 (619), 1988].

Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais — tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles, concebidos como garantias individuais — formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

b.2) Caso Lebach

No chamado *caso Lebach* (BVerfGE 35, 202), de 5.06.1973, no qual se discutiu problemática concernente à liberdade de imprensa em face aos direitos de personalidade. Cuidava-se de pedido de medida liminar formulado perante tribunais ordinários por um dos envolvidos em grave homicídio — conhecido o *assassinato de soldados de Lebach* — *Der Soldatenmord von Lebach* — contra a divulgação de filme, pelo Segundo Canal de Televisão (*Zweites Deutsches Fernsehen* — ZDF), sob a alegação de que, além de lesar os seus direitos de personalidade, a divulgação do filme, no qual era citado nominalmente, dificultava a sua ressocialização.

O Tribunal estadual de Mainz e, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido de liminar, entendendo,

ADI 4451 / DF

fundamentalmente, que o envolvimento no crime fez que o impetrante se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração.

Eventual conflito entre a liberdade de imprensa, estabelecida no art. 5.º, I, da Lei Fundamental, e os direitos de personalidade do impetrante, principalmente o direito de ressociação, haveria de ser decidido em favor da divulgação da matéria, que correspondia ao direito de informação sobre tema de inequívoco interesse público.

O recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) foi interposto sob alegação de ofensa aos artigos 1º, I (inviolabilidade da dignidade humana), e 2º, I, (...) da Lei Fundamental.

A Corte Constitucional, após examinar o documentário e assegurar o direito de manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Televisão, do Governo do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, a propósito do eventual processo de ressociação do impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e após ouvir especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, proibindo a divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante.

Ressaltou o Tribunal que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de atores.

Considerou, inicialmente, que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos da personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal (*freiheitlich demokratische Ordnung*) estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão.

Em apertada síntese, concluiu a Corte Constitucional:

ADI 4451 / DF

“Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.

A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social.”

No processo de *ponderação* desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetido a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade.

b.3) *Caso Spiegel*

A dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à liberdade de imprensa foi afirmada no também famoso caso *Spiegel*

ADI 4451 / DF

(*BVerfGE* 20, 62, 1966). Os fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional ressaltam, em primeiro lugar, a importância da imprensa como “elemento essencial” do Estado assente na liberdade (*Wesenelement des freiheitlichen Staates*), na seguinte passagem:

“Uma imprensa independente, não dirigida pelo poder público, não submetida à censura, é elemento essencial do Estado livre; especialmente a imprensa política livre, publicada periodicamente, é imprescindível para a democracia moderna. Se o cidadão deve tomar decisões políticas, tem ele [antes não somente] que ser amplamente informado, mas também deve poder conhecer as opiniões que outros formaram e ponderá-las em si. A imprensa mantém esta discussão constantemente viva; obtendo as informações, ela mesma toma posição e atua como poder orientador na discussão pública. Nela se articula a opinião pública; os argumentos são esclarecidos em discurso e réplica, ganham contornos definidos e, assim, facilitam ao cidadão o julgamento e a decisão. Na democracia representativa, a imprensa apresenta-se, ao mesmo tempo, como constante órgão de ligação e de controle entre o povo e seus representantes eleitos na Câmara Federal e no Governo. Ela resume, de maneira crítica, as opiniões e reivindicações que constantemente surgem na sociedade e em seus grupos, coloca-as em debate e as apresenta aos órgãos estatais politicamente ativos, que, dessa forma, podem constantemente medir suas decisões, também em relação a questões isoladas da política diária, com base no parâmetro das opiniões realmente defendidas em meio ao povo. Tão mais importante é a “tarefa pública” que cabe, assim, à imprensa, pelo fato desta tarefa não poder ser cumprida a contento pelo poder público organizado. As empresas da imprensa devem poder se organizar livremente no espaço social. Elas trabalham segundo princípios de economia privada e sob formas de organização de direito privado. Há, entre elas, concorrência intelectual e econômica na qual o poder público por princípio não pode intervir.”

ADI 4451 / DF

Em seguida, a Corte passa a analisar o caráter institucional da liberdade de imprensa, em trecho digno de nota:

“Corresponde à função da imprensa livre no Estado democrático sua posição jurídica definida constitucionalmente. A Constituição garante, no Art. 5, a liberdade de imprensa. Se, primeiramente – correspondendo à posição sistemática do dispositivo e seu entendimento tradicional –, é assegurado um direito fundamental subjetivo às pessoas e empresas que atuam na imprensa, o qual garante aos seus titulares liberdade em face do poder coercitivo do Estado e lhes assegura, em certas situações, uma posição jurídica privilegiada, o Art. 5 GG encerra, ao mesmo tempo, também um **aspecto jurídico-objetivo**. Ele garante o **instituto “imprensa livre”**. O Estado é – independentemente de direitos subjetivos dos indivíduos – obrigado a considerar, em sua ordem jurídica, em toda a parte onde o campo de validade de uma norma atinja a imprensa, o postulado de liberdade desta. As primeiras conseqüências disso são os postulados da livre criação de órgãos de imprensa, do livre acesso às profissões de imprensa, dos deveres de informação das autoridades públicas; mas poder-se-ia também pensar em um dever do Estado de combater os perigos infligidos a uma imprensa livre que poderiam advir da formação de monopólios de opinião. A autonomia da imprensa, assegurada pelo Art. 5 GG, estende-se da obtenção da informação até a divulgação das notícias e opiniões (BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260]). Por isso, diz respeito à liberdade de imprensa também uma certa proteção da relação de confiança entre a imprensa e [seus] informantes particulares. Ela é imprescindível, já que a imprensa não pode abdicar de informações particulares, mas esta fonte de informações só pode fluir abundantemente se o informante puder confiar, fundamentalmente, que o “sigilo da fonte” (*Redaktionsgeheimnis*) será mantido.”

O *caso Spiegel* é um marco na definição do significado da liberdade de imprensa na democracia e revela as “duas faces de Janus” dessa

ADI 4451 / DF

liberdade: a pessoal individual e a comunitária institucional. E, como bem assevera Manuel da Costa Andrade, “*só uma compreensão atenta às ‘duas raízes’ e ao contributo irredutível de qualquer delas pode ajustar-se ao sentido da liberdade de imprensa na experiência da moderna sociedade democrática*” (ANDRADE, Manuel da Costa **Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 42).

O Tribunal alemão reafirmou o aspecto objetivo ou institucional da liberdade de imprensa em outros casos importantes. Em *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961), afirma-se que a liberdade de imprensa é “*o instrumento mais importante da formação da opinião pública*”. Em *Blinkfüer* (BVerfGE, 25, 256, 1969), o Tribunal novamente deixa consignado que “*as liberdades de expressão e de imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação da opinião na democracia livre*”, utilizando a significativa expressão “*instituição da imprensa livre*”. Em *Solidaritätsadrese* (BVerfGE 44, 197, 1977), a Corte assevera que “*o conteúdo axiológico especial do direito fundamental da livre expressão na democracia livre fundamenta uma presunção básica da liberdade do discurso em todos os âmbitos, principalmente na vida pública*”.

O certo é que a dimensão objetiva ou institucional é elemento imprescindível de compreensão do significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. Não se pode negar que a liberdade de imprensa, além de uma pretensão subjetiva, revela um caráter institucional que a torna uma verdadeira *garantia institucional*.

c) Liberdade de imprensa – não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988 – ADPF 130.

No Brasil, sobre liberdade de imprensa merece destaque o julgamento da ADPF 130, de relatoria do Ministro Ayres Britto.

A ação foi proposta por agremiação partidária ao argumento de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988, bem como que

ADI 4451 / DF

outros careceriam de interpretação conforme .

O raciocínio elaborado ao longo do voto por mim proferido naquela ação constitucional apontava para a conclusão de que o Texto Constitucional de 1988, sobretudo no art. 220, não apenas legitima como também exige a intervenção legislativa em tema de liberdade de imprensa, com o propósito de efetivar a proteção de outros princípios constitucionais, especialmente os direitos a imagem, a honra e a privacidade.

Considerarei, ainda, na parte em que fui voto vencido, que a velha Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) deveria ser substituída por nova lei, que fosse aberta, na medida do possível, à autorregulação, fixando, dessa forma, princípios gerais e normas instrumentais de organização e de procedimento.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, acabou por julgar procedente a ação, e o acórdão restou assim ementado:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO 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 EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO

ADI 4451 / DF

ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

ADI 4451 / DF

(ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À

ADI 4451 / DF

INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da 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. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí 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. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique

ADI 4451 / DF

plenitude de comunicação. 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à 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). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e

ADI 4451 / DF

administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletam sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. 5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. 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. 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 um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos. 6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. 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. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda

ADI 4451 / DF

maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como 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. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

7. **RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS.** O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. **NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR.** A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da

ADI 4451 / DF

informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre 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. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa

ADI 4451 / DF

(justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público".

9. **AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA.** É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220).

10. **NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.** 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). 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 próprio texto da Lei Suprema.

10.2. 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

ADI 4451 / DF

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. 10.3 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". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. 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 normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. 11. EFEITOS JURÍDICOS 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,

ADI 4451 / DF

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 pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da 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". (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020)

Passo agora à análise do poder da imprensa, que, no contexto ora discutido, pode tomar proporções ainda maiores.

d) Abuso do poder da imprensa e direito de resposta

O poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa, como antes analisado, nasceu e se desenvolveu como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez a imprensa representa um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal.

Nesse sentido, Vital Moreira destaca que:

“No princípio a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se tratava era de assegurar a *liberdade da imprensa* face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa a todas as correntes e pontos de vista.

ADI 4451 / DF

Mas em breve se revelou que a imprensa era também um *poder social*, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam os interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.

Agora torna-se necessário defender não só a liberdade *da imprensa* mas também a liberdade *face à imprensa*." (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra Editora; 1994, p. 9).

O pensamento é complementado por Manuel da Costa Andrade, nos seguintes termos:

"Resumidamente, as empresas de comunicação social integram, hoje, não raro, grupos econômicos de grande escala, assentes numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal de mercados cada vez mais alargados. Mesmo quando tal não acontece, o exercício da atividade jornalística está invariavelmente associado à mobilização de recursos e investimentos de peso considerável. O que, se por um lado resulta em ganhos indisfarçáveis de poder, redundando ao mesmo tempo na submissão a uma lógica orientada para valores de racionalidade econômica. Tudo com reflexos decisivos em três direções: na direção do poder político, da atividade jornalística e das pessoas concretas atingidas (na honra, privacidade/intimidade, palavra ou imagem)." (op. cit. p. 62)

É compreensível, assim, que o exercício desse poder social muitas vezes acabe por ser realizado de forma abusiva. É tênue a linha que separa a atividade regular de informação e transmissão de opiniões do

ADI 4451 / DF

ato violador de direitos da personalidade. E os efeitos do abuso do poder da imprensa são praticamente devastadores e de difícil reparação total.

É fácil perceber que entre o indivíduo e os meios de comunicação há uma patente *desigualdade de armas*. Nesse sentido são as considerações de Manuel da Costa Andrade:

“Noutra perspectiva não pode desatender-se a manifesta e desproporcionada desigualdade de armas entre a comunicação social e a pessoa eventualmente ferida na sua dignidade pessoal, sempre colocada numa situação de desvantagem. Também este um dos sintomas da complexidade que as transformações operadas ou em curso, tanto ao nível do sistema social em geral, como no sistema da comunicação social, em especial, não têm deixado de agravar. Os meios de comunicação social, sobretudo os grandes meios de comunicação de massas configuram hoje instâncias ou sistemas autônomos, obedecendo a ‘políticas’ próprias e cujo desempenho dificilmente comporta as ‘irritações’ do ambiente, designadamente as da voz e dos impulsos do indivíduo. Nesta linha e a este propósito, Gadamer fala mesmo de ‘violência’ sobre a pessoa. A violência de uma opinião pública administrada pela ‘política’ da comunicação de massas e atualizada por uma torrente de informação a que a pessoa não pode subtrair-se nem, minimamente, condicionar. A informação – explícita o autor – já não é direta mas mediatizada e não veiculada através da conversação entre mim e o outro, mas através de um órgão seletivo: através da imprensa, da rádio, da televisão. Certamente, todos estes órgãos estão controlados nos estados democráticos através da opinião pública. Mas sabemos também como a pressão objetiva de vias já conhecidas limita a iniciativa e a possibilidade dos controles. Com outras palavras: exerce-se violência. Na síntese de Weber: entre o indivíduo e a imprensa dificilmente pode falar-se de igualdade de armas; aqui é o *ordinary citizen* que aparece invariavelmente como mais fraco e que tudo tem de esperar da proteção dos tribunais. A sua honra é por assim dizer

ADI 4451 / DF

sacrificada no altar da discussão política, isto é, socializada”
(op. cit. pp. 64-65)

Nesse contexto de total subordinação do indivíduo ao poder privado dos *mass media*, o direito de resposta constitui garantia fundamental e, como ensina Vital Moreira, “*um meio de compensar o desequilíbrio natural entre os titulares dos meios de informação – que dispõem de uma posição de força – e o cidadão isolado e inerte perante eles. O direito de resposta – continua o autor – releva justamente da divisão entre os detentores e os não detentores do poder informativo e visa conferir a estes um meio de defesa perante aqueles*” (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra Editora; 1994, p. 10).

O direito de resposta, também previsto na grande maioria dos países democráticos que resguardam a liberdade de imprensa – *derecho de réplica* (Espanha); *droit de réponse* e *droit de rectification* (França); *diritto di rettifica* (Itália); *Gegendarstellungsrecht* e *Entgegnungsrecht* (Alemanha) – é assegurado a todo aquele (pessoa física ou jurídica, pública ou privada) que sofra agravo proveniente de informação (notícia) errônea ou inverídica veiculada por meio da imprensa. Trata-se de uma garantia de resposta, retificação, correção, esclarecimento, contestação ou refutação da notícia inverídica ou errônea, de forma proporcional ao agravo sofrido, no mesmo meio de comunicação.

É o *princípio da igualdade de armas*, portanto, que fundamenta o direito de resposta, no sentido de assegurar ao indivíduo meios proporcionais de réplica em face da ofensa veiculada pela imprensa.

2. Importância da igualdade de chances no processo eleitoral

Os dispositivos impugnados teriam como objetivo primordial garantir a igualdade de condições em período eleitoral, evitando-se que manifestações, contrárias ou favoráveis, pudessem influenciar a definição do pleito.

Essencial ao processo eleitoral, o princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas

ADI 4451 / DF

instituições no complexo processo democrático. Sua base é, assim, uma *neutralidade* do Estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada (Cf. Dieter Grimm, Politische Parteien, in Ernst Benda, Werner Maihofer e Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Band 1, cit., p. 599 (626).

A importância do princípio da igualdade está no fato de que sem a sua observância não haverá possibilidade de se estabelecer concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático.

Considere-se, de imediato, que o postulado geral de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar o seu alcance, em princípio, às pessoas naturais, ou restringir a sua utilização a determinadas situações ou atividades. Nesse sentido, já observara Seabra Fagundes que:

“tão vital se afigura o princípio ao perfeito estruturamento do Estado democrático, e tal é a sua importância como uma das liberdades públicas, para usar a clássica terminologia de inspiração francesa, que, não obstante expresso como garantia conferida a ‘brasileiros e estrangeiros residentes no País’, o que denota, à primeira vista, ter tido em mira apenas as pessoas físicas, se tornou pacífico alcançar, também, as pessoas jurídicas” (Miguel Seabra Fagundes, O princípio constitucional de igualdade perante a lei e o Poder Legislativo, RF, 161/78; cf., também, Francisco Campos, Parecer, RDA, 72/403).

Em virtude da sua densidade axiológica, a chamada “força irradiante do princípio da igualdade” parece espalhar-se por todo o ordenamento jurídico, contemplando, de forma ampla, todos os direitos e situações. Daí ter asseverado Francisco Campos:

“A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar, na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros

ADI 4451 / DF

residentes no País. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. É como se o art. 141 da Constituição estivesse assim redigido: A Constituição assegura com 'igualdade os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: ..."' (Francisco Campos, Parecer de 19.5.1947, RF, 116/396)

Explicitando esse pensamento, acrescenta o insigne jurista que o princípio de igualdade tem por escopo a proteção da livre concorrência entre os homens em todos os âmbitos de atividade.

Registre-se o seu magistério:

“O alcance do princípio de igualdade perante a lei há de ser, portanto, interpretado na maior latitude dos seus termos, ou como envolvendo não só a hipótese de que, embora não havendo existido, venha, entretanto, a se criar no País o regime de classes, como toda e qualquer situação, a que, embora casualmente ou episodicamente, sem caráter sistemático, ou de modo puramente singular, se deixe de aplicar o critério ou a medida geral prevista para casos ou situações da mesma espécie, e se lhes aplique critério ou medida de exceção. O princípio não tem, portanto, como foco de incidência, um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a

ADI 4451 / DF

qual elas concebem não somente a ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica. O princípio de igualdade tem por principal função proteger e garantir a livre concorrência entre os homens, seja quando a sua atividade tem por objeto o poder, seja quando o polo de seu interesse são os bens materiais ou imateriais, cujo gozo exclusivo lhes é assegurado pelo direito de propriedade” (Francisco Campos, Parecer de 19.5.1947, RF, 116/396)

De resto, a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático, tendo como pressuposto essencial e inafastável a neutralidade do Estado.

É o que se constata na seguinte passagem do magistério de Francisco Campos:

“O regime liberal e democrático postula a concorrência não apenas como categoria histórica, mas como a categoria ideal da convivência humana. Ora, a concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio, que possa colocá-lo em situação especialmente vantajosa em relação aos demais. Esta, no mundo moderno, a significação do princípio da igualdade perante a lei. Por ele, todos ficarão certos de que na concorrência, tomada esta expressão no seu sentido mais amplo, o Estado mantém-se neutro ou não procurará intervir senão para manter entre os concorrentes as liberdades ou as vantagens a que cada um deles já tinha direito ou que venha a adquirir, mediante os processos normais da concorrência. O princípio de igualdade tem hoje, como se vê, um campo mais vasto de aplicação do que nos tempos que se seguiram imediatamente às suas primeiras declarações” (Francisco Campos, Parecer de 19.5.1947, RF, 116/396)

Vê-se, pois, que o princípio de igualdade entre os partidos políticos

ADI 4451 / DF

constitui elementar exigência do modelo democrático e pluripartidário.

3. Considerações finais

Não é difícil, pois, constatar, nessa linha de raciocínio, que a eventual divulgação de opiniões, sátiras, charges, trucagens ou qualquer outra forma de expressão que favoreça ou agrida determinado candidato ou coligação, pode sim vir a gerar desequilíbrio apto a influenciar o processo eleitoral.

Todavia, entendo, pelo exposto, que simplesmente proibir qualquer manifestação nesse sentido é medida extremamente desproporcional e desnecessária. Isso porque nosso sistema constitucional já possui mecanismos de controle *a posteriori*, o que nos permite o afastamento da censura prévia.

Na hipótese de inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, a qual pode gerar uma situação conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais*, o direito constitucional brasileiro tem condições de dar efetiva resposta.

Ademais, os dispositivos impugnados tendem a amordaçar manifestações de artistas ou da imprensa, que certamente ficariam receosos de emitir opiniões, sem saber ao certo se sua conduta poderia ou não ser tipificada como prejudicial ou favorável a determinado candidato ou coligação. Diversas situações poderiam ser submetidas a essa situação, inclusive críticas à gestão de políticos que concorrem à reeleição, por exemplo. Haveria, portanto, óbice à circulação de ideias, opiniões e informações, o que é essencial ao regime democrático e para a existência de uma sociedade aberta.

Nesses termos, voto pela confirmação da decisão adotada em medida cautelar, declarando-se inconstitucionais os incisos II e III, parte final, do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, os §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

21/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, entendo que os preceitos atacados encerram, em si, censura prévia, incompatível, portanto, com o que previsto no artigo 220, § 2º, da Constituição Federal.

Acompanho o Relator no voto proferido, inclusive quanto às razões veiculadas.

21/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O tema ora em julgamento **assume** magnitude inquestionável, **pois envolve** alegação de ofensa a um postulado essencial – *o postulado da liberdade de expressão e de criação artística* – **que constitui** nota qualificadora de uma sociedade e de um Estado fundados em bases democráticas.

Não há pessoas **nem** sociedades livres **sem** liberdade de expressão, de comunicação, de informação e de criação artística, **mostrando-se inaceitável** qualquer deliberação estatal, **cuja execução importe em controle do pensamento crítico, com o conseqüente** comprometimento da ordem democrática.

É por isso que o acesso à informação – que **também** se exterioriza em programas humorísticos, charges, sátiras e espetáculos **transmitidos** no curso do processo eleitoral – **qualifica-se** como objetivo primacial de uma sociedade livre e democrática!

Essa **estranha** (e preocupante) **tentação autoritária** de interferir, de influenciar **e** de cercear a comunicação social, **especialmente** quando ela **traduz** crítica mordaz, dura e implacável, **não** pode ser tolerada **nem** admitida **por esta** Suprema Corte.

O alto significado da liberdade de manifestação do pensamento, **inclusive** no campo da criação artística, **reside no fato**, em tudo relevante, **de que a liberdade de expressão**, que se acha positivada na declaração constitucional de direitos, **representa** elemento fundamental de garantia da integridade do regime democrático **e** de preservação de sua própria existência.

ADI 4451 / DF

Consciente do relevo desse tema, **impregnado** de tão significativa importância política, jurídica, social e cultural, **eis que o riso traz, em si**, uma forte carga de expressão semiológica, **entendo oportuno destacar** o sentido de universalidade de que se acham investidos, *na experiência dos povos*, **tanto** o riso **quanto** o humor.

Exemplo dessa preocupação universal **reside** em uma interessante matéria **publicada** na Argélia, **intitulada** “Defender o riso”, **que obteve** grande sucesso popular, **pois nela se demonstrou**, *pelo relato de uma fábula política* (tão assustadoramente próxima da realidade), **que a interdição do humor e do riso**, *além de irracional e abusiva*, **mostra-se prática estatal** absolutamente **incompatível** com o modelo democrático **que deve inspirar** a formação de sociedades livres.

Refiro-me ao escritor argelino AZIZ CHOUAKI, que, **a partir** de suas reflexões em torno do riso e do humor **como expressões** da liberdade de criação artística e de manifestação do pensamento, **construiu** um universo ficcional **no qual relata**, *em novela por ele escrita em 1990*, que, **em um tempo histórico indeterminado**, “os partidos políticos, por unanimidade, **decidiram eliminar** o riso, na Argélia, **perseguindo e executando** os comédicos, os escritores e os artistas, **destruindo** livros e filmes engraçados e, enfim, **aprisionando o riso numa redoma**. Ao cabo de um século, o riso estava completamente abolido do inconsciente do argelino. **Um grupo de resistentes**, contudo, **dirigido** por um grão-mestre, **conseguiu recuperar a redoma e abri-la**. Então, **escutou-se um som contido**, de início, depois cada vez mais perceptível. Como uma enorme gargalhada. Ao ouvir isso, o mestre (...) **riu**, pela primeira vez, na vida e entregou a sua alma, cheio de graça e feliz (...). **Saindo da redoma em profusão**, **o riso** (...), **docemente, passou a animar** as flores, os pássaros, as árvores, as ilhas. **Depois, cada vez mais**, o riso se tornava majestoso e amplo, atingindo as cidades, as casas, as ruas, as crianças, os homens (...) as estrelas” (apud GEORGES MINOIS, “História do Riso e do Escárnio”, p. 556/557, 2003, Editora UNESP – grifei).

ADI 4451 / DF

No processo de comunicação social e no plano da semiótica da cultura, o riso e o humor assumem posição de inquestionável relevo e importância na história do pensamento e no curso do desenvolvimento das instituições.

O riso, por isso mesmo, deve ser levado a sério, pois constitui, *entre as várias funções que desempenha*, o papel de poderoso instrumento de reação popular e de resistência social a práticas que caracterizam ensaios de dominação governamental, de opressão do poder político, de abuso de direito ou de desrespeito aos direitos dos cidadãos.

Na verdade, o riso e o humor traduzem expressões de representação e de percepção da realidade em que o povo vive e que lhe permitem adotar medidas que neutralizem, *por repúdio popular*, os agravos que os maus governantes e ímprobos administradores públicos lhe causam.

Sob tal aspecto, e nisso reside a sua grande virtude, o humor (como causa) e o riso (como sua consequência), notadamente quando corrosivos, qualificam-se como instrumentos de desconstrução de governos desonestos e de ordens autoritárias, cuja nocividade à prática democrática deve ser neutralizada *pela ação positivamente dissolvente* daqueles que, rindo (ou fazendo rir), põem termo aos abusos e aos excessos cometidos pelos poderes instituídos e pelas autoridades e agentes do Estado.

O humor e o riso, bem por isso, são meios que denotam expressões reveladoras *de verdadeira metáfora das liberdades*.

Para MOLIÈRE, o homem ri “na proporção da gravidade com que enfrenta as suas próprias adversidades”. “Ridendo, Castigat Mores”. A esse respeito, vale lembrar algumas reflexões feitas por um notável magistrado paulista, o eminente Desembargador JOSÉ RENATO

ADI 4451 / DF

NALINI, **que foi Presidente** do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Os Romanos, em sua sabedoria, consagraram o brocardo: o riso castiga os costumes. O que significa isso? O humor é uma forma irônica de ridicularizar as condutas condenáveis. A impotência de muitas pessoas para corrigir as anomalias comportamentais da classe política se traduz em piadas. Se não se pode fazer outra coisa, pelo menos zombe daqueles que se embaraçam na vida pública e não sabem distinguir o que é do povo e o que é interesse próprio.

.....
O constituinte ofereceu o modelo de uma Democracia participativa e isso significa efetiva necessidade de atuar na gestão da coisa pública. De restaurar a respeitabilidade da política. De mostrar ao detentor do cargo público que ele é transitório servidor do povo e que está condicionado a atender ao interesse coletivo. Governo não é dono do povo. Governo é escravo do povo. No momento em que essa verdade vier a ser descoberta, o Brasil talvez possa de novo sonhar com o seu destino de nação digna.” (grifei)

O recurso à derrisão, no âmbito político-eleitoral, **constitui**, na perspectiva de uma dialética do humor, verdadeira antítese ao que é grotesco, ao que é desonesto, ao que é fraudulento, ao que é abusivo, ao que é enganador. **Em uma palavra**: o riso e o humor **são expressões** de estímulo à prática consciente da cidadania e ao livre exercício da participação política, **enquanto configuram, eles próprios, manifestações** de criação artística.

O riso e o humor, por isso mesmo, *são transformadores, são renovadores, são saudavelmente subversivos, são esclarecedores, são reveladores. É por isso que* são temidos pelos detentores do poder **ou** por aqueles que buscam ascender, **por meios desonestos**, na hierarquia governamental.

ADI 4451 / DF

Daí a observação de GEORGES MINOIS (“**História do Riso e do Escárnio**”, 2003, Editora UNESP), para quem “*o debate livre não pode prescindir da ironia. Riso e democracia são indissociáveis, apesar de os regimes autoritários, que se baseiam num pensamento único, não conseguirem tolerar esse distanciamento criado pelo riso. O riso de combate (...) conhece (...) um extraordinário renascimento no século XIX (...). Porém, já desponta um riso mais moderno, mais vasto, que engloba tudo, riso de Demócrito para alguns, riso diabólico para outros, riso do nonsense, do absurdo (...), o riso filosófico, o riso fino, o riso irônico (...)*” (grifei).

O humor e o riso constituem armas preciosas, instrumentos poderosos de insurgência contra os excessos do poder, contra os desmandos dos governantes, contra os abusos da burocracia estatal, contra o menosprezo das liberdades, contra o domínio da mentira, contra o domínio da fraude.

O riso, no fundo – seja ele o riso cético de Demócrito, ou o cínico de Diógenes, ou o satírico de Juvenal, ou o catártico, ou o festivo, ou o solitário, ou o amargo, ou o polido, ou o filosófico ou o político –, traduz expressão de uma das respostas fundamentais do ser humano perante o dilema da existência e os desafios com que nos defrontamos ao longo de nossa vidas.

Daí a aversão, o medo e a repulsa ao riso e ao humor, manifestados por aqueles que controlam o aparelho de Estado ou por aqueles que desejam assumir-lhe os postos de direção.

O fato é que o riso, especialmente o riso satírico, o riso corrosivo, é instrumento de combate, pois “*o riso seduz, intriga, desestrutura, provoca a cólera ou a admiração (...)*”.

Nesse contexto, reveste-se de significativa importância a proteção à liberdade de criação artística e de expressão do pensamento.

ADI 4451 / DF

Sabemos que a liberdade de manifestação do pensamento, **revestida** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger qualquer pessoa cujas opiniões **possam, até mesmo, conflitar** com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, **impedindo** que incida sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, **não obstante minoritárias, qualquer** tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, **pois todos não de ser igualmente livres para exprimir ideias, ainda que estas** possam insurgir-se ou revelar-se **em desconformidade frontal com a linha** de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

As ideias, ninguém o desconhece, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras **ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando** mudanças, **superando** imobilismos **e rompendo** paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, **em tudo compatíveis** com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento **não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que** as ideias **possam** florescer, **sem indevidas restrições**, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado** em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: **o respeito ao pluralismo político e à tolerância.**

Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias, eis que tal prerrogativa individual (e também coletiva) **representa** um signo inerente às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, **vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético**, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, **em dado momento histórico-cultural, o “mainstream”, ou seja, a corrente dominante** em determinada sociedade.

ADI 4451 / DF

Em uma palavra: o direito de criticar, de opinar e de dissentir, qualquer que seja o meio de sua veiculação, **representa** irradiação das liberdades do pensamento, *de extração eminentemente constitucional*.

Bastante expressiva, também, *a esse respeito*, **foi a decisão** que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **proferiu**, *por unanimidade*, **no julgamento da ADPF 187/DF, de que fui Relator**, que restou consubstanciado, *no ponto ora em exame*, **em acórdão assim ementado**:

(...) A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – (...) – DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS – O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CE art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE

ADI 4451 / DF

RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – INADMISSIBILIDADE DA ‘PROIBIÇÃO ESTATAL DO DISSENSO’ – NECESSÁRIO RESPEITO AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, COMPREENDIDA COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO QUE DEVE VALORIZAR O CONCEITO DE ‘LIVRE MERCADO DE IDEIAS’ – O SENTIDO DA EXISTÊNCIA DO ‘FREE MARKETPLACE OF IDEAS’ COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA NÃO SE REVELA COMPATÍVEL COM A REPRESSÃO AO DISSENSO E QUE ESTIMULA A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE EM OBSÉQUIO AO SENTIDO DEMOCRÁTICO QUE ANIMA AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...).”

(ADPF 187/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Vê-se, portanto, que o direito de crítica e o direito ao dissenso – desde que não resvalam, abusivamente, quanto ao seu exercício, para o campo do direito penal, vindo a concretizar, em virtude de conduta

ADI 4451 / DF

desviante, qualquer dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) –, **encontram** suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que de sua prática possam resultar posições, opiniões ou ideias **que não reflitam** o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social **ou** que, até mesmo, **hostilizem** severamente, **por efeito** de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade.

Memoráveis, por isso mesmo, **as palavras** do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), **no caso** “United States v. Rosika Schwimmer” (279 U.S. 644), **proferidas**, em 1929, em notável e histórico voto vencido (**hoje qualificado** como uma “powerful dissenting opinion”), **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz Louis Brandeis, **nas quais** HOLMES **deixou positivado** um “dictum” imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **que reproduzo**, a seguir, em livre tradução:

“(...) but IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate.” (“mas, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, mais do que qualquer outro, é o princípio que consagra a liberdade de expressão do pensamento, mas não a liberdade do pensamento apenas em favor daqueles que concordam conosco, mas, sim, a liberdade do pensamento que nós próprios odiamos e repudiamos.”) (grifei)

Trata-se de fragmento histórico e retoricamente poderoso **que bem define** o verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de manifestação do pensamento: **garantir não apenas o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, proteger o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e, até mesmo, repudiamos!**

ADI 4451 / DF

Não se pode desconsiderar o fato de que o exercício concreto, *por qualquer cidadão ou pelos profissionais da imprensa*, da liberdade de expressão é legitimado pelo próprio texto da Constituição da República, que assegura, *a quem quer que seja*, o direito de expender crítica, *ainda que desfavorável ou contundente, irônica ou corrosiva*, contra quaisquer pessoas ou autoridades.

Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – *por mais dura que seja* – revele-se inspirada pelo interesse coletivo e decorra da prática legítima de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CE art. 5º, IV, c/c o art. 220).

A crítica exteriorizada pelos meios de comunicação social ou em programas artísticos, quaisquer que sejam os recursos utilizados, em especial o humor, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas.

É por tal razão que a crítica que os meios de comunicação social e os artistas e humoristas dirigem às pessoas públicas (*como as autoridades governamentais ou candidatos a mandatos eletivos*), por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, *quanto ao seu concreto exercício*, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade.

Lapidar, sob tal aspecto, a decisão emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciada em acórdão assim ementado:

“Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral

ADI 4451 / DF

larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma.”

(**ITJ 169/86**, Rel. Des. MARCO CESAR – grifei)

Vê-se, pois – **tal como tive o ensejo** de assinalar (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 398/2005) –, **que a crítica**, qualquer que tenha sido meio de sua divulgação, **quando inspirada** pelo interesse público, **não importando** a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, **ainda mais** quando dirigida **a figuras públicas ou a candidatos a cargos eletivos**, **não traduz nem se reduz**, em sua dimensão concreta, ao plano do abuso da liberdade de expressão, **não se revelando suscetível**, por isso mesmo, de sofrer **qualquer** repressão estatal **ou** de expor-se a **qualquer** reação hostil do ordenamento positivo.

O fato relevante, Senhora Presidente, **tal como assinala** VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR (“A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística”, p. 87/88, 1997, Editora FTD), **é que o reconhecimento da legitimidade** do direito de crítica – **que constitui** “pressuposto do sistema democrático” – **qualifica-se**, por efeito de sua natureza mesma, **como verdadeira** “garantia institucional da opinião pública”:

“(…) o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública.” (grifei)

Não foi por outro motivo – e aqui rememoro anterior decisão por mim proferida nesta Suprema Corte (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – **que o Tribunal Constitucional espanhol**, ao veicular as **Sentenças** nº 6/1981 (Rel. Juiz FRANCISCO RUBIO LLORENTE),

ADI 4451 / DF

nº 12/1982 (Rel. Juiz LUIS DÍEZ-PICAZO), nº 104/1986 (Rel. Juiz FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) e nº 171/1990 (Rel. Juiz BRAVO-FERRER), **pôs em destaque a necessidade essencial** de preservar-se a prática da liberdade de informação, **inclusive o direito de crítica** que dela emana, **como um dos suportes axiológicos** que informam e que conferem legitimação material **à própria** concepção do regime democrático.

É relevante observar, ainda, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em mais de uma ocasião, **também advertiu** que a **limitação** do direito à informação e do direito (dever) de informar, **mediante (inadmissível) redução** de sua prática “*ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, não se mostra constitucionalmente aceitável nem compatível com o pluralismo, a tolerância (...), sem os quais não há sociedade democrática (...)*” (**Caso Handyside**, Sentença do TEDH, de 07/12/1976).

Essa **mesma** Corte Europeia de Direitos Humanos, **quando do julgamento do Caso Lingens** (Sentença de 08/07/1986), **após assinalar** que “*a divergência subjetiva de opiniões compõe a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação*”, **acentua** que “*a imprensa tem a incumbência, por ser essa a sua missão, de publicar informações e ideias sobre as questões que se discutem no terreno político e em outros setores de interesse público (...)*”, **vindo a concluir**, em tal decisão, **não ser aceitável** a visão daqueles **que pretendem negar**, à imprensa, **o direito de interpretar** as informações e **de expender as críticas** pertinentes.

O pluralismo político (*que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância*) **exprime**, por tal razão, **um dos fundamentos estruturantes** do Estado democrático de Direito! É o que expressamente proclama, em seu art. 1º, inciso V, a **própria** Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade *de que se reveste* a liberdade de expressão **permite** afirmar que as **minorias também titularizam, sem**

ADI 4451 / DF

qualquer exclusão **ou** limitação, **esse direito básico**, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas ideias, de seus pleitos e de suas reivindicações, *sendo completamente irrelevantes*, para efeito de sua plena fruição, **quaisquer** resistências, *por maiores que sejam*, que a coletividade **oponha** às opiniões **manifestadas** pelos grupos minoritários, *ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares*.

É por isso que se mostra frontalmente inconstitucional **qualquer** medida que implique a inaceitável “*proibição estatal do dissenso*” **ou** de livre expressão gráfica, oral ou pictórica do pensamento crítico.

Cumprido por em evidência, neste ponto, *a função contramajoritária* do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito, **estimulando** a análise *da proteção das minorias na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional.

Na realidade, Senhora Presidente, **esse tema** acha-se *intimamente associado* ao presente debate constitucional, **pois concerne** ao *relevantíssimo* papel *que ao Supremo Tribunal Federal* incumbe desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades*: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias** *contra eventuais excessos da maioria ou, até mesmo, contra abusos perpetrados pelo próprio Poder Público e seus agentes*, **em ordem a impedir** a formação de um quadro *de submissão* de grupos minoritários *à vontade hegemônica* da maioria, **o que comprometeria**, *gravemente, por reduzi-lo*, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática das instituições do Estado, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários, **tal como advertem** GERALDO ATALIBA (“**Judiciário e Minorias**”, “*in*” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194) e PINTO FERREIRA (“**Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**”, tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT), *entre outros*.

ADI 4451 / DF

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A preferência do legislador constituinte *pela concepção democrática* do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, *por isso mesmo*, **há de ter consequências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, *nem mesmo os grupos majoritários*, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República.

A regra inscrita no inciso II do art. 45 da Lei nº 9.504/97 **revela-se conflitante** com o regime constitucional das liberdades do pensamento, **notadamente** com a liberdade de expressão **e** com a liberdade de imprensa, **pois** – *nunca é demasiado enfatizar* –, **a interdição** nela fundada **frustra, impede e obstrui, de modo indevido, a veiculação** de programas humorísticos **ou** a utilização de quaisquer outros recursos de áudio **ou** de vídeo **que se refiram a protagonistas do processo político-eleitoral**.

Correta, *por isso mesmo*, **a alegação** da entidade autora da presente ação direta, **exposta**, com absoluta propriedade, **por seu eminente Advogado**, o ilustre Professor Gustavo Binenbojm, **que assim fundamenta**, no ponto, quanto ao inciso II do art. 45 da Lei nº 9.504/97, **a pretensão de inconstitucionalidade** ora em exame:

“46. A leitura do inciso II conduz à conclusão de que os meios de comunicação estão impedidos, por exemplo, de produzir ou veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações. Trata-se, como soa evidente, de medida

ADI 4451 / DF

absolutamente incompatível com a Constituição e o sistema constitucional da liberdade de expressão, porque manifestamente desproporcional e excessiva.

47. Com efeito, a medida é inadequada, porquanto a construção de ambiente justo de debate não tem qualquer relação com a simples proibição 'tout court' de manifestações satíricas. A sátira é inerente à expressão artística e contém componente humorístico que deixa claro ao receptor da mensagem o seu teor fantasioso, com o que inexistente distorção da realidade. Isto é: todo aquele que, por exemplo, vê uma charge no jornal, ainda que sobre candidatos, ou questões de cunho eleitoral, sabe do que se trata, e não poderia se dizer enganado. Em outras palavras, a sátira, enquanto manifestação artística, não distorce o ambiente de deliberação e escolha.

48. A restrição é igualmente desnecessária, na medida em que há meios menos gravosos de se atingir a finalidade pretendida. O direito de resposta nos casos de ofensa à honra é, por exemplo, forma de garantir a manifestação artística, que não esvazia a criação de ambiente deliberativo, mas, ao contrário, amplifica-o. A proibição pura e simples revela-se verdadeiramente ilegítima devendo ser afastada por força da vedação do excesso (...).

49. A desproporcionalidade em sentido estrito da medida é igualmente manifesta, eis que seus supostos benefícios (na verdade inexistentes) são suplantados pelos seus custos, os quais implicam o cerceamento absoluto da manifestação satírica, enquanto meio artístico de crítica política.

50. A criação e a manifestação humorística possuem grande valor instrumental, pois incentivam a participação e fomentam a discussão sobre questões de interesse público, em incremento da deliberação e da democracia (...). Nesse caso, os programas humorísticos são, antes de tudo, um meio de promoção do debate e não de seu desvirtuamento. Eles atraem o público para a atuação dos candidatos, tornando a campanha eleitoral mais palatável para grande parte da população.

51. Trata-se, igualmente, de meio de crítica social importantíssimo para a coletividade, que deve olhar para os próprios problemas e lidar com as críticas e opiniões que deles podem

ADI 4451 / DF

admir. Ao realizar sátiras com os acontecimentos políticos do País, os programas humorísticos não desvirtuam a realidade, mas chamam atenção para ela. Indubitavelmente, contribuem para o debate social a respeito das questões que interferem no curso do processo eleitoral.

52. Todavia, a redação do inciso II do art. 45 da Lei nº 9.504/1997, ao proibir a veiculação de cenas que ‘degradem’ ou ‘ridicularizem’ os candidatos, estabelece uma restrição desproporcional a este tipo de manifestação artística, interferindo tanto na dimensão substantiva quanto na dimensão instrumental da liberdade de expressão. Nesse cenário, as restrições impostas pelo dispositivo representam grave interferência no direito à crítica social, restando evidente a inconstitucionalidade do inciso II do art. 45 da Lei nº 9.504/1997.” (grifei)

Sustenta-se, ainda, que seria inconstitucional, por veicular medida de caráter censório, a cláusula de vedação – inscrita no inciso III do art. 45 da Lei nº 9.504/97 – que proíbe às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seus noticiários, a partir de 1º de julho do ano da eleição, “difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.

Impende reafirmar, Senhora Presidente, por relevante, tal como proclamou o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI no julgamento da ADI 3.741/DF, que o direito à livre manifestação do pensamento, neste compreendida a prerrogativa de acesso à informação livre e plural, qualifica-se como “valor indissociável da ideia de democracia”, circunstância que confere inteira consistência ao fundamento invocado pela ABERT quando sustenta, com plena razão, a inconstitucionalidade do inciso III do art. 45 da Lei nº 9.504/97:

“63. Seja como for, o fato é que o inciso em exame, longe de atingir as finalidades a que se propõe, mostra-se desproporcional e excessivo, violando assim as liberdades de expressão e informação. De fato, na tentativa açodada de garantir um procedimento eleitoral justo e imparcial, o legislador atingiu em

ADI 4451 / DF

cheio o núcleo essencial da liberdade de expressão em sentido amplo – tanto em sua dimensão substantiva, quanto instrumental. Ignorando a Constituição, estabeleceu-se censura de natureza política e ideológica e embaraços claros ‘à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social’, em violação frontal ao que dispõe o art. 220, §§ 1º e 2º, da CF.

64. *Com efeito, a proibição contravém a perspectiva substantiva das liberdades de expressão, de imprensa e de informação, na medida em que: (i) impede que os indivíduos se informem livremente, decidindo previamente sobre o que as pessoas devem ou não considerar para formar suas convicções políticas; e (ii) proscreeve a exposição, por qualquer pessoa, de suas preferências políticas através de emissoras de rádio e televisão. Da perspectiva dos cidadãos, o efeito da norma é nitidamente paternalista, porquanto parte da premissa de que os brasileiros não têm capacidade para ouvir as diversas opiniões existentes no debate público, participar do discurso, se assim o desejarem, e tirar suas próprias conclusões. Já ‘da perspectiva dos meios de comunicação’, a medida tem tormentoso efeito silenciador, porquanto veda, ‘a priori’, a manifestação de opiniões, como se o ato de pensar e transmitir ideias não fosse permitido. Trata-se, assim, de inequívoca censura de natureza política e ideológica, que constitui grave embaraço à difusão do pensamento através de um veículo de comunicação, em grave afronta ao art. 220, ‘caput’ e §§ 1º e 2º, da CF.*

.....
69. *Como se vê, a proibição da veiculação de opiniões de terceiros, jornalistas ou não, sobre candidatos, partidos ou coligações, não se compadece com a Constituição brasileira, especialmente com o seu sistema de liberdades de expressão, imprensa e informação.” (grifei)*

Não custa insistir, neste ponto, considerado o caráter inequivocamente censório que se contém na regra inscrita no inciso III do art. 45 da Lei das Eleições, na asserção de que a Constituição da República revelou hostilidade a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a

ADI 4451 / DF

reprimir o **legítimo** exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento.

É **preciso advertir**, bem por isso, **notadamente** quando se busca promover, *como no caso*, a **interdição da crítica ou da opinião** veiculada pelos meios de comunicação social por emissoras de rádio e televisão, **que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas** pelos cidadãos em geral **ou** pelos profissionais dos meios de comunicação social.

Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como **precedentemente** assinalado, **representa**, *em seu próprio e essencial significado*, **um dos fundamentos** em que repousa a ordem democrática. **Nenhuma** autoridade, *mesmo a autoridade judiciária*, **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, **nem estabelecer** padrões de conduta cuja observância **implique restrição** aos meios de divulgação do pensamento. **Isso**, porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, **sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental**” **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “o **mais precioso privilégio dos cidadãos** (...)” (“Crença na Constituição”, p. 63, 1970, Forense – grifei).

Não constitui demasia insistir na observação de que a censura, *por incompatível com o sistema democrático*, **foi banida** do ordenamento jurídico brasileiro, cuja Lei Fundamental – **reafirmando** a repulsa à atividade censória do Estado, **na linha** de anteriores Constituições brasileiras (**Carta Imperial** de 1824, art. 179, nº 5; **CF/1891**, art. 72, § 12; **CF/1934**, art. 113, nº 9; **CF/1946**, art. 141, § 5º) – **expressamente vedou** “(...) qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (**CF/88**, art. 220, § 2º).

Cabe observar, ainda, que a rejeição à censura, além de haver sido **consagrada em nosso constitucionalismo democrático**, **representa expressão**

ADI 4451 / DF

de um compromisso que o Estado brasileiro **assumiu** no plano internacional, **pois o Brasil**, *entre tantos outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos*, **subscreveu** a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, **promulgada** pela III Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Esse estatuto **contempla**, *em seu Artigo XIX*, **previsão do direito à liberdade de opinião e de expressão**, **inclusive** a prerrogativa *de procurar, de receber e de transmitir informações e ideias* por **quaisquer** meios, **independentemente** de fronteiras.

O direito fundamental à liberdade de expressão, **inclusive** à liberdade de imprensa, **é igualmente assegurado** pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 19), **adotado** pela Assembleia Geral da ONU em 16/12/1966 **e incorporado**, formalmente, ao nosso direito positivo interno, em 06/12/1992 (Decreto nº 592/92).

Vale mencionar, também, por sumamente relevante, *a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, **promulgada** pela IX Conferência Internacional Americana, **realizada** em Bogotá, *em abril de 1948*, cujo texto assegura *a todos* a plena liberdade de expressão (Artigo IV).

A **Convenção Americana de Direitos Humanos**, **também denominada** *Pacto de São José da Costa Rica*, **garante**, por sua vez, às pessoas em geral **o direito à livre manifestação do pensamento**, **sendo-lhe absolutamente estranha a ideia de censura estatal**.

Eis o que proclama, *em seu Artigo 13*, esse pacto fundamental:

“Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem

ADI 4451 / DF

considerações de fronteiras, verbalmente **ou** por escrito, **ou** em forma impressa ou artística, ou por **qualquer** meio de sua escolha.

2. **O exercício do direito** previsto no inciso precedente **não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores**, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas." (grifei)

É interessante assinalar, neste ponto, **até mesmo** como registro histórico, **que a ideia da incompatibilidade da censura com o regime democrático já se mostrava presente** nos trabalhos **de nossa primeira Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, reunida** em 03/05/1823 **e dissolvida**, por ato de força, em 12/11/1823.

Com efeito, ANTONIO CARLOS RIBEIRO DE ANDRADA, **ao longo** dessa Assembleia Constituinte, **apresentou proposta que repelia**, de modo veemente, a prática da censura no âmbito do **(então)** nascente Estado brasileiro, **em texto que, incorporado ao projeto da Constituição, assim dispunha:**

"Artigo 23 – Os escritos não são sujeitos à censura nem antes nem depois de impressos." (grifei)

A razão dessa proposta de ANTONIO CARLOS RIBEIRO DE ANDRADA **prendia-se ao fato** de que D. João VI **editara**, então, havia pouco mais de dois anos, em 02 de março de 1821, **um decreto régio que impunha** o mecanismo da censura, **fazendo-nos recuar**, naquele momento histórico, **ao nosso passado colonial, período em que prevaleceu essa inaceitável restrição às liberdades do pensamento.**

ADI 4451 / DF

Preocupa-me, por isso mesmo, **tal como destaquei** na Rcl 18.566-MC/SP, de que sou Relator, **o fato de que o exercício, por alguns juízes e Tribunais, do poder geral de cautela tenha culminado por transformar-se em inadmissível instrumento de censura estatal, com grave comprometimento da liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de imprensa. Ou, em outras palavras: o poder geral de cautela tende, hoje, anormalmente, a traduzir o novo nome da censura!**

O fato é que não podemos – nem devemos – retroceder nesse processo de conquista **e de reafirmação das liberdades democráticas. Não se trata de preocupação retórica, pois o peso da censura** – ninguém o ignora – **é algo insuportável e absolutamente intolerável...**

RUI BARBOSA, em texto no qual registrou as suas considerações sobre a atuação do Marechal Floriano Peixoto durante a Revolução Federalista e a Revolta da Armada (“A Ditadura de 1893”), **após acentuar** que a “rule of law” **não podia** ser substituída pelo império da espada, assim se pronunciou sobre a questão da censura estatal:

“A Constituição **proibiu** a censura **irrestritamente, radicalmente, inflexivelmente. Toda lei** preventiva contra os excessos da imprensa, **toda lei** de tutela à publicidade, **toda lei** de inspeção policial sobre os jornais **é, por consequência, usurpatória e tirânica. Se** o jornalismo se apasquina, o Código Penal proporciona aos ofendidos, particulares, ou funcionários públicos, os meios de responsabilizar os verrineiros.” (grifei)

Sendo assim, Senhora Presidente, e com estas considerações, **acompanho o primoroso voto do eminente Relator e, em consequência, julgo procedente** a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT
ADV.(A/S) : GUSTAVO BINENBOJM E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADV.(A/S) : MARA HOFANS E OUTRO(A/S)

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (vogal):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT em face do inc. II do art. 45 da Lei n. 9.504/1997 e da expressão “*ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*”, constante do inc. III desse mesmo dispositivo.

2. A autora sustenta que “*os dispositivos legais em questão não se coadunam com a sistemática constitucional das liberdades de expressão e de imprensa e do direito à informação, garantias institucionais verdadeiramente constitutivas da democracia brasileira*”.

Afirma que “*tais normas geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, obrigadas a evitar a divulgação de temas políticos polêmicos para não serem acusadas de ‘difundir opinião favorável ou contrária’ a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. Além disso, esses dispositivos inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral*”.

ADI 4451 / DF

Aduz que, "em que pese o pretenso propósito do legislador de assegurar a lisura do processo eleitoral, as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), constituem garantias tão caras à democracia quanto o próprio sufrágio. Assim, a idéia de um procedimento eleitoral justo não exclui, mas antes pressupõe, a existência de um livre, aberto e robusto mercado de idéias e informações, só alcançável nas sociedades que asseguram, em sua plenitude, as liberdades de expressão e de imprensa, e o direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV)".

Conclui que "ao criar restrições e embaraços a priori à liberdade de informação jornalística e à livre manifestação do pensamento e da criação, no âmbito das emissoras de rádio e televisão, os incisos II e III da Lei Federal nº 9.504/1997 instituem verdadeira censura de natureza política e artística, de forma totalmente incompatível com a Constituição da República".

3. Este Supremo Tribunal deferiu medida cautelar "para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo":

"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997.

1. Situação de extrema urgência, demandante de providência imediata, autoriza a concessão da liminar 'sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado' (§ 3º do art. 10 da Lei 9.868/1999), até mesmo pelo relator, monocraticamente, ad referendum do Plenário.

2. 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. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela

ADI 4451 / DF

metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de 'manifestação do pensamento', liberdade de 'criação', liberdade de 'expressão', liberdade de 'informação'. Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de 'Fundamentais': a) 'livre manifestação do pensamento' (inciso IV); b) 'livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação' (inciso IX); c) 'acesso a informação' (inciso XIV).

3. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. A presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade sobre a conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa. A traduzir, então, a ideia-força de que abrir mão da liberdade de imprensa é renunciar ao conhecimento geral das coisas do Poder, seja ele político, econômico, militar ou religioso.

4. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Os jornalistas, a seu turno, como o mais desanuviado olhar sobre o nosso cotidiano existencial e os recônditos do Poder, enquanto profissionais do comentário crítico. Pensamento crítico que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de humorismo (tema central destes autos). A previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa.

ADI 4451 / DF

5. *Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de 'imprensa', sinônimo perfeito de 'informação jornalística' (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução 'humor jornalístico' enlaça pensamento crítico, informação e criação artística.*

6. *A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de 'restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei' (inciso III do art. 139).*

7. *O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de 'outorga' do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público*

ADI 4451 / DF

(espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo.

8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos.

9. Suspensão de eficácia da expressão 'ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes', contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto.

10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo." (ADI 4.451-MC-REF, Relator o Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 1º.7.2011)

4. A Câmara dos Deputados informa que a matéria seguiu os trâmites constitucionais e regimentais.

5. O Senado Federal sustenta que as regras questionadas "*não afrontam as liberdades de expressão, de informação e de comunicação, mas tão somente as conformam para proibir que o seu exercício tenha como fim especial o desequilíbrio da disputa eleitoral e como instrumento a transmissão de rádio ou de televisão*".

Alega que "*a temporária conformação das liberdades de expressão e de*

ADI 4451 / DF

comunicação contida na regra citada tem o claro propósito de assegurar a máxima eficácia da norma insculpida no art. 14, § 9º, da CF, com a qual devem ser ponderadas, preservando-se, em cada uma delas, o seu núcleo essencial".

6. O Presidente da República afirma não existir "o alegado descompasso entre a norma objeto de impugnação e a Carta da República".

7. O Partido Democrático Trabalhista – PDT foi admitido como *amicus curiae* e se manifestou pela procedência do pedido.

8. A autora insurge-se contra o inc. II do art. 45 da Lei n. 9.504/1997, pelo qual se veda às emissoras de rádio e televisão, após o encerramento do prazo para realização das convenções no ano das eleições, em sua programação normal e em seu noticiário, a utilização de trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou a produção ou veiculação de programa com esse efeito:

"Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

(...)

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;"

Também é impugnado pela ação direta o trecho do inc. III que proíbe, nesse mesmo período, a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes:

"Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário: (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

(...)

ADI 4451 / DF

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;" (grifo nosso)

9. Como anotei quando do deferimento da medida cautelar, o que se impõe na norma proibitiva, portanto, é uma limitação prévia à liberdade das emissoras para programar suas apresentações.

Ao vedar, previamente, a trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de alguma forma, degrade ou ridicularize candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito, e ao impedir a difusão de opinião favorável ou desfavorável a candidato, partido ou coligação, impôs-se cerceamento prévio à liberdade de expressão e de informação, em contrariedade ao disposto no art. 220, *caput* e §§ 1º e 2º, da Constituição da República. A dizer, no ponto, a lei cria "*embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social*", além de impor "*censura de natureza política, ideológica e artística*".

Afirma-se que a questão posta diz com liberdade de expressão. Aprendi que liberdade é expressão! A liberdade expressa-se, porque o que não se pode expressar é carente de liberdade.

A censura é a mordaza da liberdade, E quem gosta de mordaza é tirano. Quem gosta de censura é ditador.

Censurar é repreender, desaprovar. Não vale por conta desta contrariedade impedir-se que o outro se expresse.

Se legítimo ou não o acanhamento da liberdade é o que se há de verificar, porque o direito à liberdade está delineado no sistema jurídico.

Nem acho que liberdade seja apenas um direito. A liberdade é o pressuposto necessário para o exercício de todos os direitos.

ADI 4451 / DF

A liberdade de que neste processo se cuida é o que ajuda não apenas a expressar-se e informar. É, antes, libertar-se. A crítica – ácida que seja, grave que parece ao criticado - mantém-nos alerta para eventuais desacertos ou necessidade de aperfeiçoamento, que é permanente, das pessoas e das instituições.

Censura é surdez deliberada para continuar a se crer incensurável no que se pensa e se faz.

A imposição de não crítica de qualquer natureza é forma de se impedir de pensar. O politicamente correto pode conduzir à intolerância. Quem não vê o não gostar do outro, a crítica, a formulação diversa, não está a se ver.

No modelo constitucional brasileiro a censura de natureza política, ideológica e artística é proibida. Logo, ao excluir do espaço de liberdade de informação (noticiários) e do restante da programação (incluídos aí como estão os programas de humor) crítica, não há como compatibilizar as regras legais com a norma constitucional.

Trucagem, como exposto no § 4º do art. 45, acrescentado pela Lei n. 12.037/2009, é meio de expor truque ou de expressar ideia ou descrever situação por meio de truques, o que poderia significar uma falsa verdade.

Montagem, também definido no § 5º do art. 45 acrescentado pela Lei n. 12.037/2009, é operação técnico-estética pela qual se atinge o efeito de emocionar ou informar mediante combinação de trechos ou imagens que apresentem um resultado previsto pelo autor.

A trucagem e a montagem são técnicas legítimas, adotadas no rádio, na televisão e no cinema, operações regulares para expressar o que busca o autor.

ADI 4451 / DF

Então, previamente estabelecer que tais operações são vedadas após encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições é incompatível com a norma constitucional proibitiva de censura.

De resto, temo que os artistas brasileiros tenham vivido momentos de dificuldades para superar a realidade. Porque mais trucagens e montagens do que temos assistido em quadros retratados da realidade é dificuldade inventar...

É certo que, em todo o caso, fica impedido a degradação, vale dizer, o aviltamento, a desmoralização social, em qualquer modo e tempo, de outro ser humano, pois tanto atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, e não apenas de candidatos.

Entretanto, cercear previamente a liberdade de manifestação artística (que o humor não é mais que uma forma de expressão artística que imuniza o meio pelo qual se expõe, seja ele o teatro, o cinema ou a televisão, e os meios de sua exposição), a liberdade de expressão e a de informar e ser informado em nome de uma salvaguarda da lisura e do não desequilíbrio do pleito parece-me demasia legislativa incompatível com a previsão constitucional.

E penso assim porque liberdade tem um núcleo que não pode ser atingido. O direito à liberdade é a expressão da liberdade em determinado sistema jurídico e apenas por isso se tem, é exato, limites a seu exercício.

A liberdade é o suporte fundamental da democracia. E contra qualquer ameaça à democracia há de se resistir por princípio e até o fim. Começa-se calando a arte, depois estilhaça-se o que arte não é. Não há qualquer sentido democrático ou libertador nas normas impugnadas.

Quando a liberdade mesma é atingida, o que é apelidado de direito à

ADI 4451 / DF

liberdade esvazia-se, retórica despojada de conteúdo.

E como afirmava Machado de Assis, *“a liberdade, antes confusa que nenhuma. ...A liberdade não é surda-muda, nem parálitica. Ela vive, ela fala, ela bate palmas, ela ri, ela assobia, ela chama, ela vive da vida...”*.

Afirma-se, na norma legal questionada, que não se pode degradar. Parece o óbvio: não apenas candidatos, não se pode degradar qualquer pessoa, pois a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa humana não é apenas do artista ou do jornalista, é de todo ser humano em relação ao outro. E é para que tanto não ocorra ou, se vier a ocorrer, se responsabilize o autor da degradação que se tem o Poder Judiciário a guardar a Constituição.

E neste caso, não há novidade nem privilégio a candidato. O que se haverá de garantir é a responsabilidade de todos em relação a todos. Candidato ou não o direito a não ser degradado é conteúdo do próprio princípio da dignidade humana. Não se contém, não se configura e não se resguarda por causa da norma eleitoral suspensa.

Mas por ser de todos, não se pode, em primeiro lugar, cogitar de que haveria uma irresponsabilidade apriorística das emissoras em relação ao processo eleitoral e àqueles que nele concorrem, de modo a se ter como medida legal necessária a imposição de norma censura prévia de seus comportamentos e proibitiva de determinadas operações.

Penso que não se legitima em face dos termos taxativos das normas constitucionais: *“É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”*.

Comentando o dispositivo leciona, dentre outros, José Afonso da Silva que *“isto é que, em primeiro lugar, gera a repulsa a qualquer tipo de censura à imprensa, seja a censura prévia (intervenção oficial que impede a*

ADI 4451 / DF

divulgação de matéria) ou a censura posterior (intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação, impeditiva da circulação de veículo impresso). Em segundo lugar, é a mesma função social que fundamenta o condicionamento da sua liberdade, que, agora, se limitará à vedação do anonimato (em matéria não assinada, o diretor do veículo responde), direito de resposta proporcional ao agravo, indenização por dano material, moral ou à imagem e sujeição às penas da lei no caso de ofensa à honra de alguém (art. 5º, IV, V, X), pois nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, nem se admite censura de natureza política, ideológica e artística” (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 826).

10. Pelo exposto, voto no sentido de julgar procedentes os pedidos para reconhecer a inconstitucionalidade do inc. II do art. 45 da Lei n. 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º desse mesmo dispositivo, e assentar também a inconstitucionalidade da expressão “ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, constante do inc. III do art. 45 da Lei n. 9.504/1997.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ABERT

ADV.(A/S) : GUSTAVO BINENBOJM (83152/RJ) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : MARA HOFANS (68152/RJ) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que julgava procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos § 4º e do § 5º do mesmo artigo, confirmando os termos da medida liminar concedida, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Dias Toffoli, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, o Dr. Gustavo Binenbojm; e, pela Procuradoria-Geral da República, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.6.2018.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade do art. 45, incisos II e III, da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, do § 4º e do § 5º do mesmo artigo, confirmando os termos da medida liminar concedida. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 21.6.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário