

A lógica de mercado e a paralisia de certas categorias de direitos fundamentais como efeito da revogação da lei de imprensa

Diego Fonseca Mascarenhas*
Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa**

1. Introdução

Os juristas costumam ter concepções políticas sem se darem conta disso e suas decisões e fundamentações costumam expressar uma ou mais concepções políticas sem que eles sintam necessidade de tornar isto explícito. Pelo contrário, a ideia de que o judiciário esteja apenas cumprindo o direito de modo imparcial¹ leva muitos juízes à conclusão de que suas

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e da Faculdade de Castanhal (FCAT). Advogado. Endereço eletrônico: diegomask_85@hotmail.com

** Doutor em Direito na PUC-RJ e professor adjunto da Universidade Federal do Pará. Endereço eletrônico: psweyl@hotmail.com

¹ Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização/ política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do Estado social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades

decisões não devem parecer ser políticas e que eles devem ocultar na maior medida possível as ideias políticas em que se baseiam seus argumentos jurídicos. Tudo precisa parecer extraído e baseado apenas no texto da Constituição, tornando difícil a tarefa de extrair, com certeza, as concepções políticas que sedimentaram as decisões ou o que estas expressam. Esta pesquisa tenta identificar as posições adotadas pelos juízes e os argumentos utilizados por eles fazem mais sentido quando situados no interior de certas concepções liberais, do que quando associadas com concepções não liberais.

Nas concepções liberais, costuma-se defender que exista a maior medida possível destas liberdades com base num argumento moral e num argumento instrumental. O argumento moral é do direito que cada um tem de dizer o que pensa e de não ser impedido de dizê-lo, a não ser que cause prejuízo real a outro. O argumento instrumental é de que, numa democracia, é preciso que os cidadãos tenham acesso a informações e ideias que permitam que eles avaliem e critiquem o Estado e que formem opiniões com base nas quais tomarão suas decisões. Enquanto o pensamento republicano lida com a ideia de não distanciamento dos cidadãos dos acontecimentos relevantes da atividade política, conseqüentemente a imprensa não tem o mesmo papel que em uma sociedade liberal, pois nesta os cidadãos têm que ser informados em virtude de viverem uma vida privada, sendo que a vida pública é algo distanciado deles, necessitando de uma mídia para trazer as informações relevantes de que eles precisariam ser portadores para que possam tomar as decisões como eleitores e não como legisladores e nem como governantes.

Acredita-se, além disso, na concepção liberal, de que a melhor forma de fazer informações e ideias circularem, e chegarem a todos, é confiar esta tarefa a um número amplo de

políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (**dura lex sed lex**) (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p.19).

pessoas e de empresas privadas, criando um mercado de ideias que funcione de modo difuso e eficiente, com oferta regulada pela demanda e com controle recíproco. Ora, se o melhor esquema de distribuir da melhor maneira possível as informações é o mercado, então esse mecanismo não pode ser regulado por outra via.

A maior parte dos votos que embasou a decisão da ADPF 130² se baseia nestas ideias, ou faz mais sentido quando associados a elas. Isto mostraria que o debate inteiro que formou a decisão, uma discussão que, em tese, seria ampla e diversa, se deu na verdade no horizonte, em regra, de uma única concepção política, o liberalismo.

Isto justifica a escolha de Hannah Arendt como interlocutora, uma pensadora que amplia o debate para além do limitado horizonte político. Arendt tende a ver a imprensa assumindo o papel de formadora de opinião pública e política dos cidadãos como um elemento negativo, em razão de uma espécie de substituição do juízo político informado dos cidadãos por um juízo previamente estruturado por um órgão, por um tipo de entidade supra individual que está não apenas selecionando, o que é digno de ser conhecido, mas também já previamente determinando como aquilo deve ser conhecido.

Os ministros manifestaram desconfiança em relação à lei para disciplinar a atividade dos órgãos de comunicação, compreendendo a lei com *caráter prescritivo*, com a função de limitar os órgãos midiáticos. No entanto, a lei também pode ser compreendida no sentido de que as pessoas ou a imprensa não possam ultrapassar certos limites e realizar a proteção da

²Trata-se do caso julgado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130 (ADPF 130), oposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a recepção de dispositivos da Lei de n.º 5.250/1967, a chamada Lei de Imprensa. A ação foi julgada procedente por maioria de votos para declarar como não recepcionada pela Carta Constitucional de 1988 toda a Lei n.º 5.250/1967.

esfera privada, a inviolabilidade dos direitos subjetivos, em virtude desta habitar os direitos, tais como: honra e imagem.

A decisão do STF pela ausência de parâmetro legal para a liberdade de imprensa ou liberdade de expressão orienta que a resolução de conflitos decorrente do exercício da atividade de imprensa é competência da jurisdição, fenômeno que denominaram de casuísmo judicial, o que sinaliza instabilidade em duas direções, tanto na liberdade de imprensa e de expressão, quanto na proteção dos direitos da esfera privada. A omissão legislativa ocasiona ambiente de insegurança jurídica para assegurar espaço público organizado, o qual os homens não apenas se restringem em querer, mas podem, efetivamente, manifestar livremente os pensamentos na vida em comum.

Hannah Arendt ensina que o conceito de liberdade guarda complexidades e que é, acentuadamente, reduzido quando expresso exclusivamente na perspectiva da garantia dos direitos civis ou individuais e na tutela da inviolabilidade da esfera privada perante a autoridade pública. Este conceito abrange de modo parcial o conceito de liberdade que, para ser completo, deve compor também a participação dos homens na esfera pública.

Esta introdução se limita a demonstrar que o horizonte político da *maioria* dos julgadores da ADPF 130 se situa na perspectiva do liberalismo. É importante destacar que serão abordadas apenas as considerações gerais desta corrente política, tendo em vista o corte metodológico de não estabelecer o diálogo com os pensadores liberais, no sentido de delimitar o tema na análise no conceito de liberdade de Hannah Arendt, a qual conduziu secundariamente uma reflexão crítica para o tratamento problemático da liberdade de expressão na decisão que revogou a lei de imprensa.

2. Estado de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais

O liberalismo concebe a liberdade de expressão e de imprensa como direitos subjetivos centrados no indivíduo, que não devem sofrer qualquer restrição, salvo quando ameacem direitos subjetivos mais importantes de outros indivíduos ou de elementos essenciais da ordem pública.

A ideia de que a liberdade só pode ser limitada por outra liberdade é típica do pensamento liberal, em razão de que o exercício da liberdade humana não pode ser realizado ilimitadamente, porque, se não sofresse qualquer tipo de regulação, inevitavelmente, as ações humanas acabariam se interferindo mutuamente. Tendo em vista que os fins aos quais os homens visam são os mais diversos e nem todos os resultados são harmônicos entre si, possibilitando o conflito, tanto na vida pessoal como também social.

Ainda de acordo com a concepção liberal, o meio seguro para exercer o mínimo de regulação na ação humana é a lei. O homem somente é livre quando abdica uma parte de sua liberdade para garantir a própria liberdade, caso contrário, não haveria como evitar constantes conflitos entre os homens.

Os debates dos ministros estiveram situados, em regra, no horizonte dessa filosofia política, em virtude de discutir a pertinência da eventual limitação ao exercício da liberdade de imprensa, se possível apenas posteriormente, por via de direito de resposta e de direito de indenização como forma de proteger os direitos fundamentais de outras pessoas que estejam envolvidas.

Esta ideia pode ser vislumbrada no debate conduzido pelo ministro Ayres Britto, o qual foi refutado entre Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

O ministro Ayres Britto parte da primazia do direito de liberdade de manifestação do pensamento, criação e

informação sobre os direitos subjetivos e apresenta como solução para eventual conflito entre tais direitos a técnica da ócalibração temporalô. Na sua concepção o primeiro bloco precede e prevalece sobre outro grupo de direitos, mesmo que requeira um estado de momentânea paralisia aos direitos subjetivos.

Lógica primaz ou elementar - retome-se a afirmação - porque reveladora da mais natural cronologia das coisas. Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do caput do art. 220 da CF, a criação e a informação), senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros (STF, ADPF 130/DF. Voto Min. rel. Carlos Ayres Britto, p. 47. DJ 30/04/02009).

O ministro Gilmar Mendes sustentou opinião divergente, afirmando que a Constituição Federal não considera que o exercício da liberdade de expressão seja absoluto, em virtude da própria Lei Maior prever que uma lei de imprensa seja elaborada para garantir a tutela jurisdicional dos direito subjetivos.

O constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 225. DJ 30/04/02009).

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional ô "Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" ô parece explicitar que o

constituente não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 226. DJ 30/04/02009).

Nesse sentido, o ministro Gilmar Mendes prossegue com a sua linha de raciocínio ao apontar que provocaria fragilidade para o cidadão a falta de regramento normativo para impor certos limites na difusão de informações transmitidas pelos meios de comunicação. O ministro cita o emblemático caso da Escola Base, que ocorreu em 1994, na cidade de São Paulo, onde os funcionários da pré-escola foram acusados de cometer abusos sexuais com crianças de quatro anos de idade. A divulgação da notícia provocou a depredação da escola, a falência dos donos e eles foram ameaçados de morte. No final do inquérito policial, o caso foi arquivado por falta de provas, mas os danos das notícias sensacionalistas já estavam consolidados e a reparação posterior do dano por via do Judiciário, o direito de resposta e/ou direito de indenização seriam francamente insuficientes.

É a mídia em face da própria mídia; é a mídia em face do cidadão, mais do que, eventualmente, a relação entre a mídia e o Estado, foco da nossa abordagem (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 276. DJ 30/04/02009).

Eu poderia citar vários e muitíssimos casos relevantes, aqui, da nossa experiência cotidiana de abusos notórios. Limito-me a mencionar no voto apenas o emblemático caso da Escola Base. Só recordar (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 276. DJ 30/04/02009).

Há necessidade de intervenção do Estado; criação de mecanismos sérios, rápidos, expeditos para não permitir esse tipo de abuso, porque a ordem constitucional não convive com isso (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 277. DJ 30/04/02009).

Não podemos cair na fórmula acadiana de que há reparação. Como reparar um dano como esse? Como buscar reparação patrimonial para esse tipo de abordagem? Que reparação patrimonial é possível num caso como esse? Quando a legislação teria de proteger, dar direito de resposta imediato, medidas cautelares prontas, e não mandar essas pessoas para um quadro cível, com ações indenizatórias. Falar que a intervenção do legislador, aqui, é indevida, parece-me um absurdo completo. Mas chego então à parte final da minha manifestação escrita: o direito de resposta (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 277. DJ 30/04/02009).

Assim, o ministro Gilmar Mendes critica o posicionamento que confere primazia da liberdade de imprensa em relação à efetiva proteção dos direitos subjetivos, os quais só podem ser reparados em fase posterior ao dano. O cidadão se encontra em condição de vulnerabilidade dos seus direitos subjetivos perante os meios de comunicação. Isto implica ser uma relação desigual que a omissão legislativa ocasiona e a insegurança jurídica se torna ainda mais grave com a ausência de critérios no que diz respeito ao direito de resposta.

Daí eu fazer minhas as indagações do Ministro Marco Aurélio: por que, então, neste caso, nós não deixamos em vigor as regras do artigo 29 a 36, a propósito do direito de resposta, até que sobrevenha uma legislação? Quer dizer, vamos criar um vácuo jurídico numa matéria dessa sensibilidade. É o único instrumento de defesa do cidadão. É a única forma de equalizar essas relações minimamente (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 278. DJ 30/04/02009).

A ministra Ellen Gracie segue a mesma direção apontada pelo ministro Gilmar Mendes. Critica o

posicionamento do ministro Ayres Britto, recusando a concepção de nulificação dos direitos subjetivos, o que resta resignar a reparação da honra somente em momento posterior ao dano.

Entendo, com todo respeito e admiração à visão exposta pelo eminente relator, Ministro Carlos Britto, que a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente relator, num "*estado de momentânea paralisia*" para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado. A ideia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Exa., representaria, a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros. É de todos bastante conhecida a metáfora de que se faz a respeito da busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada, esforço correspondente àquele de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Ellen Gracie, p. 128. DJ 30/04/02009).

Mesmo em vista da ocorrência de tal debate, com a exposição de opiniões divergentes pelos integrantes da Corte, como acima relatado, o julgado não encerrou o diálogo com uma decisão formal, com a apuração da opinião da maioria dos membros da Corte sobre a matéria relacionada à tutela jurídica para os direitos subjetivos. O iminente aprofundamento dessa questão pela Corte foi cuidadosamente evitado pelo ministro relator, sob a argumentação de que estas questões não são necessárias para o debate, como pode ser visto pelo diálogo entre os ministros Menezes Direito e Carlos Ayres Britto:

Talvez isso seja bem necessário agora. Independentemente da conclusão do voto de Vossa Excelência, da conclusão do julgamento da Corte, eu tenho a sensação de que o que ficou muito claro foi que a Corte, como disse, aliás, o eminente Ministro Peluso e eu também fiz questão de acentuar, em nenhum momento assinalou a vedação da atividade legislativa. A fundamentação que a Corte adotou foi exatamente num outro sentido (STF, ADPF 130/DF. Min. rel.

Carlos Ayres Britto. Voto Min. Menezes Direito, p. 271. DJ 30/04/02009).

Há outras fundamentações, essa não é necessária (STF, ADPF 130/DF. Voto Min. rel. Carlos Ayres Britto, p. 272. DJ 30/04/02009).

Todavia, essa questão não ganhou destaque na ementa do julgado.

Com efeito, o problema em foco não é de menor importância. Em tese, o ministro Carlos Ayres Britto visualiza a prevalência da liberdade de imprensa em relação aos direitos subjetivos, pelo fato de aquele ser o esteio para a livre manifestação do pensamento nas sociedades democráticas e que isso justifica uma espécie de estado de suspensão dos direitos subjetivos. Já a ministra Ellen Gracie e o ministro Gilmar Mendes criticam, no transcorrer do julgado, este posicionamento em vista da hipótese da nulificação dos direitos subjetivos, fundamentando a tutela por lei específica, como meio de resguardar a sua não interferência perante a mídia. Ao final, na ementa, prevalecem as posições articuladas pelo relator.

3. A lógica de mercado a favor da liberdade e circulação de informações

Mediante a concepção liberal, *a priori*, o mercado não é suspeito, é virtuoso, pois seus mecanismos de livre circulação permitem a distribuição eficiente de produtos e de informações. Assim, esse mecanismo não pode sofrer qualquer tipo de regulamentação prévia, pois implicaria tentativa de controle por parte do Estado.

Para os liberais, o melhor modo de preservar a máxima liberdade de imprensa é torná-la um negócio inserido em um mercado de concorrência livre entre as empresas privadas que almejam o lucro. Em nome da pecúnia, elas buscam a notícia,

ou seja, a melhor estratégia implica transformar a informação em dinheiro.

A perspectiva liberal, em contrapartida, concebe que qualquer tipo de imprensa oficial seria, na verdade, forte indício de manipulação ideológica. A única imprensa verdadeiramente informadora é a não oficial. Em virtude disso, ela não precisa ser controlada, mas requer ser maximamente livre para buscar, como qualquer outro negócio, a sua liberdade e, também, como em qualquer outro negócio, não pode prejudicar, inventar, denegrir e ofender.

Essa ideia pode ser vislumbrada nos argumentos conduzidos nos debates entre o ministro Ayres Britto e Joaquim Barbosa, estando situados dentro do pensamento liberal ou manifestando a sua preocupação a partir dessa concepção política. Bem como, a argumentação do ministro Gilmar Mendes que problematizou o tema para além desse horizonte político.

Segundo o ministro Ayres Britto, para haver a manutenção no Estado Democrático de Direito da livre circulação do pensamento crítico na sociedade, é necessário que haja uma imprensa livre. O que requer preservar a sua pluralidade por meio da vedação da formação de oligopólio ou de monopólio das empresas de comunicação.

Sendo de toda relevância anotar que, a título de reforço à manutenção dessa verdadeira relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre, a própria Constituição impõe aos órgãos e empresas de comunicação social a seguinte interdição: "Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio" (§ 5º do art. 220). Norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários (STF, ADPF 130/DF. Voto Min. rel. Carlos Ayres Britto, p. 28. DJ 30/04/02009).

Este mesmo entendimento é observado pelo ministro Joaquim Barbosa, ao indicar que a liberdade de expressão está inserida numa lógica de mercado público de ideias, no qual deve ser sempre garantido o caráter plural da competição, com a finalidade de não haver manipulação das informações transmitidas pela imprensa.

Contudo, Senhores Ministros, não basta ter uma imprensa livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente diversa e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade da imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Joaquim Barbosa, p. 116. DJ 30/04/02009).

Situações como as existentes em algumas unidades da nossa Federação, em que grupos hegemônicos dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o **mercado público de ideias e informações**, com fins políticos, não é nada positivo para a formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos. Noutras palavras, a concentração de mídia é algo extremamente nocivo para a democracia (grifo nosso) (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Joaquim Barbosa, p. 117. DJ 30/04/02009).

O ministro Gilmar Mendes reporta que, na Corte Norte Americana, houve a construção jurisprudencial de duas concepções políticas sobre a liberdade de imprensa. De um lado, o pensamento liberal de aspiração de liberdade absoluta; de outro lado, a concepção republicana de liberdade limitada. Nota-se que o pano de fundo do debate era o de buscar qual seria o significado ou o conteúdo da liberdade dos meios de comunicação.

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

concepção cívica ou republicana, ressalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no voto de Louis D. Brandeis no caso *Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan* (Min. Gilmar Mendes apud SUSTEIN, Cass R.. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University; 1999, p.176) (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 210. DJ 30/04/02009).

O ministro Gilmar Mendes assinala que, de acordo com a visão liberal, a liberdade de imprensa requer a livre disseminação de informações, em virtude de ser o livre tráfego de ideias o único modo apropriado de se buscar a verdade na democracia.

Talvez seja essa uma das mais importantes funções das liberdades de expressão e de imprensa na democracia. O livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema democrático e para a existência de uma sociedade aberta. (...). Ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, Mill enfatizava que nada mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a expressão de uma opinião. Em suas memoráveis palavras: "Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade" (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 213. DJ 30/04/02009).

Nesse fundado sentido do pensamento liberal, o ministro Gilmar Mendes projeta o argumento alcançado no estudo do Direito comparado, ao mencionar o caso Siegel (BVerfGE 20, 62, 1996), do Tribunal Constitucional Alemão, que trata da publicação ocorrida no ano de 1962, da revista *Der Siegel*, sobre a suposta manobra política da Otan, para que a Alemanha não tivesse o armamento bélico de mísseis atômicos. Este Tribunal concebeu que não é o poder público organizado o meio

apropriado para fomentar o pensamento crítico, porque ele parte da premissa de o cidadão ser uma pessoa incapaz de se informar dos acontecimentos de interesse público. A melhor estratégia para obter a informação é por meio da imprensa, em virtude de ela ser composta por empresas privadas regidas de acordo com a lógica de mercado, a qual se baseia na funcionalidade da livre concorrência econômica dos grupos de comunicação.

Tão mais importante é a "tarefa pública" que cabe, assim, a imprensa, pelo fato desta tarefa não poder ser cumprida a contento pelo poder público organizado. As empresas da imprensa devem poder se organizar livremente no espaço social. Elas trabalham segundo princípios de economia privada e sob formas de organização de direito privado. Há, entre elas, concorrência intelectual e econômica na qual o poder público por princípio não pode intervir" (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 221. DJ 30/04/02009).

Contudo, o ministro Gilmar Mendes ressalta uma crítica de aspiração republicana ao alegar que a liberdade de imprensa também deve considerar a sua proteção contra a própria imprensa, em face do perigo da racionalidade econômica vir a deturpar o papel democrático da imprensa. Nesse sentido, conclui que a Constituição concebe a liberdade de imprensa no seu duplo significado, como: direito subjetivo que protege o cidadão contra o abuso de poder da imprensa e como direito objetivo ou garantia institucional da imprensa não ser prejudicial a si mesma.

O pensamento é complementado por Manuel da Costa Andrade, nos seguintes termos: "Resumidamente, as empresas de comunicação social integram, hoje, não raro, grupos econômicos de grande escala, assentes numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal de mercados cada vez mais alargados. Mesmo quando tal não acontece, o exercício da atividade jornalística está invariavelmente associado à mobilização de recursos e investimentos de peso considerável. O que, se por um lado resulta em ganhos indisfarçáveis de poder, redundando ao mesmo

tempo na submissão a uma lógica orientada para valores de racionalidade econômica. Tudo com reflexos decisivos em três direções: na direção do poder político, da atividade jornalística e das pessoas concretas atingidas (na honra, privacidade/intimidade, palavra ou imagem)" (STF, ADPF 130/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 254. DJ 30/04/02009).

O julgamento, portanto, comporta o diálogo entre os ministros Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes ó que assinalam a preservação da lógica de mercado ser a melhor estratégia para a circulação do pensamento crítico e plural na democracia. Contudo, a ementa não traz a público uma parte desse debate que ocupou o julgamento, quando o ministro Gilmar Mendes salienta que, na perspectiva republicana, as garantias dos direitos fundamentais não se limitam apenas a tutelar direitos aos cidadãos perante o Estado. Porém, a sua realização também deve ser garantida em razão do poder social da imprensa ó que orientada sob a influência da racionalidade econômica pode ser deletéria ao exercício da liberdade de expressão, por possibilitar que ocorram eventuais abusos aos direitos da personalidade.

4. Aspectos jurídicos e políticos da revogação da Lei de Imprensa

Na perspectiva jurídica do julgado, foi observado que há questões candentes que tornam duvidosas o tratamento da decisão no que diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, tendo em vista que esta indica que todo sistema legal deve contemplar as características da unidade, da coerência e da completude.

A perspectiva da teoria do ordenamento jurídico aponta que as leis possuem entre si uma relação de hierarquia e de controle entre normas superiores que são gerais e, portanto, de maior grau de abstração e normas inferiores que disciplinam de modo específico o assunto legal tratado.

Para preservar a unidade no ordenamento jurídico, as leis infraconstitucionais não podem contrariar o que se encontra disposto na Magna Carta, sendo este o motivo da propositura da ADPF 130, em virtude de analisar se a lei de imprensa foi recepcionada ou se conflita com o conteúdo normativo que se encontra disciplinado na Lei Maior, no que diz respeito ao âmbito da liberdade de expressão e do papel da imprensa para o exercício deste direito fundamental.

Assim, de acordo com a teoria do ordenamento jurídico, é cabível ser editada nova lei de imprensa desde que esta esteja limitada à Constituição Federal. Os limites para a elaboração da lei infraconstitucional se encontram dispostos no art. 220, caput e §1º, da CF, e art. 5º,IV,V,X,XIII e XIV da CF. Com efeito, o entendimento do ministro relator do julgado Carlos Ayres Britto de que é inconstitucional a elaboração de qualquer lei que regule a atividade dos meios de comunicações pode ser questionável.

Com relação à característica do ordenamento jurídico ser coerente, significa que este é interpretado e organizado como um sistema fortemente integrado, o qual não comporta conflitos entre as normas jurídicas. Desse modo, o sistema jurídico não é concebido como um amontoado de leis que comportaria certa obscuridade para discernir qual lei deve ser aplicada no caso concreto. Ao *contrário senso*, o sistema legal possui a relação de complementaridade hermenêutica e de compatibilidade entre as de hierarquia superior e de hierarquia inferior, por isso eventuais antinomias devem ser sanadas e excluídas do sistema legal.

Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir *normas incompatíveis*. Nesse caso, o sistema equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento passam a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, significa que as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si,

e essa relação é a relação de compatibilidade (BOBBIO, 2008, p. 227).

Na decisão da ADPF 130, o entendimento da maioria dos ministros da Corte sinalizou que a lei de imprensa é incompatível com a Lei Maior e que não poderia ser aplicada nesta decisão a técnica da interpretação conforme a Constituição. Segundo a perspectiva do julgado, manter somente alguns dispositivos legais da lei de imprensa implicaria tornar o próprio diploma legal revogado não coerente. A solução apresentada no julgado para preservar esta característica tão importante ao ordenamento jurídico seria a aplicação da jurisprudência que se encontra consolidada no Direito brasileiro acerca do tema.

Contudo, observamos que, no teor do acordão, se encontra a preocupação desta solução assinalada no julgado para preservar a coerência no sistema jurídico, haja vista que o ministro Carlos Ayres Britto e o ministro Marco Aurélio mencionaram que a jurisprudência a qual versa sobre a liberdade de expressão foi constituída a partir da lei de imprensa que está sendo revogada. Então, a própria aplicação da jurisprudência pode implicar incompatibilidade com a lógica do pensamento jurídico, em razão de possibilitar um retorno ao sistema legal de uma lei que foi revogada!

Por fim, o ordenamento jurídico deve preservar a sua característica de completude em virtude de que não deve comportar eventuais omissões legais ou lacunas jurídicas, pois a ausência legal para dispor acerca de determinada matéria pode fragilizar a garantia da segurança jurídica no sistema judicial³.

³ Por õcompletudeõ, entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso. Tendo em vista que a ausência de uma norma costuma ser chamada de õlacunaõ (em um dos sentidos do termo õlacunaõ), õcompletudeõ significa õausência de lacunasõ. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode

Deveras, na decisão da ADPF 130, é feito o questionamento pelo ministro Marco Aurélio que a revogação da lei de imprensa ensejará no estado de anomia legal, devido à falta de parâmetro jurídico para disciplinar a liberdade de expressão e o exercício da atividade midiática. Fato que implica casuísmo judicial, com a possibilidade de haver a prolatação de sentenças arbitrárias, devido à ausência de regras jurídicas em torno da matéria; e como efeito disso, a insegurança jurídica no ordenamento jurídico.

Além disso, há um problema subjacente que se encontra para além do campo jurídico. Situando-se no campo político e filosófico acerca da liberdade de expressão e dos seus desdobramentos na atividade das grandes empresas de comunicações, as quais possuem na perspectiva do julgado o dever de cumprir o papel democrático de divulgar para a esfera pública as informações que não se encontram acessíveis às pessoas.

A decisão em comento concebe a imprensa como instituição pública absolutamente necessária para informar os cidadãos em torno dos assuntos públicos, em razão de compreender que as pessoas possuem as suas preocupações voltadas para a vida privada como o seu lar, lazer e sobrevivência. Nessa situação, surge a imprensa como meio absolutamente necessário para circular as informações públicas, visto que as pessoas não seriam capazes de tomar espontaneamente conhecimento das notícias que circundam a esfera pública.

No julgado, a imprensa é assinalada com o papel democrático de formar uma opinião pública crítica e para atingir esta função a imprensa deve ter plena liberdade, o que significa, também para o julgado, que esta função é

encontrar nele uma norma para regular cada caso que lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema (BOBBIO, 2008, p. 259).

incompatível com a edição de lei específica. Em outras palavras, não deve haver nenhuma lei infraconstitucional regulamentando a sua atividade, pois representaria cercear a atividade midiática com a implementação de censura prévia na transmissão de informações no espaço público.

Com efeito, o conceito de lei aqui esboçado é deveras primitivo, remonta a Teoria Pura do Direito apenas no âmbito do pensamento jurídico. No julgado, a lei é concebida como se tivesse a favor de mitigar a liberdade de expressão, podendo, em tese, cercear previamente quais seriam os assuntos que deveriam ser dotados com a devida visibilidade pública.

Na análise da ADPF 130, a partir do aporte teórico arendtiano, pode ser visto que, para que a liberdade de expressão seja exercida politicamente, é necessário que os homens tenham vontade ou òdesejoõ de participar na democracia. A vontade serve como combustível que projeta os homens a participarem ativamente dos debates públicos e não resignados para a vida contemplativa da esfera privada.

Arendt (2007) realiza uma análise para compreender quando a liberdade política tornou-se um problema na tradição do pensamento político do mundo ocidental. A autora percebeu que o problema surgiu quando o eu-posso e eu-querer foram desassociados, em razão de haver um conflito interno na vontade que se dividiu entre querer e, ao mesmo tempo, não querer participar na condução dos assuntos do domínio público. Este estado conflituoso ocasionou a não ação, pois as pessoas começaram a se sentir impotentes para participar da esfera pública.

Desse modo, a lei, na concepção de Arendt (1999b), deve preservar, ao instituir a estrutura do espaço público, a possibilidade de as pessoas poderem agir em conjunto, para que seja garantida a ideia de pluralidade de opiniões numa democracia em que os homens possam manifestar livremente os seus próprios pensamentos. Em outros termos, a lei não deve

ser compreendida como um catálogo prescritivo de condutas como foi acentuada na decisão da APDF 130, entendimento que cominou na revogação da lei de imprensa em razão dos ministros conceberem que a liberdade de expressão deve ser exercida na sua plenitude e a vigência da lei no ordenamento jurídico seria um obstáculo para o efetivo exercício daquela liberdade que possui desdobramento claro e direto na atividade dos órgãos de comunicação, pelo fato de eles serem responsáveis em difundir as informações na esfera pública.

Em contrapartida, notamos que, com a falta de disciplina legal, constituída a partir da revogação de imprensa no sistema jurídico, ocorreu a ausência de estrutura normativa apropriada para assegurar um espaço público ordenado, onde as pessoas possam compartilhar as múltiplas perspectivas de suas experiências políticas do mundo com as outras pessoas. E a função da lei é de garantir as condições para que a política continue existindo de modo vivo na vida em comunidade.

A perspectiva arendtiana em torno da relação entre liberdade e lei é sintetizada na seguinte passagem do livro *O que é a política?*:

Toda lei cria, antes de mais nada, um espaço no qual vale, e esse espaço é o mundo em que podemos mover-nos em liberdade. O que está fora desse espaço, está sem lei e, falando com exatidão, sem mundo; no sentido do convívio humano é deserto (ARENDDT, 1999b, p. 123).

Nas palavras de Klelton Mamed (2008, p. 143), o trecho não significa informar, porém que a liberdade só passa a existir com a criação operada pela lei de um espaço em que os homens possam mover-se livremente. A liberdade preexiste à lei, mas é somente com a instituição legal que são erigidas fronteiras para que a comunidade não destrua a si mesma, uma vez que ela é ãcontinuamente posta em perigo pelos novos homens que nelas nascem. A liberdade consiste justamente nessa ãpotencialidade de algo inteiramente novo e imprevisível. Assim, se não houver uma estrutura em que os homens possam

agir em concerto, mas dentro de certos limites, a própria comunidade poderá se aniquilar. É interessante notar que a própria liberdade pode ser tanto um fator de constituição da comunidade política como da extinção de uma determinada forma de organização.

A ideia de liberdade em Arendt (2007) pressupõe o fato de a capacidade do homem sempre poder iniciar algo novo e inesperado no mundo, a partir do momento que interrompe um processo automático e lógico de acontecimentos. Em virtude disso, a lei tem a finalidade de organizar o espaço público para a aparição das opiniões e de impor limites diretivos e não prescritivos nas ações humanas, em face da sua imprevisibilidade que pode provocar instabilidade na vida em comum.

Nesses termos, Hannah Arendt concebe a lei, sobretudo, como instrumento diretivo e estabilizado das comunidades humanas, sem lhes impor mandamentos nem determinar o que deve ser feito, mas tão-somente delimitar o espaço, o mundo comum, aquela realidade de certa continuidade que transcende a duração individual de cada geração. Desde esse contexto, a lei não deve ser prescritiva, inspirada dos atos humanos, mas apenas diretiva, limitando os atos daqueles que vivem em comum (MAMED, 2008, p.145-146). É neste sentido a transliteração hermenêutica de Celso Lafer quando afirma que todas as normas são mais diretivas que imperativas, na medida em que dirigem os relacionamentos humanos tal como as regras dirigem o jogo, e a sua garantia fundamental está contida no princípio do *pacta sunt servanda* (LAFER, 1988, p. 224).

Ilustrando, numa partida de xadrez, são informados quais os movimentos permitidos para cada peça do jogo. Contudo, não é informado para eles como deve ser realizada cada jogada da partida. Assim, *mutantes mutatis*, de modo similar ao jogo de xadrez que possui as suas regras. Arendt

(2010) visualiza que a esfera pública também possui as suas regras ordenadas pela lei, no entanto esta não pode informar como deve ser exercido o espaço de liberdade que foi previamente demarcado pela legislação.

Dessa forma, a relação da lei com a liberdade é de estabelecer um espaço em que os homens possam transitar com liberdade no domínio público. Contudo, este espaço de liberdade assegurado pela lei não pode ser transposto, ou seja, õlimitam as ações humanasõ *somente* no que diz respeito ao aspecto de elas não poderem constituir obstáculos que obstruam a estrutura organizativa legal do espaço público. Apesar disto, há uma tensão entre a lei e liberdade segundo o pensamento arendtiano, pois a capacidade da ação humana está no fato de suplantar todos os limites postos pela lei, como a autora exemplifica na eclosão das revoluções, como a americana e a francesa.

Em outra perspectiva, se este fato for analisado a partir do ângulo do raciocínio jurídico, seria designado de estado de insegurança jurídica se houvesse comportamentos humanos não anteriormente previstos pela legislação, pelo fato de tornar problemático o processo de aplicação de subsunção legal, pois, a complexidade do comportamento humano deriva da capacidade da ação humana ser imprevisível que é sempre renovada com o surgimento do nascimento de cada pessoa no mundo, haja vista que todo homem carrega consigo desde o seu nascimento a capacidade de ser livre, o que pode constituir embaraços para a estrutura jurídica a qual direciona normativamente as relações humanas em sociedade.

Com Arendt (2004), pode ser observado que a imprensa é realmente um elemento importante para o contínuo desenvolvimento da liberdade de expressão nas sociedades democráticas, em razão de tornar efetivo o princípio da publicidade. Contudo, Arendt (1999a) aponta que a imprensa deve ser idônea e, para preservar a sua integridade, requer que

esta seja tutelada juridicamente para dotá-la de garantia institucional em face de qualquer pressão externa, como também compreendemos que, por meio de Arendt (2011), a lei possui o sentido de proteger o cidadão perante o poder social que a imprensa tem de formar a opinião pública.

No pensamento arendtiano (2011), o aspecto da opinião pública é visto como elemento negativo, pois qualquer õmeioö que forme as opiniões dos homens possui o significado de que as pessoas não têm a capacidade de refletir de modo autônomo acerca dos fatos públicos, pois haveria a necessidade de haver um intermediário para sempre informar como os cidadãos devem pensar.

A partir de Arendt (2011), é possível conceber que democracia é pluralidade de opiniões e se a imprensa elege uma leitura oficial das versões dos fatos implica constituir uma opinião pública incontestável, portanto hegemônica em razão de definir como os homens devem agir. Isso implicaria a noção de impotência dos homens em relação ao mundo que o cerca, tendo em vista que restaria apenas às pessoas se adequarem ao que já foi estabelecido pelas informações transmitidas pelas grandes empresas de comunicação.

A consequência disso seria a õmortandadeö da pluralidade de opiniões na democracia, em razão de os homens *não se sentirem mais em casa* para manifestar as suas palavras na vida em comum, conduzindo as pessoas a buscarem refúgio no recinto da vida privada, pois neste local os homens se encontram livres de qualquer pressão política.

O significado político de uma imprensa idônea não é de ser formadora de opinião pública, mas de servir como õmeioö ou instrumento que transmita do modo mais amplo possível informações para a esfera pública, já que as pessoas cientes destas notícias podem manifestar as suas opiniões acerca dos fatos públicos.

No sistema político de Arendt (2010), parte-se da

premissa de que a ação política é somente exercida por homens que agem em concerto para compartilhar as suas opiniões, e o seu resultado é sempre imprevisível. Então, para o efetivo exercício da liberdade de expressão, os homens não podem ter um órgão midiático regulando previamente como devem ser conduzidos os debates públicos, mas a esfera pública deve ser conduzida na interação de pessoas que manifestem a pluralidade de suas opiniões.

Por fim, outro aspecto de análise política da decisão que não foi devidamente debatida no julgado é o fato de que a anomia legal ou a orientação à jurisprudência para disciplinar a atividade midiática torna incerta a clara diferenciação entre domínio público e domínio privado, tendo em vista que a ausência legal permite que a imprensa conduza informações à esfera pública assuntos sem qualquer controle legislativo que assegure o direito à imagem, à honra e ao respeito de pessoas que supostamente foram agredidas pelo meio de comunicação. A sanção de reparação por eventuais danos causados encontra a sua aplicação reduzida apenas de modo posterior ao dano praticado por meio de solução de controvérsia pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, afirma Francisco Xarão (2000, p.164) que, embora todo lugar onde os homens se reúnam sob a modalidade do discurso e da ação já componha um espaço de aparição, isso não significa, necessariamente, a existência de um domínio público institucionalmente constituído. Mesmo onde ele existe, nem todos os homens dele tomam parte. Um domínio público institucionalmente constituído passa a existir no espaço de aparição quando, através de leis, os homens decidem tornar permanente o que era esporádico.

Considerações finais

Colacionamos da leitura da ADPF 130 dois singelos pontos, sucedendo, posteriormente, por uma breve reflexão do

pensamento político arendtiano acerca do julgado, atividade que requereu demonstrar que os votos dos Ministros na ADPF 130 estão, em regra, inseridos dentro do horizonte liberal e sem problematizá-la para além desse horizonte, por meio dos seguintes tópicos:

O primeiro ponto de análise concebeu a liberdade de expressão e de imprensa em termos de direitos subjetivos centrados no indivíduo, que não devem sofrer qualquer restrição a menos que ameacem direitos subjetivos mais importantes de outros indivíduos ou elementos essenciais da ordem pública. Esta foi a perspectiva manifestada pelo ministro relator Carlos Ayres Britto que constituiu o conteúdo da ementa do julgado. Contudo, é possível identificar, nos votos contemplados no acórdão, críticas proferidas pelos ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie contra a hipótese de nulificação dos direitos subjetivos em prol do pleno exercício da liberdade de expressão da imprensa.

Por outro lado, o segundo aspecto de análise considerou o mercado como não suspeito *a priori*, isto é, considerou que os mecanismos livres de mercado sempre constituem a estratégia mais eficiente de difusão e circulação de informação e ideias, como fundamentado nos votos dos ministros Carlos Ayres Britto, Joaquim e Gilmar Mendes. Mas não foi apurada na ementa a observação do ministro Gilmar Mendes de que a tutela dos direitos subjetivos não deve ser garantida apenas contra o Estado, mas também em face do poder social da imprensa, por possuir a capacidade de praticar eventuais abusos aos direitos da personalidade.

Referências

- ARENDDT, Hannah. A Condição Humana. Trad. Roberto Raposo. rev. Adriano Corrêa. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- _____. Crises da República. Trad. José Volkmann. 2^a ed. São Paulo: Perspectiva, 1999a.

_____. Entre o Passado e o Futuro. Trad. Mauro Barbosa. 6ª ed. Rio de Janeiro: Perspectiva, 2007.

_____. O que é Política? Trad. Reinaldo Guarany. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999b.

_____. Responsabilidade e Julgamento. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. Sobre a Revolução. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FARIAS, Klelton Mamed de. Ação e Lei em Hannah Arendt. 2008. (165 fl.). Dissertação (Mestrado) ó Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. Vol. 21. São Paulo: CCS/USP, 1994, p.13-21.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n.º 130. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=334823&tipo=TP&descricao=ADPF%2F130>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

XARÃO, Francisco. Política e Liberdade em Hannah Arendt: ensaio sobre a reconsideração da vida activa. Ijuí: Unijuí, 2000.

Resumo

O artigo aborda análise do julgado que revogou a lei de imprensa (ADPF 130), decisão a qual a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal concebeu a partir da perspectiva do liberalismo político que liberdade de expressão deve ser exercida de modo pleno na democracia. Nesse contexto, a imprensa possui papel de grande destaque em virtude de ser responsável de projetar a lógica de mercado a favor da liberdade de circulação de informações; e, também promovendo o estado de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais. Entretanto, é problematizada a decisão no aspecto jurídico a luz do pensamento de Norberto Bobbio, em razão da revogação da lei de imprensa provocar estado de anomia legal e estado de insegurança jurídica e também na perspectiva política do julgado a partir pelo pensamento de Hannah Arendt,

pelo fato da autora analisar criticamente o papel da lei para regulamentar a atividade midiática.

Palavras-chave: ADPF 130; Revogação da Lei de Imprensa; Liberdade de Expressão; Liberalismo; Hannah Arendt.

Abstract

This paper approach the analysis judged that repeal the press law (ADPF 130), a decision which the majority of the ministers of the Supreme Court conceived from the perspective of political liberalism that free speech must be exercised so full democracy. Thus, the press has outstanding role by virtue of being in charge of designing the logic of the market in favor of the free movement of information, and also promoting the state of momentary paralysis inviolability of certain categories of fundamental legal rights. However, the decision is problematic in light of the legal aspect thought Norberto Bobbio, due to the withdrawal of the press law cause anomie and state legal status of legal uncertainty and also in politics judged from the perspective of the thought of Hannah Arendt, because the author critically analyze the role of the law to regulate media activity.

Keyword: ADPF 130; Repeal of the Press Law; Free Speech; Liberalism; Hannah Arendt.

EDITORA E GRÁFICA DA FURG
CAMPUS CARREIROS
CEP 96203 900
editora@furg.br