

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL

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

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 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

ADI 4.451 MC-REF / DF

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.

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,**

ADI 4.451 MC-REF / DF

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 (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**

ADI 4.451 MC-REF / DF

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em referendar a liminar, o que fazem por maioria de votos, suspendendo as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal nº 9.504, de 30/9/97, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que, nos termos do pedido sucessivo da inicial, deferiam a liminar, declarando a inconstitucionalidade parcial das normas impugnadas mediante interpretação conforme. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente.

Brasília, 02 de setembro de 2010.

ADI 4.451 MC-REF / DF

Ministro AYRES BRITTO

Relator

Documento assinado digitalmente

01/09/2010

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL**

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):

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

(Sem destaques no original)

ADI 4.451 MC-REF / DF

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 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*

ADI 4.451 MC-REF / DF

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.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 4.451**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

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

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

REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, foi o julgamento suspenso. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae*, o Dr. Miro Teixeira e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.09.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):

Feito este relato do processo, passo à decisão. Fazendo-o, começo por dizer que optei pelo exame monocrático da questão, *ad referendum* do Plenário e “*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), por entender que a situação retratada nos autos era de extrema urgência, a demandar providência imediata. Como estamos em pleno envolver do período eleitoral, a tramitação rotineira para a tomada de decisão terminaria por esvair a utilidade da medida cautelar requerida.¹ Nesse sentido, citei o precedente da ADI 4.307-MC, em que o Plenário referendou decisão monocrática da relatora, ministra Cármen Lúcia, dada a marcante urgência do caso.

8. Analisei, portanto, o pedido de medida liminar. Ao fazê-lo, expus a seguinte fundamentação:

“[...] pontuo, de saída, não caber 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

¹ Sem falar que, após a edição da Lei 9.504/1997: a) o Supremo Tribunal Federal decidiu, na ADPF 130, pela não-recepção da Lei 5.250/1967, com fundamento na liberdade de imprensa; b) a Lei 12.034/2009 acrescentou os §§ 4º e 5º ao art. 45 da Lei das Eleições, conceituando montagem e trucagem.

ADI 4.451 MC-REF / DF

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, ressalte-se, 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). Liberdades, enfim, que bem podem ser classificadas como **sobredireitos**, sendo que a última delas (acesso à informação) ainda mantém com a cidadania o mais vistoso traço de pertinência, conforme, aliás, candente sustentação oral do jurista e deputado Miro Teixeira quando do julgamento plenário da ADPF 130.

7. Com efeito, são esses eminentes conteúdos que fazem da imprensa em nosso País uma instância sócio-cultural que se orna de 'plena' liberdade (§1º do mesmo art. 220 da Constituição). Plenitude, essa, constitutiva de um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado da nossa evolução político-institucional, pois o fato é que, pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes *do papel*, a imprensa termina por manter com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. Estou a falar que 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. Um *abrir mão* que repercute pelo modo mais danoso para a nossa ainda jovem democracia, *necrosando* o coração de todas as outras liberdades. Vínculo

ADI 4.451 MC-REF / DF

operacional necessário entre a imprensa e a Democracia que Thomas Jefferson sintetizou nesta frase lapidar: *'Se me coubesse decidir se deveríamos ter um governo sem jornais, ou jornais sem um governo, não hesitaria um momento em preferir a última solução'*. Pensamento que a própria Constituição norteamericana terminou por positivar como a primeira das garantias individuais da 1ª emenda, *verbis*:

'O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir.'

8. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa, portanto, 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, diga-se, que é parte integrante da informação plena e fidedigna. Como é parte, acresça-se, do estilo de fazer imprensa que se convencionou chamar de **humorismo** (tema central destes autos). Humorismo, segundo feliz definição atribuída ao escritor Ziraldo, que *não é apenas uma forma de fazer rir. Isto pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro termo equivalente. O humor é uma visão crítica do mundo e o riso, efeito colateral pela descoberta inesperada da verdade que ele revela* (cito de memória). Logo, 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.

9. Relançando ou expondo por outra forma o pensamento,

ADI 4.451 MC-REF / DF

o fato é que 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 a ela, imprensa, é assegurada pela Constituição até por forma literal (já o vimos). 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. Equivale a dizer: a crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. É que o próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial da coisas, conforme decisão majoritária deste Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia, penso, de que a locução 'humor jornalístico' é composta de duas palavras que enlaçam pensamento crítico e criação artística. Valendo anotar que **João Elias Nery**, em sua tese de doutorado em Comunicação e Semiótica, afirma que tal forma de comunicação apenas se desenvolve em espaços democráticos, pois costumeiramente envolvem personalidades públicas ('Charge e Caricatura na construção de imagens públicas', PUC, São Paulo, 1998). São, nas palavras de **Marques de Melo**, mecanismos estéticos de informação sobre realidades públicas (Jornalismo opinativo, São Paulo, Mantiqueira, 2003). Sem falar no conteúdo libertador ou emancipatório de frases que são verdadeiras *tiradas* de espírito, como essa do genial cronista **Sérgio Porto**, o **Stanilaw Ponte Preta**: 'a prosperidade de alguns homens públicos do Brasil é uma prova evidente de que eles vêm lutando pelo progresso do nosso subdesenvolvimento'.

ADI 4.451 MC-REF / DF

10. Daqui se segue, ao menos nesse juízo prefacial que é próprio das decisões cautelares, que 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. Seria até paradoxal falar que a liberdade de imprensa mantém uma relação de mútua dependência com a democracia, mas sofre contraturas justamente na época em a democracia mesma atinge seu clímax ou ponto mais luminoso (refiro-me à democracia representativa, obviamente). Sabido que é precisamente em período eleitoral que a sociedade civil em geral e os eleitores em particular mais necessitam da liberdade de imprensa e dos respectivos profissionais. Quadra histórica em que a tentação da subida aos postos de comando do Estado menos resiste ao viés da abusividade do poder político e econômico. Da renitente e triste ideia de que os fins justificam os meios. 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. **Até porque processo eleitoral não é estado de sítio** (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a nossa 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).

11. É de se perguntar, então: seriam inconstitucionais as vedações dos incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/97? Não chego a tanto **quanto ao inciso III**, ao menos neste juízo provisório. É que o próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. Tanto assim que o art. 223 da Magna Carta estabelece competir *ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de*

ADI 4.451 MC-REF / DF

sons e imagens . Enquanto isso, o § 6º do art. 220 da Constituição impõe que *a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade*. **Daí o Tribunal Superior Eleitoral (Resolução 22.874/08) haver decidido que 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.**

12. Feitas estas considerações de ordem sumária (dado que sumária é a cognição das coisas em sede de decisão cautelar), tenho que o inciso III do art. 45 da Lei 9.504/97 comporta uma interpretação conforme à Constituição. Diz ele: *'É vedado às emissoras de rádio e televisão veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes'*. **Ora, apenas estar-se-á 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, caso a caso e sempre a posteriori, pelo Poder Judiciário. Sem espaço, portanto, para qualquer tipo de censura prévia.**

13. Por fim, quanto ao inciso II do art. 45 da Lei 9.504/97, tenho por necessária a suspensão de sua eficácia. É que o dispositivo legal não se volta, 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. Suspensão de eficácia, claro, que não imuniza tal setor de atividade jornalística quanto à incidência do inciso III do art. 45

ADI 4.451 MC-REF / DF

da Lei 9.504/97, **devidamente interpretado conforme a parte deliberativa desta decisão.**

1. Ante o exposto, **defiro parcialmente a liminar, ad referendum** do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, para suspender a eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/97 e conferir ao inciso III do mesmo dispositivo a seguinte interpretação conforme à Constituição: considera-se conduta vedada, aferida *a posteriori* pelo Poder Judiciário, a veiculação, por emissora de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalísticas que venham 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'."

9. Muito bem. Essa é a decisão que trago à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, com a proposta de que seja ela referendada.

10. É como voto.

02/09/2010

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, em decisão de 26 de agosto de 2010, deferi parcialmente a liminar, e é exatamente essa decisão que trago agora à apreciação deste Plenário.

Vou tentar fazer uma síntese do voto, oralizando mais do que lendo. Talvez facilite a compreensão.

A primeira pergunta que me fiz, quando recebi a petição de ingresso, vinte e quatro horas antes da decisão monocrática que tomei, a primeira consideração que fiz foi saber se humor, ou programa de humor, constituía atividade de imprensa saber se o humor fazia parte das chamadas relações de imprensa, se ele constituía um estilo, um modo de fazer imprensa, porque, se a resposta fosse afirmativa, eu teria que aplicar às minhas reflexões as coordenadas, ou o conteúdo mesmo da decisão plenária que proferimos na ADPF 130. Decisão de mérito, consagrada da liberdade de imprensa ou da liberdade de informação jornalística. Afinal, a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa, não é uma fórmula prescritiva oca; tem conteúdo. E os conteúdos da liberdade de imprensa ou de informação jornalística são resumidamente aqueles que já se encontram de alguma forma no artigo 5º da Constituição: liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, e liberdade de acesso à informação, ou acesso desembaraçado à informação.

A novidade, em rigor, foi o uso do substantivo "criação", agregado pelo artigo 220 a esse rol de liberdades fundamentais, com o que o artigo 220 se revelou um prolongamento dos direitos fundamentais do artigo 5º na matéria, fazendo das liberdades que lhe dão conteúdo uma espécie de sobredireitos, porque, quando o art. 220 retoma o discurso do art. 5º, é para expandir, para reforçar esse discurso. De modo que aquilo que já era "livre" pelo art. 5º, torou-se "pleno". Na linguagem do art. 220, versante

ADI 4.451 MC-REF / DF

sobre a comunicação social em nosso País, o que era livre se tornou pleno. Esse adjetivo "pleno" está no § 1º do art. 220, compondo a locução: "é plena a liberdade de informação jornalística".

E aí, Senhor Presidente, depois de entender que a matéria era tipicamente constitutiva de atividade de imprensa, optei pelo exame monocrático da questão, **ad referendum** do Plenário. Vale dizer:

"... sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado." (§ 3º do artigo 10 da Lei nº 9.868/99).

E optei pelo exame monocrático por entender que a situação retratada nos autos era, como de fato é, de extrema urgência. A demandar, portanto, providência imediata.

Estamos no evolver, em pleno evolver do período eleitoral, e a tramitação rotineira para tomada de decisão pelo Plenário terminaria por esvair a utilidade da medida cautelar requerida.

Foi nesse sentido que eu citei, na minha decisão, o precedente da ADI 4.307, medida cautelar, em que o Plenário referendou decisão monocrática da relatora, ministra Cármen Lúcia, devido à marcante urgência do caso. Vistosa urgência.

Ministra Cármen Lúcia, salvo engano, Vossa Excelência suspendeu, cautelarmente, dispositivo de uma emenda constitucional sobre a questão dos vereadores que pretendiam - suplentes de vereadores - se investir na titularidade de cargos ainda não existentes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Naquele caso, Senhor Ministro, as posses estavam marcadas para sexta, sábado e domingo. Como eu recebi na quinta-feira, não havia uma quarta-feira que eu pudesse trazer a Plenário. Daí por que entendi que era excepcional, realmente, pela inexistência, pela superveniência da Emenda Constitucional. É exatamente este o caso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas eu fiz também, ainda que rapidamente, um rastreamento de precedentes da

ADI 4.451 MC-REF / DF

Casa sobre medida cautelar em ADI e encontrei um suporte tranquilo, pacífico, para a decisão que eu estava em vias de tomar. Desse rastreamento que fiz, encontrei decisões monocráticas em ADI suspendendo a eficácia das normas então impugnadas. Eram processos da relatoria do Ministro Celso de Mello, Sepúlveda Pertence; em ADPF, encontrei do Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não me comprometa, Excelência!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não. Eu encontrei aqui, Excelência, em ADPF, em medida cautelar. Será que fiz uma pesquisa equivocada?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não sei em que quadra o fiz, porque observo que a atuação individual é sempre excepcional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Claro. E ninguém está dizendo o contrário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Digo em que quadra, considerado o tempo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas eu encontrei na ADPF nº 10.072.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A previsão da lei de regência remete ao recesso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É o caso do aborto do feto anencéfalo, acho que o Ministro Marco Aurélio decidiu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então, estou lembrado. Atuei no mês de julho do ano de 2004, no mês de férias em que o Colegiado não estava reunido.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Ministro

ADI 4.451 MC-REF / DF

Marco Aurélio, eu apenas estou fazendo um retrospecto do que consta dos anais da Casa. Encontrei do Ministro Joaquim Barbosa, do Ministro Sepúlveda Pertence e fiquei confortado para dar a decisão monocrática, e, agora, submeter à apreciação da Corte.

Senhores Ministros, eu concedi a cautelar para, primeiramente, suspender a eficácia do inciso II do artigo 45 da Lei nº 9.504 e para imprimir interpretação conforme ao inciso III do artigo 55. Vou ler os textos para Vossas Excelências. Artigo 45 da Lei nº 9.504:

“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:”

Ou seja, o âmbito de incidência da norma, no plano dos seus destinatários, dos seus sujeitos jurídicos, alcançava as emissoras de rádio e televisão exclusivamente: *“é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário”*.

Logo, tanto na programação normal das emissoras de rádio e televisão quanto no noticiário. Uma proibição o mais abrangente possível no plano das atividades desse segmento da imprensa brasileira. O segmento eletrônico da imprensa brasileira é constituído por rádio e televisão.

“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;”

Esse dispositivo teve o seu âmbito material de incidência ampliado pelos §§ 4º e 5º do mesmo artigo 45, parágrafos introduzidos pela Lei nº 12.034, que é de 2009. Aliás, uma das razões pelas quais resolvi decidir monocraticamente foi a superveniência dessa lei, que introduz no ordenamento jurídico brasileiro uma novidade: ela, na verdade,

ADI 4.451 MC-REF / DF

conceituou trucagem e montagem, fazendo com que uma lei de 2007 experimentasse uma reforma no seu conteúdo. Além do que, também em 2009, este Plenário decidiu sobre a liberdade de imprensa a propósito da prefalada ADPF nº 130. Foram duas novidades, portanto, formais no ordenamento jurídico brasileiro, embora uma no plano jurisprudencial e outra no plano normativo propriamente dito.

Além dessas duas novidades, posteriores à edição da Lei nº 9.504/97, os fatos sinalizavam um exame urgente da questão. Toda a imprensa brasileira noticiou a passeata, no Rio de Janeiro, de pessoas que profissionalmente se dedicam ao humorismo televisivo e radiofônico no Brasil e que se sentiam constrangidas nessa atividade de humor eminentemente crítica e artística, sabido que o humor tem, de fato, essa compostura. Ele traduz informação, opinião crítica e, ao mesmo tempo, revela tiradas de espírito, revela talento criativo e isso já faz parte da atividade artística propriamente dita.

Daí porque no meu voto chego a citar pessoas que se notabilizaram no Brasil exatamente pelo humor, enquanto expressão de arte e de opinião crítica: Ziraldo, uma delas, escritor notável, e o pranteado Stanislaw Ponte Preta, dentre outras pessoas.

Mas o fato é que quando a lei diz: "usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo" - ou outro recurso, fora da trucagem e da montagem - "que, de qualquer forma," - ou seja, por qualquer processo -, "degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação ou produzir ou veicular programa com esse efeito;" no âmbito de um **caput** que diz "programação normal e noticiário" de rádio e televisão, eu entendi, como continuo entendendo, que o dispositivo adversado não apenas restringe, censura o humor, como o humor, em si mesmo, em programa específico, qualquer programa de humor, como o humor em qualquer programa, ainda que esse programa não seja de humor, seja um noticiário, seja um comentário; quer dizer, não se coibiu o humor, nessa linguagem aqui do artigo, quando o programa for especificamente humorístico, mas em qualquer programa ou qualquer noticiário que descambe para o humor.

ADI 4.451 MC-REF / DF

Achei de uma gravidade maior, e, por isso, suspendi a respectiva eficácia. E ainda o fiz, com mais tranquilidade intelectual, porque os §§ 4º e 5º agregam a expressão "*alterar a realidade*". Quer dizer, não basta que a trucagem, a montagem ou outro recurso, por qualquer forma, degrade ou ridicularize um candidato, mas também, segundo a definição introduzida pelos §§ 4º e 5º, que o resultado seja de alteração da realidade. O que é alterar a realidade? Parece-me uma licença semântica, um elastério semântico absolutamente incompatível com a natureza dos direitos fundamentais que dão conteúdo à liberdade de imprensa, porque se fosse de conteúdo aberto ou de textura linguística aberta para proteger direitos, tudo bem, mas para consagrar restrições, limitações, proibições, pareceu-me, também, oportuno e até necessário para uma decisão, ainda que monocrática, suspensiva da eficácia da norma.

Mas me preocupei em conciliar as coisas e parti para o número III. Não considerei o inciso de número III inconstitucional, preservei esta expressão: "*veicular propaganda política*", até porque esta expressão "*veicular propaganda política*" não foi impugnada na ADIn. E me parece correto "*veicular propaganda política*", mas o perigo está na continuidade do dispositivo. A continuidade é esta: ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. Ora, isso é uma censura direta à crítica, à opinião ainda que não constitutiva de veiculação de propaganda política, porque o dispositivo tem dois núcleos significativos ou deônticos. Primeiro, veicular propaganda política. Muito bem. Mas vem o segundo: o difundir opinião, mesma que não constitutiva de propaganda política. O difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

Então, dei uma interpretação conforme para deixar claro que não se pode entender, difundir, opinião favorável ou contrária a candidato, senão enquanto veículo de propaganda política nítida. Por quê? Porque devemos preservar o princípio republicano da paridade de armas. E considerando que rádio e televisão são concessões, são serviços públicos concedidos, ou permitidos ou autorizados, de fato, o equilíbrio de forças

ADI 4.451 MC-REF / DF

ou a paridade de armas, o princípio republicano que deve presidir o processo eleitoral, que é competitivo por excelência, resultaria vulnerado.

Por isso, dei uma interpretação conforme para deixar claro que só se considera conduta vedada, sempre aferida **a posteriori** pelo Poder Judiciário, porque senão seria censura prévia; a aferição se faz sempre **a posteriori**. A veiculação por emissora de radio e televisão de crítica ou matérias jornalísticas que venham 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.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) -
Encampano candidatura.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito.

Nos editoriais dos programas das televisões, das emissoras de radio, é possível, sim, fazer crítica, comentário crítico, ainda que contundente contra determinado candidato. O que não pode é encampar, patrocinar candidatura.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então, já que Vossa Excelência nos faz a gentileza de esclarecimento, fica reduzida a restrição a quê?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - A restrição é a emissora de radio ou de televisão, pela sua natureza de concessão, patrocinar uma determinada candidatura, encampar uma determinada candidatura e bancar uma determinada candidatura.

ADI 4.451 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ou seja, veicular propaganda política?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, veicular propaganda política não pode, até porque isso ficou preservado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não foi questionado.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas estou querendo, exatamente, saber o quê, na sua interpretação, não pode.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Ah, entendi o que Vossa Excelência quer dizer: contanto que não veicule propaganda política.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Quero saber o quê, na sua interpretação conforme à Constituição, sobra aqui como restrição. É isso que eu quero saber: veicular propaganda política?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não pode.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)- Não pode, mas isso já está na primeira parte da norma. Quero saber em relação à segunda parte da norma, o que sobra de restrição, se é que sobra algo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu quis dizer o seguinte: Excelência, o número III diz "*veicular propaganda política*", uma coisa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Uma coisa. Segunda?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - "Ou difundir opinião favorável contrária a candidato".

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Que não é veicular propaganda política.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, aí eu digo que só é proibido se significar uma nítida veiculação de propaganda política.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas isso já está na primeira parte da norma. Quero saber o quê, porque, como Vossa Excelência está propondo interpretação conforme, quero saber o

ADI 4.451 MC-REF / DF

que fica excluído da segunda norma.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu queria dizer, Excelência, que comentar pode, criticar pode, o sentido é esse.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Li também a decisão do Ministro Ayres Britto e, na linha do que agora falou o Ministro Celso de Mello, em relação à expressão inicial "veicular propaganda política", creio que não há nenhuma dúvida quanto à proibição.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não há.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Em relação à segunda:

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

Tenho a impressão de que não é o caso de fazer interpretação conforme, mas, simplesmente, de suspender a vigência dessa norma.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É exatamente o que eu vou propor.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Estou tentando mostrar que não sobra nada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Até porque o tratamento privilegiado de que fala Sua Excelência, Ministro Ayres Britto, já está proibido também.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Na primeira parte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E no inciso IV, de maneira expressa:

"IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação."

Se, a pretexto de se fazer eventual crítica editorial, tiver um abuso, a própria lei já veda, de forma expressa, no inciso IV.

De modo que, a minha tendência, apenas pensando alto, diante da

ADI 4.451 MC-REF / DF

dificuldade de se identificar norma que não devesse ser suspensa no inciso III. É uma proposta. Eu ficaria apenas com a proibição: "*veicular propaganda política.*"

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Só, até porque não sobra nada para ser conforme a Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Os demais seriam supressos expressamente do texto.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas isso é que eu estou tentando demonstrar: que não sobra nada para se dar interpretação conforme. É totalmente inaproveitável.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Excelências, eu não me oponho de jeito nenhum. O que eu quis deixar claro é que se pode criticar, que se pode opinar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - É só tirar tudo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu não me oponho a uma decisão do Colegiado, eu não queria era monocraticamente considerar inconstitucional, mas, colegiadamente, eu o faço com a maior tranquilidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque nós só estamos suspendendo os efeitos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Até porque a preocupação manifestada por Vossa Excelência, de alguma forma, já está contemplada no inciso IV, quando veda o tratamento privilegiado, quer dizer, a desigualdade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A paridade de armas está devidamente resguardada aí.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Que é a preocupação quanto a um eventual abuso no exercício do poder de crítica.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Desde que o Tribunal deixe claro que pode haver comentário, crítica, estou de pleno acordo.

ADI 4.451 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O que o Ministro Cezar Peluso está manifestando - corresponde também à minha reflexão - é que não se pode saber que parte estaria excluída ou não da interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Então, Ministro Cezar Peluso, Vossa Excelência está propondo que se considere inconstitucional toda a parte sobejante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Inconstitucional, não; apenas suspensa cautelarmente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Estou de pleno acordo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu pergunto, apenas para reflexão: o móvel dessa ação direta de inconstitucionalidade é permitir a veiculação de sátiras, charges, programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticas. O que este inciso, em particular, impede que essa atividade humorística seja exercida?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ele está impugnado expressamente na ação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas, eu pergunto: qual a relação entre o móvel dessa ADI e esse dispositivo?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas está impedindo, data vênia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Está atacando a norma, Ministro. Porque está atacando a norma, é irrelevante. Está atacando a norma.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Aí tem um dado, a título de emitir uma opinião, pode-se emitir no sentido de que realmente leve a uma desmoralização, enfim, a uma brincadeira, que é o que se está tentando com essa norma.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu pensei muito nisso. O nosso Código Penal já criminaliza essas ofensas à honra, caracterizadoras de difamação, de injúria, de calúnia.

ADI 4.451 MC-REF / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De todos, porque a dignidade da pessoa humana não é só para candidato.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito, a dignidade da pessoa humana está tutelada pelo Código Penal pelas suas três formas clássicas, e pelo Código Eleitoral também.

Então, eu achei por bem, e submeto ao referendo da Corte, considerar inconstitucional todo o inciso II, em sede cautelar, suspendendo a respectiva eficácia.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A segunda norma do inciso III.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Agora, eu também entendo, Excelência, que esse é um tema muito delicado, porque depende muito das nossas precompreensões, das nossas preinterpretações, dos nossos condicionamentos e da própria noção que se tenha de institutos básicos. Por exemplo: há quem veja a eleição como estorvo, como percalço, como algo que atrapalha a vida do país. Eu vejo eleição como uma festa da democracia; não é um velório.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De Deus?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito. Eleição é um período em que a liberdade de imprensa deve ser maior. A Constituição não faz ressalva, restrição à liberdade de imprensa durante o período eleitoral, apenas no artigo 139, durante o estado de sítio - e eleição não é estado de sítio; processo eleitoral não tem nada a ver com o estado de sítio -, é que se faz restrição à liberdade de imprensa.

O eleitor faz uma escolha em processo eleitoral, e essa escolha tem

ADI 4.451 MC-REF / DF

de ser consciente, livre. O momento em que o eleitor mais precisa de plenitude de informação e de informação em qualidade é o período eleitoral.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Que começa no início do ano eleitoral. Portanto, teoricamente, até a restrição que se tenha à propaganda eleitoral, que se faz, enfim, que se circunscrita aos últimos três meses que antecedem a eleição, também, num certo sentido, é uma restrição. Porque eu compartilho plenamente da opinião de Vossa Excelência, de que a eleição deve ser uma festa cívica, com ampla divulgação de ideias, planos, projetos e programas.

Então, essa restrição que a Lei Eleitoral coloca a todos os partidos políticos também, num certo sentido, é uma restrição indevida, até inconstitucional, porque o ano eleitoral começa em janeiro do ano das eleições.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - O que eu quero dizer, inclusive, é o seguinte: por efeito de avanço democrático, a imprensa, e nela embutida a atividade de humor, é simultaneamente informativa, analítica e, portanto, crítica, investigativa, denunciativa, além de informativa. Então, em processo eleitoral, retirar da imprensa a capacidade de emitir pensamento crítico, contanto que não descambe para a propaganda política, eu acho que é uma demasia. É desnaturar a própria imprensa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu vou até mais longe. Imagino a seguinte hipótese: suponhamos que, entre os candidatos à presidência da república, haja um, por exemplo, que coloque, no seu programa, que o governo e o ordenamento jurídico devem estabelecer restrições pesadas à imprensa. A imprensa não lhe pode fazer crítica?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Não pode fazer crítica? É bem pensado.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E não pode, com isso, enfim, expedir sua opinião de que, nesse contexto, seria favorável a outro candidato?

ADI 4.451 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Outro fato óbvio - inclusive, não só do caráter partidariamente ocupado da administração, às vezes até exageradamente ocupado, como os casos que nós conhecemos de aparelhamento e de patrulhamento que estão hoje na mídia - pode ser observado se imaginarmos uma crítica a um exercente de cargo do Poder Executivo candidato à reeleição. Quer dizer, é um fato mais ou menos óbvio. Críticas cotidianas que a mídia faz a gestores que estão investidos de mandato. Veja, isso, a rigor, estaria vedado pela literalidade deste inciso III, o que é um absurdo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas, Ministro, jamais se interpretou literalmente esse inciso.

Eu fiz uma pesquisa e não há na história do TSE - pelo menos na recente -, desde o advento da Constituição cidadã de 88, nenhum caso em que se condenou alguém por ter veiculado uma sátira, uma *charge*, um programa de humor. Isso me parece absolutamente surpreso, perplexo, estupefacto que essa questão venha a ser suscitada, agora, a trinta dias do término das eleições, sem que haja nenhum fato modificativo da situação que vige não só há treze anos, mas há dezessete anos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ontem, da tribuna, o advogado chamou a atenção para um editorial que teria sido o último editorial lido por Boris Casoy, dizendo exatamente que, diante da interdição estabelecida, ele agora se limitaria a fazer comentários factuais, relatos das viagens feitas pelos candidatos. Isso foi falado da tribuna.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas, Ministro, como? É uma interdição estabelecida há dezessete anos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas houve duas novidades.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja, portanto, o efeito inibitório, notório, quer dizer, o efeito censório que tem dispensado até a intervenção da Justiça.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas então o eminente repórter acordou neste momento?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas como sobreveio

ADI 4.451 MC-REF / DF

a Lei 12.034, identificando um conteúdo do que é trucagem, houve uma novidade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Isso. A novidade, tem uma novidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Perdão.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - E é a primeira eleição depois dessa lei.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Já estava nas resoluções do TSE.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é, então não é novidade nenhuma.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A Lei 12.034 só fez trazer isso para o nível normativo legal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu sei. Trazer para o nível legal, mas, de toda sorte, também nós não sabemos o que foi evitado.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Com o devido respeito, ainda que não tivesse havido nenhum fato, a mera possibilidade teórica de que a norma seja invocada para sustentar a restrição é suficiente a que o Tribunal julgue a norma.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E principalmente porque as próprias emissoras, durante esse período, podem ter se autocontrolado, com medo das consequências da norma. E nós não sabemos disso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, sim. De resto, nós estamos em controle abstrato.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Exatamente. Não importa fato, aqui. Importa que ela possa, eventualmente, na sua interpretação, ser usada como uma restrição à liberdade de imprensa.

ADI 4.451 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu concordo. Nós estamos falando do inciso III. É afastado o inciso III.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nos termos que a Constituição assegura durante todo o período.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E que nada impede que a imprensa tome partido entre candidatos. A imprensa julga os candidatos, e os leitores julgam a imprensa.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu fiz uma pesquisa também sobre opiniões de advogados diante da lei; se essa lei estava embaraçando o exercício da atividade de imprensa no plano do humor. E encontrei Erick Wilson Pereira, Décio Freire, Fernando Capez, que se licenciou do Ministério Público e hoje é deputado, e Luciana Lossio.

Luciana Lossio diz:

"A liminar do ministro não pode ser confundida com a licença para a baixaria. As eleições já estão suficientemente reguladas com a proibição de diversas formas de propaganda. Restringir demais a publicidade das eleições pode surtir efeito inverso. Já há muita proibição da propaganda".

E saiu um texto muito bem elaborado, crítico do cientista político Gaudêncio Torquato, no Estadão, também nessa linha do nosso pensamento hoje manifestado, com ênfase para a essencialidade do pensamento crítico, que é aquele mentalmente elaborado ou fruto de uma profunda reflexão. O pensamento crítico não é aquele pensamento açodado, superficial, arbitrário. E exatamente por ser elaborado é que ele tem um efeito emancipatório, tem um efeito libertador. De sorte que falar de pensamento crítico e imprensa livre é falar da mesma coisa. Não há imprensa livre senão a partir de um pensamento crítico. O pensamento crítico, de tão essencial à imprensa, não é nem uma característica; é uma

ADI 4.451 MC-REF / DF

inerência. Não é algo que pertine à imprensa. É da compostura dela. Faz parte da compostura da imprensa livre. Então o inciso II me parece um atentado ao pensamento crítico.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu creio que não há divergência quanto a isso entre os membros da Corte. Talvez agora seja o caso de dosarmos essa proposta de Vossa Excelência para atingirmos os fins propostos nessa ADI, que é justamente liberar os programas de humor, de um modo geral, ou as veiculações de humor.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Suspendemos também o inciso II.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O inciso II já tinha sido suspenso, integralmente já tinha sido suspenso, e a segunda norma do inciso IV.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Integralmente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu estou aguardando a ordem para proferir o meu voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nós só estamos discutindo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não um consenso total, mas evidentemente estamos articulando algum consenso. Depois, cada um terá liberdade para discordar.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Ministro Celso, Vossa Excelência que gosta de pesquisas mais antigas, históricas, eu consegui um texto primoroso de Eça de Queiroz sobre o humor, dizendo o seguinte:

"O riso é uma filosofia. Muitas vezes o riso é uma salvação."

Ministro Gilmar, olha esta parte:

"E em política constitucional, pelo menos, o riso é uma opinião."

ADI 4.451 MC-REF / DF

Ou seja, uma opinião crítica.

Mas, olha, quem muito me impressionou nessa matéria foi o Ministro Peluso. Vossa Excelência vai me permitir uma quase inconfidência. Quando eu falei ao Ministro Peluso da minha preocupação com esse inciso II, o Ministro Peluso disse: "Mas, vedar o humor? Isso é uma piada."

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Nós vamos liberar o humor.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu acho que Vossa Excelência, com essa sua reação, com essa tirada de espírito, sintetizou o cerne da discussão. É uma necessidade, a meu sentir, suspender a eficácia do inciso II do artigo impugnado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, em relação ao inciso III, também me parece absolutamente evidente a necessidade de se retirar a segunda parte, porque realmente se elimina a possibilidade de qualquer posicionamento crítico, de qualquer editorial por parte das emissoras de rádio e de televisão. Isso está estampado no texto e se presta a esse efeito inibitório, censório, que não é o objetivo da ordem jurídico-constitucional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Então, Senhor Presidente, eu concluo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então Vossa Excelência suspende o inciso II na totalidade e a segunda parte do inciso III?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito. É como encaminhado o voto.

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Apenas uma indagação. Depois eu vou votar, mas como Vossa Excelência reajustou para suspender a segunda parte, eu questionaria que, na decisão proferida, Vossa Excelência afirma:

"Hipótese a ser avaliada, caso a caso e sempre a posteriori, pelo Poder Judiciário."

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Perfeito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O que é contra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesses casos.

E, principalmente, qual é a minha preocupação? É que o artigo 5º, inciso XXXV, diz que não poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Então, se alguém se sentir ameaçado, precisa de consumir uma lesão para só *a posteriori* vir ao Judiciário? Porque, no meu voto, essa palavra eu não posso referendar.

De toda sorte eu vou votar, Presidente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas acho que Vossa Excelência tem razão. Eu estava meditando sobre essa hipótese. A alegação costumeira de que a sanção é sempre *a posteriori* é a mesma coisa que tentativa de ressuscitar defunto!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É maquiar um defunto, na verdade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Depois que se mata alguém, não adianta nada promover a responsabilidade civil do agente, ou sua responsabilidade criminal. A

ADI 4.451 MC-REF / DF

vítima está morta e não há o que ressuscitar.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas essa parte já foi eliminada, só tinha sentido com a interpretação conforme; agora não tem, com a suspensão acabou.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Com isso o direito de todos à jurisdição fica garantido. Era só essa a minha preocupação e eu não acompanharia. Mas, se ela está eliminada...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Porque não haverá mais interpretação conforme, e sim suspensão...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Dessa segunda parte.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente, é só para ficar claro isso.

02/09/2010

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, desde já, peço licença aos nobres Colegas, porque trago um longo voto. À época da decisão na ADPF nº 130, eu não compunha esta Corte. Por isso, preciso trazer alguns marcos da minha posição.

Então, reiterando o pedido de licença aos Colegas, passarei a ler o meu voto.

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL

VOTO

1. O OBJETO DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de ação direta declaratória de inconstitucionalidade da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RÁDIO E TELEVISÃO (ABERT) em face dos incisos II e III do artigo 45 da Lei 9.504/97, que vedam às empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a partir de 1º de julho do ano das eleições em curso, duas espécies de condutas, topicamente agrupadas:

Inciso 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”.

Inciso III: “Veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.

Sua Excelência, o Ministro-Relator, em decisão liminar, deferiu a pretensão de urgência da entidade autora, valendo-se, em grande medida, dos fundamentos gerais expostos quando do julgamento da ADPF nº 130, que constituiu o famoso precedente da liberdade de expressão e que se pauta na construção teórica do **caráter absoluto do direito fundamental à liberdade comunicativa**.

A liminar foi deferida para o fim de suspender a eficácia do inciso II do artigo 45, por se tratar de proibição aparentemente inconstitucional do direito de crítica jornalística, em especial dos programas de humor. Em relação ao inciso III, deu-se interpretação conforme para abranger na proibição a crítica ou a matéria jornalísticas que *“venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral.”* Conforme o Relator, será a *“hipótese a ser avaliada, caso a caso e sempre a posteriori, pelo Poder Judiciário. Sem espaço, portanto, para*

ADI 4.451 MC-REF / DF

qualquer tipo de censura prévia”.

É com base nessas considerações que dou início a meu voto, com a advertência, também presente na decisão ora submetida a *referendum* do Plenário da Corte, de que se trata de juízo prelibatório, de exame dos pressupostos cautelares, de mera apreciação colegiada de cunho superficial do que será o próprio objeto da controvérsia constitucional. Esse confinamento objetivo da análise do caso, todavia, não impede que sejam pontuadas algumas questões centrais, **a título de reflexão para o julgamento do mérito da ADI.**

2. O ESTADO DA ARTE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LEI 9.504/97

Estamos, Senhores Ministros, evidentemente, no exercício da atividade mais nobre da jurisdição constitucional, ao menos nos moldes imaginados pelo grande jurista austríaco **Hans Kelsen**, que é o controle de constitucionalidade. Não é, porém, essa circunstância impeditiva de que se examine como uma norma, **em vigor há mais de dez anos**, teve sua trajetória no plano dos fatos em suas conexões com os direitos fundamentais, *ultima ratio* da provocação deste Tribunal para exercer esse ato radical e de profundas implicações políticas que é desfazer (**quando necessário**) o ofício do Legislador, responsável pela edição da norma e legitimado diretamente pela vontade popular.

É esse primeiro exercício analítico que julgo indispensável ser feito, até porque, como disse, a Lei 9.504 é de 1997 e encontrava-se em plena vigência quando, de repente, há duas ou três semanas, ergueram-se vozes contra o suposto caráter censório dos incisos II e III de seu artigo 45. Não somente vozes foram ouvidas. Levou-se a efeito uma (já famosa) *passeata de artistas do humor*, que foi a causa simbólica do ajuizamento adrede desta ação direta declaratória. De modo expedito, deferiu-se a liminar, **a despeito de a Corte, nos últimos anos, ter evitado proferir esses juízos prelibatórios e optar pelo exame do próprio mérito das ações diretas de inconstitucionalidade.**

A norma em questão, o artigo 45, da Lei 9.504/97, não é

ADI 4.451 MC-REF / DF

propriamente uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro e assim o afirmo com clara delimitação temporal ao período pós-1988.

Com efeito, o constituinte e o legislador ordinário preocuparam-se com o uso indevido dos meios de comunicação social, de molde a impedir sua influência deletéria na formação da vontade popular. Senhores Ministros, **esse foi um cuidado do próprio texto magno, como se lê claramente em seu art. 14, § 9º:**

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, **nos termos da lei**, mediante:

(...)

§9º **Lei complementar estabelecerá** outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e **legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico** ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994).

O constituinte valorou um fato da vida – a assimetria material e econômica entre os poderosos e os vulneráveis – e tingiu esse fato com a incidência de uma norma assecuratória da isonomia dos sufrágios. Aliás, e aqui já faço esse registro, **é o processo eleitoral, quando do ato de depositar o voto na urna, o único instante em que todos são material e formalmente iguais de fato e de direito**. Ricos e pobres valem exatamente o que seus respectivos votos expressam naquele grandioso momento das Democracias. *One man, one vote*. Com esse dístico, a democracia parlamentar britânica consolidou-se e com ele os norte-americanos fundaram sua estrutura de poder de sufrágio, cuja culminância está no famoso precedente **Reynolds v. Sims**, 377 U.S. 533 (1964).

O cuidado do constituinte deu-se também com a atribuição à lei da

ADI 4.451 MC-REF / DF

tarefa de **ponderar esse equilíbrio difícil e frágil das forças com potencialidade de interferir na formação livre e espontânea da consciência eleitoral**. Não foi sem motivo que a Lei Complementar nº 64/90, em seu art. 22, tratou da matéria, quando previu a investigação judicial para apurar a **utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social**, além do que diversas leis ordinárias posteriores enfrentaram essa grave questão.

Veja-se que a Lei nº 7.773, de 1989, que regulou as eleições presidenciais daquele ano, impediu os candidatos, após o registro, de participar de qualquer programa em emissoras de rádio e televisão, ressalvados *o horário eleitoral, os debates e os noticiários jornalísticos regulares*, como se lê de seu artigo 25:

“Art. 25 Os candidatos, após o registro, ficam impedidos de apresentar ou participar de quaisquer programas em emissoras de rádio e televisão, ressalvado o horário de propaganda eleitoral gratuita, os debates organizados de acordo com esta Lei e os noticiários jornalísticos regulares.”

Parágrafo único. O desrespeito às normas deste artigo, sem prejuízo de outras sanções previstas em Lei, acarretará a suspensão por até 10 (dez) dias da emissora infringente, determinada pela Justiça Eleitoral, mediante denúncia de Partido Político ou do Ministério Público.”

É de se recordar, a esse propósito, um primeiro efeito da **intervenção necessária do legislador** no campo da isonomia no emprego dos elementos destinados à formação da consciência dos eleitores.

Trata-se do famoso caso Senhor Abravanel, o apresentador de televisão (**e concessionário de serviços de radiodifusão de sons e imagens**) Sílvio Santos. Como é de lembrança de muitos, o artista-empresário substituiu o candidato do Partido Municipalista Brasileiro, o Sr. Armando Corrêa, no curso do processo eleitoral de 1989, em sua candidatura à Presidência da República. Os primeiros índices das pesquisas de opinião pública davam-no como um postulante em franco

ADI 4.451 MC-REF / DF

crescimento e com grandes possibilidades de vencer o pleito, ainda que usasse nas cédulas o nome de seu antecessor e seu respectivo número. O poder carismático do empresário e animador de auditórios, para se usar da terminologia de **Max Weber**, permitiu-lhe acumular capital político (ainda que involuntariamente) por sua presença massiva nos meios de comunicação por mais de vinte anos.

Poucos analistas políticos da época duvidavam da real possibilidade da eleição de Sílvio Santos em 1989, **embora fosse nítido o desequilíbrio em desfavor de seus concorrentes, dado que ele detinha o acesso permanente aos meios de comunicação de massa, posto que não para fazer propaganda de si, mas para simplesmente apresentar seu programa dominical de auditório.** A cassação de seu registro deu-se *em definitivo* no Tribunal Superior Eleitoral por causa de irregularidades formais do PMB. À guisa de referência histórica, transcrevo a ementa desse importante acórdão do TSE:

“Eleição presidencial. Registro provisório de partido político. Extinção de seus efeitos. Registro de candidatos. Partido Municipalista Brasileiro - PMB. Extintos os efeitos do registro provisório, pelo decurso do prazo para preenchimento dos requisitos para registro definitivo, desaparece a figura do partido político, que assim já não pode manter os candidatos que indicara nem indicar outras em substituição. Pedido indeferido, pela prejudicial.” (Registro de candidatos à presidência e vice nº 31, Resolução nº 15.900 de 09/11/1989, Relator Min. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Publicação: BEL - Boletim Eleitoral, v.467, p. 793)

As regras ora sob impugnação da Lei nº 9.504/97 coincidem com aquelas constantes dos artigos 66 e 70 da Lei nº 8.713/93 e do artigo 64 da Lei nº 9.100/95, que regularam as eleições de 1993 e 1995.

Transcrevo esses dispositivos a fim de ilustrar as similitudes:

LEI Nº 8.713/1993

“Art. 66. A partir da escolha de candidatos em convenção,

ADI 4.451 MC-REF / DF

é vedado à emissora, na sua programação normal:

I - transmitir pesquisa ou consulta de natureza eleitoral em que seja possível ou evidente a manipulação de dados;

II - utilizar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo, ou produzir ou veicular programa, que possa degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação;

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

Parágrafo único. A não-observância do disposto neste artigo enseja a suspensão das transmissões da emissora por uma hora no mesmo horário em que a infração foi cometida, dobrado o tempo em caso de reincidência.”

(...)

“Art. 70. É vedada, a partir da data de escolha do candidato pelo partido, a transmissão de programa de rádio ou televisão por ele apresentado ou comentado.

Parágrafo único. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, é proibida a sua divulgação, sob pena de cessação do respectivo registro.”

LEI Nº 9.100/95

“Art. 64. A partir de 1º de julho de 1996, é vedado às emissoras, em sua programação normal e noticiário:

I - transmitir, ainda que em forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral, em que seja possível a identificação do entrevistado, ou manipulação de dados;

II - utilizar trucagem, montagem ou outro recurso de vídeo ou áudio, ou produzir ou veicular programa que possa degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação;

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

IV - dar tratamento privilegiado a candidatos, partidos ou

ADI 4.451 MC-REF / DF

coligações;

V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa que faça alusão ou crítica que prejudique candidato, partido político ou coligação, mesmo que de forma dissimulada.

§ 1º *A não observância do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela empresa às penalidades previstas no art. 323 do Código Eleitoral e a multa de 10.000 a 20.000 UFIR, além da suspensão das transmissões da emissora, conforme o disposto no art. 59. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 1997)*

§ 2º A reincidência implica a duplicação da penalidade.

§ 3º Incorre nas sanções deste artigo a emissora que, nos sessenta dias que antecederem a realização do pleito, transmitir programa apresentado ou comentado por candidato ou divulgar nome de programa, ainda quando preexistente, se coincidente com variação nominal adotada por candidato.”

É nítida a correlação entre o conteúdo desses diplomas e a ora impugnada Lei nº 9.504/1997.

Sob o prisma da constitucionalidade desses dispositivos, observo que esta Corte já teve a oportunidade de examinar a adequação da Lei 8.713/1993, em relação a seu artigo 70, que vedava a transmissão de programa de rádio e televisão apresentado ou comentado por candidato. No julgamento da ADI nº 1.062, relator Ministro **Sidney Sanches**, o Pleno do STF deixou assentado que:

"Cuida-se, na verdade, de norma destinada a impedir que, durante a propaganda eleitoral no rádio e televisão, o candidato, apresentador ou comentarista de programa veiculado por esses meios de comunicação com o público, se coloque, nesse ponto, em posição de nítida vantagem em relação aos candidatos, que só terão acesso ao público, por esses meios, nos horários e com as restrições a que se referem as normas específicas da mesma Lei nº 8.713/93 (artigos 59 a 62, 66 e seguintes).

Visam, em substância, as normas impugnadas, a evitar a

ADI 4.451 MC-REF / DF

quebra do princípio da isonomia entre candidatos a um só pleito.

E não pode haver dúvida a respeito da grande vantagem que têm os candidatos, não restritos aos horários gratuitos, pela comunicação, que o exercício da profissão, de apresentador de programa de rádio e televisão, lhes propicia, diante do grande público.

[...]

Enfim, foi para atender à necessidade de um tratamento igualitário entre os candidatos, que as normas impugnadas impuseram o afastamento daqueles que, por outra forma, poderiam alcançar horários de comunicação muito mais amplos, diante dos eleitores, ou seja, dos rádio-ouvintes e tele-espectadores.

Não vejo manifesto, em tais normas, o vício de inconstitucionalidade formal ou material, senão, a um primeiro exame, observância de princípio da isonomia, entre candidatos, durante a campanha eleitoral, pelo rádio e televisão." (Parte do voto proferido pelo Min. Sydney Sanches na ADI 1.062, DJ de 1º/7/94).

No voto acima, ainda que as disposições do artigo 66 da Lei 8.713/93 não tenham sido objeto de análise direta, o Supremo Tribunal Federal considerou que as regras impostas ao rádio e à televisão pela legislação eleitoral tinham e têm o propósito de assegurar a isonomia entre os candidatos.

A vigência da Lei nº 9.504/1997 trouxe consigo controvérsias na jurisprudência sobre os limites da liberdade de expressão no processo eleitoral.

De imediato, uma demarcação foi levada a efeito, **e sobre ela farei desdobramentos adiante**, que é a referente aos (a) **meios de comunicação social concedidos, permitidos ou autorizados pelo Poder Público** e (b) **meios de comunicação social independentes de prévia licença oficial**, ao lado das **manifestações autônomas da liberdade comunicativa**.

A tanto, valho-me da jurisprudência do STF, mas, especialmente do

ADI 4.451 MC-REF / DF

Tribunal Superior Eleitoral, a fim de explicitar essa diferenciação de espaços normativos, **muito bem feita no plano infraconstitucional** e que dispensaria a atuação desta Corte.

A tese da **departição entre meios comunicativos pelo critério da outorga pública** foi adotada, sem maior divergência, no STF, como se vê na ementa da MC 1.241, relator Ministro **Sepúlveda Pertence**: *“A diversidade de regimes constitucionais aos quais submetidos, de uma lado, a imprensa escrita – cuja atividade independe de licença ou autorização (CF, art. 220, § 6º) –, e, de outro, o rádio e a televisão – sujeitos à concessão do poder público – se reflete na diferença marcante entre a série de restrições a que estão validamente submetidos os últimos, por força da legislação eleitoral, de modo a evitar-lhes a interferência nos pleitos, e a quase total liberdade dos veículos de comunicação escrita”*.

A preocupação com a isonomia entre os postulantes, como efeito dessa demarcação de territórios comunicativos, levou o TSE a responder negativamente a uma consulta sobre a possibilidade de os candidatos participarem de propagandas comerciais no período eleitoral. O relator Ministro **Néri da Silveira** foi preciso: *“No que se refere à propaganda eleitoral, o objetivo da Lei nº 9.504/97 é proibir o tratamento privilegiado de candidatos, em razão de participarem de modalidade de propaganda não acessível a todos os competidores”* (TSE, Consulta 423, Min. **Néri da Silveira**, DJ de 19/6/98).

Outra posição há tempos prestigiada na jurisdição infraconstitucional do TSE é a existência de dois princípios em jogo no processo eleitoral, *a liberdade de expressão* e *a isonomia entre os candidatos*. A tanto, como aduziu o Ministro **Luiz Carlos Madeira**, no voto vista proferido no julgamento do RO 759 (DJ de 15/4/05): *“está assentado na Corte que devem coexistir a garantia da liberdade de expressão e o princípio da isonomia na disputa dos cargos políticos: Ag/Ag nº 2.549/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; AG/Respe 19.466/AC, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Respe nº 18.802/AC, rel. Min. Fernando Neves; Respe nº 12.374/TO, rel. Min. Torquato Jardim.”*

Esses postulados, que até agora regiam a interpretação da Lei nº

ADI 4.451 MC-REF / DF

9.504/1997 (e diplomas antecedentes), tornaram possível a formulação de molduras interpretativas em derredor do artigo 45.

A primeira delas – e de grande relevância prática – é que **não há vedação legal *prima facie* à liberdade comunicativa dos artistas, humoristas e atores de *stand up comedy* no espaço público alheio ao modelo de outorgas de serviços de radiodifusão.** A atuação das liberdades comunicativas, fora do campo específico da comunicação social dependente de prévia outorga estatal, é livre. Aliás, sempre o foi. Nesse âmbito, estão artistas, humoristas, atores de *stand up comedy* e toda a sorte de agentes culturais que exercem seus misteres, a título profissional ou amador, nas ruas, nas praças, nos teatros, nos jornais, nas revistas, em *shows* e, principalmente, na *internet*.

Em meus julgamentos no TSE, a esse propósito, tenho defendido a ampla liberdade de uso da *internet*, essa arena do livre pensamento, do tráfego consciente de ideias e de difusão de doutrinas. A *internet* é o templo da liberdade comunicativa, seja por não ter regulação de conteúdo (na maior parte dos países do mundo ocidental democrático), seja por não ter concessionários que controlem seu conteúdo de modo oligopolizado ou monopolizado, seja pela liberdade que cada usuário detém para receber ou emitir suas produções artísticas, culturais ou educacionais.

A imprensa escrita, que hoje se transfere para os meios digitais, goza de idêntica franquia. E isso é reconhecido pelo TSE há bastante tempo, com a óbvia ressalva contra o **abuso de direito**, figura tão antiga quanto clássica do Direito Civil e que hoje se espria pelas demais províncias jurídicas como verdadeiro obstáculo à utilização excessiva da liberdade plena que o Direito confere aos homens em vários setores da vida. Transcrevo acórdão de consulta apreciada no TSE nesse sentido:

“Cidadão. Coluna. Jornal. Imprensa escrita. Continuidade. Período eleitoral. Possibilidade. Vedação. Legislação eleitoral. Inexistência. **1. Cidadão, mesmo detentor de cargo eletivo, que assine coluna em jornal pode mantê-la no período eleitoral, ainda que seja candidato, uma vez que, diferentemente do tratamento dado às emissoras de rádio e TV, cujo**

ADI 4.451 MC-REF / DF

funcionamento depende de concessão, permissão ou autorização do poder público, admite-se que os jornais e demais veículos de imprensa escrita possam assumir determinada posição em relação aos pleitos eleitorais. 2. O eventual desvirtuamento dessa conduta poderá caracterizar abuso do poder econômico ou uso indevido dos meios de comunicação social, apurados na forma do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, ou mesmo propaganda eleitoral antecipada, em benefício de terceiro, passível da multa prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97.” (Consulta 1053, Ministro Fernando Neves, DJ de 21/6/04).

No mesmo sentido, AG 2.325, Ministro **Fernando Neves**, DJ de 20/4/01).

Voltando ao artigo 45 da Lei no 9.504/1997 julgo interessante indagar o porquê da delimitação da ação direta de inconstitucionalidade aos incisos II e III, com o aparente esquecimento dos incisos IV e V, respectivamente proibitivos do tratamento privilegiado a determinado candidato e da transmissão de *“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”*.

De imediato, deixo consignado que, em relação ao inciso V, o TSE tem dado a ele interpretação baseada na **colisão de princípios**, na **inexistência de direitos fundamentais absolutos** e na restrição ao **abuso de direito**, como critério de controle das alusões críticas a candidato ou partido político em filmes, novelas, minisséries e programas afins. É o que se depreende da leitura do acórdão proferido na Representação nº 1.000, relatado pelo Ministro **Menezes Direito**:

“Propaganda eleitoral. Artigo 45, III e V, da Lei nº 9.504/97. Comentário em programa jornalístico.

1. Não malferir a disciplina da Lei nº 9.504/97 a opinião de comentarista político feito em programa jornalístico em tomo de notícia verídica alcançando determinado candidato, partido ou coligação.

ADI 4.451 MC-REF / DF

2. A liberdade de imprensa é essencial ao estado democrático e a manifestação dos jornalistas sobre determinados fatos, comentando as notícias do dia, embora subordinada à liberdade de expressão e a comunicação ao princípio da reserva legal qualificada, não pode ser confundida com o disposto no art. 45, III, da Lei nº 9.504/97.

3. Agravo regimental desprovido.”

O controle, como já salientei, faz-se pelo excesso, quando se ultrapassa a fronteira do abuso de direito, na hipótese de um jornalista usar de sua condição para dissimuladamente propagandear um candidato e, com isso, gerar a ruptura do princípio da isonomia dos sufrágios. Vejam-se a propósito outros acórdãos do TSE, que servem de exemplo a essa alocação:

“Propaganda eleitoral. Liberdade de imprensa. Art. 45, III e V, da Lei no 9.504/97:

1. A liberdade de imprensa é essencial ao estado democrático, mas a lei eleitoral veda às emissoras de rádio e televisão a veiculação de propaganda política ou a difusão de opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. **Se o programa jornalístico ultrapassar esse limite difundindo opinião favorável a um candidato, fora do padrão do comentário político ou de notícia, fica alcançado pela vedação.**

2. Agravo desprovido” (ARP 1169, Min. Menezes Direito, 26/9/09).

“Representação. Comentário transmitido por meio de rádio durante período eleitoral. A liberdade de imprensa constitui garantia constitucional, e os jornalistas podem evidentemente manifestar sua opinião sobre debate entre os candidatos realizado por meio de rede nacional de televisão, porque tudo que melhore a informação dos eleitores é útil para o aperfeiçoamento da vida política nacional.

Não obstante isso, o Estado deve podar os excessos

ADI 4.451 MC-REF / DF

cometidos em nome da liberdade de imprensa sempre que possam comprometer o processo eleitoral. Quando, no período que antecede o segundo turno da eleição presidencial, o jornalista falando por rádio (mídia que propaga ideias mas também transmite emoções), vê um candidato com óculos de lentes cor de rosa, e faz a caricatura do outro com expressões que denigrem ('socialismo deformado', 'populismo estadista', 'getulismo tardio'), a liberdade de imprensa é mal utilizada, e deve ser objeto de controle. Representação julgada procedente." (RP 1256, Min. Ari Pargendler, 17/10/06).

Coloco para a reflexão do Plenário: *qual a diferença objetiva* entre o inciso II e o inciso V do artigo 45 da Lei no 9.504/97 (tomada a questão em termos de ofensa ao primado da liberdade de expressão, colocado como valor absoluto pelo Ministro **Ayres Britto**)?

Não seriam ambas manifestações temerárias, odiosas, inconstitucionais de censura prévia pelo **legislador**?

Não seria tão ou mais ofensiva a restrição *a priori* da capacidade intelectual do criador cinematográfico, do autor de novela ou de minissérie?

Seriam os humoristas os únicos a merecerem o favor da interpretação do STF, quando **outros empregados de meios de comunicação social também se achariam, em tese, sob o jugo da censura do legislador**?

A observação empírica dá uma resposta profundamente incisiva a respeito do controle *a priori* da produção **livre – absolutamente livre – de filmes, novelas e minisséries**.

São conhecidos de todos os casos de produções dessa natureza, postas no ar no período eleitoral, com roteiros que reproduziam fatos contemporâneos, escândalos e acontecimentos políticos em épocas ou séculos passados, **mas com nítido propósito de prejudicar, constranger ou atingir políticos em pleno processo de escolha do Presidente da República**. A própria imprensa dá notícias dessas situações, bastante comuns nos finais dos anos 1980 e nos anos 1990.

ADI 4.451 MC-REF / DF

É inegável a interferência desses programas em processos eleitorais anteriores a 1995. **Talvez por ter essa consciência e por recordar-se de que essa é uma prática da qual foram acusados alguns de seus associados, a autora tenha-se absterido de tocar no inciso V do artigo 45.**

Renovo a indagação, haveria realmente motivos *de per se* determinantes para a presente ação direta de inconstitucionalidade em face de dispositivos há tanto tempo em vigor?

Um dos critérios para responder essa indagação é a análise da jurisprudência da Corte infraconstitucional que se ocupa diariamente desses problemas e da qual, para minha honra, sou integrante substituto, sem embargo de minha experiência razoavelmente extensa na fase anterior à envergadura da toga de juiz constitucional, que é o Tribunal Superior Eleitoral.

Baseando-me em informações divulgadas pelo sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, posso afirmar que, desde 1997 até a presente data, não houve um único caso de punição de humoristas como resultante dos impugnados incisos do artigo 45 da Lei nº 9.504.

Esse fato, na verdade, só serve de prova quanto à natureza extemporânea da presente ADI. Não houve violação de direitos fundamentais com base na mencionada disposição legal. E, passados tantos anos, seria natural que assim ocorresse, em face da (alegada) odiosidade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei no 9.504.

Seria o caso de novamente indagar para reflexão futura: haveria realmente severa ofensa aos direitos fundamentais dos artistas do humor?

Se o teste da jurisprudência é falho na demonstração objetiva dessa lesividade, deve-se voltar para outra importante seara da interpretação jurídica, a **produção doutrinária**. Muitas vezes desconsiderada pelos tribunais, tida como elemento irrelevante na construção do Direito, a dogmática jurídica é a voz autorizada dos jurisperitos, que contribuem com seu labor técnico-científico para a melhor interpretação e aplicação das normas jurídicas. Servem, portanto, os estudos dogmáticos como legítimo instrumento de crítica das atividades legislativa e pretoriana.

Assim, sendo, o que dizem os doutrinadores sobre os incisos II e III

ADI 4.451 MC-REF / DF

do artigo 45, ora examinados?

É praticamente unânime o entendimento da doutrina especializada quanto à **inexistência de lesividade a direitos fundamentais na aplicação desses dispositivos**. Os autores que comentam essas normas optam pela técnica da colisão de princípios, deixando em relevo a preocupação do legislador em preservar a isonomia material dos candidatos e a não-interferência na lícita formação da vontade do eleitor.

Sérgio Sérulo da Cunha, um democrata e jurista nacionalmente acatado, e **Roberto Amaral** (**Manual das eleições**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 257-260) são enfáticos quando anotam o artigo 45:

“O legislador retoma sua preocupação em assegurar um mínimo de igualdade entre os candidatos na disputa eleitoral, pretendendo evitar ou simplesmente minimizar a manifestação das preferências e das ojerizas das empresas controladoras do sistema brasileiro de rádio e televisão.

(...)

A ação da televisão, intervindo no andamento do processo eleitoral, manifesta-se, contemporaneamente, não apenas mediante seus noticiários (telejornais) – nos quais políticos, partidos e temas são privilegiados ou omitidos -, ou debates, mesas-redondas e programas similares, com convidados selecionados segundo os interesses políticos da empresa, mas, igualmente, com a mesma eficiência persuasiva, em seus programas de entretenimento, como os humorísticos, as novelas e minisséries, também usados para ridicularizar adversários ou temas.

(...)

Tanto as emissoras de rádio e de televisão (objeto do comentário) quanto os candidatos têm plena liberdade de comunicação em seus programas e nas aparições eleitorais, limitados estes pelo princípio constitucional segundo o qual ‘(...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação’ (CF, art. 5º -

ADI 4.451 MC-REF / DF

X). A liberdade de expressão não torna a emissora de rádio ou de televisão, nem o jornalista, nem o candidato, nem o partido, nem a coligação, irresponsáveis por danos que causem ilicitamente a outrem, assim como a liberdade de dirigir um automóvel não faz irresponsável o motorista, pelos danos que ilicitamente causa a terceiros.”

Em idêntico sentido:

“De modo a evitar que a influência do rádio e da televisão seja utilizada para interferir na vontade do eleitor, a legislação eleitoral fixou período em que as emissoras devem se abster da realização de determinadas práticas, usuais, mas com potencial de aliciamento” (SOBREIRO NETO, Armando Antônio. **Direito eleitoral**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.148-149).

“Até mesmo a crítica a qualquer candidato se acha vedada, mesmo quando levada a efeito de modo dissimulado, excepcionando-se apenas os programas jornalísticos ou de debates, consoante inciso V, *infra*” (DECOMAIN, Pedro Roberto. **Eleições**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 272).

“Com vistas a coibir o uso abusivo de meios de comunicação em tela e ensejar o acesso de todos os candidatos, estabelece a lei eleitoral minuciosa regulamentação.”

(...)

“Na verdade, o que se pretende é privilegiar os princípios da isonomia e do equilíbrio entre os participantes do certame, impedindo-se que uns sejam beneficiados em detrimento de outros. Também se visa evitar que determinados programas ensejem a ocorrência de ‘estados emocionais coletivos’, que possam influenciar os cidadãos no momento do voto. Afinal, se o poder político emana do povo, é mister que a liberdade do sufrágio seja garantida de forma plena” (GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 334-335).

ADI 4.451 MC-REF / DF

“(...) essa liberdade não é absoluta, como lembram Canotilho e Vital Moreira:

‘Não há conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao bom nome em caso de difamação, dado que não está coberto pelo âmbito normativo-constitucional da liberdade de expressão o direito à difamação, calúnia ou injúria’ (Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, p. 136)’” (PINTO, Djalma. **Direito eleitoral**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003. p. 208).

Em outra anotação doutrinária, o problema da oportunidade temporal das restrições previstas no artigo 45 da Lei nº 9.504/1997 é alvo de oportuno destaque:

“O que em outra época é futuro do deboche e da crítica política refinada, no período eleitoral é atitude ilícita, por causar dano ao candidato posto em situação ridícula ou jocosa através de truque ou montagens, quer de áudio ou vídeo. A produção ou veiculação de programas com essa finalidade ficam suspensas até o término das eleições” (COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral**. Belo Horizonte, 1998. p. 455).

Joel J. Cândido (Direito eleitoral brasileiro. 11 ed. Bauru: Edipro, 2004. p. 466-467) toca no ponto central, no fundamento que conduziu o legislador a prestigiar as restrições do artigo 45, ora sob controle concentrado de constitucionalidade, quando afirma que *“o artigo restringe a liberdade de informação, sem cerceá-la, em defesa do salutar Princípio Iguatário da Propaganda. Visa a evitar proteções e preferências e, assim, indiretamente, o patrocínio de certas candidaturas em detrimento de outras, o que ocorre em todos os pleitos, como sabemos. Qual emissora que não tem seus candidatos? Umas até conseguem dissimular as preferências!”*.

ADI 4.451 MC-REF / DF

A seguir, ele adita que:

“A norma tem razão de ser porque agora, com os recursos da tecnologia moderna, de computação, uma série de montagens pode ser feita com a imagem de uma pessoa, podendo-se projetá-la de tal sorte que a deixe em posição comprometedora, desconfortável, hilariante ou ridícula. Truques, simulações projeções, supressões ou acréscimos de caracteres, cores, ângulos, enfoques, etc., são as trucagens aqui proibidas nos recursos de áudio ou de vídeo, de imagem ou de som. Em síntese, o que proíbe é a alteração prejudicial da realidade de uma situação, da qual pode resultar degradação (rebaixamento de um conceito) ou o ridículo (exposição ao escárnio) ao candidato, partido ou coligação. A intenção do agente tem que ser eleitoral ou partidária para que o fato interesse ao Direito Eleitoral e nesse campo o problema criado venha a ser tratado” (CÂNDIDO, Joel J. *Op. cit.* p. 466-467).

Por último, cito os ensinamentos de **Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (Elementos de direito eleitoral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 215-216):**

“Assim, como se atrai das definições trazidas acima, a trucagem ou a montagem só estarão configuradas quando a propaganda for realizada com o emprego de efeitos de áudio, ou seus registros, respectivamente, e desde que esses efeitos levem o possível ofendido à difamação pública. Em uma dinâmica de causa-consequência, para que a propaganda impugnada seja considerada irregular por trucagem ou montagem, fez-se necessária ocorrência desses dois elementos: a utilização dos recursos de áudio e vídeo e a consequente marginalização sociopolítica do ofendido.

(...)

Essa enumeração de impedimento elencados não pode se constituir entrave à liberdade de expressão; por outro lado,

ADI 4.451 MC-REF / DF

não podem os candidatos ser prejudicados por predileção de proprietário de veículos de comunicação, como já ocorreu em passado não muito distante. O objetivo da Lei Eleitoral não é impedir a liberdade de expressão, mas proibir partidarismo dos meios de comunicação. Assim, as restrições devem ser sabiamente sopesadas para impedir abusos.

Não há impedimento algum de que rádio ou canal televisivo divulguem informações sobre irregularidade cometidas pelos candidatos ou ações penais que estejam sendo processadas, desde que lhe faculte direito de se pronunciar sobre elas." (p. 216).

É inequívoca a percepção desses intérpretes da legislação eleitoral sobre a não ocorrência de incompatibilidade vertical dessas normas. O estado da arte da hermenêutica infraconstitucional, seja pretoriana, seja dogmática, é sensível à conformidade do artigo 45 e de **todos os seus incisos** com princípios e direitos fundamentais da Constituição de 1988.

Seria realmente o caso de proceder a esse juízo de inconstitucionalidade em definitivo?

Lanço, uma vez mais, a observação de que o momento atual da controvérsia não permite manifestações de fundo, mas investigações prelibatórias sobre a matéria, compatíveis com o nível inicial do julgamento.

Agora, impõe-se oferecer algumas considerações sobre a técnica de proteção dos direitos fundamentais a ser utilizada neste julgamento.

3. A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDAS NO CASO DO CONTROLE CONCENTRADO DO ARTIGO 45, INCISOS II E III, LEI Nº 9.504/1995

Volto ao ponto de partida.

No julgamento da ADPF nº 130, esta Corte admitiu a colocação do direito fundamental da liberdade de expressão como absoluto, **no sentido de esgotar o âmbito de seu campo normativo.** A liberdade de

ADI 4.451 MC-REF / DF

expressão seria incontrastável, cabendo ao Poder Judiciário, no caso concreto, exercer sua atividade de controle do abuso, por meio de outras previsões constitucionais. Não se tocou, porém, no **suporte fático do próprio direito, tido como amplo**.

Tenho convicções arraigadas sobre o problema da metodologia de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e de suas restrições. Trabalho com conceitos que não se enquadram no **neopositivismo** e no **neoconstitucionalismo**. Ainda estou convencido da utilidade dos antigos conceitos de lógica formal de matriz neokantiana, que, por muito tempo, inspiraram os debates jusfilosóficos. O juiz deve ser um fiel seguidor das regras, obviamente atualizado por conceitos modernos da Hermenêutica contemporânea, especialmente a de índole constitucional.

Ao legislador é que se devem atribuir as margens de conformação, a ponderação de valores na elaboração das normas, porque resultantes de um debate democrático, pluralista, sujeito às críticas, às marchas e contramarchas da vida em sociedade e da arena partidária.

Tenho muito receio da *principiolatria*, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga *legislatria*. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a *legisprudência*, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as **fontes democráticas da atividade legislativa** e a **criação jurisprudencial livre**. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser **primordialmente** cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos **princípios** como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.

Dito isso, passo ao exame da questão posta nos autos sob o enfoque de construções teóricas da **ponderação**, apenas e tão somente para que se coloque a controvérsia **dentro de seu universo epistemológico**. Ou seja, **mesmo utilizando o referencial teórico dos princípios, os resultados a**

ADI 4.451 MC-REF / DF

que chegaremos deverão respeitar a ponderação do legislador.

Antes de ingressar no exame da estrutura das normas de direitos fundamentais, reforço essa ordem de ideias com o empréstimo de contributo da Literatura, com a pena universal de **William Shakespeare**, em sua obra “Medida por medida” (*Measure for measure*).

Nesse texto clássico, **William Shakespeare** coloca nas mãos do Duque de Viena o poder de vida e morte sobre os súditos. Baixa-se uma lei que proíbe a luxúria e uma personagem, Cláudio, é condenado por esse crime de luxúria, cuja pena é a decapitação. Sua irmã Isabela, uma jovem noviça, de grande beleza, sai do convento e procura a autoridade, Lord Ângelo, implorando pela vida de Cláudio.

Ao procurar Lorde Ângelo e pedir clemência a seu irmão, a noviça ouve da autoridade que a lei é inafastável e que Cláudio deve sofrer a pena capital pelo crime de luxúria.

Instantes depois, tomado pela beleza de Isabela, o juiz volta atrás em sua tese de *dura lex sed lex* e, afirmando-se como senhor da interpretação da norma, faz a proposta insidiosa: “ Cláudio não morrerá, Isabel, se amor me derdes.”

Em troca da liberdade do irmão, Isabela entrega sua honra e seu corpo à autoridade.

Em suma, a mesma lei inflexível, **por meio de ponderação**, pode ser flexibilizada, chegando-se a um resultado absolutamente diverso, conforme juízos subjetivos e incontroláveis da autoridade, em desapego à segurança jurídica da norma legal.

É esse o risco que se corre quando a ponderação judicial sobrepõe-se, de modo excessivo, aos parâmetros democráticos da legislação.

Encerro essa advertência, que serve para a demarcação de minhas convicções sobre o tema, com passagem de um grande jurista que há pouco integrou este Pretório, emprestando-lhe seu brilho e sua argúcia intelectual. Esse texto, de autoria de **Eros Roberto Grau**, publicado na revista **Justiça e Cidadania**, editada pelo histórico jornalista (e defensor das liberdades civis) **Orpheu Santos Salles**, é muito útil ao que ora se decide e se compatibiliza com a interpretação do arbítrio de quem decide

ADI 4.451 MC-REF / DF

com base em preconceitos ou em valores subjetivos, ao estilo do romance de **William Shakespeare**:

“10. Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como contudo inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detém o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “vôo cego”, na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas .

11. O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto --- o que excluiria a discricionariedade judicial --- instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece.” (GRAU, Eros Roberto. O perigoso artifício da ponderação entre princípios. *Justiça e Cidadania*, n. 108, p.16-19, julho, 2009).

Essa concepção, que está desenvolvida com caráter mais abrangente em outra obra de **Eros Roberto Grau**, o **Ensaio e discurso sobre a**

ADI 4.451 MC-REF / DF

interpretação/aplicação do Direito (5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283 e ss.), merece registro e serve para se apresentar uma alternativa metodológica ao enfrentamento da questão. Esse sincretismo pode chegar à perda de legitimidade da jurisdição constitucional, como bem aponta **Lênio Luiz Streck**, quando aborda o problema das “decisões conforme a consciência” (cf. **Verdade e consenso** : constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed., rev., ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009. *passim*).

O caso dos autos, aparentemente, volta-se a esse mesmo debate e com a idêntica fundamentação: **não há ponderação lícita ao Legislador quando ele dá concretude aos direitos fundamentais ligados à liberdade de expressão**. Passa-se diretamente à ponderação judicial, no caso concreto, sem intermediação da lei.

Tenho severas restrições a essa forma de argumentar e de interpretar os direitos fundamentais.

Considerando a natureza e o alcance deste julgamento, ainda em sede cautelar, farei apenas a exposição aligeirada desses temperamentos à leitura do tema nos termos fixados na ADPF nº 130.

I – NECESSIDADE DE RESPEITO À PONDERAÇÃO DOS VALORES PELO LEGISLADOR. A tese de que a Constituição incide diretamente sobre as relações jurídicas ligadas ao direito fundamental da liberdade de expressão, sem possibilidade de intermediação da lei, é equívoca se tomada radicalmente, especialmente no que se refere ao Direito Eleitoral.

Como já expus, o artigo art. 14, *caput* e § 9º, CF/1988, refere-se por duas vezes à intervenção do legislador. No *caput*, está dito textualmente que “*a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante (...)*”. A própria Constituição fez o apelo ao legislador, sabedora de que a generalidade de suas regras carecia da concretude em diversos aspectos.

É correto desmerecer em caráter absoluto a ponderação *ex ante* do

ADI 4.451 MC-REF / DF

legislador e trocá-la pela ponderação *a posteriori* do juiz? Trocar uma ponderação geral por uma ponderação de caso a caso, que pode ser objeto de efeitos deletérios para o processo eleitoral?

Senhores Ministros, não estamos a falar da honra de alguém, mas da própria estabilidade do processo eleitoral, raiz da Democracia, base do Estado de Direito em sua expressão democrática.

II. NÃO HÁ PRINCÍPIOS ABSOLUTOS. O FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DA ATUAÇÃO DO LEGISLADOR. A chamada **colisão de princípios** é por demais conhecida pela Filosofia do Direito contemporânea, graças à contribuição do jurista **Robert Alexy**. Não se fala de invalidação de um princípio por outro, mas de sua prevalência, conforme as circunstâncias e segundo a fórmula-peso (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte** (*Teoria dos Direitos Fundamentais*). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 p. 78-79).

A **lei de colisão** (*Kollisionsgesetz*) baseia-se no primado de que “as condições sob as quais um princípio precede aos outros, formam o tipo abstrato de uma regra que expressa as conseqüências jurídicas do princípio precedente” (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte...** p. 79-84).

Assim, a ponderação de princípios leva, na prática, à produção de uma norma cuja formulação conduz ao que **Robert Alexy** chama de **fundamentação jurídico-fundamental correta**.

Como decorrência, **não há falar-se em direitos fundamentais absolutos**. Como bem salienta **Herbert Bethge**, “a noção de um direito fundamental ilimitado é impossível na prática e contraditória na teoria” (In. Die verfassungsrechtliche Problematik der Grundpflichten. **Juristische Arbeitsblätter**, Heft 5, p. 252, 1985).

E, nesse sentido, a **liberdade**, qualquer que seja ela, inclusive a de expressão, é **ilimitada prima facie**, mas **limitada** como direito definitivo.

Essa restrição a um direito fundamental **pode e deve ser feita primordialmente pelo legislador**. Não é adequado supor que haveria pré-condicionamento ao legislador e ampla deferência ao juiz para restringir direitos fundamentais, apenas porque o magistrado atua no

ADI 4.451 MC-REF / DF

caso concreto e sob circunstâncias de fato. O legislador goza da legitimidade democrática. É eleito. Submete-se aos constrangimentos do processo eleitoral, às quizílias partidárias, às contradições do Parlamento, às pressões organizadas e ao risco permanente de ser exautorado da vida pública, por meio da censura periódica de seus representados nas urnas. Negar-lhe essa prerrogativa é atrofiar o Estado Democrático de Direito.

Toda restrição ao direito fundamental é uma forma de se criar obstáculos à realização plena de um princípio, como adverte **Robert Alexy** (*Op. cit.* p.300-307). E a isso deve corresponder uma atuação fundamentada, por cuidar de norma restritiva. Mas esse espaço existe. É o **espaço para conformação do legislador ordinário**. É frequente, nesse sentido, a presença de reservas explícitas (*Gesetzvorbehalte*) que se identificam pela terminologia clássica “nos termos da lei”, “na forma da lei” ou “conforme a lei”. É exemplo de espaço para conformação com reservas explícitas em nosso Texto Constitucional aquele fornecido pelo inciso VI do artigo 5º:

“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;”

Existem também **reservas implícitas** decorrentes de uma autorização tácita ou imanente de uma restrição que se confere ao legislador ordinário, como admitem **Robert Alexy** e **Christian Starck**. Isso é uma decorrência do princípio da unidade da Constituição, tão bem defendido na doutrina alemã por **Bernhard Schlink** (*Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 11, Heft 17, p. 464, 1984) e já referido nas construções pretorianas desta Corte (ADI 815, Relator Min. **Moreira Alves**, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ de 10/5/96).

A ponderação feita pelo legislador é legítima.

A intervenção do legislador, baseada em autorização explícita do artigo 14, CF/1988, e implícita decorrente do “princípio da unidade da

ADI 4.451 MC-REF / DF

Constituição”, também aceitável como **causa de restrição de direitos fundamentais**.

III. CASOS CONCRETOS DE LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL NO CONTROLE DAS LIBERDADES COMUNICATIVAS.

Ainda com o intuito de reflexão, recorro que a tese da limitação à liberdade de expressão encontra no próprio artigo 5º, inciso X, CF/1988, os fundamentos para restrições do **legislador ordinário**, sejam materiais, sejam instrumentais.

É o exemplo da tutela inibitória para apreensão de livros ou publicações, bem assim o obstáculo à veiculação de imagens que venham a ser atentatórios contra a honra, a imagem e a vida privada das pessoas.

Não desconheço que há a chamada **esfera de iluminabilidade**, da doutrina italiana, segundo a qual as chamadas **celebridades**, como políticos, artistas e pessoas que vivem em torno da exploração da imagem, encontram-se parcialmente livres das proteções normais conferidas aos cidadãos comuns, no que se refere à exposição de seus direitos personalíssimos ligados ao inciso X do artigo 5º, CF/1988. Mesmo em relação a essas pessoas, observa-se a reabertura dos debates, como mostra **Marcelo Neves**, em sua inovadora obra **Transconstitucionalismo** (São Paulo: Saraiva, 2009. p.138), que fornece diversos exemplos da recentíssima jurisprudência alemã e da Corte Europeia de Direitos Humanos, de entre os quais se destaca o Caso da Princesa Caroline de Mônaco. Reproduzo trecho de seu livro a esse respeito:

“Além disso, o Tribunal Constitucional Federal alemão, cuja orientação fixada no julgamento do Caso Caroline de Mônaco II, de 15 de dezembro de 1999 (na qual se deu maior peso à liberdade de imprensa na consideração da divulgação de fotos de Caroline de Mônaco, com restrições à proteção da intimidade de pessoas proeminentes), foi contrariada pela decisão do TEDH (*Tribunal Europeu de Direitos Humanos*) no caso *Caroline von Hannover vs. Germany*, de 24 de junho de 2004

ADI 4.451 MC-REF / DF

(favorável à proteção da intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa) (...)”

Se observarmos a sólida construção pretoriana do Tribunal Constitucional alemão, órgão reconhecido no tratamento protetivo das chamadas “liberdades comunicativas” (*kommunikativer Freiheiten*), encontraremos vários exemplos de controle na divulgação de dados lesivos ao interesse nacional ou à intimidade dos interessados.

A esse propósito, veja-se que o artigo 5º da Lei Fundamental alemã declara textualmente que “a liberdade de imprensa e a liberdade de dar notícias por (meios) de radiodifusão e cinematográficos são garantidas. Não haverá censura”. E, em seguida, também apõe que “esses direitos têm seus limites nas normas das leis gerais, nos artigos legais para proteção da juventude e no direito à honra pessoal”.

É oportuno citar o famoso caso dos “Soldados assassinos” (“*Soldaten sind Mörder*”), decidido pelo Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 10 de outubro de 1995. Na ocasião, a Corte apreciou simultaneamente quatro reclamações constitucionais formuladas por militares que se sentiram ofendidos por manifestações de pessoas que os chamavam de assassinos, por meio de uma faixa posta na rua, a qual foi posteriormente retirada por um coronel das Forças de Defesa alemãs; de panfletos distribuídos em via pública; de “carta ao leitor” para o “*Allgemeine Zeitung*”, da Mogúncia, e em uma faixa desfraldada em uma exposição de motocicletas.

Em decisões extremamente apertadas, o Tribunal alemão determinou o reenvio dos casos à origem, por entender que as cortes locais não poderiam deixar de analisar a ocorrência de aparente abuso na liberdade de expressão dos que atribuíram aos militares a qualidade de assassinos. Segundo os juízes alemães, “da mesma forma, a liberdade de expressão cede espaço, em regra, à proteção da honra no caso de expressões detrimen-tosas, que se apresentam como insulto ou difamação (BVerfGE 61, 1 [12]). (...) Desse modo, uma crítica exacerbada ou até ofensiva por si mesma não transforma a expressão em ignominiosa. Tanto mais ocorre quando, na expressão, não esteja em primeiro plano o debate do tema, mas o [intuito] de

ADI 4.451 MC-REF / DF

difamar a pessoa. Deve essa também revestir-se da depreciação da pessoa, além da crítica polêmica e exagerada (BVerfGE 82, 272 [283 s.]). Por essa razão, a crítica ignominiosa [contida] em expressões sobre um tema que toque essencialmente a opinião pública é tida como presente em caráter excepcional, e, de qualquer sorte, permanecerá limitada à denominada disputa entre particulares (cf. BGH, NJW 1974, p. 1762)”¹

Há vários outros julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o tema. As circunstâncias de uma decisão de natureza cautelar não me permitem estender na enumeração desses importantes precedentes da experiência constitucional estrangeira.

Mas, como raciocínio de caráter aproximativo, indago a Vossas Excelências: seria inconstitucional uma lei que proibisse ofensas à liberdade de culto, de crença e de religião?

Acaso não se dará aplicabilidade ao artigo 208, Código Penal, que abrange o tipo do ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, especificamente quando se refere ao vilipêndio de objeto destinado a fins litúrgicos?² Se alguém, **nos meios de comunicação social eletrônica**, escarnece ou destrói uma imagem religiosa, deve ficar impune? Não creio que seja o caso de se admitir restrições a direitos fundamentais apenas em sede penal.

1 No original: “Desgleichen tritt bei herabsetzenden Äußerungen, die sich als Formalbeleidigung oder Schmähung darstellen, die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschatz zurück (vgl. BVerfGE 61, 1 [12]). (...) Danach macht auch eine überzogene oder gar ausfällige Kritik eine Äußerung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Hinzutreten muß vielmehr, daß bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Sie muß jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik in der persönlichen Herabsetzung bestehen (vgl. BVerfGE 82, 272 [283 f.]). Aus diesem Grund wird Schmähkritik bei Äußerungen in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage nur ausnahmsweise vorliegen und im übrigen eher auf die sogenannte Privatfehde beschränkt bleiben (vgl. BGH, NJW 1974, S. 1762)”.

2 “Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.”

ADI 4.451 MC-REF / DF

O direito fundamental do inciso 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*”) é incompatível com o direito fundamental do inciso IX (“*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”)?

Como resolveríamos o problema mais grave ainda da ofensa religiosa por uma obra de arte (ou equiparável), que se liga a outra espécie de liberdade, menos controlável, porque marcada por critérios de aferição plásticos, como a **liberdade de expressão artística**?

IV – NECESSIDADE DE DEBATE SOBRE A TRANSPARÊNCIA E A FUNDAMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS. A AUTOCONTENÇÃO RETÓRICA. O presente caso, Senhores Ministros, tem a oportunidade de nos permitir fazer o inadiável debate sobre o **método e a técnica de restrição de direitos fundamentais**.

Não pode a Corte simplesmente criar uma metodologia baseada em **afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica**, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões. É essa a crítica que modernos constitucionalistas como **Cass Sunstein** têm suscitado e que merecem nossa reflexão.

É o caso de realizar uma intervenção dessa magnitude, passados tantos anos da vigência da lei e **mais de dois meses após o período vedado**, com o protocolo desta ação direta de inconstitucionalidade?

4. PREMISSAS SOBRE A NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL E OS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS

Na atual fase do exame da matéria, como reiteradamente venho sustentando, marcado pela superficialidade, gostaria de estabelecer algumas premissas em torno dos incisos impugnados do artigo 45 da Lei das Eleições:

4.1. Trata-se de norma voltada para os meios de comunicação social

ADI 4.451 MC-REF / DF

objeto de concessão, autorização e permissão.

Desloca-se o problema para o 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*”), mas não se perde de vista a circunstância de que essa norma é uma **espécie do gênero das liberdades comunicativas**, que têm sua raiz no artigo 5º da CF/1988, com os incisos específicos (IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; 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; VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; 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).

Essa relação de gênero a espécie é apreendida na doutrina (MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.371) como sendo a *liberdade de expressão em sentido lato*, que os alemães chamam de *liberdades comunicativas*, da qual uma das espécies é a **liberdade de comunicação em sentido estrito**, alojada nos meios de comunicação social concedidos (radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens).

4.2) Sendo a liberdade de comunicação em sentido estrito uma espécie de liberdade comunicativa, não é possível interpretar o artigo 220, CF/1988, sem levar em conta os demais incisos do artigo 5º,

ADI 4.451 MC-REF / DF

CF/1988, além do chamado princípio da unidade da Constituição.

Assim sendo, cabem restrições explícitas e implícitas aos direitos fundamentais contidos nessas normas, por meio da atuação *a priori* do legislador.

4.3) O mandato de conformação do legislador deve ser, como bem assinala Robert Alexy, fundamentado.

É nesse campo que a doutrina especializada, ao exemplo do que já transcrevi acima, destaca a diferença entre as restrições aos direitos fundamentais baseados nas liberdades comunicativas exercidas nos meios de comunicação social concedidos e nos que não dependem do Estado. É para os primeiros que os incisos II e III do artigo 45 estão voltados, dado inexistir qualquer restrição para os últimos.

E qual o fundamento dessa restrição?

4.4) A resposta é simples, embora implique a admissão pouco confortável de uma realidade empírica, de forte base sociológica.

Nos Estados Unidos da América, os candidatos adquirem horários comerciais para sua publicidade. Dispõem do dinheiro e obtêm caríssimos intervalos comerciais. É uma relação às claras. Eventuais ataques podem ser respondidos por meios idênticos, na programação da televisão aberta ou fechada.

Nosso modelo é diferente. É eminentemente público, com propaganda eleitoral mantida pelo orçamento do Estado, embora com a produção a cargo das respectivas campanhas.

Outro traço de forte diferença está em que é **natural o conhecimento prévio e escancarado das opções políticas dos donos da mídia norte-americana**. Quem assiste o canal FOX sabe que seus controladores apoiam o Partido Republicano, e a audiência da CNN identifica este canal com o Partido Democrata. Ataques de uma emissora a um candidato são atenuados por essa vinculação explícita, conhecida de todos e aceita como um dado sociológico da vida política estadunidense.

Acaso seriam essas regras as mesmas do Brasil?

Pode-se falar em independência dos donos da mídia em relação às suas **legítimas opções políticas, porque eles também são eleitores e**

ADI 4.451 MC-REF / DF

podem expressar suas escolhas?

Evidentemente que não. Vive-se no Brasil o falso mito da independência dos meios de comunicação social. E assim o afirmo não por razões de preconceito ou por aderir a discursos contrários à mídia brasileira. O Brasil há de se orgulhar de possuir uma das melhores estruturas de comunicação social do mundo, cuja liberdade é um pilar das instituições democráticas. Isso, todavia, não importa em se negar aos controladores desses instrumentos comunicativos o direito de ter suas preferências político-partidárias e até mesmo de manifestá-las, como, de fato, alguns veículos o fazem, embora muito raramente. A assertiva aqui lançada é no sentido de que se deve distinguir entre a **independência da mídia**, um dado necessário do processo democrático, e a **imparcialidade da mídia**, o que nem sempre é possível ou mesmo exigível, dada a própria liberdade de realizar opções ideológicas, políticas e culturais.

A contraprova desse mito é o artigo 45 e todos os seus incisos. Reitero. Por que não se atacou o direito de se produzir novelas e minisséries com referências, ainda que laterais, a políticos em campanha? O fundamento é o mesmo! Provavelmente, essa escolha seletiva em relação ao inciso V do artigo 45 deve-se, como já salientei, a algumas experiências negativas da história eleitoral brasileira não muito distante.

O que diz a doutrina sobre essas assertivas?

O fundamento que legitima a restrição legal à liberdade comunicativa em sentido estrito é de base constitucional: *“A intervenção na programação das emissoras de televisão - concessionárias ou permissionárias de serviço público – tem fulcro na natureza do serviço e da concessão, e no princípio constitucional da igualdade de todos, que deve ser assegurado pelo Estado, constituindo-se em corolário de regime jurídico de direito democrático.”* (CUNHA, Sérgio Sérulo da; AMARAL, Roberto. **Op. cit.** p. 259).

É o Estado Democrático de Direito e seu próprio fundamento que se busca preservar quando se protege a isonomia de todos os postulantes no processo eleitoral.

Assim, *“(...) os meios de comunicação exercem o poder através da divulgação de notícia que não tem, muitas vezes, a intenção de informar, mas,*

ADI 4.451 MC-REF / DF

sim, de criar estados de ânimos favoráveis às suas idéias políticas e sociais. Essa forma imprópria de criação e utilização da opinião pública acaba por neutralizar a espontaneidade de expressão da sociedade. Em via reflexa, atinge as instituições que passam a se comportar conforme o momento social.” (PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.142-143).

5. ANÁLISE MATERIAL DA NORMA E SUAS CONEXÕES CONSTITUCIONAIS

Colocadas essas premissas, faz-se necessário examinar materialmente a norma impugnada.

Materialmente, haveria indícios de inconstitucionalidade nos incisos do artigo 45?

O inciso II tem como **tipo nuclear da conduta ilícita** a trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo, com o fim de: a) degradar ou b) ridicularizar “candidato, partido ou coligação”. Como aditivo final, com o intuito de açambarcar outras hipóteses, alternativamente, vedam-se os atos de “produzir ou veicular programa com esse efeito”.

Não há aqui, qualquer limitação ao direito de crítica ou à liberdade de informação. A regra não os proíbe. O que deve ser evitado é a utilização de trucagens, montagens ou outros recursos que visem degradar ou ridicularizar os candidatos.

O inciso III é mais direto e simples em sua formulação: a) veicular propaganda política; b) difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

A regra prevista no inciso III do art. 45 da Lei das Eleições, que proíbe as emissoras de rádio e televisão de veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária às candidaturas no período eleitoral, está aparentemente em conformidade aos princípios do art. 14, CF/1988, que colimam a manutenção do equilíbrio, da legitimidade e da lisura do pleito eleitoral.

Não há ofensa ao **direito fundamental de informar**.

O que se proíbe não é que a notícia ou a crítica sejam divulgadas. A

ADI 4.451 MC-REF / DF

vedação diz respeito aos aspectos técnicos dessa divulgação e impede que os recursos hoje disponíveis possam ser utilizados para transformar a imagem do candidato ou a própria verdade dos fatos em algo inverídico que viole a garantia prevista nos incisos V e X do art. 5º da Constituição.

Os incisos do artigo 45, nesse sentido, fundamentam-se em **mandatos de otimização** relativos à dignidade humana, à preservação da intimidade, da honra e da vida privada, além, é claro, da isonomia material dos candidatos no processo eletivo.

Ademais, é importante destacar a existência de conexões entre a norma do artigo 45 e a do artigo 55 da Lei das Eleições. Qualquer interferência judicial na primeira terá consequências na segunda, que tem o seguinte teor:

“Art. 55. Na propaganda eleitoral no horário gratuito, são aplicáveis ao partido, coligação ou candidato as vedações indicadas nos incisos I e II do art. 45.”

A ineficácia do inciso II do artigo 45 permitirá que se façam trucagens, montagens e outros arranjos técnicos com o objetivo de ridicularizar ou degradar os demais postulantes na propaganda eleitoral gratuita. E, nesse passo, ponho em evidência a realidade dos rincões mais distantes do País, onde o processo político-eleitoral faz-se nas rádios. O uso desses expedientes poderá criar situações de perturbação da vontade livre e consciente dos cidadãos. E não se diga que o controle *a posteriori* resolverá os efeitos deletérios dessas práticas, na medida em que a retirada da norma do ordenamento jurídico subtrai a ilicitude específica da conduta e limita a discussão jurídica a conceitos indeterminados relativos à honra e à intimidade, quando o objetivo constitucional do artigo 14, *caput*, CF/1988, tem alcance diverso. O foco dessa outra norma é a preservação da isonomia de armas e meios nas eleições.

Há, ainda, outro detalhe essencial na leitura desses dispositivos.

Na moderna Ciência da Comunicação, existe o aceso debate sobre como qualificar as atividades de **jornalismo cidadão**, aquele realizado em blogues, colunas e portais de natureza pessoal, e de **humor noticioso**,

ADI 4.451 MC-REF / DF

como o que se dá em programas com aparência jornalística, mas que fazem a divulgação de matérias sem a observância de regras básicas do jornalismo clássico, como a audiência dos dois lados e a preservação da imagem dos envolvidos.

Como dar tratamento igual a situações que nem mesmo os estudos mais avançados da Comunicação Social conseguem assemelhar?

Não cabe confundir humorismo com jornalismo. É certo que o jornalismo pode ser realizado a partir de uma visão alegre e, algumas vezes, jocosa mesmo. Mas, o jornalismo, em sua acepção clássica, deve partir sempre de fatos verídicos e concretos e tem como missão primeira levar a informação ao público em geral.

A sátira e a paródia, por outro lado, não ficam restritas à realidade e encontram na ficção um campo extremamente fecundo. Por isso não podem ser confundidas com a divulgação de informação. O exercício da crítica parte, sempre, de um fato da vida real. No humor, por outro lado, imaginam-se situações muitas vezes irreais e fabulosas.

Aqui seria necessário distinguir a sátira ou a caricatura que partem de um fato real e, como tais, podem ser vistas como exercício do direito de crítica, dentro dos limites próprios, daquela criação ficcional que imputa fato inverídico, muitas vezes inacreditável, como forma de produzir o riso.

Sobre esse aspecto, ainda evocando as lições de **Jónatas Machado** (**Op. cit.** p. 825), é de se afirmar que “a liberdade de expressão e de criação artística não cancela os direitos de personalidade. (...) A questão de fundo prende-se com saber até que ponto, ou em que circunstância, deve ser considerado o potencial difamatório que se esconde debaixo de uma superfície humorística. De um modo geral, entende-se que existe uma ampla margem de manobra para o discurso satírico e caricatural. O registro não narrativo em que o mesmo se desenvolve constrói um contexto interpretativo específico, a luz do qual as imputações que possam ser feitas são geralmente compreendidas como ‘declarações não sérias’, insusceptíveis de serem confundidas com afirmações de facto. Ainda assim, a doutrina alerta em causa o caráter vulgar e abusivo, ou

ADI 4.451 MC-REF / DF

abertamente ofensivo, destas formas de comunicação”.

Uma leitura do artigo 45, para fins de controle de constitucionalidade, não pode desconsiderar dois outros aspectos de caráter hermenêutico.

O primeiro é puramente exegético, conquanto não seja de menor importância.

Diz com a própria expansão semântica dos verbos nucleares das condutas vedadas do inciso II, cujo decotamento já fiz anteriormente e se revelou em dois verbos bastante conhecidos – **ridicularizar** e **degradar**.

O humorista não ridiculariza, degrada, humilha, agride ou ofende. Ele satiriza, ironiza, faz uso do sarcasmo, da crítica (muitas vezes ferina) e põe em destaque as contradições, as incoerências, a insinceridade do objeto de sua atividade artística. O inciso II, por essa razão, jamais poderia ter sido (como nunca o foi) para punir, reprimir ou censurar o humor, onde quer que ele apareça, onde quer que ele se faça exhibir, **inclusive nos meios de comunicação social eletrônica**.

O humor presta serviço à Democracia. Com seu modo elegante ou um tanto agressivo, fino ou mais explícito, direto ou por ironia, ele consegue escancarar os conflitos sociais, políticos e culturais de uma forma não violenta, mas reflexiva. E reflexiva da melhor maneira, através do sorriso. No diálogo entre o frade franciscano Guilherme e o irmão Jorge, no mosteiro onde se passa a narrativa do romance **O nome da rosa**, há a afirmação de que “[o]s macacos não riem, o riso é próprio do homem, é sinal de sua racionalidade”.

Não são os humoristas que discriminam, perseguem, humilham ou ofendem.

O segundo aspecto a ser destacado é a interpretação sistemática do artigo 45. Aliás, intrassistemática, pois a mera perquirição em torno dos incisos II e III tem o pecado do reducionismo, na medida em que os parágrafos quarto e quinto dessa norma conferem a **necessária concretude aos atos vedados**. Faço a transcrição desses fragmentos:

“ § 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar

ADI 4.451 MC-REF / DF

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.)

§ 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.)”

As pautas legais desses dispositivos complementares aos incisos II e III são de grande importância, porque delimitam e expõem o alcance da vedação. É perceptível que nela não se compreende a mera atividade lúdica do humor, mas a que se volta para a ruptura do primado da igualdade entre os postulantes, com o sentido de beneficiar ou prejudicar um candidato, o que, há de se convir, não ocorre nos programas de humor.

6. EXAME DOS PRESSUPOSTOS DA LIMINAR

Estamos diante de uma norma eleitoral de sensível implicação para o processo democrático e para a estabilidade dos princípios que o suportam.

O STF, do modo como esta ação direta de inconstitucionalidade foi apresentada, encontra-se sob a provocação de pensar o Brasil sob o ponto de vista de uma eleição presidencial, sob circunstâncias macrossociais que não se reproduzem na realidade dos Estados e municípios. Em setores da sociedade brasileira, há grande promiscuidade entre o poder político e a detenção de concessões de serviços de radiodifusão. Há grande impacto desses instrumentos de comunicação social na formação das vontades coletivas.

Se pudesse fazer uma analogia, diria que o primado da presunção da inocência não implica que todos sejam inocentes. Por outro lado, como se

ADI 4.451 MC-REF / DF

falar em liberdade de expressão absoluta, **na modalidade de liberdade comunicativa em sentido estrito (radiodifusão)**, se os meios de difusão dependem de concessões e, portanto, do Poder Político, ainda que indiretamente? Que liberdade é essa que depende de uma concessão?

Como já salientei ao longo do voto, o *periculum in mora* estaria afastado, porquanto há uma lei em vigor por mais de dez anos. É uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada após meses de período vedado.

Essas condições autorizariam uma liminar? Não seria mais prudente aguardar-se o ritmo natural com que a Corte tem apreciado esses procedimentos?

Qual a urgência? Liberar o humor na televisão e no rádio, como pedido na inicial? Ora, expus com evidente clareza que não há caso de censura ao humor na jurisprudência, muito menos existe o entendimento de que ele seja alcançado pelas normas. O que não se admite é a trucagem, a fraude, a montagem para constranger e extrair dividendos políticos em processos eleitorais.

Se algum programa de humor deixou de veicular algo, não foi por censura do Estado e sim por autocontrole de seus próprios dirigentes. Se censura havia, era autoimposta.

É máxima do *ridendo castigat mores*, tão ao gosto de Rudolf von Ihering, em sua obra clássica de idêntico título. Parece piada, mas a censura era e é das próprias emissoras.

A despeito dessas considerações, não posso deixar de lado a compreensão do momento histórico. É claro que a Associação autora preocupa-se com certas externalidades negativas de arranjos políticos internacionais, em que se estabeleceram formas indiretas de controle das mídias. Em um País com tradição de interferência governamental na liberdade de imprensa, é perfeitamente esperável que os responsáveis pela boa e respeitável indústria da Comunicação Social manejem seus instrumentos de defesa das prerrogativas constitucionais do artigo 220.

Como bem assinala o jurista português **Jorge Reis Novais**, em sua obra **Direitos fundamentais como trunfos** (Coimbra: Coimbra Editora,

ADI 4.451 MC-REF / DF

2006), esses direitos muitas vezes servem como trunfos das minorias contra a avassaladora corrente contrária formada por processos eleitorais. São verdadeiros brados em prol do respeito a espaços minoritários dentro do contexto da Democracia representativa; nessas horas, as Cortes Constitucionais funcionam para assegurar esse modelo de compartilhamento de liberdades entre maiorias e minorias. Em muitos casos, contra a própria vontade das primeiras, porque historicamente é provado que, não raras vezes, são os valores defendidos pelas minorias que conservam as melhores tradições do Humanismo e da Liberdade.

Admito a superação de toda a sorte de deficiências formais quanto ao *periculum in mora*.

Quanto ao *fumus boni iuris*, é indispensável fazer o reajuste de meu voto, em sua acepção inicial, até porque o eminente relator alterou o conteúdo inicial da liminar deferida, a fim de que:

- a) a eficácia do inciso II seja totalmente suspensa;
- b) a eficácia do inciso III, na parte posterior à expressão “veicular propaganda política”, também seja atingida pela supressão de efeitos;
- c) se aplique a técnica do arrastamento para tornar ineficazes os parágrafos quarto e quinto do artigo 45, dispositivos estes não atacados na inicial e que trazem os conceitos de trucagem e montagem.

Inspiro-me, a esse propósito, nas considerações lançadas pelo Ministro **Marco Aurélio**, que se vale do pedido sucessivo da autora, cuja reprodução é conveniente para que se compreenda o alcance da solução a ser adotada:

“76. Caso o Tribunal não entenda pela declaração de inconstitucionalidade integral dos mencionados dispositivos – o que só se admite em reverência ao princípio da eventualidade –, requer a ABERT seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, dos incisos II e III do art. 45 da Lei Federal nº 9.504/1997, para que essa Egrégia Corte, mediante interpretação conforme à Constituição:

ADI 4.451 MC-REF / DF

a) afaste do ordenamento jurídico 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) afaste do ordenamento jurídico 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.”

É possível chegar a resultados igualmente eficazes ao da liminar em relação ao inciso II dele excluindo, por técnica de interpretação conforme, a atividade humorística, nos termos do pedido sucessivo, mantendo-o hígido para os fins da vedação do artigo 55, quanto à Propaganda Eleitoral Gratuita (PEG).

Da mesma forma, como se depreende das razões exaustivamente lançadas, quanto ao inciso III, não seria o caso de suspensão de eficácia da norma, mas de atribuição de interpretação conforme para, em atendimento ao pedido sucessivo, **retirar qualquer dúvida sobre a licitude da realização da “crítica jornalística, favorável ou contrária, a candidatos, partidos, coligações, seus órgãos ou representantes, inclusive em seus editoriais”**, que sempre reputei possível em razão do disposto no inciso V. Adoto essa solução pois entendo que, com o uso da técnica da interpretação conforme, fica mais claro o comando da norma para seus múltiplos intérpretes, se comparado com a sua mera supressão do texto normativo.

A veiculação de propaganda, é evidente, está restrita aos casos legais típicos. Não se trata de censurar jornalistas ou humoristas. Opiniões favoráveis ou contrárias a postulantes eleitorais (ou suas agremiações) são fatos corriqueiros no noticiário brasileiro. Quotidianamente, são destacados pontos positivos ou negativos sobre as falas dos candidatos, as posturas supostamente fisiológicas de partidos políticos, as gafes, os

ADI 4.451 MC-REF / DF

comentários extemporâneos. Basta abrir os jornais de hoje ou assistir a televisão para encontrar todas essas condutas.

Assim como assim, voto no sentido de acolher o pedido formulado na inicial, de caráter sucessivo, a fim de dar interpretação conforme aos incisos II e III do artigo 45 da Lei nº 9.504/1997, nos limites ali delineados.

Ministro DIAS TOFFOLI

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Em relação ao inciso II, portanto, Senhor Presidente, eu referendaria a liminar para dar interpretação de que ele não se impõe aos programas de humor.

A respeito do inciso III, peço vênia para indeferir a liminar na íntegra, porque entendo que não há nele a restrição que a autora diz haver, porque o inciso V do artigo 45 permite a "crítica" nos "programas jornalísticos" e, também, nos programas de "debates políticos". Pode uma emissora de televisão ou radio, licitamente, na forma do inciso V, fazer mesas redondas de debates sobre os candidatos, sobre a eleição para presidente, governador, deputado. Enfim, tudo isso é lícito. O núcleo da norma está, de alguma forma, vinculado à ideia de paridade de armas, como bem destacou o Procurador-Geral da República, mas ele não se aplica, a meu ver, aos "programas jornalísticos", que são expressamente mencionados na lei. O inciso III é genérico; ele não diz nada sobre programação "a", "b" ou "c", sobre tipo de programa. O inciso V diz. E o inciso V, ao mencionar "*programas jornalísticos ou debates políticos*", exclui qualquer tipo de vedação à crítica, ao debate amplo, aberto, da vida política nacional.

Portanto, Senhor Presidente, eu não vejo, pelos fundamentos colocados, a razão de se aplicar a suspensão do inciso III do artigo 45.

São essas as minhas considerações. No entanto, antes de encerrar, eu não poderia deixar de ressaltar, Senhor Presidente, a importância desse debate, que faz desta Casa, pelo tema de que trata, uma Corte verdadeiramente Constitucional - nós que lidamos no dia a dia com tantas outras questões. Gostaria de destacar, também, as belas sustentações orais feitas pelo autor, pelo advogado e Deputado Miro Teixeira e pelo Procurador-Geral da República.

ADI 4.451 MC-REF / DF

É como voto, Senhor Presidente. Referendo a liminar, em parte, no que diz respeito ao inciso II, e nego a liminar em relação ao inciso III, por desnecessidade de sua retirada do mundo jurídico.

02/09/2010

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL**

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vou suspender a sessão após o voto de Vossa Excelência, Ministro Dias Toffoli, mas um dos problemas que se poderá discutir em seguida - aliás, tenho voto longo sobre isto -, é mostrar que, exatamente, o inciso II pode ser usado em relação a programa humorístico, porque é próprio da caricatura, da sátira e da farsa, aquilo que se chama de deformação hiperbólica da realidade. Ninguém faz farsa, caricatura ou sátira, sem deformar a realidade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Os §§ 4º e 5º proíbem alterar a realidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então é possível usar o inciso II exatamente para evitar isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas o meu voto vai exatamente nessa linha, Senhor Presidente, de liberar os programas de humor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu ainda faria uma ressalva...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Como dizia o Guimarães Rosa no **A hora e a Vez de Augusto Matagra**: Isto não é mentira, porque é uma verdade que inventei, e inventei para mostrar a realidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Se não pudesse ser inventada e não pudesse ser usada numa trucagem, ficaria difícil.

Enfim, vamos suspender a sessão por vinte minutos, e, em seguida, retomaremos o tema.

02/09/2010

TRIBUNAL PLENO

REFERENDO EM MED.CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 4.451 DISTRITO FEDERAL

ADI 4.451-MC-REF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

1. Senhor Presidente, inicio por observar, relativamente ao que acentuado da tribuna pelo eminente advogado Miro Teixeira da Tribuna, quanto ao voto que proferi no julgamento da ação direta que cuidou da inconstitucionalidade da lei de imprensa. Segundo o nobre advogado, teria proferido um “voto radical”.

Apenas cuido de esclarecer, sem qualquer comentário, menos ainda crítica ao que por ele acentuado, até porque é direito do advogado e de todos os cidadãos pensarem livremente sobre os votos proferidos pelos juízes de seu País, que não partilho apenas do seu ponto de vista quanto a ter sido radical.

Votei como votaria qualquer mineiro. Afinal, tratava-se, lá como cá, do direito à liberdade, exercida nos termos constitucionalmente previstos. E como disse Tancredo Neves, liberdade é de outro nome de Minas. Para quem honrou a bandeira mineira desde a mais tenra infância, a luta pela liberdade não é um escolha, é um destino. Afinal, vivemos sob o signo da inscrição *libertas quae sera tamen*: liberdade ainda tardia. Nós, povos de Minas, estamos condenados a andar pela vida cuidando desta luta como quem anda pela paz. E o que fazemos para honrar quem veio antes e para garantir a honra de quem vier depois.

2. No caso presente, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT propõe ação direta de inconstitucionalidade questionando a validade do art. 45, inc. II e III, da Lei n. 9.504/1997, que assim dispõe:

“Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às

ADI 4.451 / DF

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;”

3. A autora sustenta que as normas legais sublinhadas contrariam os inc. IV, IX e XIV do art. 5º e o art. 220 d Constituição da República, que dispõem:

“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;

...

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.”

Alega que as vedações impostas pela art. 45, inc. II e III, da Lei n. 9.504/1997 inibem as emissoras de rádio e televisão de divulgarem temas políticos polêmicos

ADI 4.451 / DF

“para não serem acusadas de ‘difundir opinião favorável ou contrária’ a determinado candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.

Argumentam que, apesar de o art. 220 declarar que *“ a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”* (caput), que *“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”* (§ 1º) e que *“é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”*, a Lei n. 9.504/1997 teria criado *“restrições e embaraços a priori à liberdade de informação jornalística e à livre manifestação do pensamento e criação, no âmbito das emissoras de rádio e televisão”* que constituem *“verdadeira censura de natureza política e artística”*.

O pedido de medida cautelar objetivou *“a suspensão cautelar da eficácia 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’) ao art. 45 da Lei Federal nº 9.504/1997, até o julgamento final da presente ação direta de inconstitucionalidade”*.

3. O Ministro Ayres Britto, pela premissa de *“não caber ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”*, deferiu parcialmente a liminar *“para suspender a eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e conferir ao inciso III do mesmo dispositivo a seguinte interpretação conforme à Constituição: considera-se conduta vedada, aferida a posteriori pelo Poder Judiciário, a veiculação, por emissora de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalística que venham 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’.”*

4. Encareço, inicialmente, que a cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é medida atribuída a este Plenário. Invocado precedente meu na respeitável decisão monocrática pelo Ministro Relator, gostaria de realçar que, naquele caso, não havia tempo entre a aplicação da norma, cujos efeitos determinei fossem suspensos, e uma sessão deste Plenário na qual se pudesse analisar a matéria. No final de semana subsequente ao da distribuição daquela ação, estavam marcadas posses de vereadores

ADI 4.451 / DF

em todo o País em aplicação da norma questionada, o que geraria inegável complicação social, jurídica e política.

Daí ter decidido como o fiz, do que noticiei, previamente, ao Presidente deste Supremo Tribunal, então o Ministro Gilmar Mendes, a fim de me manter respeitosa em relação a este Plenário e a todos os Ministros. Competência para decidir sobre cautelar em ação direta é do Plenário e a excepcionalidade do exercício monocrático daquela atribuição, a meu ver, não pode ser aferida senão em condições que importam em ineficácia da medida se, ao final, vier a ser concedida.

Com a devida vênia do eminente Ministro Ayres Britto, Relator, não me parecem presentes os requisitos no caso em pauta.

Bem ao contrário, a vigência da Lei n. 9.504 há treze anos e a ausência de cerceamento, pelo menos formal, cogitado pelo Tribunal Superior Eleitoral, tornam a meu ver ausente da característica autorizativa da atuação monocrática do eminente Relator.

Daí porque apenas pontuo tal pensar, sem que deixe de passar a votar, como teria de ser, porque tenho como relevante e urgente a matéria, apenas não a ponto de deflagrar a atribuição excepcional conferida à atuação monocrática de um dos Ministros desta Casa.

5. Quanto à cautelar requerida, acompanho, agora com o reajustamento do voto, a conclusão do Ministro Relator.

6. De se iniciar pelo caput do art. 45 da Lei n. 9.504/97, no qual se estabelece o período de incidência das vedações prescritas, a saber, *a partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado...*

A partir daquela data, pela legislação eleitoral vigente, se tem o início do período de pedido de registro de candidaturas. Logo, a partir do dia em que os partidos políticos podem apresentar, formalmente, os seus candidatos a candidatos se

ADI 4.451 / DF

impõem proibições à emissoras de rádio e televisão quanto à sua “*programação normal e noticiário*”.

Na grade de programação normal se podem ter desde programas de cunho jornalístico, animação até os humorísticos.

No noticiário se terá, então, programa de rádio ou televisão expondo notícias, a saber, com o objetivo precípuo de informar sobre fatos os ouvintes ou telespectadores.

O que se impõe, portanto, na norma proibitiva é uma limitação prévia à liberdade das emissoras para programar suas apresentações.

7. No inciso II do art. 45 da Lei n. 9.504/1997, proíbe-se o uso de “*trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou veicular programa com esse efeito*”.

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 mordaca 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 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

ADI 4.451 / DF

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.

È 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.

Entretanto, cercear 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 de 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

ADI 4.451 / DF

apenas por isso se tem, é exato, limites a seu exercício.

Entretanto, quando a liberdade mesma é atingida, o que é apelidado de direito à 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 à 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 censurada prévia de seus comportamentos e proibitiva de determinadas operações.

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

Comentando tal 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 divulgação de matéria) ou a censura posterior*

ADI 4.451 / DF

(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).

8. De tudo tenho como perfeitamente fundamentado na Constituição do Brasil a solução oferecida, nesse ponto, pelo Ministro Relator, referendando a medida liminar.

9. Quanto à interpretação concordo também em que se ofereça interpretação conforme à Constituição, como proposto pelo Ministro Ayres Britto, ao inciso III do art. 45 da Lei n. 9.504/1997, pela circunstância, por ele destacada, de o próprio texto constitucional (art. 223 c/c 220, § 6º, da Constituição) tratar de forma diferenciada a mídia escrita da mídia de sons ou sons e imagens. Do que se há de concluir, nessa fase cautelar, que também o regime de permissões e proibições pode ser diferenciado entre essas duas formas de veicular o pensamento expresso.

Esse fundamento é suficiente para não se afastar, de imediato, a vigência da norma contida no inc. III do art. 45 da Lei n. 9.504/1997, bastando a interpretação conforme no sentido de que a conduta vedada seria aquela consubstanciada em *“veiculação, por emissora de rádio e televisão, de crítica ou matéria jornalística que venham 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’”*.

7. Todavia, não referendo a afirmação de que a aferição pelo Poder Judiciário de eventual prática de conduta vedada e aceita por este Supremo Tribunal Federal como constitucionalmente válida somente poderia realizada em momento posterior à efetiva prática da conduta.

ADI 4.451 / DF

E é exclusivamente no ponto em que se tem na decisão cautelar monocraticamente deferida a referência à atuação possível posterior do Poder Judiciário que não acompanho o Ministro Relator.

E não o acompanho pelo que se contém no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, segundo o qual “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Se a ameaça, vale dizer, situação objetivamente comprovada e iminente, a impor constrangimento ilícito a alguém inclui-se no direito fundamental à jurisdição, e nem mesmo a lei pode excluí-la, não o poderia o juiz, sequer este juízo constitucional.

É que há casos – e a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal já os examinou –, em que eventual direito de reparação pela prática de conduta vedada durante o processo eleitoral seria irreparável se somente a *posteriori* se tivesse o acesso ao Poder Judiciário.

Como reparar o candidato a determinado cargo político que se vê derrotado nas urnas em decorrência de notícia ou crítica inverídica ou cujo conteúdo seja caracterizado como conduta vedada pela legislação eleitoral? Fixa-se um montante indenizatório? Baseado em quê? No salário do cargo para o qual concorreu? Seria esse o único objetivo do candidato, ou seja, ganhar salário? E como associar a derrota do candidato à conduta vedada praticada por instituição midiática?

Há situações em que a atuação posterior do Poder Judiciário será absolutamente ineficaz. E o que é mais grave, a meu ver, é que o direito constitucional fundamental à jurisdição teria sido limitado pela mão deste Supremo Tribunal, o que me parece desconstruído da previsão do art. 5º, inc. XXXV.

O Ministro Sepúlveda Pertence proferiu decisão liminar na Pet 2.702, referendada pelo Plenário deste Supremo Tribunal, na qual fez as seguintes considerações:

ADI 4.451 / DF

“A tensão dialética permanente entre a liberdade de informação, de um lado, e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas é, sabidamente, o pano de fundo mais freqüente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais. Nos limites desse terreno – campo aqui e allures, de permanente ocupação dos teóricos e de numerosas dissensões nos tribunais – é que a petição procura entricheirar-se e sustentar a prevalência – sobretudo, quando se trata de fatos de interesse público e relativos a homens públicos –, da liberdade de informar, da imprensa, e do direito à informação, de todos, para a proteção dos quais, a Constituição prescreveu a vedação peremptória da censura prévia (CF, art. 220 e § 2º).

‘Nem mesmo a certeza do prejuízo de uma publicação futura’ – extratam as razões do RE da manifestação de Sérgio Bermudes (no Jornal do Brasil – f. 148 – ‘justificaria a publicação dela. Para proteger a liberdade de Imprensa, a Constituição, num juízo de valor, consagrou o princípio absoluto da sanção posterior à publicação danosa’.

‘A inexistência de possibilidade de restrição prévia da liberdade de imprensa, no sistema da Constituição do Brasil’ – conclui o jurista respeitado – ‘repele qualquer decisão judicial, liminar ou definitiva, que pretendesse impedir uma publicação jornalística’.

Nem aí, porém, as águas, em que navegam os juristas, são assim tão remansosas.

Em posição diametralmente oposta, situa-se o celebrado Gilmar Mendes (Colisão de Direitos Fundamentais (...) em Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade, 1998, p. 85), a partir da garantia da inviolabilidade dos direitos da personalidade, do art. 5º, X, - do qual, assevera, ‘parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido’ e o qual, de resto, faz remissão ao art. 220, § 1º, ao proclamar a liberdade de informação jornalística – assim como ‘da efetiva proteção judiciária contra lesão ou ameaça de lesão a direito’ (art. 5º, XXXV) – que muito pouco significaria, conclui, ‘se a intervenção’ (judiciária) ‘somente pudesse ser dar após a configuração da lesão’.

A respeito da polêmica assim vislumbrada – que reflete a viva dissensão no direito comparada, tanto na doutrina, quanto nos tribunais constitucionais -, ainda não se pode divisar, no Brasil, uma orientação firme do Supremo Tribunal: o que, à vista das premissas recordadas, já bastaria para fazer temerária e pretendida

ADI 4.451 / DF

antecipação da tutela recursal.

Há mais, porém: de logo, o equacionamento da colisão de princípios constitucionais a solver no caso não se pode restringir à contraposição freqüente – entre a liberdade de informar e o direito à honra e à reputação.

Não é possível fazer abstração de que está em causa é a licitude da publicação da fruto da interceptação telefônica – hoje, em si mesma iniludivelmente criminosa – e que afronta garantia constitucional – a do sigilo das comunicações telefônicas -, de cujo âmbito a Constituição só subtraiu aquela previamente autorizada por decisão judicial e para fins de investigação criminal ou instrução de processo penal (art. 5º, XII).

(...)

As precedentes considerações sobre tópicos substanciais do litígio – a que deixei arrastar por sua inegável transcendência constitucional -, seriam, a rigor, dispensáveis, pois o indeferimento da pleiteada antecipação da tutela recursal, é suficiente a invocação do óbice do art. 273, § 2º, C. Pr. Civil:

(...)

Certo, no caso, também a empresa requerente lastreia o pedido liminar na alegação de que o retardamento da publicação da matéria – dada a aspiração presidencial do requerido -, poderá causar dano irreparável não só a ela empresa jornalística, 'mas a toda a população brasileira, que estará sendo privada de conhecer dados relevantes do caráter de quem pretende governá-la'.

Sem questionar a legitimação da empresa jornalística para a defesa do direito difuso de todos à informação relevante, não há negar que – conforme sejam os resultados do pleito que se avizinha -, poderá esmaecer a curiosidade a respeito do homem público referido, em prejuízo do interesse jornalístico da matéria e, conseqüentemente, dos interesses empresariais na sua publicação.

É evidente, no entanto, que a aplicação do art. 273, § 2º, D. Pr. Civ. - o risco da irreversibilidade do provimento antecipado há de ser avaliado sob a perspectiva, não do requerente, mas do requerido.

E, sob esse prisma – único adequado ao exame da petição liminar -, evidenciar o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado seria assumir 'a tarefa penosa e ser termo da demonstração da obviedade', tanto é ele manifesto, ao menos na conjuntura eleitoral do requerido, na qual, significativamente, a requerente também busca escorar a sua alegação de urgência da publicação. ”

O precedente transcrito serve para mostrar que, além da garantia constitucional

ADI 4.451 / DF

da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, que seria suficiente para não me por de acordo na cautelar apenas e exclusivamente neste ponto limitador da atuação do Poder Judiciário), os prejuízos que podem ser causados a determinado candidato por determinado comportamento ilícito poder ser irreversível, o que geraria como consequência justamente o direito do cidadão a ter, na paridade de instrumentos disponíveis aos candidatos no processo eleitoral, um limite a seu direito de ser informado com correção e honestidade.

10. Também no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566-MC, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ 27.2.2004, na qual se questionava a constitucionalidade do art. 4º, § 1º, Lei n. 9.612/1988 (*“é vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiofusão comunitária”*), este Supremo Tribunal Federal afirmou que o exame dos excessos, tanto de particulares quanto do Poder Público na aplicação da vedação, se daria no exame dos casos concretos pelo Poder Judiciário, sem limitar o momento em que seria possível fazer esse exame.

10. Pelo exposto, neste exame preambular da medida requerida, voto no sentido de referendar a cautelar na forma deferida pelo Ministro Relator, afastando-me da conclusão de Sua Excelência exclusivamente no ponto em que limita o direito de todo e qualquer cidadão ter acesso ao Poder Judiciário quando entender de seu direito, diante de ameaça ou de lesão, sem restrições quanto ao momento em que se dê a provocação que entenda transgressor ou gravoso à sua dignidade.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, tenho voto escrito, que não é muito longo.

De pronto, adiro às propostas feitas pelo Ministro Relator. Só para voltarmos: Sua Excelência suspende o inciso II, integralmente, a segunda norma, a norma da parte final, do inciso III do artigo 45?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Sim, do inciso III, a segunda parte.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Indago a Vossa Excelência, em face disso, ainda que em medida cautelar, como ficariam os §§ 4º e 5º que foram acrescentados e que dizem o que é truncagem e montagem? Se por arrastamento eles não teriam que ser...?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Seria o caso de dar por arrastamento.

SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Acho que cabe.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu também.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Por consequência lógico-jurídica...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Como consequência lógica.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Como consequência lógico-jurídica, mesmo não tendo sido pedido por arrastamento, é normal a jurisprudência.

De toda sorte, Senhor Presidente, não vou ler meu voto, mas gostaria de ler algumas considerações, algumas passagens. Vou fazer a juntada do voto.

Faço uma primeira consideração, Senhor Ministro Relator, porque fui citada na decisão de Vossa Excelência, relativamente à cautelar monocrática. Deixei claro, no início desta sessão, que quando fiz isso -

ADI 4.451 MC-REF / DF

comuniquei previamente em respeito ao Plenário, ao então Presidente do Supremo, Ministro Gilmar Mendes -, deveu-se à circunstância de que o advento daquela emenda constitucional gerou, imediatamente, a marcação de posses de vereadores em todo o País naquele fim de semana e, por essa razão, entendi que era imprescindível esperar. Digo isso apenas para pontuar uma preocupação enorme que tenho – que com certeza é de todo o Plenário -, porque competência e atribuição, realmente, para a cautelar em ação direta é deste Plenário e a sua excepcionalidade não pode ser banalizada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - No Regimento Interno há uma exceção:

“IV - Determinar em caso de urgência as medidas do inciso anterior ad referendum do plenário da casa.”

Agora, claro, que é diante de urgência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, diante de uma urgência. Mas faço questão de acentuar, porque, como houve essa citação, e naquele caso realmente chegamos à conclusão - na época comuniquei ao Presidente do Supremo a nossa enorme preocupação da confusão que geraria -, faço questão de pontuar. Mas passo ao voto, como eu disse, e quero apenas acentuar algumas passagens brevíssimas.

Quando se trata, como aqui se tem, de uma vedação dirigida especificamente às emissoras de rádio e televisão, a partir de 1º de julho, o que significa a partir do dia em que os partidos vão requerer o registro de candidatos, e, portanto, a partir desse momento, criar um embaraço à liberdade de informação jornalística nos seus veículos, isso para mim contraria, como Vossa Excelência acentuou, e constitui censura que é desaproveitar e, por conta dessa desaproveitação, impedir que se faça alguma coisa, e, neste caso, é apriorístico; e como censura é uma mordida da liberdade, realmente acho que não há como compatibilizar.

Ressalto, ainda, que tanto o inciso II quanto o inciso III, na parte final, a meu ver, cerceiam principalmente não a liberdade jornalística, mas a liberdade de manifestação artística, porque a comédia, a sátira, o humor, desde a antiguidade, é uma das manifestações do teatro e é uma

ADI 4.451 MC-REF / DF

manifestação artística que encontra respaldo, a meu ver, com o núcleo intocável no artigo 5º. Por isso mesmo acho que não pode ser, definitivamente, de alguma forma, tolhida.

Vossa Excelência fez uma citação há pouco e lembrava até a referência do Ministro Presidente de que impedir esse humor seria uma piada, cito no meu voto uma passagem de Machado de Assis, que diz:

"A liberdade, antes confusa, que nenhuma. A liberdade não é surda-muda, nem parálitica. Ela vive, ela fala, ela bate as mãos, ela ri, ela assobia, ela clama, ela vive da vida."

A norma questionada afirma que não se pode degradar, e a questão da degradação foi até agora enfatizada também pelo Ministro Toffoli.

Parece-me de que isso é o óbvio, não apenas candidato, não se pode degradar, no sistema jurídico brasileiro e no Estado Democrático de Direito, qualquer pessoa, em qualquer momento, porque a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa humana não é apenas do artista ou do jornalista, é de todo ser humano em relação a outro. E para que tanto não ocorra ou se vier a ocorrer se responsabilize o autor da degradação é que se tem o Poder Judiciário a guardar a Constituição.

A ressalva que eu fazia aqui vou retirar, posteriormente, uma vez que Vossa Excelência, por causa da interpretação conforme, tinha feito referência a esse acesso ao Judiciário *a posteriori*, eliminado, portanto, eu também vou eliminar essa passagem.

Para mim, não há novidade nem privilégio que se possa conceder 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 dessa norma eleitoral suspensa, mas por causa do artigo 1º, inciso III, da Constituição.

E 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 que, a meu ver - repito -, é censuradora prévia de seus comportamentos e proibitiva de

ADI 4.451 MC-REF / DF

determinadas operações, e acho que não podem em face dos termos taxativos das normas constitucionais, segundo as quais, é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Cito alguns autores, como o professor José Afonso da Silva que trata exatamente desse ponto, e, por tudo, tenho perfeitamente fundamentada na Constituição do Brasil os fundamentos de Vossa Excelência.

Estou citando a doutrina e a jurisprudência deste Supremo Tribunal que já examinou, em alguma ocasião, essa questão, porque o Ministro Sepúlveda Pertence, na Petição nº 2.702, referendada pelo Plenário, dizia que:

"A tensão dialética permanente entre a liberdade de informação, de um lado, e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas é" - que, segundo ele, era - "o pano de fundo mais frequente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais".

No caso presente, Senhor Presidente, de tudo que se tem na norma, tenho não uma colisão de direitos, mas, realmente, uma afronta a um direito constitucional perfeitamente centrado na dignidade da pessoa humana e nas suas expressões, incluídas aí as artísticas, as de liberdade e expressão política.

Como eu disse - eu não vou ler o voto que ficou um tanto longo -, estou seguindo também a linha do Ministro Relator, referendando, portanto, a decisão com os ajustamentos feitos e propondo que seja feita, com essa suspensão, também a suspensão dos §§ 4º e 5º, acrescentados e que apenas esclarecem o conteúdo daquilo que se tem no inciso II, do artigo 45, e por arrastamento seriam suspensos também os que foram postos pela Lei nº12.034.

É como voto, Senhor Presidente, e vou fazer a juntada da íntegra do voto.

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, serei breve também, e farei apenas algumas considerações orais, não trago voto escrito.

Inicialmente, gostaria de mais uma vez manifestar a minha perplexidade com relação ao fato de que esta matéria só foi trazida à baila neste momento.

A Lei, como já foi dito pelo eminente Ministro Dias Toffoli, está em vigor há dezessete anos. Trata-se exatamente da Lei 8.713/93, que impedia, já àquela época, a:

"II- trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo, ou produzir ou veicular programa, que possa degradar ou ridicularizar candidato, partido ou coligação;".

O inciso III, repetido na Lei 1.504/97, também já constava de um texto legal, de uma lei formal, há mais de dezessete anos.

Portanto, não há nenhuma novidade; não vejo por que conceder-se esta liminar a cerca de trinta dias das eleições. Mas, não é esse o meu posicionamento definitivo, porque, sensibilizado pelos argumentos dos Colegas, proferirei voto sobre matéria final, no sentido de dar uma interpretação conforme aos dispositivos legais contestados.

Não há novidade nem mesmo quanto à conceituação do que seja trucagem ou montagem.

A Lei 12.034, que é a minirreforma eleitoral, simplesmente formalizou aquilo que vinha constando das Resoluções do TSE desde 2000: a Resolução 20.562/2000 conceituava o que era trucagem, montagem; a Resolução 20.988/2002; a Resolução 21.610/2004; a Resolução 22.261/2006; a Resolução 22.718/2008, e, assim, por diante; e a última, agora em vigor, que regula a matéria tal qual ela se dispõe na Lei 12.034.

De maneira, não vejo nenhuma novidade nem no que diz respeito aos conceitos e, também, muito menos ao que diz respeito às trucagens e montagens, à sua definição.

ADI 4.451 MC-REF / DF

Com relação à montagem e trucagem, ainda ontem à noite, no TSE, tive a oportunidade de me manifestar a favor do direito de resposta, em uma coligação liderada pelo PSDB, em razão de um programa veiculado por partido adversário, em que os ex-Presidente, Fernando Henrique Cardoso, numa frase evidentemente retirada de um contexto, aparecia chamando os aposentados de vagabundos. Um ex-Presidente da República...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como se tivesse chamado, porque não chamou. Ele utilizou o advérbio de negação, o não, e apenas colocou que o fator previdenciário, uma vez adotado, beneficiaria os aposentados quanto à melhoria de benefícios, de parcelas, e que, assim, não seriam, foi o que ele disse, vagabundos. Mas no programa foi dada outra conotação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pinçaram uma pequena expressão. Repetiram à exaustão, num programa adversário, como se o ex-Presidente - de todos conhecido, por sua isenção e por seu preparo intelectual -, tivesse chamado os aposentados de vagabundos. Isso é trucagem, montagem, que a lei quer evitar.

Recordo, também, assim como fez o eminente Ministro Dias Toffoli, que a Lei 8.713/93, já foi, ainda que indiretamente, submetida ao escrutínio do Plenário desta egrégia Corte, embora se questionasse, à época, o artigo 70, que a vedação de transmissão de programa de rádio e televisão, por apresentador ou comentarista, na verdade deu-se um aval àquilo que esse texto legal dispunha, na medida em que o seu Relator, no que foi acolhido por todos os demais membros, diz que essa Lei, na verdade, cuidava de fazer observar o princípio constitucional da isonomia entre os candidatos.

Esse inciso II é muito interessante, porque veda:

*"II- trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo",
ou produzir ou veicular programa, que possa degradar ou
ridicularizar candidato, partido ou coligação;"*

ADI 4.451 MC-REF / DF

Agora, eu pergunto: onde está a inconstitucionalidade em se vedar que, mediante trucagem ou montagem, se degrade um determinado candidato? Degradar significa colocar alguém abaixo do patamar mínimo constitucional, que é o patamar da dignidade humana, um dos pilares de sustentação de todo o nosso arcabouço constitucional. Não é possível degradar, não se pode degradar ninguém. Nesse sentido gostaria de trazer à colação duas expressões lapidares por um ex-Ministro desta Casa, que lamentavelmente nos deixou há um ano, como disse o eminente Ministro Dias Toffoli, que foi proferida no RESP julgado no TSE, de nº 1.286, e também outra expressão muito feliz, muito precisa do não menos eminente Ministro Ayres Britto, com relação exatamente a essa expressão degradar. O que disse o saudosíssimo Ministro Menezes Direito:

"O verbo degradar pode ser transitivo direto e bitransitivo, além de pronominal, alcançando aquelas situações de desgaste, deterioração, a que submetida uma pessoa, tendo também o sentido de aviltar, envilecer, desgastar para ficar apenas na seara dos dois dicionários mais utilizados hoje, o Aurélio Século XXI e o Houaiss."

O ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, com a precisão e a elegância linguística que o caracterizam, naquele RESP assentou o seguinte com relação a essa expressão:

"Degradar é uma espécie de plus em relação à ofensa, por implicar cometimento ou assunção de uma conduta ultrajante, beirando o escândalo, ao passo que ridicularizar é fazer pouco do opositor, é achincalhar o opositor, é fazer deboche."

Portanto, eminentes Pares, eu não vejo...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu só queria lembrar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Estou aqui

ADI 4.451 MC-REF / DF

procurando, eu selecionei um caso da jurisprudência norte-americana interessantíssimo, que a palavra era ultrajar. E a Corte norte-americana disse que é próprio do humor provocar o motejo, o sarcasmo e que era muito perigoso eliminar da possibilidade do humor um programa que levasse alguém a se considerar ultrajado, porque é muito subjetivo; em última análise, julgar-se ultrajado termina sendo, digamos assim, um critério subjetivo, exclusivamente dependente daquele que se sentiu ultrajado, aquele que se sentiu ofendido. E eliminou, não considerou como constitucional essa proibição. Pelo contrário, afastou a proibição. A palavra era ultrajar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É que, se eliminarmos, fizermos uma ablação do inciso II, *a contrario sensu*, estaríamos permitindo a degradação ou a ridicularização - aí, podemos modular essa expressão -, ridicularizar candidato, ou partido, ou coligação. Isso, a meu ver, seria flagrantemente inconstitucional.

Apenas para terminar, eu gostaria de anotar que o conhecido e prestigioso sítio eletrônico jurídico paulista "migalhas", que é organizado por juristas conhecidos em São Paulo, diz hoje o seguinte:

"Hoje, o Pleno do STF analisará a liminar concedida pelo ministro Ayres Britto que suspendeu os efeitos da legislação que proíbe programas de rádio e TV de usar o humor para satirizar candidatos durante o período eleitoral. A Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV quer ver confirmada a decisão do ministro. O fato, convenhamos, é uma grande bobagem. A questão toda cinge-se ao inciso II do art. 45 da lei 9.504/97, o qual proíbe, a partir de 1º de julho de ano eleitoral, que emissoras de rádio e TV façam trucagens ou montagens para ridicularizar candidatos. A lei, que já existe há 13 anos, - ele se refere, evidentemente, à Lei 9.504, e não à lei anterior que já tem mais de dezessete anos - nunca foi contestada, e nem por isso deixou-se de fazer humor. O que não pode, s.m.j., é truncar imagens da propaganda eleitoral, fato que poderia, acertadamente, confundir o eleitor desavisado. Agora, 'a gente tem de entender' que imitar, brincar e fazer humor é, e sempre foi, permitido. Até mesmo porque foram eles (os candidatos) que começaram.... Vide Tiririca e cia."

ADI 4.451 MC-REF / DF

Ou seja, o *site* está com toda razão. Jamais a Justiça Eleitoral proibiu o humor, a sátira, a comédia. Não há na história da Justiça Eleitoral, especialmente a partir da edição da Constituição de 1988, qualquer vedação nesse sentido.

Portanto, concluo o meu voto, Senhor Presidente...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Excelência, sem querer atrapalhar, eu localizei o caso:

Hustler Magazine v. Falwell - 1987. O Tribunal concluiu que a primeira emenda proíbe a responsabilidade dos meios de comunicação, baseada na responsabilidade pelo discurso ultrajante, pois ultrajante, na discussão de questões políticas e sociais, é tão subjetivo que o juiz pode julgar ilícita uma expressão simplesmente com base na sua versão - dele juiz - ao termo ultrajante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, concluindo, Senhor Presidente, eu acompanho o Ministro Dias Toffoli, na sua proposta de manter-se o inciso II do artigo 45, com a ressalva de que não se pode interpretá-lo no sentido de afastar as sátiras e programas de humor.

E acompanho o eminente Ministro Relator, no que tange ao inciso III, porque Sua Excelência agora simplesmente fica no seguinte: ele mantém a expressão "veicular propaganda política" e retira do texto "ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação ou seus órgãos ou representantes". Portanto, eu me atenho estritamente ao objeto da inicial, que é proteger os programas humorísticos.

É o meu voto.

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, também vou pedir vênias à divergência e vou me manifestar, já como antecipara, no sentido de acompanhar o voto do eminente Relator, suspendendo integralmente o inciso II e parcialmente o inciso III.

A dinâmica da vida não impõe que haja aí um tipo de usucapião da legalidade. Pelo fato de a lei ficar em vigor por muito tempo, ela não se torna constitucional.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E veja que, exatamente nesse tema da liberdade de imprensa - nós discutimos isso largamente na ADPF 130 -, declaramos não recepcionada a Lei de Imprensa em face da Constituição de 88, seguindo a técnica de decisão, portanto, aplicável ao direito pré-constitucional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - A Lei de Imprensa tinha quarenta anos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Gilmar Mendes, eu estou me referindo ao *periculum in mora*. Nós estamos em sede de liminar. É claro que até uma lei de cinquenta anos em vigor, o Supremo Tribunal Federal pode declarar inconstitucional, mas nós estamos examinando o *periculum in mora*, algo que está em vigor há dezessete anos. Eu só me cingi a isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, o problema é que o *periculum in mora*, em matéria de inconstitucionalidade, lhe é inerente, isto é, não existe inconstitucionalidade que não ofereça perigo para a sociedade.

ADI 4.451 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O estranho é que trinta dias antes das eleições é que esse *periculum* tenha sido suscitado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Além do que - e isso foi ressaltado na decisão do Ministro Carlos Britto -, aqui nós temos uma norma de conteúdo sancionatório que diz:

"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:"

Portanto, é um *periculum in mora* que se renova, colocado diante das eleições. Daí, inclusive, decorre o fato de eu entender plenamente cabível a medida cautelar e também cabível a decisão do Relator, em sede de decisão monocrática. Por quê? Porque, cada dia que passa diante da evidência da incompatibilidade com a Constituição, há esse risco. E, de fato, no caso havia não só em relação ao inciso II mas também em relação ao inciso III. E não só em relação às manifestações de humor, como já ficou claro no debate, mas também quanto à manifestação, quase óbvia, de opinião por parte dos formadores de opinião que ocupam lugar no rádio e na televisão.

Eu tenho a impressão de que o pedido é oportuno. Isso acontece muitas vezes. Não houve impugnação no devido tempo e, por isso, o próprio Tribunal Eleitoral regulamentou o tema, estabelecendo as resoluções. Em algum momento esse debate talvez foi tolerado. Agora já há ameaças. Eu li, há pouco, uma corrente na *internet*, nesses *blogs*, concitando a uma manifestação, a uma petição para constrangimento, cassação de canais de televisão ou suspensão de programas que têm repórteres que fazem considerações de caráter opinativo. Referem-se, especialmente, ao Carlos Nascimento e ao Merval Pereira, dizendo que eles estão abusando do exercício da liberdade de expressão. Diz o texto, claramente, que corre na *internet* uma petição que seria encaminhada ao Procurador-Geral da República.

Portanto, a rigor, nós temos realmente essa ameaça. E é preciso que

ADI 4.451 MC-REF / DF

desburocratizemos as eleições. As eleições têm que ser feitas pelos candidatos, pelos partidos, pela imprensa. Nós não podemos burocratizar o processo eleitoral.

Aqui vale, inclusive, a máxima muito utilizada no futebol: o bom juiz, no jogo de futebol, é aquele que não aparece. Também a Justiça Eleitoral não deve aparecer excessivamente no processo eleitoral.

De modo que, com essas breves considerações, Senhor Presidente, eu acompanho o Relator, fazendo também minhas as preocupações manifestadas pela Ministra Cármen quanto à extensão ao arrastamento.

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Presidente, apenas um esclarecimento com o Relator, antes do meu voto. Sua Excelência adotou a técnica do arrastamento para os parágrafos?

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator) - Na verdade, os dois parágrafos foram além da conceituação de trucagem e montagem, porque passaram a proibir também alteração da realidade. Mas eu quero crer que a técnica do arrastamento se aplique.

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente) - É o suficiente.

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator) - Eu acho que sim.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes - Até porque eles perdem o sentido.

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator) - Perdem o sentido.

A Senhora Ministra Cármen Lúcia - Porque o sentido geral era definir o que se continha na outra.

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente) - Na verdade, ela quer explicar norma que foi suspensa.

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator) - E aproveitou

ADI 4.451 MC-REF / DF

para endurecer o discurso.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes - O que talvez tenha contribuído exatamente para o acirramento do debate.

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator) - Dos ânimos, do debate.

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente) - o que provavelmente deve ter suscitado a questão.

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator) - Eu adoto a proposta da Ministra Cármen.

O Senhor Ministro Dias Toffoli:

Ministra **Ellen**, uma observação: o ilustre advogado da autora da ação fez questão de dizer que a impugnação ao inciso II, na intenção da autora, não alcançaria as vedações a que faz referência o art. 55, que diz:

"Art. 55. Na propaganda eleitoral no horário gratuito, são aplicáveis ao partido, coligação ou candidato as vedações indicadas nos incisos I e II do art. 45."

Quanto às vedações do inciso II, eu sei que a maioria já se forma no sentido de uma suspensão do dispositivo de maneira ampla, e não só para os programas humorísticos, como apresentei em meu voto. Contudo, também temos que estar atentos, Senhor Presidente, para o fato de que, ao suspendermos esses dispositivos, para os fins do artigo 55, estaremos permitindo, na propaganda eleitoral gratuita, o uso de todos esses elementos.

Por isso que eu faço essa observação à Corte.

ADI 4.451 MC-REF / DF

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente) - O art. 55 também entra no arrastamento.

O Senhor Ministro Dias Toffoli:
E esses conceitos estão nos parágrafos referidos.

A Senhora Ministra Cármen Lúcia - Mas os parágrafos foram acrescentados ao artigo 45, que é o objeto da ação direta.

O Senhor Ministro Dias Toffoli:
Ou seja, estar-se-á permitindo, na propaganda eleitoral gratuita, o uso de montagem e de trucagem.

Eu só estou fazendo essa observação porque, ao suspender, apenas e tão somente suspender, retirar, portanto, por tempo provisório, até o julgamento do mérito, o dispositivo do inciso II do artigo 45, estaremos permitindo, de maneira indireta, por conta da remissão que àquele dispositivo faz o artigo 55, essa prática nos programas eleitorais gratuitos.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski - Foi exatamente a questão que discutimos ontem no Plenário do TSE.

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente) - Então, o 55 entra por arrastamento também.

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Presidente, eu também quero me parabenizar com o eminente Relator, que nos trouxe um voto brilhantíssimo, e de modo muito especial com o Ministro Dias Toffoli, que aprofundou realmente a questão.

Peço vênias aos que formam a divergência para acompanhar o Relator, inicialmente para dar pela viabilidade da concessão da liminar, tal como fez Sua Excelência, em quadra em que a urgência se fazia presente.

Vejam Vossas Excelências que estamos a um mês das eleições e, apenas hoje vamos decidir essa questão. De modo que a urgência se fazia presente, é uma urgência que se renova a cada momento eleitoral.

Entendo que foi perfeitamente adequada a decisão monocrática do eminente Relator.

Também, como ele, suspendo a vigência dos incisos II e III, na sua segunda parte, em que diz "*III - ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido ou coligação, ou seus órgãos ou representantes*".

As preocupações, muito adequadamente trazidas tanto pelo Procurador-Geral, quanto nos votos da divergência, especialmente do Ministro Ricardo Lewandowski e do Ministro Dias

ADI 4.451 MC-REF / DF

Toffoli, estão respondidas, no inciso IV do mesmo art. 45, que igualmente proíbe *dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação*. Esse inciso IV, no meu entendimento, resolve a tensão que existe entre os direitos aparentemente conflitantes, o direito de liberdade de expressão, de um lado, e, de outro lado, o direito de paridade de armas na campanha eleitoral. Portanto, acredito que, com a exata aplicação do inciso IV, nós teremos a possibilidade de evitar, se for necessário, que haja favorecimento de uma ou de outra corrente política.

Com essas brevíssimas razões, peço juntada de meu voto escrito, e acompanho integralmente o Relator, inclusive no arrastamento dos parágrafos.

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, no voto que proferi no julgamento de mérito da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, ousei divergir do eminente relator e da douta maioria formada ao entender possível a coexistência, em nosso ordenamento jurídico, das normas constitucionais que asseguram a plena liberdade de informação jornalística e uma legislação infraconstitucional que defina minimamente os limites e responsabilidades da atividade de imprensa no Brasil.

Sem deixar de reconhecer que ou a imprensa é essencialmente livre ou nem mesmo assim pode ser chamada, fundamentei minha conclusão, naquela oportunidade, na convicção de que não há na Constituição Federal hierarquia entre direitos fundamentais que autorize, em nome do resguardo de um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais. Nesse sentido, assim escrevi a respeito do alcance que empresto ao artigo 220 da Carta Magna:

“Em conclusão, Senhor Presidente, acredito que o artigo 220 da Constituição Federal, quando assevera que nenhum diploma legal conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV, quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação.”

Tomando esse entendimento como ponto de partida, verifico que a Lei

ADI 4.451 MC-REF / DF

9.504, de 30.9.1997, ao fixar as diretrizes normativas para a realização de eleições no Brasil, endereçou a dois dos mais relevantes meios de comunicação social – o rádio e a televisão – um conjunto de regras para a veiculação da propaganda eleitoral (artigos 44 a 58-A).

Vejo aqui, mais uma vez, uma clara manifestação de ponderação de princípios constitucionais, na qual nenhum valor maior em jogo precisou ser resguardado à custa do sacrifício integral de todos os demais.

Não é difícil imaginar os efeitos nefastos que sofreria o processo eleitoral e, por via de consequência, a própria democracia, caso o rádio e a televisão, sob a invocação do direito absoluto à liberdade de expressão e de informação, pudessem tomar preferência ou manifestar aversão por determinados candidatos presentes no jogo eleitoral.

A legislação infraconstitucional ora em exame vem impedir, dessa forma, que o rádio e a televisão, utilizados com odiosa parcialidade, desequilibrem o processo eleitoral, sem que as restrições por ela impostas possam ser vistas, *a priori*, como atentatórias à liberdade de manifestação.

Aponto, exemplificativamente, as salutares vedações contidas nos incisos IV, V e VI do art. 45 da Lei 9.504/97, que não são objeto da presente ação direta. Impedem elas, na transmissão radiofônica ou televisiva, o tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação, a alusão ou 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.

Feitas essas considerações, passo ao efetivo exame dos dispositivos impugnados e da plausibilidade da alegação de ofensa ao texto constitucional.

Como disse anteriormente a respeito do alcance que dou ao postulado

ADI 4.451 MC-REF / DF

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 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.

ADI 4.451 MC-REF / DF

Por fim, Senhor Presidente, também eu reconheço a existência do perigo na demora a justificar a concessão da medida cautelar. Embora os dispositivos impugnados estejam em vigor há quase treze anos, estamos no curso de um processo eleitoral de âmbito nacional que só se manifesta de quatro em quatro anos. Essa peculiar circunstância é causa legítima de urgência na entrega da prestação jurisdicional.

Por todas essas razões, Senhor Presidente, **referendo** a medida liminar concedida na presente ação direta, no sentido de suspender a eficácia do inciso II e, no inciso III, da expressão “*ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*”, ambos do artigo 45 da Lei 9.504, de 30.9.1997. Também suspendo, por inevitável subordinação semântica, a vigência dos parágrafos 4º e 5º do mesmo artigo.

É como voto.

02/09/2010

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, estamos reunidos e somos, hoje, nove no plenário, uma unidade acima do *quorum* para deliberação quanto ao pedido de concessão e indeferimento de medida acauteladora no processo objetivo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Logicamente, chegaremos à conclusão, observada também a necessidade de a corrente majoritária estar formada por seis votos.

Quando implementada essa liminar, no dia 26 de agosto, o Plenário estava reunido. Por isso, faço minhas as preocupações da Ministra Cármen Lúcia. A legislação em vigor só prevê a atuação monocrática no recesso, ou em caso, diria eu, de extrema urgência.

O que ocorre na espécie? Uma lei, como ressaltado, que está em vigor – essa lei específica, os dispositivos atacados nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade – há treze anos. Uma lei que regulamentou e norteou as eleições de 1998, 2000, 2002, 2004, 2006 e 2008, sem que a matéria, quanto a algo que pudesse obstaculizar essa medula da democracia, que é a liberdade de expressão, houvesse chegado ao Tribunal Superior Eleitoral. Mas tenho presente o que os antigos filósofos materialistas gregos já diziam: nada surge sem uma causa. Não conheço as decisões dos Regionais Eleitorais sobre o tema. De qualquer forma, ainda teríamos o fenômeno da inibição quanto à veiculação de certas matérias. Entendo que é possível, a qualquer momento – realmente não há usucapião nesse campo do controle de constitucionalidade –, apreciar-se a harmonia ou não de um dispositivo de diploma legal com a Carta da República.

Defrontamo-nos, Presidente, com uma inicial que é resultado da inteligência de três – creio – advogados, sendo um deles eminente professor de Direito Constitucional da UERJ, Doutor Gustavo Binbenbom. Verificamos que há, e o Tribunal sempre assentou isso, um pedido formulado, direcionado a afastar a eficácia, no mundo jurídico, dos dois

ADI 4.451 MC-REF / DF

incisos, o II e o III, do artigo 45 da Lei nº 9.504/97. Limito-me, de início, ao pleito veiculado.

O que nos vem da Constituição Federal? Vem-nos algo que, como ressaltai, é primordial num Estado Democrático de Direito – principalmente em uma quadra em que notamos o abandono a princípios, a inversão de valores, a perda de parâmetros, o dito passa pelo não dito, o certo pelo errado e vice-versa –, que é a liberdade, diria, o direito-dever de informar, a liberdade de expressão. Essa liberdade não se sobrepõe, porque assim o quer o texto constitucional, ao direito à privacidade. Tanto não se sobrepõe que, no caso de mau-trato à privacidade, estão previstas na própria Constituição as consequências no campo cível e também no penal. É inimaginável uma censura, quer administrativa, quer normativa, quer jurisdicional, à liberdade de expressão.

Por isso mesmo, de forma pedagógica, repete-se na Carta de 1988 o que há na Emenda nº 1 da Carta americana:

Art.220.....

§ 1º - Nenhuma lei alguma conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (...).

Agora, Presidente, não posso deixar de considerar que estamos no pico do processo eleitoral, e mudanças substanciais não devem ser implementadas nesse processo. Tanto quanto possível, devemos ter certa estabilidade na normatização das matérias.

Por isso, considerado o contexto, considerada a premissa de que estaria havendo, ante o teor dos dois dispositivos, certa inibição à atividade, que se quer livre, dos veículos de comunicação, permito-me ficar, no pedido sucessivo formalizado pela autora desta ação, a diligente Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, nos exatos termos da peça inicial. Refiro-me às alíneas *a* e *b* que estão no fecho da petição.

ADI 4.451 MC-REF / DF

Referendo a liminar, ou melhor, pronuncio-me no sentido da concessão da liminar para emprestar aos dois dispositivos alcance consentâneo com a Constituição Federal. E esse alcance quanto ao primeiro inciso é neste sentido: que se afaste do ordenamento jurídico interpretação do inciso II do artigo 45 da Lei Eleitoral que conduza à conclusão de que as emissoras de rádio e televisão estariam impedidas – e digo que a vida é alegria acima de tudo – de produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações.

Claro que o exercício abusivo do Direito tem consequências, mas tem consequências no campo próprio, consequências que pressupõem o próprio ato, ou seja, a prática indevida, o exercício indevido.

Em relação ao inciso III, também adoto o que preconizado no pedido sucessivo, afastando do ordenamento jurídico interpretação do inciso III do artigo 45 da Lei 9.504/97 que conduza à conclusão de que as empresas de rádio e televisão estariam proibidas de realizar crítica jornalística favorável ou contrária a candidatos, partidos, coligações, seus órgãos ou representantes, inclusive em seus editoriais.

Pressuponho, torno a frisar, que haja talvez, ante decisões esparsas de Regionais – não sei se realmente chegaram a ser formalizadas, pelo menos no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral não houve a glosa –, decisões que estariam a inibir a própria imprensa quanto à veiculação de matérias, visando, acima de tudo, sensibilizar o eleitor no sentido de exercer, de forma consciente, a cidadania, escolhendo os melhores representantes.

Evidentemente, aquele que se apresenta na disputa de um cargo eletivo o faz sem receio de sofrer críticas ou mesmo de ser alvo de alguma colocação mais jocosa quanto ao respectivo perfil. E não é demais ressaltar que se imagina que o homem público seja um livro aberto.

Concedo a liminar nesses termos, ou seja, para agasalhar o pedido sucessivo formalizado na inicial, que é uma peça a merecer reflexão quanto à importância de ter-se não uma imprensa emudecida, principalmente nesta quadra, mas uma imprensa realmente livre.

02/09/2010

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, quanto ao voto do Ministro **Marco Aurélio**, apontando o pedido formulado como alternativo sucessivo na inicial, verifico que, em relação ao inciso III, o que é pedido é aquilo que já falei que o inciso V permite.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há coisas que precisam ser tornadas extremo de dúvidas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja a redação do inciso V.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Que é péssima.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A proibição é:

“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;”

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Para proibir é preciso; para excepcionar é gelatinoso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É uma outra questão. Agora, no inciso III, na verdade, temos uma proibição. É vedado, quer dizer, isto gera confusão, isto gera insegurança jurídica, que a regra geral é a permissão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas veja, Ministro, o incômodo maior não seria quanto a esses dois outros incisos. Aliás o inciso IV é um inciso que merece até encômios, no que alerta – simplesmente alerta, é pedagógico, simplesmente pedagógico – que não se pode dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação. É uma norma pedagógica.

ADI 4.451 MC-REF / DF

A meu ver, os que estão ocasionando, talvez, como aponte, a inibição sejam os dois incisos anteriores. Tanto que os demais não foram versados na petição inicial. E isso não decorreu de descuido, Presidente. É porque, em si, não estão criando problemas.

Torno a frisar. Estamos no pico do processo eleitoral e devemos, tanto quanto possível, evitar modificações substanciais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O Ministro Toffoli lembrava agora que, como nós estamos arrastando, considerando inconstitucional por arrastamento, também os incisos do parágrafo do artigo 55, teremos que fazer, além das sessões extraordinárias das quartas-feiras, as segundas-feiras também, sobre a repercussão que tem essa decisão sobre os programas eleitorais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me assusta. E como tivemos nos últimos anos várias renúncias, acabo renunciando à própria titularidade!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Realmente liberamos a propaganda eleitoral no horário gratuito.

02/09/2010

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL**

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, como o pedido sucessivo formulado na inicial não encontra nenhum tipo de obstáculo nas premissas do meu voto, em que disse, claramente, com todas as letras, que está permitida a crítica no programa jornalístico, eu vou aderir, então, à solução do Ministro Marco Aurélio, mas fazendo a ressalva em relação ao inciso II: ele permanece válido para os efeitos da remissão que a ele é feita pelo artigo 55.

02/09/2010

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451
DISTRITO FEDERAL**

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDWSKI - Presidente, também adiro, porque, com relação ao inciso II, o meu voto era coincidente com o do Ministro Marco Aurélio e com o do Ministro Dias Toffoli.

Adiro, também, agora, à solução apresentada pelo Ministro Marco Aurélio com relação ao inciso III.

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO
(aditamento)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Se Vossa Excelência me permite, há uma passagem de *Hustler Magazine* em que ele diz: O fato de que a liberdade de imprensa pode ser objeto de abusos não torna menos necessária que a imunidade da imprensa atue como a vedação prévia em relação às condutas impróprias do Estado, pois o mal público mais sério é a possibilidade de o Estado determinar que histórias sejam publicadas.

Vossa Excelência citou o Hughes apropriadamente, mais uma vez.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E há uma passagem nesse caso *Sullivan* que tem tudo a ver com a nossa decisão. A Suprema Corte americana afirmou que "*A opinião irônica ou debochada está protegida, pois se situam 'no espaço de respiração de que liberdade de imprensa precisa para sobreviver'*". Quer dizer, o deboche, a ironia, a causticidade, tudo é tolerado, porque a liberdade de imprensa respira.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: CANCELADO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

ADI 4.451 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - E Umberto Eco diz que o riso elimina o medo. Vossa Excelência citou Umberto Eco há pouco.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

NÓS ESTAMOS CONCEDENDO A LIMINAR NA FORMA COMO O PEDIDO ALTERNATIVO FOI FORMULADO NA INICIAL. O MINISTRO LEWANDOWSKI TAMBÉM.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Com as achegas do Ministro Peluso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Isso, para os dois incisos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Quanto ao número III. Quanto ao número II, eu já suspendi a eficácia de plano.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

02/09/2010

PLENÁRIO

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.451 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Bem, após essas largas e justas digressões sobre um tema de tamanha relevância para o mundo jurídico e para a democracia brasileira, vou limitar-me aqui a duas ou três observações.

Em primeiro lugar, nenhum de nós tem dúvida sobre o alcance de ambas as normas, no sentido em que representam restrições à liberdade de imprensa. Por isso mesmo, elas já seriam, em si, de certo modo, mais do que irrazoáveis. Elas são incompreensíveis, porque significam restrição a direitos da imprensa à crítica aos políticos em situação de candidatos. Apenas isso. Essa restrição aos políticos em situação de candidatos, que seria subclasse dos políticos de subclasse dos cidadãos em geral, significa também restrição apenas durante o período eleitoral. E, mais ainda, limitada à televisão e ao rádio. Noutras palavras, **ao contrário**, é permitido tudo o que se proíbe aqui à imprensa escrita, aos políticos, em fase não eleitoral, e aos políticos que não estão em situação de candidato. Quer dizer, um absurdo. A mim me parece absurda norma como essa. Contem tríplice restrição que vai singularizando as classes atingidas e fazendo distinção que não tem significado.

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.

ADI 4.451 MC-REF / DF

Mas o que me parece mais grave, sobretudo nesse inciso II - porque quanto ao inciso III, parece que estamos todos mais ou menos de acordo em que representa limitação gravíssima ao direito da imprensa de fazer crítica político-social, de fazer crítica a candidatos, a partidos etc. -, é que, quando a lei se refere a trucagem, montagem ou outro recurso, não se está referindo a artifícios que sejam ou são imorais em si mesmos. Tanto a trucagem, a montagem, como recursos análogos são técnicas de transmissão de informação.

Noutras palavras, a lei alude aqui a esses recursos para impedir que sejam usados como meios de programação baseada em sátiras, farsas, caricaturas.

De fato, há motivos para suspeitar que essa norma interfira com a liberdade de expressão, sobretudo no campo humorístico.

Em relação a esse tema, recordei voto que proferi como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, precisamente há nove anos atrás, mostrando exatamente que nada há de insólito, nem de injurídico, nesse tipo de informação, porque é da essência da caricatura, da sátira, da farsa, operarem mediante deformações hiperbólicas da realidade, residindo nesse exagero o distanciamento dramático em relação ao real. Noutras palavras, por isso é que se vale de trucagem, de montagem, de outros recursos análogos, que pode ser tanto dos eventos históricos sociais, como das pessoas, das coisas. Esse o fator específico da identidade dessas formas de criações artísticas, na sua comicidade mesma, e cuja manifestação constitui apenas o elemento alegórico de uma crítica severa, mas eventualmente justa, inspirada por motivos de grande valor social:

“Não há nisso, porém, nada de insólito nem de injurídico, porque toda a gente sabe que é da essência de caricatura, da sátira e da farsa operarem mediante deformações hiperbólicas da realidade, residindo nesse exagero ou distanciamento dramático em relação ao real, que pode ser tanto dos eventos histórico-sociais, como das pessoas ou das coisas o fator específico da identidade dessas formas de criação artística e da sua comicidade mesma, cujas manifestações, neste caso,

ADI 4.451 MC-REF / DF

constituem apenas o elemento alegórico de uma crítica severa, mas justa, inspirada por motivo de grande valor social.

O caráter ridículo e sarcástico daquelas representações televisuais e, por conseqüência, toda a força de seu propósito crítico sustentam-se, aqui, precisamente nos excessos metafóricos que, despertando a atenção e instigando a reflexão dos telespectadores, adquiriam capacidade de, por via do escárnio e da galhofa, não apenas assumir e encorpar, mas também suscitar, onde fossem ignorados ou subestimados, a indignação coletiva contra fatos reais trágicos e repugnantes. Esta é, aliás, uma das funções do riso: "Le rire est, avant tout, une correction. Fait pour humilier, il doit donner à la personne qui en est l'objet une impression pénible. La société se venge par lui des libertés qu'on a prises avec elle" (Henri Bergson, "Le Rire", Paris, Lib. Félix Alcan, 1938, p. 199-200).

Desde logo duas coisas há, aqui, muito para notar. A primeira, que, salva prova, que não há nem seria concebível no contexto, dalguma pérfida intenção injuriosa, que mal se disfarçaria nas peripécias daqueles espetáculos cômicos e, ainda assim, haveria de estar dirigida, em caráter pessoal, a todos os membros da unidade policial militar de Diadema, aos quais decerto os comediantes sequer conheciam ou conhecem, tal "exagero não pode ser causa de dano à personalidade como o é em outros campos" (Claudio Luiz Bueno de Godoy, "A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade", São Paulo: Atlas, 2001, p. 103), pela razão brevíssima de que se trata de predicado imanente à caricatura, enquanto modalidade da arte satírica em geral. E por isso as representações cênicas do gênero recebem da ordem jurídica, mediante o reconhecimento de larga eficácia justificadora, tutela idêntica à das outras formas autônomas de criação artística, cuja dignidade seria até superior à da própria liberdade de imprensa. Não é possível fazer obra satírica sem inventar e desfigurar situações, pessoas ou coisas.

A segunda, que, por resolver, neste campo, as recorrentes questões práticas oriundas da posição aparente de conflito

ADI 4.451 MC-REF / DF

teórico de valores em que se situam certas normas, em especial as jurídico-constitucionais, uma das mais importantes contribuições metodológicas, vem da distinção, adiantada pelo *Reichsgericht* e difundida na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, entre a *roupagem* literária ou plástica adotada pelo autor (*Einkleidung*) e a *mensagem* ou significado objetivo mediatizado pela caricatura (*Aussagekem*), cuja percepção só é nítida quando se abstraia à obra considerada o invólucro das palavras, dos desenhos ou das imagens cênicas.

Ora, porque a distorção de aspectos da realidade criticada é inerente à caricatura, não pode ser a mesma, para efeitos civis ou penais, a valoração jurídica de ambas essas dimensões do objeto artístico: "À *roupagem* cabe, assim, uma função prevalentemente apelativa: emprestar visibilidade e força à mensagem a transmitir. Acresce que é sobretudo na *roupagem* que se actualiza a liberdade de criação artística da sátira e da caricatura. O que confirma a expectativa já antecipada e segundo a qual a *roupagem* não colidirá normalmente com a dignidade pessoal. A acontecer, a colisão há de, em princípio, levar-se à conta do custo social a suportar em nome da liberdade de criação artística... Só não será assim nos casos extremados em que a *roupagem* configura já ela própria um atentado irreduzível e intolerável à dignidade humana" (Manuel da Costa Andrade, "*Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*", Coimbra: Ed. Coimbra, 1996, p. 244, *a* e *b*. Grifos do original. Cf., ainda, p. 175).

Aplicados ao caso tais critérios discretivos, de modo algum pode dizer-se, quanto à honra da totalidade dos membros da unidade policial militar, sejam ultrajantes em si mesmas, vistas como mera *roupagem* da obra humorística veiculada pelos programas, as situações inverossímeis e grotescas de criminalidade em que, na fantasia das tramas, os meteram produtores e atores. Não poderiam estes, aliás, estar animados dalgum inexplicável propósito de insultar pessoas anônimas e inocentes, senão que, a título claro de conteúdo semântico dos esquetes, intentavam desferir crítica áspera a

ADI 4.451 MC-REF / DF

eventos criminosos abjectos, em que, detraindo, eles, sim, a corporação e a função policial, se envolveram, não um ou dois, mas vários colegas de caserna do apelante. E não se referiam a fato imputável ao desatino ocasional de um praça, mas a ações sistemáticas de bando criminoso, incrustado num batalhão, de modo que nem tem pertinência à hipótese a forçada analogia que o apelante quer estabelecer, *ad terrorem*, com o caso isolado de um juiz corrupto.

A alta relevância social da mensagem, que era a de, pelo riso, expressar censura pública ao desvario policial e provocar a adesão dos telespectadores, segundo a velhíssima receita do teatro cômico (*ridendo castigat mores*), legitimava e justificava, pela natureza e pela eficácia retórica do meio de expressão, a evidente desproporcionalidade que, nas figurações cômicas, a invenção das situações e a generalização dos sujeitos representavam perante fatos históricos pontuais. Decisivos, aqui, são a licitude e o valor ético da mensagem, não a demasia estrutural das metáforas.

(...)

Está visto, ao depois, que, em nome de suscetibilidades exacerbadas, não pode o ordenamento jurídico, comprometido com as liberdades civis e as chamadas garantias institucionais (*Einrichtungsgarantien*), cuja positivação é indispensável ao perfil de uma sociedade livre e democrática, reprimir aos humoristas profissionais e à imprensa, ainda quando demasiadas na forma e cáusticas no conteúdo, as expressões artísticas sob as quais exercitam o direito da crítica política ou político-social.

Não deixa de ser oportuno recordar, a propósito, a advertência que, num caso famoso, até levado à tela cinematográfica sob o título vernáculo de "*O Povo contra Larry Flint*", fez a Suprema Corte norte-americana, pelas mãos do *Chief Justice Rehnquist*, relevando, entre outros, o "*cartoon portraying George Washington as an ass*", dado o proeminente

ADI 4.451 MC-REF / DF

papel que de há muito ali desempenham os caricaturistas no debate público e político: "From the viewpoint of history it is clear that our political discourse would have been considerably poorer without them" (Hustler Magazine v. Falwell, 485 U. S. 46 [1988]). Deveras, castrar a imprensa e os humoristas profissionais, subjugando-os, no exercício da crítica social e política, a interesses pessoais subalternos, seria, quando menos, apreciável desserviço à vitalidade e à saúde democrática do país.

(...)

Apreciando outro caso, de certo modo, análogo ao deste, e em que supervisor do Departamento Policial de Montgomery, no Alabama, reclamava indenização a um grande jornal diário, sob fundamento de lhe haver imputado, em notícia inverídica, a expedição de ordem ilegal e criminosa, firmou ainda a Suprema Corte norte-americana, à luz da Primeira Emenda, que ali protege, entre outros valores, a liberdade de opinião, ou de imprensa, precedente valiosíssimo, cuja síntese, de todo aplicável à nossa ordem jurídica, reflete a supremacia quase absoluta do interesse público neste tema: "[W] e consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials". Votos vencedores foram aí mais longe, reconhecendo à imprensa "an absolute immunity for criticism of the way public officials do their public duty" (New York Times Company v. Sullivan, apud Van Alstyne, *"First Amendment - Cases and Material"*, Westbury, New York: The Foundation Press, 2. ed., 1995, p. 195-201)."

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.451

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

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

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

REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, foi o julgamento suspenso. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo *amicus curiae*, o Dr. Miro Teixeira e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 01.09.2010.

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a liminar, suspendendo as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal nº 9.504, de 30/9/97, contra os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que, nos termos do pedido sucessivo da inicial, deferiam a liminar, declarando a inconstitucionalidade parcial das normas impugnadas mediante interpretação conforme. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 02.09.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário