

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 Senor 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 espraia 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 juristas, 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 Igualitário 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 detêm 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, recordo 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 Européia 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 rádio, lícitamente, 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.