



Maria Isabela Haro Meloncini

**O PAPEL DO REGIME MILITAR NA INTERPRETAÇÃO
DO STF PÓS-1988: Um estudo dos acórdãos
relacionados à liberdade de expressão**

**Monografia apresentada à Escola
de Formação da Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob a orientação de
Clarissa Ferreira de Melo Mesquita.**

**SÃO PAULO
2009**

Agradecimentos e dedicatória

Esse trabalho, que chamo de *minha monografia*, é, na verdade, um pouco formado pelo apoio e compreensão da minha família, em especial, de Marco Antonio Meloncini, meu pai, que concede a mim e aos meus irmãos um berço de incentivo ao estudo. Outro tanto pela companhia e amor de Michael Martins Kuhinica, e pelo incentivo de meus colegas e amigos da Escola de Formação, do Largo São Francisco e de Sorocaba.

Ademais, todas essas páginas ainda seriam esboços sem a orientação de Clarissa Ferreira de Mello Mesquita, a quem não tenho palavras para agradecer pela dedicação, seriedade, paciência e amizade. Já aviso que qualquer falha ou erro apresentado é de minha exclusiva responsabilidade.

Agradeço à toda equipe da Sociedade Brasileira de Direito Público, sem os quais nada disso seria possível. Foi uma experiência inesquecível!

ÍNDICE

Abreviaturas e siglas	5
Introdução	6
Problema e hipótese.....	12
Objetivos centrais.....	13
Metodologia	15
Seleção de acórdãos.....	15
Forma de análise	18
Análise dos casos	20
"Caso participação de partidos políticos no plebiscito do ADCT".....	20
"Caso propaganda eleitoral gratuita".....	25
"Caso liberdade de reunião na praça dos poderes".....	29
"Caso ECA e a pena a veículos de informação".....	34
"Caso O Globo X Garotinho".....	37
"Caso Ellwanger".....	40
"Caso Law Kin Chong".....	48
"Caso da CPI dos Bingos".....	59
"Caso mini reforma Eleitoral.....	58
"Caso Lei de Imprensa"	62
"Caso diploma de jornalista"	79
Análise do argumento da ditadura	88
Argumento como <i>obiter dictum</i> do STF.....	88
Argumento como <i>ratio decidendi</i> do STF.....	94
Conclusão	101
Bibliografia	103
Anexo	107

Abreviaturas e siglas

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AI	Ato Institucional
CPI	Comissão parlamentar de inquérito
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MC	Medida cautelar
MPF	Ministério público federal
MS	Mandado de segurança
Pet	Petição
PGR	Procurador-Geral da República
RE	Recurso extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

Introdução

Já se passaram mais de 20 anos do fim da ditadura militar, mas ainda hoje as suas consequências são sentidas¹. O impacto social causado por tal período foi grande, influenciando diretamente no cotidiano dos indivíduos devido à privação de direitos fundamentais, principalmente através das práticas de tortura e de censura. O tema continua a preencher as páginas dos jornais² e a permear diversos debates.

O direito herdou da ditadura várias leis que continuaram a ser aplicadas sob o manto da Constituição Federal de 1988, algumas recepcionadas pacificamente, como o Código de Processo Civil de 1973, outras muito polêmicas, como a Lei de Imprensa de 1967. Ou seja, mesmo tendo a Constituição superveniente representado a ruptura com o modelo político anterior, trazendo a democracia de fato e o respeito pelos direitos e garantias individuais, há leis remanescentes daquela época.

O Supremo Tribunal Federal ("STF") é o órgão competente para, quando provocado, analisar a recepção de leis anteriores à Constituição³. É o órgão de cúpula do Poder Judiciário, que exerce um importante papel como guardião da Constituição. Além de ser a última instância judiciária, é responsável pelo controle de constitucionalidade que atinge todos que estejam sob o manto da legislação brasileira.

Por essa razão, inicialmente, pretendia-se por meio desse trabalho

¹ Escolhi como delimitação temporal da ditadura o período compreendido do Golpe Militar de 31 de março de 1964 até 15 de março de 1985, data do término do governo do General Figueiredo, último membro das Forças Armadas a ser presidente. Há outras delimitações possíveis para o período, como a promulgação da Constituição de 1988 ou o fim do governo Sarney, considerado por parte da doutrina como transitório. Porém, tendo em vista que esse trabalho aborda o atentado à liberdade de manifestação, pareceu-me irrelevante abarcar o período transitório, quando as violações diminuíram.

² A Folha Online (disponível em <<http://search.folha.com.br/search?site=online>>; acesso em 30 de outubro de 2009), na seção "Brasil", apresenta 1.358 resultados da pesquisa "ditadura militar", listando as notícias a partir de 2000.

³ Isso está previsto no art. Art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais.

examinar todas as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental ("ADPF") que questionassem leis da ditadura para analisar a forma como os ministros se valem de argumentos relacionados ao regime militar para julgarem. A ADPF é um dos meios para se julgar a recepção de diploma legal anterior à Constituição Federal.

Minha hipótese inicial era a de que a aversão ao regime militar era um fator decisório para os ministros. Porém, tal pesquisa mostrou-se infrutífera, visto que poucos acórdãos foram decididos até o momento e, do material acessível, apenas os votos disponíveis da ADPF nº 130, em que a Lei de Imprensa é impugnada, apresentam uma discussão relevante sobre o período histórico.

Do escasso material selecionado a partir desta proposta, os únicos votos que citavam o contexto do governo militar envolviam questões relacionadas à liberdade de expressão. Partindo desse dado, optei por fazer um recorte temático para a análise do papel do regime militar na interpretação do STF. Assim, o presente trabalho trata de casos relacionados à liberdade de expressão, em quaisquer ações que ensejem tal análise.

A liberdade de expressão é um direito fundamental que foi violado diversas vezes durante a ditadura militar, devido à institucionalização da censura a partir da criação do Serviço Nacional de Informação⁴, órgão responsável por coletar informações relevantes ao governo, mesmo que por meios que atentassem contra direitos individuais, como escutas telefônicas e censura postal.

Várias normas, inclusive constituições, foram criadas para restringir a liberdade de expressão. O Ato Institucional ("AI") nº. 1, de 1964, ao manter os dispositivos da Carta Constitucional de 1946, e a Constituição outorgada durante o regime militar, de 1967, fazem referência a essa liberdade,

⁴ GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 153-174.

assegurando-a contra a censura, ressalvada a exceção dos espetáculos de diversões públicas⁵. Mesmo assim, atentam PESSOA, SOUZA e CARDOSO para o fato de que o governo, sob a égide dessa Carta Constitucional, interpretava as normas de maneira manipuladora, retirando-lhes o sentido principal, e embasando suas ações em outros princípios, como, por exemplo, a ordem pública e os bons costumes.⁶

Um exemplo marcante do condicionamento das normas aos interesses do governo é o “caso Sérgio Cidade”, do HC nº. 40.910, estudado por Clarissa Mesquita⁷ e Osvaldo Trigueiro Vale⁸. Sérgio Cidade, professor universitário, havia sido acusado de crime por ter distribuído em aula manifesto contrário à ordem política vigente. Por mais que não tenha agido com o escopo de propagar a violência, a manifestação de seu pensamento em crítica desfavorável ao governo foi enquadrada na tipificação da propaganda de processos violentos para a subversão de ordem pública⁹. No caso, o governo militar tentou modificar o sentido norma para aplicá-la na prática, a fim de punir o opositor por ter exercido seu direito de liberdade de expressão.

Posteriormente, a Emenda Constitucional (“EC”) nº. 1/1969 restringiu a livre manifestação de pensamento¹⁰, subordinando-a expressamente à

⁵ Constituição Federal, 1967. Art. 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 8º – É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”.

⁶ PESSOA, Flávia M. G., SOUZA, Roberto W. X., CARDOSO, Aline A., “A liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro”, *Diritto & Diritti*, v. 27504, 2009, pp. 17-18. Disponível em <<http://www.diritto.it/archivio/1/27504.pdf>>. Acesso em 09 de setembro de 2009.

⁷ MESQUITA, Clarissa F. M., *Evandro Lins e Silva – A utopia da liberdade no regime militar: jurisprudência de 1968*, São Paulo, 2005, pp. 29-35.

⁸ VALE, Osvaldo T., *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-administrativa*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, pp. 41-52.

⁹ São eles os arts. 11, A, §3º, e 17 da Lei nº. 1802, de 5 de janeiro de 1953.

¹⁰ EC nº. 1/1969. § 8º. “É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei,

moral e aos bons costumes, critérios amplos e indefinidos que viabilizaram uma desvirtuação ainda maior do sentido dessa garantia, já que os militares desrespeitavam os direitos fundamentais e buscavam criar brechas na lei.

Apesar da amplitude de exceções que a EC nº. 1/69 permitira à liberdade de manifestação, o principal documento a servir de justificativa para a censura e repressão foi o AI nº. 5, de 1968. Este Ato Institucional foi editado sob o governo do Presidente Costa e Silva, da “linha dura”, parcela mais radical dentre os militares. O período era marcado pelo crescente autoritarismo, influência sob a qual se decidiu que a “revolução” continuaria por meio da ditadura, para que o golpe de 1964 não falhasse. O ato fechou o Congresso por tempo indeterminado e esvaziou as liberdades e garantias previstas na Constituição¹¹.

Especificamente com relação à liberdade de expressão, o AI nº. 5 trouxe como medida de segurança, em caso de suspensão de direitos políticos, a proibição de manifestação de assuntos políticos e de permanência em certos lugares¹². Como o Presidente poderia, desde o AI nº. 1, a qualquer momento e sem restrições, suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por dez anos, era bem comum que algum caso incidisse naquela disposição.¹³ A partir desse período as empresas de comunicação e mídia foram ocupadas por censores da polícia, 66 professores de faculdades foram expulsos, artistas foram perseguidos, entre outros acontecimentos.¹⁴

pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.”

¹¹ GASPARI, E., op. Cit., 2002a, pp. 335-340.

¹² Ato Institucional nº. 5, de 1968, art. 5º, III: “A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa simultaneamente, em: III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política”.

¹³ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 5º, IV, “b”: “A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa simultaneamente, em: IV - aplicação, quando necessário, das seguintes medidas de segurança; b. proibição de freqüentar determinados lugares”; c/c o art. 4º: “No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.”

¹⁴ GASPARI, E., op. Cit., 2002a, p. 342.

Além das Constituições e dos Atos Institucionais, duas leis regulamentaram a liberdade de expressão naquele período. De maneira direta, tendo o escopo de regular a imprensa, a Lei nº. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, ou "Lei de Imprensa", foi proposta pelo Presidente Castello Branco. Tinha como objetivo restringir a atuação dos jornalistas, através da criação de novos tipos penais¹⁵. Além disso, foi excluída a prova de verdade contra Presidente da República e outros governantes. Já o Decreto-Lei nº. 314, de 13 de março de 1967, ou "nova Lei de Segurança Nacional", em relação àquela de 1953¹⁶, visava criminalizar qualquer ato preparatório de revolução contra o governo, que durante a ditadura confundia-se com o Estado.¹⁷ Essa lei estipulou aumento de pena no caso de crime contra a honra cometido por meio da imprensa, além de tipificar na forma de propaganda subversiva a divulgação de publicação que "importe ameaça ou atentado à segurança nacional", conceito amplo e genérico que favorecia a desvirtualização da norma.

Diante desse contexto, o STF continuou atuando principalmente de maneira técnico-jurídica, raramente expondo a sua ideologia política, e aplicando primordialmente a Constituição de 1946.¹⁸ Perante uma ambiguidade jurídica, existente entre o Estado de Direito, que se espelhava na legalidade, e o Estado de fato, os ministros buscavam aplicar a letra da lei, enquanto o governo procurava legitimar-se por meio dos Atos Institucionais.¹⁹

Mesmo sendo isento, o STF foi fonte de crises governamentais, porque, como VALE extrai de entrevista com o ministro Aliomar Baleeiro,

¹⁵ CRETELLA NETO, José ; Castro Filho, Francisco Gastão Luppi ; Souza, Carlos Afonso Pereira ; Costa, Nelson Nery, *Comentários à Lei de Imprensa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.9-10.

¹⁶ Trata-se da Lei nº. 1.802/53.

¹⁷ RAMOS, Bruno, *Habeas Corpus e Recursos de Habeas Corpus analisados pelo STF em 1968*. *Estudo sobre a aplicação da Lei de Segurança Nacional*. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=2>. Acesso em 10 de novembro de 2009.

¹⁸ Sobre a atuação isenta do STF, VALE, O. T, ob. Cit, 1976, pp. 4, 9-11.

¹⁹ MESQUITA, C. F. M., op. Cit., 2005, p. 6.

havia por parte da linha dura uma “desconfiança em relação aos ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados por J.K. [Jucelino Kubitschek] e Jango [João Goulart]”²⁰. Essa parcela dos militares temia uma atuação partidária dos ministros do Supremo. Por esta razão, o governo modificou a composição do Tribunal através do AI nº. 2, ampliando o número de ministro de 11 para 16, na tentativa de mudar seu posicionamento, e ainda excluindo da apreciação judicial todos os atos praticados pelo governo com fundamento no AI, disposição retomada pelo AI nº 5.²¹ No momento que antecedeu a edição do decreto, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ribeiro da Costa, afirmou que o AI nº. 2 não correspondia à democracia e comparou o governo militar brasileiro com aquele de Hitler, Mussolini e Stalin, enfatizando o autoritarismo vigente.²²

Com a posterior decretação do AI nº. 5, aconteceram mais limitações ao órgão máximo do Judiciário. O ato dispôs que o Presidente poderia, mediante decreto, suspender as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade²³. Nessa leva da “operação limpeza”, três ministros do Supremo Tribunal Federal foram aposentados compulsoriamente. Também se excluiu a garantia de *habeas copus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, retirando da apreciação judicial diversos abusos do governo contra as liberdades individuais²⁴.

Desse cenário, nota-se de maneira clara que a ditadura ocasionou impactos significativos no Supremo Tribunal Federal.

Ao fim de 1978, o AI nº 5 foi extinto, seguido por um período de abertura política “lenta, gradual e segura”²⁵, que finalmente se consolidou

²⁰ VALE, O. T., ob. Cit., 1976, p. 11.

²¹ MESQUITA, C. F. M., op. Cit., 2003, p. 56.

²² Vale, O. T., ob. Cit., 1976, pp. 112-115, 138.

²³ Ato Institucional nº 5, de 1968. Art. 6º.

²⁴ MESQUITA, C. F. M., op. Cit., 2005, pp. 55-60.

²⁵ Características cunhadas por Ernesto Geisel, conforme MUNIZ, Ricardo, e FERRAZ, Júlia, “Abertura: lenta e insegura”, in *Aventuras na História*. Disponível em <<http://historia.abril.com.br/politica/abertura-lenta-insegura-434193.shtml>>. Acesso em 8 de novembro de 2009.

com a Constituição de 1988, a “Constituição cidadã”, instituindo-se a democracia. A liberdade de expressão ganhou espaço na Carta Constitucional, no capítulo da comunicação social (arts. 220 a 224). Mesmo terminado o regime militar, sua força histórica permanece nas citações do STF, compondo argumentos que levam a suas decisões.

Diante disso, o objetivo do presente trabalho é, a partir das decisões relacionadas à liberdade de expressão, verificar como os ministros se valem de argumentos relacionados ao regime militar. A relevância de tal estudo é atestada pela importância do Tribunal, que, como já foi dito, é guardião da Constituição, e do estudo da argumentação dos ministros. Conhecer a atuação do principal tribunal do Brasil é conhecer como, em última instância, a norma será posta em prática.

A função de um juiz, e no Supremo isso não seria diferente, envolve a escolha dentre diversas alternativas ou possibilidades à aplicação do direito ao caso concreto ²⁶. Ao emitirem um ato de vontade, exercem um poder político e criador inerente ao decidir que deve, não obstante, ser justificado, como forma inclusive de legitimação da decisão (já que o juiz não é eleito como o legislador). A “fiscalização” das razões que levaram à aplicação da norma judicial foi delegada, pelo Estado de Direito, aos estudantes e profissionais do direito.²⁷ A presente monografia exerce essa função de estudo analítico dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Problema e hipótese

A questão central analisada relaciona-se ao modo como o regime militar impacta a leitura de hoje dos ministros do Supremo e ao papel do argumento relacionado àquele contexto histórico e político do país nas decisões desse órgão judiciário.

²⁶ Kelsen, Hans. *A Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 387-391.

²⁷ MENDES, Conrado Hübner, *Por que estudar o STF?* Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/artigos.php>>. Acesso em outubro de 2009.

Partindo-se da premissa de que por vezes o STF utiliza em seus votos argumentos relacionados ao momento político do regime militar, o presente estudo partiu da seguinte hipótese de trabalho: as decisões do Tribunal relacionadas à liberdade de expressão são influenciadas pelo contexto da ditadura.

Supôs-se inicialmente que o Tribunal pretende, com a argumentação, contrastar o modelo político atual, democrático e garantidor, com o modelo anterior, autoritário e repressor, a fim de repelir as práticas relacionadas ao último. Além disso, supôs-se que a aparição de tais argumentos prevalece nos votos que dão preponderância à liberdade de expressão, quando da análise da colisão de princípios no caso concreto, tendo em vista o abomínio à censura realizada na época do governo militar.

Objetivos centrais

As hipóteses foram testadas através da discussão de como o Supremo cita a ditadura, de quais palavras emprega para denominar e adjetivar o período e por que as emprega (por razões políticas, para mera alusão histórica, entre outras). Foi dada atenção para qual ministro mais cita o período e qual mais se sensibiliza diante de tal argumentação, no sentido de torná-la essencial para a decisão. Para avaliar a relevância da argumentação utilizada em torno da ditadura, procurou-se averiguar qual a sua importância para a decisão final, se forma a regra judicial a ser aplicada no caso concreto ou se apenas denota uma opinião do ministro naquela situação, irrelevante para casos futuros.

Nesse sentido, quando da discussão do mérito dos acórdãos selecionados, analisou-se o conteúdo do debate presente (se abrange recepção de norma, impugnação de decisão judicial, inconstitucionalidade de norma pós-1988 ou outras). Também foi abordada a relação da liberdade de expressão com o regime militar, para saber se as citações são

predominantes em votos que defendem tal princípio.

Metodologia

Seleção de acórdãos

O enfoque dado ao tema foi empírico e analítico, com a utilização de pesquisa jurisprudencial como fonte primária de observação. A partir da seleção de acórdãos realizada, doze acórdãos mereceram análise crítica, conjuntamente com a discussão de referenciais teóricos da doutrina e da legislação.

Foram analisados os seguintes acórdãos:

- ADI-MC nº. 839: "Caso participação de partidos políticos no plebiscito do ADCT";
- ADI nº. 956: "Caso propaganda eleitoral gratuita";
- ADI-MC nº. 1.969: "Caso liberdade de reunião na praça dos poderes";
- ADI nº. 869: "Caso ECA e a pena a veículos de informação";
- Pet nº. 2.702: "Caso O Globo X Garotinho";
- HC nº. 82.424: "Caso Ellwanger";
- MS-MC nº. 24.832: "Caso Law Kin Chong";
- MS nº. 24.849: "Caso da CPI dos Bingos";
- ADI nº. 3.741: "Caso mini reforma Eleitoral";
- ADPF-MC nº. 130 e ADPF nº. 130: "Caso Lei de imprensa";
- RE nº. 511.961: "Caso diploma de jornalista".

Os casos foram nomeados, para facilitar a compreensão quando forem citados no trabalho, e estão organizados de maneira cronológica, pela data do julgamento²⁸.

Para a seleção dos acórdãos sobre liberdade de expressão em que os ministros utilizam argumentos relacionados ao regime militar, tomou-se por base a escolha por palavras-chave realizada por Bruna Romano Pretzel²⁹. A autora reuniu as seguintes palavras e expressões relacionadas ao tema: "expressão", "manifestação", "pensamento", "comunicação", "imprensa", "comunicação social", "criação" e "informação jornalística". A partir desses termos, criei as fórmulas "liberdade adj2 expressão", "liberdade adj2 imprensa", "liberdade adj2 manifestação", "meio adj2 comunicação", "liberdade adj2 pensamento", "informação adj2 jornalística", "comunicação adj1 social", "liberdade adj2 comunicação" e "liberdade adj2 criação".³⁰ Além delas, escolhi a palavra "radiodifusão", utilizando-a sem a fórmula para viabilizar uma gama maior de acórdãos.³¹

Essas expressões foram inseridas no campo de pesquisa de jurisprudência do *site* do STF, em "Pesquisa livre", combinadas com o campo "Data", preenchido para selecionar os acórdãos de 05/10/1988 a 22/08/2009, ou seja, da promulgação da Constituição Federal de 1988 até o

²⁸ Inicialmente, na primeira versão do trabalho, a ADPF nº 130 e o RE nº 511.961 ainda não haviam sido publicados. Ainda sim, eu havia incluído no trabalho a análise dos votos disponíveis dos dois casos, pois eram relevantes para o tema. Ambos tratam sobre a liberdade de expressão e neles há menção à ditadura. Já nesta versão do trabalho, atualizada especialmente para a publicação no site da SBDP, os acórdãos foram completamente esmiuçados.

²⁹ Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação de 2007, intitulado "O ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão: uma análise de argumentação". Disponível em http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=93. Acesso em 9 de setembro de 2009. Depois de reunir as palavras, a autora utilizou a fórmula "liberdade adj2" (palavra ou expressão). Escolhi diferentemente, para abranger um número maior de casos. Por exemplo, "liberdade adj2 radiodifusão" não apresenta nenhuma resposta na pesquisa, enquanto apenas "radiodifusão" resultou em diversos acórdãos.

³⁰ A função "adj2" permitiu que fossem encontradas tais palavras, uma seguida da outra, na busca por acórdãos.

³¹ A palavra "censura" não foi escolhida, pois muitas vezes é utilizada, nas ementas do Tribunal, como censura jurisdicional, ou seja, censura feita pelo STF a uma norma impugnada, *a posteriori* e respeitando o devido processo legal. Os casos relevantes para o trabalho encontrados com a palavra "censura" já haviam sido englobados na busca através de outras palavras.

último dia em que foi feita a seleção de acórdãos.³² Também foi preenchido o campo “Órgão Julgador”, delimitando as decisões àquelas apreciadas pelo Tribunal Pleno.

A escolha pela data da promulgação da Constituição como delimitação temporal funda-se no propósito da monografia de analisar a influência do contexto político da ditadura nas decisões do Supremo Tribunal Federal pós-1988, ou pós-ditadura. Nessa perspectiva, a Constituição surge como um divisor de águas entre os períodos ao instituir a democracia com todos os seus pilares: a separação dos poderes, o federalismo e as garantias e direitos individuais³³. Já o critério quanto ao Tribunal Pleno como órgão julgador foi empregado por conta do pressuposto segundo o qual os debates mais relevantes foram levados ao plenário.

Os acórdãos selecionados tiveram suas ementas lidas para uma nova restrição. Através dessa leitura, procurou-se excluir do grupo de análise as decisões sem julgamento de mérito ou cuja questão de mérito provavelmente não abordaria a ditadura militar³⁴. Os acórdãos remanescentes foram lidos por completo, buscando aqueles que faziam referências explícitas ou implícitas³⁵ à ditadura, descartando-se o restante³⁶.

³² O campo de pesquisa do site do Supremo Tribunal Federal está disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 20 de agosto de 2009.

³³ SILVEIRA, Paulo Fernando. “A modernidade do judiciário como forma de garantia da democracia”. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 2, pp. 61-77, abr./jun. 1997. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/21673>>. Acesso em: 21 de outubro de 2009.

³⁴ São elas, decisões de questões tributárias: ADI nº 1467, ADI-MC nº 1467, ADI-MC nº 773, ADI-MC-ED nº 773, RE nº 203859; acórdãos referentes a questões processuais e procedimentais: AI nº 346501, AO nº 771, MS- AgR nº 25816, Pet-AgR nº 1199, Pet-AgR nº 4076, Pet nº 3645, RE- AgR nº 307.446; acórdãos sem julgamento de mérito: ADI-AgR nº 2398, Pet nº 3645; extradições: Ext nº 897, Ext nº 939, Ext nº 472.

³⁵ Como exemplo, a Pet 2.702 cita “consequências danosas que vivemos no passado” e na ADI-MC 839, “após mais de vinte anos de arbítrio e de toda sorte de brutalidades impingidas ao povo brasileiro”.

³⁶ São eles: ADI nº 1969, ADI-MC nº 821, AP-QO nº 306, Inq nº 1905, Inq nº 1957, Inq nº 2154, Inq-QO nº 1034, Inq nº 761, RE nº 204850, RE-AgR nº 307446, Inq nº 2245, AO nº 933, ADI-MC nº 2566, Inq nº 2036, ADI-MC nº 2677 e Inq nº 2297.

Forma de análise

Os acórdãos foram analisados singularmente e em conjunto. Os fatos e as posições principais de cada caso foram descritos resumidamente, e então se prosseguiu com a análise das citações à ditadura, visando encontrar respostas para os questionamentos apontados.

Mediu-se a importância da menção ao regime político para a decisão, ou seja, analisou-se se ela contribuiu como um argumento em si mesmo (de maneira essencial para a decisão), se foi conjugada a outras afirmações para constituir argumento relevante, ou ainda se foi secundária em relação à decisão final³⁷. Posteriormente, a importância da citação ao período ditatorial para a decisão final dos acórdãos foi analisada em conjunto, considerando-se as razões empregadas pelos ministros para determinarem a importância do argumento.

Para abordar o quão essencial é a menção à ditadura, utilizamos as classificações de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Fazem parte da *ratio decidendi* os argumentos que, nos julgados, compõe o fundamento da sentença, isto é, que formam a regra aplicada judicialmente ao fato, regra essa que terá subsunção a casos futuros semelhantes – os precedentes.³⁸ GOODHART propõe que a *ratio* seja extraída pela análise dos fatos e pela essência da decisão tomada com base neles.³⁹ Já a *obiter dictum*, subsidiária à *ratio*, pode denotar a opinião dos ministros, ou ainda uma citação meramente explicativa ou secundária para a decisão.

³⁷ O trabalho de Bruna Pretzel teve influência nessa leitura. A autora criou termos objetivos para a análise dos votos do ministro Marco Aurélio em questões que envolvessem a liberdade de expressão. Diferentemente, procurei trazer o mínimo de conceitos e classificações externas aos votos, mas os critérios de independência e concorrência de argumentos utilizados são importantes para aferir a importância de certa argumentação para a decisão final.

³⁸ MENDES, C. H., *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão*. Disponível em: Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2009.

³⁹ GOODHART, A. L., 1959, p.119

Entretanto, definições teóricas costumam encontrar problemas quando postas em prática. Os conceitos adotados têm limitações devido ao modo como as decisões do Supremo Tribunal Federal são tomadas e instrumentalizadas. Como os ministros decidem em votos separados, há casos em que eles chegam à mesma decisão, mas o fazem por razões distintas. Por isso é que, na minha opinião, é possível haver uma *ratio decidendi* de cada ministro, em separado daquela do Tribunal, conforme explicado por CARDOSO, MACHADO E VOJVODIC (2008, p.29)⁴⁰.

Sendo assim, procurou-se responder à questão da importância do regime militar na decisão do Tribunal e também no voto do ministro que o citou. Além disso, o foco da análise incidu no porquê de cada classificação e o conteúdo das *rationes*. As citações que compunham argumentos semelhantes foram agrupadas, na busca de determinar as razões do uso da referência à ditadura no Supremo.

Já os argumentos formados pela menção ao período ditatorial que fossem colidentes entre si foram apontados.

Diante disso, segue a análise dos acórdãos, feita conforme o método.

⁴⁰ VOJVODIC, Adriana M. ; CARDOSO, Evora L. C. ; MACHADO, Ana Mara F. .“Precedentes e processo decisório em uma Corte Suprema: uma análise do caso brasileiro”. In: 32º Encontro Anual da ANPOCS, 2008, Caxambu. 32º Encontro Anual da ANPOCS, 2008.

Análise dos casos

CASO PARTICIPAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS NO PLEBISCITO DO ADCT

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade nº 839

O art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“ADCT”) determinou o plebiscito de 1993, através do qual o eleitorado definiu a forma e o sistema de governo que deveriam vigorar no país⁴¹. O dispositivo foi fruto dos anseios da pequena bancada monarquista da Assembleia Nacional Constituinte, que arrumava um meio de voltar ao cenário político do país. Venceu a forma republicana presidencialista.⁴²

A Lei nº 8.624 de 04 de fevereiro de 1993 regulamentou o plebiscito, criando frentes parlamentares que representavam as conjunções possíveis - o Parlamentarismo com República, o Presidencialismo com República e o Parlamentarismo com Monarquia. Além disso, concedeu às frentes parlamentares o protagonismo na divulgação de ideias, através da titularidade do direito de antena, ou seja, do espaço gratuito para propaganda na rádio e televisão.

O Partido Democrático Trabalhista propôs uma ação direta de inconstitucionalidade contra os artigos 4º e seus parágrafos; 5º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º; art. 6º e parágrafo único, da lei, afirmando que ela excluiu a participação dos partidos políticos no plebiscito. Na petição inicial, defendeu que o modelo representativo sustenta-se nos partidos, que são definidos

⁴¹ A Emenda Constitucional nº 2, de 25 de agosto 1992, editou o art. 2 da ADCT.

⁴² AUAD, Denise ; MARTIMIANO, Maria de Lourdes ; PEDROSA, João Cláudio Hernandes ; TANGANELLI, Rogério Ferrari . Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, pp. 291-323, 2004. nota nº.16.

como as “únicas e insubstituíveis instituições representativas da soberania popular”(fl.105). Além do direito de antena, fundamentou o pedido nos princípios constitucionais do pluralismo político e do sistema partidário. Afirma que:

“A bem da verdade, a imposição do injustificável critério de “frentes parlamentares”, organizadas sob a forma de sociedade civil, segundo enuncia o art. 4º e seu §1º do diploma ora impugnado com a frontal exclusão dos partidos políticos, enquanto instrumentos de expressão da vontade popular sobre se devemos abandonar a tradição republicana e presidencialista, em troca da monarquia e do parlamentarismo, configura um brutal atentado contra o regime constitucional e democrático, que as duras penas reconquistamos após de mais de vinte anos de arbítrio e de toda sorte de brutalidades impingidas ao povo brasileiro.”(fl. 106 – grifo nosso.)

O trecho citado evidencia o papel da ditadura na visão do requerente. Por mais que haja um forte vínculo da forma de governo com o processo eleitoral, no excerto o requerente chamou atenção para os partidos como instrumentos de expressão. É no mesmo sentido outra passagem da inicial:

“Releva observar, sobretudo, que o nosso sistema constitucional calca nos partidos políticos, com a nota de exclusividade, todas as possibilidades legais de expressão da soberania popular.”(fl.107)

O STF decidiu pelo indeferimento da liminar⁴³, dois meses antes da realização do plebiscito. O ministro Paulo Brossard, que iniciou a posição majoritária, e o ministro Ilmar Galvão afirmaram que a maioria dos políticos não têm uma opinião do assunto – tanto que o ministro Brossard frisou a inexistência de partido monarquista –, e por isso só poderia participar de uma frente o partido que a tivesse adotado, com concordância de todos os seus membros, que não poderiam aderir a outra frente. Além disso, na época, existiam mais de 30 partidos, de maneira que não se teria condições reais de conduzir o debate senão através das

⁴³ O Tribunal era composto pelos ministros Sydney Sanches, Moreira Alves, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Francisco Rezek, Néri da Silveira, Marco Aurélio e Carlos Velloso.

frentes, que representavam, cada uma, uma opção possível. Sepúlveda também votou nesse sentido, fundamentando seu posicionamento na independência do povo em relação aos partidos no período de plebiscito:

“Também não desconheço o papel fundamental dos partidos políticos na democracia representativa, mas confesso que, a propósito do plebiscito, previsto para tomar decisões políticas fundamentais, que a Constituição devolver ao povo, todo o discurso de exaltação ao papel dos partidos políticos me parece um pouco artificial. Os partidos políticos são instrumentos da democracia representativa e é na democracia representativa que são essenciais. O plebiscito é um intervalo de democracia direta no contexto do regime representativo.” (fl. 143 – grifo nosso)

Os ministros Sepúlveda, Brossard e Galvão foram seguidos pelos ministros Moreira Alves, Sydney Sanches e Gallotti, que não apresentaram outros argumentos.

Já o relator, ministro Néri da Silveira, decidiu por deferir a cautelar em parte, para excluir o vocábulo “só” do art. 4º, § 1º: “O espaço destinado à propaganda do plebiscito só pode ser utilizado pelas frentes nacionais constituídas na forma do art. 4º desta lei”. Foi seguido pelo ministro Francisco Rezek, que não votou por escrito, e ambos foram vencidos parcialmente. A consequência de seus votos, no fim, foi semelhante à decisão dos votos majoritários: determinaram que os partidos deveriam aderir às frentes parlamentares para exercerem o direito de antena. Porém, o foco que deram à argumentação foi diferenciado. Os ministros vencedores enfatizaram as dificuldades práticas que os partidos políticos teriam para servir como informantes sobre as opções de sistema e forma de governo e destacaram a irrelevância dos partidos numa situação de democracia direta. Já o relator exaltou os partidos políticos, como organizações necessárias democraticamente:

“Ora, na democracia, escreveu HANS KELSEN, 'a vontade coletiva se forma na livre concorrência dos grupos de interesses constituídos em partidos políticos'” (fl. 117 – grifo nosso)

Por sua vez, os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, vencidos, deferiram a liminar, declarando a lei inconstitucional. O primeiro afirmou que a lei extravasou sua competência, porque conjugou forma e sistema de governo e porque criou as frentes como protagonistas na divulgação, duas questões não previstas no ADCT:

“Previu-se, portanto, que o legislador ordinário poderia vir a lançar, no mundo jurídico, regras gerais, primeiro, sobre a realização em si do plebiscito; segundo, sobre a gratuidade da livre divulgação; terceiro, sobre igualdade de tempo, paridade de horários, ou seja, dispondo sobre o princípio mais abrangente, que é o princípio isonômico.

O que tivemos com a edição da Lei atacada? Permitam-me os Colegas concluir que houve o extravasamento do que se contém na Emenda. Por quê? Porque já no artigo 4º dispôs-se, inclusive, quanto à conjugação de forma e sistema de governo e, também sobre o surgimento de sociedades civis que passarão a ter a prerrogativa de utilizar os espaços reservados à propaganda.” (fls. 134-135).

O ministro Velloso seguiu o ministro Marco Aurélio, mas acrescentou a relação entre a democracia e os partidos políticos, sustentando que a soberania popular deve ser conduzida por eles:

“Não há democracia representativa sem partidos, dado que a estes é atribuída a tarefa de realizar, como diz o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em texto conhecido, a autodeterminação social. A lei sob exame afasta os partidos políticos do prélio, do plebiscito, ao instituir três frentes, (...)”(fl. 140 – grifo nosso)

Na visão do ministro Carlos Velloso, o § 1º do art. 4º, ao usar o vocábulo “só”, excluiu a participação direta dos partidos. Esses poderiam tomar parte da frente, mas essa atuaria em nome próprio, o que segundo o ministro é inconstitucional tendo em vista o sistema partidário que sustenta a República. Portanto, nesse trecho, o regime político democrático aparece como um argumento que por si só legitima a posição do ministro. Entretanto, o ministro não mencionou a ditadura ou contrapôs a democracia e ditadura.

Percebe-se, portanto, que o período militar teve atenção especial do

requerente, na petição inicial, porém não foi argumento marcante no Tribunal, até porque nenhum ministro mencionou o período, explícita ou implicitamente.

Quanto à liberdade de expressão, é possível dizer que as três posições presentes fundamentaram a partir deste princípio. Isso porque a propaganda gratuita não é questionada, mas a determinação do seu titular. A pergunta feita aos ministros foi se o direito deveria ser exercido pelas frentes parlamentares e/ou pelos partidos políticos. Ou seja, o que estava em jogo é a aplicação ou não do princípio do sistema político partidário, pois a propaganda gratuita era pressuposto.

Por ser a decisão mais antiga dentre os acórdãos selecionados, do início da década de 90, muitos dos ministros que participaram foram nomeados por Presidentes do governo militar. É o caso de Moreira Alves, que foi nomeado por Ernesto Geisel, em 1975; Sydney Sanches e Octavio Gallotti que foram indicados por Figueiredo, em 1984. Francisco Rezek foi nomeado por Figueiredo, em 1983, mas foi exonerado para assumir o cargo de Ministro das Relações Exteriores. Posteriormente, o Presidente Collor o nomeou novamente.⁴⁴ Porém, não há conexão com a sua atuação e o governo que os colocou como ministro, haja vista os princípios da independência e imparcialidade do juiz.

⁴⁴ COSTA, Emilia Viotti da, *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, São Paulo: Ieje, 2001, pp. 195-214.

Caso propaganda eleitoral gratuita

Ação direta de inconstitucionalidade nº 956

O Partido dos Trabalhadores propôs ação direta de inconstitucionalidade, impugnando o §1º do art. 76 da Lei nº 8.713/93, que determina a vedação de gravações externas, montagens ou trucagens⁴⁵ nos programas veiculados no horário gratuito. Fundou seu pedido na liberdade de expressão⁴⁶.

O regime ditatorial foi mencionado apenas no relatório, no parecer do Procurador-Geral da República ("PGR"), que mostrou que tanto a Constituição de 1969 como a de 1988 permitiram a regulamentação legal da propaganda eleitoral. Essa abordagem é necessária para justificar a citação de um parecer feito sob a égide do regime ditatorial, que diferencia a liberdade da expressão, livre da censura e tutelada *a posteriori*, da publicidade partidária, que, por ser uma atividade empresarial, pode levar ao abuso de poder econômico nas eleições.

"13. No regime constitucional anterior, o acesso ao rádio e à televisão dependia de lei editada pela União no exercício de sua competência para legislar sobre direito eleitoral e telecomunicações (EC n. 1/69, art. 8º, XVII, b e i). Por outro lado, na ausência de norma constitucional autorizativa, a União podia validamente impor a propaganda eleitoral gratuita às emissoras de radiodifusão, pois estas exploravam como exploram serviços de telecomunicações mediante autorização ou concessão federal (EC n. 1/69, art. 8º, XV, e 174, §2º). Diversamente, a Constituição em vigor já confere aos partidos políticos o acesso gratuito ao rádio e à televisão, subordinando-o, contudo, à forma estabelecida em lei. Dessa forma a lei integrativa do §3º do art. 17, com maioria de razão, constitui instrumento idôneo para disciplinar o acesso, inclusive estabelecer limitações quanto à utilização de recursos técnicos na propaganda eleitoral,

⁴⁵ Trucagens são "efeitos cinematográficos obtidos com a truca", um equipamento usado para dar efeito de redução ou ampliação em imagens filmadas" (Dicionário Michaelis).

⁴⁶ Constituição Federal, art. 220, §§ 1º e 2º.

fundadas no interesse público.” (fl.277 – grifo nosso)

A referência, porém, não foi essencial para a decisão final tomada pela procuradoria, servindo apenas para explicar a utilização de um parecer que aparentemente poderia ser ultrapassado.

O STF decidiu pelo indeferimento do pedido.⁴⁷ O relator, ministro Francisco Rezek votou pela improcedência da ação, conforme o parecer do PGR. Foi seguido pelos ministros Moreira Alves, Octavio Galloti, Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ilmar Galvão. Esses ministros concordaram que informação no estado de pureza, transmitida imparcialmente pelos jornais, é diferente da propaganda cedida gratuitamente pelo Estado aos partidos. Nessa última, a intenção maior é igualizar as oportunidades dos candidatos de expor suas propostas ao eleitorado, independente da força econômica que possuem. Por esta razão, permitiu-se a regulamentação legal não só da forma, mas do conteúdo desses programas, segundo a permissão constitucional⁴⁸.

O ministro Galvão complementou a posição afirmando que tal regulamentação é razoável, uma vez que pretende impedir o uso de recursos que comprometam a finalidade da propaganda eleitoral gratuita, como a distorção da realidade que pode gerar desorientação e desinformação política, além de iludir o eleitorado.

Vencidos, os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello votaram pela procedência da ação e inconstitucionalidade do dispositivo. Eles concordaram que, no caso, o acesso gratuito ao rádio e à televisão é apenas instrumental, tendo como objetivo garantir a liberdade de expressão aos partidos. Os abusos a essa liberdade só podem ser sancionados *a posteriori*. O ministro Marco Aurélio afirmou que o dispositivo em tela obstaculizou a possibilidade de um partido mostrar a realidade nacional e de divulgar

⁴⁷ Participaram do julgamento os ministros Francisco Rezek, Moreira Alves, Octavio Galloti, Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello.

⁴⁸ Constituição Federal. Art. 17, §3º.

plenamente seus projetos de governo, e por isso traz uma restrição prévia à informação, colidindo com a Constituição Federal.

O ministro Celso de Mello acompanhou-o, e acrescentou que a liberdade de expressão foi protegida de maneira ampla pelo regime vigente, por conta de ser fundamento democrático:

“A nova Constituição do Brasil revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir, mediante prescrições normativas ou práticas administrativas, o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideais e de pensamento. A repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembleia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito pelo Estado qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático.” (fl. 298 – grifo nosso)

Concluiu, afirmando como autoritária a lei impugnada:

“Assim sendo, Sr. Presidente – e considerando que a Constituição do Brasil repudia a solução autoritária consubstanciada na regra geral ora impugnada, peço vênia ao em. Relator para, dissentindo de S. Exa., julgar inconstitucional a norma consubstanciada no §1º do art. 76 da Lei n. 8.713/93” (fl. 300- 301 – grifo nosso)

A menção ao regime político democrático, ainda que recorrente no voto⁴⁹, não é um argumento essencial na composição da decisão final do ministro, haja vista a necessidade de se determinar como premissa, que a liberdade de expressão é o direito que está em jogo. Para os ministros

⁴⁹ Outras passagens: “Os valores que informam a ordem democrática, dando-lhe o indispensável suporte axiológico, revelam-se conflitantes com toda e qualquer pretensão estatal que vise a nulificar ou a coarctar a hegemonia essencial de que se revestem, em nosso vigente sistema constitucional, as liberdades do pensamento, especialmente quando exercidas para a exteriorização da plataforma de ação partidária e de revelação de seus fundamentos doutrinários.” (fl. 297); “Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática”(fl. 299); “Uma sociedade democrática e livre não pode institucionalizar essa intervenção prévia do Estado e nem admiti-la como expediente dissimulado pela falsa roupagem do cumprimento e da observância da Constituição.”(fl. 299).

vencedores, diferentemente, a ampla proteção à liberdade de expressão não se aplica ao caso, porque diferenciam dela a propaganda partidária. O ministro Celso de Mello não menciona a ditadura.

Caso liberdade de reunião na Praça dos Três Poderes

Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade nº 1.969

O governador do Distrito Federal editou três decretos, todos questionados em ADI⁵⁰, com pequenas mudanças entre si e de conteúdo praticamente igual: proibir a realização de manifestações públicas. O governador reeditou duas vezes o primeiro decreto impugnado, com o intuito de evitar apreciação pelo STF, já que as ADI perdiam o objeto a cada reedição. O último deles, o Decreto nº 20.098 de 15 de março de 1999, foi objeto da ADI nº 1.969. Ele vedou a realização de reuniões que utilizem carros, aparelhos e objetos sonoros, na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes do Distrito Federal. O governador defendeu a regulamentação a fim de garantir o bom funcionamento dos órgãos públicos, pois os funcionários públicos não podem deixar de trabalhar por conta de manifestações barulhentas.

O decreto foi impugnado pelo Partido dos Trabalhadores, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação e pela Central Única dos Trabalhadores, que afirmaram que a liberdade de reunião foi desconsiderada na questão, além de ter havido frustração do poder do Judiciário, uma vez que o Poder Executivo, ao revogar os decretos impugnados e reeditar nova norma, menosprezou a função do STF.

Nesse caso, portanto, os direitos constitucionais envolvidos são a liberdade de livre reunião, a liberdade de expressão e a liberdade de ir e vir. Em colisão, está o direito ao trabalho em ambiente de tranquilidade.

Na petição inicial, os requerentes alegaram que:

"8. Referido Decreto também navega na contramão da

⁵⁰ O Decreto nº 20.007 de 14 de janeiro de 1999 foi objeto da ADI nº 1.944, e o Decreto nº 20.010, de 20 de janeiro de 1999 foi impugnado na ADI nº 1947.

história. Por certo seu autor sequer testemunhou o nascimento da Constituição Cidadã, que pôs termo definitivo ao regime no qual se criou, onde a força impunha-se como espada cortante sobre a cabeça dos cidadãos que, sufocados, eram impedidos de se manifestar pelos generais Newtons Cruzes de plantão, exatamente nos mesmos locais que ora se pretende impor a mordada, a atadura, as amarras.”⁵¹(p. 5 da petição inicial – grifo nosso)

Portanto, figurou-se importante, para os requerentes, a relação entre a vedação à liberdade de expressão e manifestação pública, com a superação do regime militar. A petição inicial referiu-se à “contramão da história” para inferir que o decreto retomou os tempos da ditadura, tempos esses em que as associações e a liberdade de expressão não tinham validade sempre.

Documentos normativos mostram indícios da ineficácia da liberdade de reunião na época. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº. 1/69 até mantiveram a garantia, mas concediam ao Executivo o poder de suprimi-la, como de fato aconteceu⁵². Já o Ato Institucional nº. 5 trouxe como medida de segurança, em caso de suspensão de direitos políticos, a proibição de frequentar certos lugares, caso semelhante ao que acontece no decreto em tela⁵³. Como o AI nº. 5 determinava que o Presidente poderia, a qualquer momento e sem restrições, suspender os direitos políticos de

⁵¹ Newton Cruz foi um general do Alto Comando e chefe do Serviço Nacional de Inteligência, suspeito de ter sequestrado e matado o jornalista Alexandre von Baumgarten. “O acusado Newton Cruz”. *Afinal*, 24 de setembro de 1985. Disponível em <<http://www.arqanalagoa.ufscar.br/pdf/recortes/R02049.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2009.

⁵² Constituição Federal de 1967, art. 152, §2º “d” : “O Estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas: suspensão da liberdade de reunião e de associação”; em seu art. 152, “d”; e Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 154: “O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.”

⁵³ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 5º, IV, “b”: “A suspensão dos direitos políticos, bom base neste Ato, importa simultaneamente, em: IV - aplicação, quando necessário, das seguintes medidas de segurança; b. proibição de frequentar determinados lugares”; c/c o art. 4º: “No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.”

quaisquer cidadãos por dez anos, fica evidente o cunho arbitrário da norma.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi unânime, a fim de deferir o pedido. Votaram os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Galloti, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Argumentaram que a liberdade de expressão é sustentáculo da democracia, e que as manifestações também são exercício da cidadania. Porém, ocorreu uma cisão entre os ministros, que, por mais que tenham decidido de maneira igual, discordaram quanto aos fundamentos empregados.

O ministro Marco Aurélio, relator, defendeu sozinho que a Constituição Federal não restringe a liberdade de expressão quanto à altura do som para não atrapalhar o trabalho, e portanto não caberia à lei fazê-lo. Sua posição está sintetizada na seguinte afirmação:

“Não coabitam o mesmo teto a liberdade de reunião e expressão e a disciplina normativa que cabe por balizá-la, tornando-a inócua ao impor a lei do silêncio.” (fl. 302)

O ministro citou o paradoxo do ato administrativo do governador. Os políticos, aqueles que manifestam as suas ideias livremente, mitigam o direito que lhes permitiu ascender ao poder:

“A quem é facultado amordaçar os autênticos senhores, em primeira e última instância, do poder de decisão? A contradição afigura-se mais que evidente ao se constatar que, ironicamente, aqueles que se empenham, por qualquer meio, na obstrução da liberdade de expressão são quase sempre os que, em um momento anterior, usaram do direito à mesma garantia constitucional para pedir apoio ou simplesmente impingir um programa governamental.” (fl. 295)

Para o ministro Marco Aurélio, a relação do caso com o regime político foi essencial para o desfecho do caso. Determinou que não cabe restrição à liberdade de expressão diferente daquelas restrições constitucionais, pois foi assegurado ampla e irrestritamente o direito de manifestação por conta de

ser fundamental para a democracia. Para ele, defender o contrário seria desonrar os heróis que lutaram por um país livre do vexame do autoritarismo, como denota o trecho abaixo:

“Logo, o gravame é daqueles que envergonha os cidadãos que se pretendem vivendo numa pátria democrática e desonram os heróis, muitos anônimos, que lutaram, alguns até a morte, por um país livre do vexame do autoritarismo, das amarras covardes do despotismo ditatorial. Os brasileiros não suportamos mais falsos protecionismos cujo único resultado é o atraso, a ignomínia de um povo.”(fl. 298 – grifo nosso)

Os outros ministros fundamentaram suas posições em outros argumentos. Afirmou o ministro Nelson Jobim que é irrazoável a vedação ao uso de aparelho de som em caso de reunião em espaço público amplo em que seria impossível se expressar de outra maneira. Diferentemente da posição do ministro Marco Aurélio, defendeu que a liberdade de expressão não é absoluta, mas relativa, e por isso, caso seja aplicada em fatos diversos ou colida com outro direito, pode sofrer restrição, como, por exemplo, o silêncio exigido próximo a um hospital. Neste sentido, o ministro Jobim afirmou:

“Esse é o ponto. Se reconhecemos, de força absoluta, que o exercício do direito de reunião não pode sofrer nenhum tipo de restrição, a hipótese, o discurso, o fundamento essa premissa o asseguraria, em quaisquer circunstâncias, menos causando lesão.

Esse foi o objetivo do exemplo que absurdamente submeti à apreciação do Plenário, qual seja, a realização de uma reunião em frente a um hospital.” (fl.310)

Seguiram-no os outros ministros, sem acréscimos de argumento. O ministro Marco Aurélio, porém, não concordou com a posição de Jobim, afirmando que seu voto apoia práticas autoritárias. Menciona Caetano Veloso, que narrou suas dificuldades na época da ditadura:

“O SENHOR MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência não tem nada contra o poeta, fotógrafo da alma brasileira, que cite em meu voto, o Caetano Veloso?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Quanto ao poeta não, mas quanto às entrelinhas utilizadas no voto, talvez.” (fl. 314 – grifo nosso)

Nesse excerto, ambos os ministros demonstraram a aversão à ditadura militar. São os únicos, inclusive, que se referiram ao período autoritário, explícita ou implicitamente. O ministro Nelson Jobim, ao se referir às “entrelinhas” faz menção ao regime ditatorial, pois foi nesse período que Caetano Veloso e outros intelectuais foram perseguidos, fatos descritos no voto do ministro Marco Aurélio.

Porém, o juízo de valor negativo em relação ao regime militar não foi suficiente para o ministro Jobim considerar o princípio da livre manifestação de pensamento e o princípio à liberdade de reunião como absolutos, na colisão com o direito ao trabalho tranquilo. Muito pelo contrário, ele e todos os ministros enfatizaram a relativização de tais normas.

Assim, o argumento do regime político só foi utilizado de maneira relevante para fundamentar a conclusão a que chegou o ministro Marco Aurélio em seu voto, enquanto foi secundário no voto de Jobim. Já, para o Tribunal como um todo, o argumento não é importante, visto que só teve relevância no voto de um ministro.

Caso ECA e a pena A veículos de informação

Ação direta de inconstitucionalidade nº 869

Nesse caso, o final do art. 247, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente foi impugnado. O dispositivo prevê uma pena alternativa para órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, em caso de divulgação de informações relativas a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. A sanção alternativa determinada é a suspensão da programação da emissora por dois dias, ou por dois números em caso de mídia escrita.

A decisão do caso foi unânime. Os ministros Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves, Octavio Galloti, Carlos Velloso julgaram procedente a ADI.

A menção à ditadura foi feita no relatório, sobre a representação encaminhada ao PGR pela Associação Nacional de Jornais, que pretendeu mostrar a diferença entre as práticas institucionalizadas pela ditadura militar, e aquelas da democracia:

“Sustenta-se no mencionado expediente que a Constituição de 1988 – diferentemente do que ocorreu com a Carta de 1891 e com a EC 01/69, em cujas vigências foram editados, respectivamente, o chamado “Código Mello Mattos”, em 1927, e o Código de Menores de 1979 – após dispor o art. 5º, IX, que é livre a expressão das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. (fl.23- grifo nosso)

O relator, ministro Ilmar Galvão, referiu-se ao excerto para iniciar a sua argumentação:

“Conforme acentuou a Associação Nacional de Jornais (ANJ), na peça de fls. 5/14, a Constituição de 1988, diferentemente do que fizeram a Carta de 1891 e a EC 01/69, na vigência

das quais foram editados os Códigos de Menores de 1927 e 1979, ao proclamar a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer norma, processo ou veículo, em seu art. 220, estabeleceu, a todas as letras, que não sofrerá ela qualquer restrição. Explicou, ainda, no §1º, que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII, XIV; além de haver vedado, expressamente, no §2º, 'toda e qualquer censura de natureza política, ideológica artística'." (fls. 31-32 – grifo nosso)

Afirmou esse ministro que todas as restrições possíveis à liberdade de expressão estão contidas na Constituição Federal. Nesse caso, trouxe o mesmo argumento que Marco Aurélio apontou no "caso da liberdade de reunião na praça dos três poderes": de que a liberdade de expressão só possui limitação na Constituição.

Como o ministro Ilmar Galvão transcreveu o parecer da Procuradoria-Geral da República e votou conforme ele, dá a entender que acolheu todos os seus argumentos. Por isso, também sustentou que a pena alternativa que suspende publicação ou programação midiática não se fundamenta no interesse social de proteção ao menor, porque é posterior ao fato. Por esta razão, não tem a potencialidade de impedir a divulgação ou exibição ilícita que viole a dignidade e a imagem da criança ou adolescente, visto que esta já foi violada quando a sanção for aplicada.

O argumento de que a sanção prescrita não beneficia o menor fundamentou a decisão final do ministro Galvão. Isso porque, se para o ministro, na disposição questionada, não há colisão de interesses entre liberdade de expressão e direito da criança e adolescente, então, nenhum deles está sendo aplicado pela norma. Se a pena mitiga a livre manifestação e não aproveita ao menor, certamente é irrazoável.

Já o argumento de que a liberdade de expressão só pode ser limitada pelo rol de restrições previsto constitucionalmente – argumento do qual a

citação à Constituição do regime militar faz parte – não parece compor de maneira independente o fundamento para o desfecho do caso, pois o ministro se preocupou em analisar a questão prática. Será que, em caso diverso, de real conflito entre a liberdade de expressão e o direito da criança e do adolescente, prevaleceria a liberdade de expressão *a priori*? Em caso sob essas condições, resta a dúvida sobre qual seria a atuação do ministro Ilmar Galvão. Contudo, parece, pela cautela do ministro em analisar as particularidades da questão, que ele faria um juízo de proporcionalidade entre os direitos em jogo, indo além das restrições constitucionais da liberdade de expressão.

Diferentemente, o ministro Marco Aurélio, em caso de ponderação dos princípios, votaria pela preferência à liberdade de expressão, um valor que chama de “inafastável”. Como o dispositivo questionado chega a apreender a publicação, afirmou que é contrário ao regime político:

“De qualquer forma, creio que o passo mostrou-se muito largo, porque discrepa, sob a minha óptica, da razoabilidade que deve nortear a interpretação da Carta da República como um grande todo e, mais do que isso, dos ares próprios a um Estado Democrático de Direito.” (fl. 45 – grifo nosso)

Portanto, tanto a inafastabilidade do princípio da liberdade de expressão, como a sua importância para o Estado Democrático de Direito surgem como argumentos aptos a fundamentar a decisão final desses dois ministros, Ilmar Galvão e Marco Aurélio. No voto do ministro Ilmar Galvão, no entanto, o regime de governo não compõe fundamento essencial para sua decisão final.

Quanto ao restante do Tribunal, levando-se em conta que todos os ministros seguiram o relator, sem trazer qualquer argumento oposto, supõe-se que o tenham acompanhado inclusive quanto aos fundamentos.

CASO O GLOBO X GAROTINHO

Petição nº 2.702

O jornal O Globo já havia publicado notícia, tendo supostamente como fonte interceptação telefônica, segundo a qual o governador Anthony Garotinho havia participado do suborno de um auditor fiscal da Receita. Este último seria responsável pela aprovação dos sorteios do programa “Show do Garotinho” transmitido pela rádio Tupi e pela TV Bandeirantes.

A partir desses fatos, o governador ajuizou ação, requisitando a apreensão de todas as fitas e gravações, e proibindo a veiculação da notícia pelo jornal, pedido que foi deferido em primeira instância e confirmado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em agravo.

Na petição inicial do presente acórdão, a Infoglobo Comunicações LTDA pediu a revogação da liminar concedida em primeira instância, para que pudesse divulgar as informações sobre Garotinho. Alternativamente, requisitou que os autos do recurso fossem remetidos de imediato ao STF, porque a demora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para apreciação da admissibilidade do recurso extraordinário poderia acarretar a perda do objeto por decurso do tempo. Fundamentou o pedido na liberdade de expressão⁵⁴.

O relator, ministro Sepúlveda Pertence, indeferiu o pedido principal da petição, mas deferiu em parte o pedido alternativo, para que se processasse imediatamente o recurso extraordinário⁵⁵. Sua posição é referendada pelos ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar

⁵⁴ Constituição Federal. Arts. 5º, X XII, XI e XXXV, 220 e §§ 1º e 2º.

⁵⁵ A questão da remessa dos autos para o Supremo Tribunal Federal é de cunho procedimental, e portanto não será aprofundada neste trabalho, que tem como foco a menção à ditadura e da liberdade de expressão.

Mendes.⁵⁶

Afirmou o ministro que o caso é de direito à intimidade, privacidade, imagem e honra, em conflito com a liberdade de informação. Ele trouxe duas posições doutrinárias sobre a questão, decidindo-se pela do ministro Gilmar Mendes:

“56. Em posição diametralmente oposta, situa-se o celebrado Gilmar Mendes (Colisão de Direitos Fundamentais (...) em Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade, 1988, p. 85), a partir da garantia da inviolabilidade dos direitos da personalidade, do art. 5º, X, - do qual, assevera, 'parece evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido' e ao qual, de resto, faz remissão o art. 220, §1º, ao proclamar a liberdade de informação jornalística - assim como da efetiva proteção judiciária contra lesão ou ameaça de lesão a direito”(art. 5º, XXXVI) - que muito pouco significaria, conclui 'se a intervenção' (judiciária) 'somente pudesse se dar após a configuração da lesão'” (fl.821)

Para ele, só com a possibilidade de restrição anterior é possível criar um ordenamento harmônico no qual a liberdade de informação jornalística conviva com o dispositivo que garante a efetiva proteção judiciária contra a lesão ou ameaça de lesão a direito. Esse é o único trecho que explica o porquê da prevalência da privacidade. No que tange à intimidade de representante do povo, não cabe o argumento de que prevalece o interesse público, pois todas as comunicações são secretas perante a Constituição, ainda que só algumas sejam privadas:

“62. Ora, vale acentuar, a garantia do sigilo das diversas modalidades técnicas de comunicação pessoal - objeto do art. 5º, XII - independe do conteúdo da mensagem transmitida e, por isso -diversamente do que têm afirmado autor de tomo -, não tem o seu alcance limitado ao resguardo das esferas da intimidade ou da privacidade dos interlocutores.” (fl.822).

⁵⁶ Participaram do julgamento os ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Sydney Sanches, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Portanto, nesse caso, é irrelevante o conteúdo das mensagens ou o protagonismo político dos interlocutores.

Só proferiram voto por escrito o relator, o ministro Gilmar Mendes, que não acrescentou novos argumentos, e o ministro Marco Aurélio, dissidente. Este último argumentou que direito de ser informado é de relevância e eficácia maior, por ser um direito coletivo:

“Há uma matéria que me preocupa sobremaneira e que guarda sintonia com os novos ares constitucionais. Refiro-me à liberdade de informação, ao direito, para mim, público, subjetivo e político do cidadão: direito de ser informado. Aí surge, a meu ver com relevância e eficácia maior – sem se perquirir o histórico da matéria, a partir, até mesmo, da Declaração de Direitos de Virgínia e, anteriormente, considerado ato praticado na Inglaterra de 1695 a vedar a censura prévia -, o disposto no artigo 220 da Carta da República:”(fl. 829)

Acrescentou também que a vedação à censura, o direito de resposta e à indenização por dano moral pressupõem que deva primeiro acontecer o dano, para depois haver sanção ou restrição. Ou seja, a tutela jurisdicional quanto à liberdade de expressão deve ser sempre *a posteriori*:

“Para mim, esse conflito é simplesmente aparente.

Se analisarmos os incisos do artigo 5º, mencionados no §1º, veremos que a própria Carta confere ênfase maior ao direito-dever de informar, ao direito-dever de ser informado.

No inciso V, realmente, assegura-se o direito de resposta, que deve ser proporcional à ofensa. Este pressupõe algo já verificado, a partir da informação. Também é garantida a indenização por dano material, moral ou à imagem – estamos supondo que ocorreu a informação maliciosa ou danosa. Sob minha óptica, em relação aos homens públicos, para se chegar ao campo indenizatório, há de ficar demonstrada a malícia.” (fl. 830)

Concluiu, portanto, pelo deferimento do pedido, para que não se retorne à priorizar aquilo que era prioridade em outro regime, o regime ditatorial:

“Voltamos, no entanto, a uma era anterior e passamos a ter, no cenário jurídico, algo de maléfico, de consequências mais danosas do que aquelas que vivenciamos no passado, em que se processava a censura prévia, administrativa. Houve a censura prévia judicial, colocando-se, em segundo plano, o que não poderia ser colocado em segundo plano, o direito de informar e, mais do que isso, o direito de a coletividade, em quadra das mais importantes da vida nacional, ser bem informada, com os desdobramentos cabíveis, na hipótese de transgressão, de inobservância da necessidade de se veicular algo que se tem, pelo menos na impressão primeira, como verdadeiro.”(fl. 831)

Percebe-se que o argumento da ditadura foi empregado apenas pelo ministro vencido, o ministro Marco Aurélio, não sendo relevante para a decisão do Tribunal como um todo, que decide pela proteção da privacidade. Diferentemente, o ministro Marco Aurélio citou o período político – “maléfico” – para explicar que a República de 1988 não dá ensejo à qualquer censura, haja vista a forma de governo democrática pela qual se constitui. Trouxe, portanto, uma prevalência *a priori* da liberdade de expressão, como votara no “caso ECA e a pena a veículos de informação”.

Caso Ellwanger

Habeas corpus nº 82.424

O caso trata de Siegfried Ellwanger Cantan, escritor, editor e sócio da Revisão Editora Ltda. A empresa comercializou obras de revisionismo histórico, nas quais se nega a existência do holocausto judeu, para afirmar que as atrocidades foram só contra alemães, além de veicularem que os judeus são o mal da sociedade.

Por conta das obras, Ellwanger foi denunciado pelo crime tipificado no artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716/1989, modificado pela Lei nº 8.081/1990, que dispõe o seguinte:

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.
Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

Em primeiro grau, foi absolvido; em segundo grau, condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por ter editado, distribuído e vendido obras que incitam o anti-semitismo. O delito foi considerado como racismo, crime imprescritível perante à Constituição Federal.

No STF⁵⁷, Ellwanger impetrou *habeas corpus* alegando que não cometera racismo, mas discriminação:

“Embora condenado o ora paciente pelo crime tipificado no artigo 20, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, foi ele condenado pelo delito de discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo artigo 5º, XLII, da Constituição ficou restrito ao crime de racismo. E, depois de sustentarem, com apoio em autores de origem

⁵⁷ Participaram do julgamento os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Britto, Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

judaica, que os judeus não são uma raça, (...)" (fl. 528)

Ou seja, a petição inicial concordou com a decisão de segundo grau, quanto à configuração de ilícito penal, mas afirmou que de nenhuma maneira ela estabeleceu o crime contra a comunidade judaica como prática de racismo. Devido à prescrição da pretensão punitiva do crime de discriminação, o paciente pediu a decretação da extinção de punibilidade.

A principal questão abordada foi a definição de raça, pois só então foi possível saber se esta inclui os judeus. A partir dessa análise, criou-se a base para qualificação quanto à prescritibilidade. Também o princípio de liberdade de expressão esteve em pauta no caso, uma vez que foi discutido o possível grau de cerceamento da manifestação intelectual e ideológica de um escritor.

Como paralelo à censura praticada no regime militar, cabe lembrar as diversas obras ou atividades intelectuais que foram proibidas no período, por apresentarem posições minoritárias ou contrárias ao governo. Como exemplo, o professor Sérgio Cidade, já abordado na introdução, que foi acusado de crime por ter manifestado sua posição política aos alunos, e a pintora Djanira, que foi interrogada sobre a figura de um chinês que retratara numa paisagem de Parati, num período em que o medo do "perigo comunista" ainda era considerado.⁵⁸ Ou ainda, a apreensão de obras de cunho marxista ou socialistas, como prova do crime de subversão.⁵⁹

O ministro Moreira Alves, relator, deferiu o pedido. Ele afirmou que o termo "raça" refere-se apenas aos negros. Tirou sua conclusão da justificativa dada pela Assembleia Constituinte ao dispositivo, que atenta para a história dos negros no Brasil:

"Pois impera no País diferentes forma de discriminação

⁵⁸ GASPARI, E., ob. Cit, 2002, p. 220

⁵⁹ Cabe notar que, antes mesmo de 1964, havia muita censura quanto os livros de cunho socialista, como mostra CARNEIRO em diversos excertos da sua obra. (CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *Livros proibidos, idéias malditas: o DEOPS e as minorias silenciadas*, 2ª ed., São Paulo, Ateliê Editorial, 2002. pp. 163-168.)

racial, velada e ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime” (fl. 536)

Acompanharam-no os ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, mas por fundamentos diversos. Eles declaram a atipicidade da conduta do agente, em *habeas corpus* concedido de ofício, já que o paciente admitira ter cometido crime de discriminação. Para ambos, livro é tido como de revisionismo histórico, pois baseado em fontes de pesquisa para torná-lo objetivo, como explicita o ministro Britto:

“94. Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro do escritor-paciente, tanto na primeira quanto na última edição (...), convenci-me de que ele tentou produzir uma obra objetivamente convincente. Esforçou-se por transitar no puro domínio das ideias e se valeu de farto material de pesquisa: livros, revistas, jornais, filmes, documentários, etc.” (fl.839)

Mesmo que Ellwanger tenha buscado a cientificidade, os ministros admitiram que o escritor enviesou suas obras com certa ideologia. Mesmo assim, o pluralismo político o protegeria, conforme fragmento do voto do ministro Carlos Britto:

“98. Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º).” (fl.841)

O ministro Marco Aurélio também seguiu esse alinhamento. É necessário decompor seu voto-vista, a fim de perceber a importância que

dá ao argumento do regime político, pois é um dos ministros que menciona a ditadura.

O ministro iniciou seu voto com a importância da liberdade de expressão na história, traçando paralelo com o direito internacional e o direito comparado. Discorreu então sobre a relação da liberdade de expressão com a democracia, a primeira como sustentáculo da segunda. Para ele, a democracia se diferencia da ditadura pelos princípios consagrados, como mostra:

"A Constituição de 1988 representou um divisor de águas entre o antigo regime totalitário e um período de redemocratização do País, marcando, dessa forma, uma época que tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais. Por isso mesmo, o sistema constitucional dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º da Carta, com os eventuais acréscimos do §2º, reflete, em rigor e em larga medida, a própria essência da Constituição e a retomada do processo de democratização e da garantia do cidadão contra abusos e arbitrariedades no exercício do Poder Público."(fl.913 – grifo nosso)

Além disso, para o ministro Marco Aurélio, a liberdade de expressão propicia um ambiente de participação democrática, em que se preserva a soberania popular. Também contribui para o pluralismo e tolerância perante às minorias, a fim de garantir a preservação da igualdade. Afirmou que "sem tolerância a democracia é um engano, pois a intolerância conduz diretamente ao totalitarismo" (fl. 875 – grifo nosso). Também será o direito à informação aquele que permitirá aos cidadãos a fiscalização das atividades do governo. Portanto, são diversas consequências práticas que o ministro fez decorrer do princípio da liberdade de expressão.

Em seguida, o ministro afirmou que a liberdade de expressão não pode ser compreendida como a absoluta autonomia de ideias do indivíduo, mas sim como um direito coletivo. Por isso, concluiu que cada caso precisa ser analisado. Sobre esse excerto, PRETZEL afirmou que o argumento da "Liberdade de expressão (principalmente das minorias) como elemento

essencial e manifestação concreta do Estado Democrático” não teve um papel decisivo para o desfecho do voto do ministro Marco Aurélio, uma vez que se trata de direito relativo, tendo que ser analisado no caso concreto.⁶⁰

Concordo com essa posição, pois de fato o ministro relativizou a análise do caso concreto, trazendo critérios vagos e amplos para a possibilidade de restrição ao direito de manifestação:

“É nesse sentido que o sistema constitucional brasileiro não agasalha o abuso da liberdade de expressão, quando o cidadão utiliza-se de meios violentos e arbitrários para a divulgação de pensamento. É por isso também que nosso sistema constitucional não identifica, no núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, qualquer manifestação de opinião que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente”. (fl.883-884)

Ele questionou se houve racismo ou discriminação no caso, e concluiu que não, por não ter encontrado no livro qualquer afirmação sobre a superioridade da raça ariana. Esse pode ser considerado o argumento essencial do voto. O ministro Marco Aurélio também sustentou que a realidade brasileira não apresenta riscos para o ódio ou a discriminação em massa contra os judeus, diferentemente da situação dos negros, devido à história brasileira.

Com isso, creio que seja possível afirmarmos que Marco Aurélio se contradiz, pois ao mesmo tempo em que a liberdade de expressão foi enfatizada como de importância diferenciada no ordenamento jurídico, por conta de ser fundamento da democracia, ela também foi relativizada no caso concreto, devido à colisão de princípios. Isso também fica evidente na comparação dos votos de Marco Aurélio nesse caso, com os casos “ECA e a pena a veículos de informação” e “O Globo X Garotinho”, percebe-se que nesses últimos a maximização da liberdade de expressão aprioristicamente era essencial para a resolução da questão, por ser base democrática. Já no “caso Ellwanger”, o importante foi a avaliação do caso concreto.

⁶⁰ PRETZEL, B. R., ob. Cit, 2007, p.88.

Talvez a harmonia entre esses dois argumentos possa ser encontrada no excerto em que dividiu a liberdade de expressão quando em benefício do indivíduo daquela dimensão chamada "social", que aproveita à coletividade por auxiliar a cidadania.

"O que importa, assim, é caracterizar e relevar uma dimensão eminentemente social da liberdade de expressão, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de ideias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício de opinião como uma forma de se concretizar o princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual significa podar, de maneira erosiva, a própria democracia. (...) É essa importância social e política da liberdade de expressão que precisa estar clara na análise do problema constitucional presente no caso concreto, mesmo porque tal liberdade necessita ser vista sob o ângulo daquele que tem o direito de receber o maior número de informações possíveis de ter acesso ao mais amplo conhecimento, a fim de se tornar uma pessoa apta a desenvolver as potencialidades e a cidadania."(fl. 878)

Porém, o ministro não prosseguiu na construção dessa diferenciação, e o argumento relevante para a decisão final foi principalmente aquele de que não houve discriminação no caso em tela. Sendo assim, o argumento do regime político ficou em segundo plano.

A posição do relator e dos ministros Britto e Marco Aurélio foi dissidente daquela adotada pelo Tribunal. Já a posição vencedora foi inaugurada pelo voto de Maurício Corrêa, que foi seguido pelos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Concluíram, partindo de pesquisa científica, que biologicamente não existem diferenças acentuadas entre os humanos, sendo a divisão de homens em raças uma criação político-social. As raças têm o intuito de difundir o ódio e criar desvantagens de toda sorte para as consideradas "*sub-raças*", além de desigualdade e segregação. No caso dos judeus, o anti-semitismo, como descrito por Hitler, pode ser considerado racismo, pois diferencia "arianos" e judeus, arbitrariamente, subjugando os

últimos aos primeiros.

Quanto à liberdade de expressão, os ministros vencedores afirmaram que ela tem sua importância no próprio processo democrático, por dar voz à minorias e permitir o debate livre e transparente entre posições antagônicas, tolerantes entre si. Esse processo de construção da verdade faz com que todas as partes sejam consideradas de forma igualitária. Porém, o discurso do ódio mitiga tal função da manifestação de pensamento. Ao contrário, seu objetivo é outro: de incitar a segregação, a discriminação, a desigualdade. Destarte, em juízo de proporcionalidade, prevaleceu a vedação ao racismo.

O ministro Sepúlveda Pertence também citou a ditadura, em dois momentos:

“Creio que a beleza e a seriedade excepcional da discussão sobre o conceito de racismo esta deixando um pouco na sobra uma outra discussão relevante: o livro como instrumento de um crime, cujo verbo central é “incitar”. Fico muito preocupado com certas denúncias do pós-64 neste País, da condenação de Caio Prado porque escreveu e da condenação de outros porque tinham em suas residências livros de pregação marxista”. (fl. 607)

“Não posso terminar este voto sem expressar os meus temores que, eles sim, me impeliram a aventar a questão: fico a pensar na Lei de Segurança Nacional do regime militar, nos seus tipos abertos, como 'fazer publicamente a propaganda subversiva'. Por isso a dúvida levantada por mim sobre se livros podem ser instrumentos de crime de instigação ou induzimento.” (fl. 1005)

Nesses trechos, o ministro trouxe a análise da liberdade de expressão para o debate, dividindo-a com o foco da ocorrência de racismo. Para ele, a questão de considerar a publicação como crime deve ser analisada, para que não se repita a prática da ditadura de punir sem critérios, arbitrariamente, os escritores de obras que defendam posições minoritárias. Mas, em seu voto, citou fragmentos do livro do paciente em que concluiu que há prática de racismo. Por isso, seus apontamentos iniciais não foram

decisivos para o desfecho do seu voto, ou mesmo para a composição do posicionamento vencedor do Tribunal.

CASO LAW KIN CHONG

Medida cautelar em mandado de segurança nº 24.832

Law Kin Chong, impetrante de medida cautelar em mandado de segurança, alegou que fora intimado a comparecer para depor, na data do julgamento da medida cautelar, perante à comissão parlamentar de inquérito da Câmara dos Deputados, formada para investigar fatos relativos à pirataria de produtos industrializados e sonegação fiscal. Portanto, a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal era concomitante à sessão marcada para o comparecimento do impetrante na CPI.

Na convocação de Law Kin Chong para prestar depoimento à CPI, não ficou claro sua condição de testemunha ou indiciado. A determinação da condição é importante, visto que, na visão do relator, ministro Cezar Peluso, a imagem do impetrante corria risco de sofrer ofensa irreparável caso lhe fossem imputadas acusações enquanto a sessão era televisionada.

Uma liminar já havia sido concedida a Law Kin Chong em mandado de segurança anterior, de apreciação somente do relator, que vedou o televisamento de seu depoimento na mesma comissão parlamentar. Porém, a despeito da medida liminar, a TV Câmara transmitiu o conteúdo da sessão, que, então, foi retransmitido por outras emissoras. O impetrante pediu novamente a proibição da veiculação do depoimento, desta vez estendida a interdição à TV Câmara. O ministro Cezar Peluso manteve a posição expressada na primeira liminar. Diante disso, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito requereram, na manhã do presente julgamento, reconsideração da medida cautelar.

Eles alegaram que o caso não envolve conflito entre direitos constitucionais, só havendo prejuízo à liberdade de expressão. Afirmaram

que a concessão de liminar realizou censura prévia e invasão de competência legislativa, visto que todas as decisões judiciais devem ser públicas, exceto aquelas que puderem resultar de escândalo, inconveniente grave ou perigo da ordem, o que não procederia no caso em pauta.⁶¹ Além disso, afirmaram que o regramento da questão é de competência apenas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que não pode ser submetido à jurisdição judicial⁶².

Já o impetrante requereu o cumprimento da liminar, sob pena de crime de desobediência, ou, alternativamente, o recebimento de salvo-conduto, para poder deixar de comparecer à sessão designada.

Os principais debates presentes no acórdão versam sobre a colisão do direito à honra e imagem, com o direito à informação; sobre a tutela da ameaça de violação e sobre conflito político entre os poderes Legislativo e Judiciário.⁶³

No acórdão, o relator, ministro Cezar Peluso, votou pela proibição da gravação da declaração, restando vencido. Ele deu ciência aos outros ministros de sua decisão no MS nº 24.706, primeiro mandado de segurança impetrado com o mesmo objeto, prejudicado por conta do caso em questão. Nele, o relator vedou "o acesso de câmeras de televisão, gravadores e máquinas fotográficas, às dependências da Assembleia Legislativa de São Paulo, em audiência designada para 07 de novembro de 2003, às 10h00"⁶⁴, conforme o pedido.

Para o ministro Peluso, a CPI ameaçou violar o direito à honra e à imagem, haja vista a potencialidade da comissão de "punir sem recurso" o

⁶¹ Isso está disposto no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, em redação anterior à Emenda Constitucional nº 45/ 04, e também no art. 792, § 1 do Código de Processo Penal, de 1941.

⁶² Essa disposição está nos arts. 48, c/c 51, e 78 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, de 1989.

⁶³ Participaram do julgamento os ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie e Carlos Britto.

⁶⁴ DJ nº 101, quinta-feira, 27 de maio de 2004, p. 49. "MANDADO DE SEGURANÇA 24.706-1 PROCED. : DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. CEZAR PELUSO IMPTE.(S).

depoente através do escárnio público, caso o tomasse por indiciado e fizesse acusações indevidas em rede televisiva.⁶⁵ Defendeu que até mesmo o direito à publicidade dos processos e dos julgamentos judiciais, que pode ser comparado às investigações das CPI, não é absoluto. Para o ministro, no caso, liberdade de imprensa não foi censurada, visto que só seria proibido o uso de certos equipamentos, de maneira que a imprensa não seria impedida de falar sobre o caso.

O ministro Peluso foi seguido pelos ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes (inicialmente apenas, porque depois declaram a perda de objeto, com o ministro Marco Aurélio). O primeiro seguiu-o integralmente, sem acrescentar novos argumentos. Já o ministro Gilmar Mendes discordou no sentido de que, para ele, há colisão de princípios entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade. Porém, ele não explicou por que prevalece o último princípio.

Discordaram da posição adotada pelo relator os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie e Carlos Britto.

Os ministros Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence apontaram como peculiaridade do caso a tutela judicial da comissão parlamentar. A ministra afirmou que o Regimento Interno da casa legislativa é o único competente para restringir o acesso da mídia à CPI. Já o ministro Sepúlveda argumentou que as palavras dos parlamentares são insusceptíveis de censura. Ademais, acrescentou que o caso, envolvendo crimes patrimoniais, não necessita de sigilo.

Por sua vez, o ministro Celso de Mello defendeu que “não se pode, com o receio do abuso, proibir o uso”. Ele e os ministros Velloso e Britto sustentaram que prevalece o direito coletivo de informação diante do direito individual de imagem. Ademais, afirmaram que a vinculação da imagem de

⁶⁵ Com a expressão “punir sem recurso”, o ministro faz alusão à difamação que se propaga no ideário popular, que difícil de reconsiderar seu juízo (e por isso não há recurso).

certo indivíduo não necessariamente ocasiona atentado e que a liberdade de imprensa só pode ser restringida pelas disposições constitucionais que versam sobre ela.

Acrescentaram que deve-se seguir o dispositivo constitucional segundo o qual a proteção dos direitos de personalidade não pode ser feita *a priori*. Isso porque a democracia é um regime de informação por excelência e, por isso, concede maior proteção à liberdade de imprensa. Por tais razões, concederam o pedido da Casa Legislativa.

Faz-se necessário decompor os argumentos empregados pelo ministro Marco Aurélio, que foi o único a mencionar a ditadura. Ele explicou que a matéria pode ser analisada pelo Judiciário por conta do Estado Democrático de Direito, regime no qual é possível analisar ameaça ou efetiva lesão de direito. Quanto à eficácia, afirmou que o mandado de segurança perdeu o objeto por conta do prosseguimento das atividades da CPI, concomitantemente à apreciação do caso.

Não obstante, continuou o julgamento do mérito, sustentando a posição que foi vencedora no acórdão. Invocou o princípio da publicidade, pois “a atuação do Parlamento é aberta”, não cabendo restrição à mídia ao tratar dela. Se a mídia fosse impedida, os cidadãos não poderiam acompanhar a atividade de seus representantes.

“A única forma de o cidadão acompanhar – eis o papel insuplantável da imprensa – o que vem sendo feito, em prol de uma mudança de cultura, é mediante a informação. Por isso, a informação é um direito subjetivo político do cidadão. E não podemos, Presidente, muito menos a partir de simples presunção, não podemos, *a priori*, implementar a censura e obstaculizar a própria informação. Diria que vivemos novos ares e não devemos ter a mínima saudade do período anterior a 1988. Digo que a época é de luz e não de treva” (fl. 180 – grifo nosso)

Portanto, no trecho, o ministro Marco Aurélio consagrou a preponderância *a priori* da liberdade de expressão, já que a censura seria

prática de outro regime, o ditatorial. Esse argumento já fora sustentado em casos anteriores pelo ministro – nos casos “liberdade de reunião na praça dos poderes”, “ECA e a pena a veículos de informação” e “O Globo X Garotinho”. É o segundo voto vencedor que proferiu com essa argumentação. Porém, cabe notar que, tanto no caso em tela, como no “caso ECA e a pena a veículos de informação”, o ministro não seguiu totalmente a posição da corte. No primeiro, entendeu preliminarmente que o pedido estava prejudicado, e no segundo, seus argumentos não foram acatadas pelos outros ministros.

Complementou que o conflito de normas é apenas aparente, mas, caso houvesse colisão, prevaleceria o direito coletivo, no caso a liberdade de expressão, já que os direitos de personalidade são individuais. Essa situação se assemelha muito ao “caso ECA e a pena a veículos de informação”.

PRETZEL (2007, pp. 93-94) analisa o caso, e adota a linha de pensamento que o caráter absoluto da liberdade de expressão – não menciona o regime político conjugado a este argumento – conduz independentemente à decisão final. Concordo com a posição da autora, tendo em vista também os outros casos mencionados. Porém, acrescento a essencialidade, para a composição de tal argumento, da menção ao regime político, que embasa a preponderância do princípio da liberdade de expressão.

Caso CPI dos Bingos

Mandado de segurança nº 24.849

Trata-se de mandado de segurança, impetrado pelo senador José Agripino Maia, contra a omissão da mesa do Senado Federal, representada pelo Presidente. Afirmou-se que a mesa presidencial frustrou a instauração de comissão parlamentar de inquérito mesmo quando atendidos os requisitos⁶⁶ para tal, violando o direito da minoria⁶⁷.

Os líderes de diversos partidos não indicaram membros para compor a comissão, que deve contar com a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares. Por isso, foi encaminhada questão de ordem ao Presidente do Senado, que afirmou não ter a prerrogativa de suprir a omissão, atribuindo a responsabilidade aos líderes dos partidos.

O principal debate incidiu sobre se criação da comissão depende da atuação da Mesa do Senado e se é dever desta instalá-la. A relação com a liberdade de expressão está na possibilidade da minoria poder manifestar livremente a sua opinião na fiscalização do governo.⁶⁸

O ministro-relator, Celso de Mello, deferiu o pedido dos mandados de segurança, no sentido de permitir a análise do caso pelo Supremo Tribunal Federal e impelir o Presidente do Senado a instalar a CPI. Foi acompanhado pelos ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Esse ministros votaram nos mesmos termos. Concordam que a separação de poderes não estava sendo violada, haja vista que o Poder

⁶⁶ Os requisitos estão especificados no art. 158, §3º da Constituição Federal e nos arts. 66 e 78 do Regimento Interno do Senado Federal.

⁶⁷ Os mandados de segurança de nº 24.831 e nº 24.847 têm o mesmo pedido e causa de pedir do MS em questão, e, por isso, foram julgados em conjunto.

⁶⁸ Participaram do julgamento os ministros Celso de Mello, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Judiciário estava cumprindo com o dever constitucional de avaliar se as normas estão sendo respeitadas pelos outros poderes, pois no regime democrático nenhum poder está acima da Constituição, conforme o trecho do voto de Celso de Mello:

“Como sabemos, o regime democrático, analisado na perspectiva das delicadas relações entre o Poder e o Direito, não tem condições de subsistir, quando as instituições políticas do Estado falharem em seu dever de respeitar a Constituição e as leis, pois sob esse sistema de governo, não poderá jamais prevalecer a vontade de uma só pessoa, de um só estamento, de um só grupo ou, ainda, de uma só instituição” (fl. 1343)

Também afirmaram que as defesas constitucionais à minoria são pressupostos de legitimação da democracia. Tal forma de governo não se concretiza apenas com o governo da maioria, mas também com o respeito à minoria, garantindo-lhe o direito à oposição e a participação ativa no controle da administração pública, independente da autorização da maioria.

Para a posição vencedora, houve frustração à instauração da CPI pela mesa presidencial, órgão competente para tal. A inércia configurou arbitrariedade contra as minorias, que deve ser analisada pelo Poder Judiciário a fim de que não se retire a eficácia do dispositivo constitucional que prevê a fiscalização por meio dessas comissões.

O ministro Celso de Mello entendeu que a lacuna normativa do Regimento Interno do Senado Federal, por não delegar ao Presidente a função de determinar a composição da comissão, na omissão dos líderes partidários, e de instaurá-la, pode ser resolvida por analogia ao dispositivo aplicado em comissões legislativas, no caso do Congresso Nacional e na Câmara dos Deputados.⁶⁹ A analogia é inclusive aceita pelo próprio

⁶⁹ O ministro se refere ao art 9º, §1º do Regimento Comum do Congresso Nacional, e do art. 28, §1º, do Regime Interno da Câmara dos Deputados.

Regimento do Senado.⁷⁰

Diferentemente, o ministro Eros Grau determinou prejudicado o mandado de segurança por perda de objeto, restando vencido. Para ele, o Supremo Tribunal Federal deve excusar-se do controle das comissões parlamentares, que são atos internos do parlamento que envolvem embate entre as forças políticas. Além disso, afirmou que a "CPI dos Bingos" já havia sido extinta, por decurso do prazo, porque, na visão do ministro, a criação de comissão parlamentar de inquérito se dá com a entrega, na mesa presidencial, das assinaturas de um terço dos Senadores, tanto que é a partir dessa data que seu prazo peremptório é contado. A composição da CPI, depois de criada, tem um número qualquer de membros. É irrelevante para sua existência se um partido não indicar representantes na comissão, pois seu funcionamento depende exclusivamente da iniciativa daqueles que a requereram.

A citação à ditadura foi feita pelos ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, ao tratarem da história constitucional do princípio da minoria:

"Na mesma linha, manifestou-se o Ministro Paulo Brossard no HC nº 71.039-RJ:

'No Brasil, foi a Constituição de 34 que consagrou a novidade e como prerrogativa da minoria, art. 36; desde então, a norma inovadora foi incorporada ao nosso direito constitucional, Constituição de 46, art. 53, Carta de 1967, art. 39, Carta de 69, art. 37, Constituição de 1988, art. 58 §3º; ainda que a Carta de 69, era natural, cuidasse de atrofiar a prerrogativa parlamentar, art. 30, parágrafo único.'" (fl.1486)

"Com a óbvia omissão a respeito da Carta de 1937, segue-se o art. 53 da Constituição de 1946 na mesma linha; e mesmo as Cartas de 1967 e 1969 prestaram essa homenagem a um instituto democrático, embora esvaziando-o, de certa forma, com a previsão do número máximo de Comissões Parlamentares de Inquérito, no art. 30, a vedar que funcionassem simultaneamente mais de cinco: regra que se incorporou ao Regimento das Casas do

⁷⁰ Isso está disposto no art. 412, VI, do Regimento Interno do Senado Federal.

Congresso Nacional, mesmo tendo desaparecido da Constituição.”(fl.1497)

Vê-se, portanto, o período militar foi mencionado neste caso menos como um argumento e mais como um reforço, uma explicação prévia, ao argumento de que a comissão parlamentar de inquérito é direito da minoria e não pode ser frustrada pela maioria. A referência ao regime militar não compõe, com isso, o argumento essencial para a decisão. Ademais, as diversas menções à democracia feitas pelos ministros não trazem a contraposição implícita com a ditadura.

CASO MINI REFORMA ELEITORAL

Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.741

Trata-se de Ação Direta de Constitucionalidade requerida pelo Partido Social Cristão, Partido Democrático Trabalhista e pelo Partido Trabalhista Cristão, objetivando a aplicação do princípio da anterioridade⁷¹ da lei eleitoral à Lei nº 11.300/2006, que aborda a propaganda, financiamento e prestação de contas de campanhas eleitorais.

O ministro Lewandowski, relator do caso, julgou a ação procedente em parte. Sua decisão foi acatada de forma unânime pelo Tribunal. Também estavam presentes à sessão os ministros Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cármen Lúcia. Quanto à análise do pedido, os ministros concluíram que a lei não modifica o processo eleitoral, não devendo, portanto, incidir o princípio da anterioridade.⁷² Já quanto ao art. 35-A da lei em tela, consideraram-no inconstitucional. É esse dispositivo que traz relação com a liberdade de expressão. Ele dispõe o seguinte:

“Art. 35-A. É vedada a divulgação de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação, a partir do décimo quinto dia anterior até as 18 (dezoito) horas do dia do pleito.”

Por conta desse dispositivo, o relator destacou da petição inicial que a lei “entrevê também uma ofensa às 'conquistas de liberdade garantidas pela

⁷¹ Constituição Federal. Art. 16.

⁷² Quanto à lei como um todo, o Tribunal conclui que ela não foi tão abrangente para instituir uma mudança no processo eleitoral. Foi trazido como precedente a ADI 3.345, em que se definiu as possibilidades de violação do princípio tutelado pelo art. 16 da Carta Constitucional. São elas: o rompimento da igualdade de participação dos políticos e candidatos no processo eleitoral, a criação de deformação que afete a normalidade das eleições, intromissão de fator de perturbação do pleito ou promoção de alteração motivada por propósito casuístico. O caso não se encaixa em tais possibilidades, pois não se alterou a disciplina das convenções partidárias, dos coeficientes eleitorais ou do sufrágio universal. Acrescentam que a lei foi benéfica, pois promoveu o maior equilíbrio entre os partidos e candidatos, vedando tráficos de influência econômica.

Constituição Federal, notadamente àquelas contidas no seu artigo 5º”(fl. 201 – grifo nosso). O excerto, que deu início à argumentação do ministro, é considerado uma citação indireta à ditadura, já que contrapõe as garantias pré e pós-Constituição de 1988.

O ministro afirmou que o art. 35-A viola a liberdade de expressão na Constituição, que só está submetida às restrições estabelecidas pela Carta Magna. Ele também associou a livre manifestação de pensamento e o direito à informação à democracia, pela importância que têm na construção da cidadania, podendo esses direitos serem suspensos apenas em estado de sítio.

Cumprir notar que o instrumento do estado de sítio foi desvirtuado no período militar brasileiro, para ensejar a perpetuação do regime. Pelo Ato Institucional nº 2, o Presidente ganhou a prerrogativa de decretar o recesso do Congresso, das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais a qualquer momento, em estado de sítio ou fora dele.⁷³ Congresso foi diversas vezes fechado durante a ditadura: por exemplo, em 1968, por Costa e Silva, porque o órgão negou o processo do deputado Moreira Alves⁷⁴; já em 1977, Geisel fechou o Congresso para impor o “pacote de abril”, contendo regras para retardar a abertura do regime, tal qual a norma que criava a figura do “senador biônico”, que eram um terço dos senadores que seriam indicados indiretamente.⁷⁵ Porém, o ministro Lewandowski não teceu tal relação.

Quanto à questão prática, o relator fundamentou sua decisão na irrazoabilidade do artigo 35-A, por não propiciar que o cidadão “forme sua convicção de modo mais amplo e livre possível”(fl.206):

“Ademais, analisando-se a questão sob uma ótica pragmática, forçoso é concluir que a proibição da divulgação de pesquisas eleitorais em nossa realidade, apenas contribuiria para ensejar a circulação de boatos de dados apócrifos, dando azo a toda sorte de manipulações

⁷³ VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. São Paulo, Scipione, 1997, p. 409.

⁷⁴ GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002b, p. 70.

⁷⁵ VICENTINO, C., DORIGO, G., ob. Cit., 1997, p. 427.

indevidas, que acabariam por solapar a confiança do povo no processo eleitoral, atingindo-o no que ele tem de fundamental, que é exatamente a livre circulação de informações.”(fls. 204-205)

Sobre o assunto, o ministro Sepúlveda Pertence acrescentou a importância das pesquisas eleitorais para o direcionamento do “voto útil”, que é aquele mais preocupado em vetar a vitória de certo candidato. Também citou o período ditatorial, porque temia que práticas do período fossem retomadas:

“O eminente relator, entretanto, desfez dúvidas, mostrando, a meu ver, que não se divisa nas disposições da lei questionada -, ao contrário do que se sustentou na Tribuna, em linguagem evidentemente panfletária - a vantagem deste ou daquela corrente partidária, ao contrário do que se sucedeu nas antigas leis de todo ano eleitoral, nos tempos do regime autoritário, em que era nítido o propósito de os detentores do poder evitar qualquer surpresa que as previsões do pleito fizessem plausíveis. Ao contrário, agora aumentam-se as restrições ao governo.”(fls. 216-217 – grifo nosso)

É interessante notar que o ministro Sepúlveda se portou da mesma maneira no “caso Ellwanger”, vez em que temeu que a censura à obra intelectual fosse feita no regime pós-1988 da mesma maneira que acontecia no regime militar. No caso em tela, mesmo que o ministro não tenha dado prevalência à liberdade de expressão, ele analisou comparativamente as práticas da ditadura e da democracia, buscando legitimar a sua decisão comprovando que elas são diferentes. Porém, as menções à forma de governo são secundárias nos votos do ministro Sepúlveda, servindo apenas como reforço de sua argumentação principal.

Já para o ministro Lewandowski, pode-se considerar o argumento da democracia como componente essencial de sua decisão. É verdade que o ministro fez um juízo de razoabilidade do dispositivo, mas ele em si mesmo não bastou para concluir o desfecho do caso. Isso porque o parâmetro

utilizado foi o processo eleitoral pautado na liberdade de informação, tal como deve ser na democracia.

Porém, não é possível dizer que a contraposição entre democracia e ditadura seja essencial para a decisão, já que essa menção serve para dar ênfase à importância dos princípios, que tiveram que ser conquistados. O mesmo pode-se dizer da importância do argumento para o Tribunal, tanto que os ministros Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie sequer mencionaram a democracia, quanto menos a ditadura. O ministro Carlos Britto fez referência à democracia, mas com finalidade de argumentar quanto à constitucionalidade do restante da lei. Nenhum deles justificou porque seguiram o relator quanto à inconstitucionalidade do art. 35-A da lei.

O único ministro que trouxe o argumento do conflito do dispositivo com o Estado Democrático de Direito é Marco Aurélio. PRETZEL, em sua análise esmiuçada do voto deste ministro, aponta que tal argumento é um lugar-comum para trazer valor persuasivo à prevalência da liberdade de expressão.⁷⁶ Concordo com a autora, tanto que o regime político foi relevante para defesa da liberdade de expressão em outros votos do ministro, como nos casos “liberdade de reunião na praça dos poderes”, “ECA e a pena a veículos de informação”, “O Globo X Garotinho” e “Law Kin Chong”. Entretanto, no presente caso, Marco Aurélio se deteve na menção da democracia, não contrapondo-a à ditadura.

⁷⁶ PRETZEL, B. R., ob. Cit, 2007, p. 61-62.

Caso Lei de Imprensa

Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130 e medida cautelar

A Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967, ou “Lei de Imprensa”, proposta pelo Presidente Castello Branco, foi criada com o objetivo de conter a oposição contra o regime autoritário através da determinação de novas restrições aos jornalistas.⁷⁷ A ADI foi interposta pelo Partido Democrático Trabalhista, que questionou a recepção da Lei em face da Constituição Federal. O requerimento foi justificado pelo viés político conflitante entre a Lei de Imprensa, criada em plena ditadura militar, e a democracia, instaurada com a Constituição Federal de 1988.

O autor pediu a invalidade do documento legal ou, alternativamente, a declaração de não-recebimento, pela Constituição, de diversos dispositivos nele contidos⁷⁸, somado à “interpretação conforme” da lei como um todo. Ademais, requisitou medida cautelar. O pedido tem base nos incisos IV, V, IX, XIII, XIV do artigo 5º, e arts. 220 a 223, da Constituição Federal.

Na apreciação da medida cautelar⁷⁹, o relator, ministro Carlos Britto,

⁷⁷ CRETELLA NETO, José ; Castro Filho, Francisco Gastão Luppi ; Souza, Carlos Afonso Pereira ; Costa, Nelson Nery, *Comentários à Lei de Imprensa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.9-10.

⁷⁸ Pede-se, alternativamente: a) da parte inicial do § 2º do art. 1º, tocante ao trecho “... a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem ...”); b) do § 2º do art. 2º; c) da íntegra dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51, 52, 61, 62, 63, 64 e 65; d) da parte final do art. 56, relativo à expressão “...e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa...”); e) dos §§ 3º e 6º do art. 57; f) dos §§ 1º e 2º do art. 60. Além disso, requereu interpretação conforme a CF/88: a) do § 1º do art. 1º; b) da parte final do *caput* do art. 2º; c) do art. 14; d) do inciso I do art. 16; e) do art. 17, afim de que as expressões “*subversão da ordem política e social*” e “*perturbação da ordem pública ou alarma social*” não sejam interpretadas como qualquer gênero de censura; f) do art. 37, para que nenhum jornalista não seja penalmente responsável por entrevista autorizada.

⁷⁹ Participaram da apreciação da medida cautelar os ministros Carlos Britto, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello e Marco Aurélio.

iniciou a posição majoritária, acompanhado pelos ministros Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Votaram no sentido de deferir parcialmente a cautelar, para suspender os diversos dispositivos em que não se pedia interpretação conforme (vide nota de rodapé n. 78).

Os ministros Britto, Lewandowski e Cármen Lúcia, de acordo com o argumento de fundo da petição inicial, afirmaram que o principal valor da Constituição Federal é a democracia, que tem entre seus pilares a liberdade de informação. A função desse princípio no regime vigente deve garantir sua inviolabilidade, de maneira que não seja submetido às restrições além das previstas constitucionalmente. O ministro Britto ainda acrescentou que a liberdade de imprensa, quando de qualidade e transparente, proporciona aos cidadãos acesso ao conhecimento sobre os detentores de poder.

O ministro Gilmar Mendes também fundamentou sua decisão na maior proteção concedida à liberdade de expressão. Porém, entendeu ser possível reserva legal, tal qual feito no “caso O Globo X Garotinho”, citado pelo ministro, em que prevaleceu o direito de personalidade. Entretanto, o ministro Mendes não explicou quais seriam os critérios para limitar a livre manifestação.

Quanto ao direito penal regulado pela lei, os ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie determinaram, por uma questão de igualdade, que os abusos do direito não devem ser punidos de maneira mais gravosa, mas a pena aplicada *a posteriori* deve ser igual a todos, jornalistas ou não.

A democracia tem importante papel na decisão. O ministro Britto concluiu que Lei de Imprensa não serve ao padrão democrático instituído pela Assembleia Constituinte de 1987/1988, pois faz parte da ordem constitucional anterior, aquela da instituída em plena ditadura militar. Tais evidências são suficientes para a configuração de *fumus boni iuris*, enquanto o *periculum in mora* advém da oportunidade em se impedir que a democracia e a liberdade de expressão sejam violadas por aplicação da lei

em causa.

Entretanto, não concederam o pedido em sua totalidade por afirmarem – em especial, os ministros Carlos Britto, Cezar Peluso e Lewandowski – que a lei precisa ser analisada dissecadamente, no mérito. Como ela também trouxe a regulamentação do direito de resposta, entre outros direitos constitucionais, temeram que sua suspensão pudesse acarretar lacuna no ordenamento normativo, causa de insegurança jurídica.

Já os ministros Menezes Direito, Eros Grau e Celso de Mello votaram conforme o pedido. Na visão desses ministros, toda a lei deve ser suspensa porque ela é incompatível com a democracia (é “*entulho autoritário*”, nas palavras de Eros Grau). Já o ministro Direito afirmou que os “regimes totalitários convivem com o voto, nunca com a liberdade de informação”(fl. 25), para frisar a importância desse argumento para os ministros. Não é uma menção à ditadura brasileira, como no voto de Celso de Mello, porém denota o papel da democracia na decisão.

O ministro Menezes Direito argumentou também que o desenvolvimento da imprensa e da política aconteceram conjuntamente. O papel da imprensa, portanto, é essencial perante a Constituição Federal, pois atende um objetivo constitucional de desenvolvimento político e democrático.

A posição desse ministro foi seguida pelos ministros Celso de Mello e Eros Grau. Esse último teve como único argumento a contraposição entre ditadura e democracia, para a concluir a incompatibilidade da Lei de Imprensa.

Já o ministro Celso de Mello mencionou a importância da crítica jornalística para controle dos governantes, tanto que essa fora a razão da criação da lei pelo regime militar. Tal liberdade não assume, na visão do ministro, um caráter absoluto, haja vista as normas com ele conflitantes, como os direitos de personalidade. Para o ministro, o critério de restrição da

liberdade de imprensa seria a falta de relevância pública ou interesse geral, com tutela sempre *a posteriori*. Portanto, se posicionou de maneira a admitir colisão de princípios na qual a liberdade de expressão não prevaleça. Entretanto, ao entender que “nenhuma autoridade pode (...) estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de comunicação”(fl.109), concordou com o ministro Menezes Direito, que afirmou que a Constituição Federal não permitiu restrições legais à manifestação de pensamento.

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio foi o único dos ministros a não conhecer a ADPF e a medida cautelar. Argumentou que há um “ranço” à lei devido ao momento político da sua criação, mas que a ditadura vigente não pode ser levada em conta. Afinal, a lei vigeu há 41 anos da data do julgamento, dentre os quais quase vinte sob regime da Constituição de 1988. Portanto, para o ministro, não há *periculum in mora*.

É interessante notar, pois, pela primeira vez, que os argumentos utilizados pelo ministro Marco Aurélio em outros casos foram empregados pela parte vencedora, como a maior força da liberdade de expressão. Porém, inesperadamente, o próprio Marco Aurélio não os empregou. Ele já havia se posicionado desta maneira, analisando o cenário contemporâneo, no “caso Ellwanger”, em que constatou que a sociedade brasileira não apresenta riscos de preconceito em massa contra os judeus. No “caso Lei de Imprensa”, afirmou que o Estado não oferece, ao menos no regime democrático, perigo à livre manifestação de pensamento.

O ministro Marco Aurélio também discordou da utilização do instrumento da ADPF, pois, na sua visão, esse instrumento deveria ser empregado apenas em casos excepcionalíssimos, com respeito ao princípio da subsidiariedade. No caso, ele não enxergou censura no dia-a-dia da imprensa, desconfigurando-se descumprimento de preceito fundamental.

No acórdão, a ditadura foi citada pelos ministros Carlos Britto – a qual o ministro Menezes Direito também se referiu em seu voto -, Marco

Aurélio e Eros Grau. Ou seja, dos nove ministros, quatro atentaram para a ditadura em seus votos. Mas todos os outros ministros mencionaram a importância da democracia na questão. A ministra Cármen Lúcia e o ministro Lewandowski acompanharam o relator, haja vista a liberdade de expressão como sustentáculo da democracia. O ministro Menezes Direito disse ser “fácil perceber que o tema posto ao julgamento preliminar desta Suprema Corte é daqueles que dizem com o âmago da prática democrática”(fl.20). Por sua vez, o ministro Celso de Mello constatou que “ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão penal ao pensamento” (fls. 93-94). Já os ministros Peluso e Mendes não se referiram à forma de governo, porém votaram conforme o relator.

Dentre os que abordam o período ditatorial, o ministro relator, Carlos Ayres Britto, afirmou que a ordem democrática não apresenta identidade com a ordem ditatorial anterior. A passagem é considerada relevante pelo ministro Menezes Direito, e por isso sintetizou a posição do ministro Britto mencionando o excerto:

“11. Ora bem, a atual Lei de Imprensa – Lei nº 5.250/67 -, diploma normativo que se põe na alça de mira desta ADPF, não parece mesmo serviente do padrão de Democracia e de imprensa que ressaiu das pranchetas da nossa Assembleia Constituinte de 1987/1988. Bem ao contrário, cuida-se de modelo prescritivo que o próprio Supremo Tribunal Federal tem visto como tracejado por uma ordem constitucional (a de 1967/1968) que praticamente nada tem haver com a atual” (fl.11- grifo nosso)

O ministro Britto considerou o pensamento do constituinte de 1987/1988 contrário às ideias daquele de 1967/1969, incitando que lei do período ditatorial não pode vigor no período democrático. Trata-se de um argumento problemático, visto que muito da legislação em vigor na democracia foi criada no regime militar, porém não tem sua constitucionalidade questionada por não refletir a ordem na qual foi criada. Por exemplo, o Código de Processo Civil é de 1973. É claro, porém, que a

Lei de Imprensa foi muito mais influenciada pelo regime militar por conta da delicada questão da liberdade de expressão na ditadura, se comparado com o Código de Processo Civil ou até outras leis, além de ter sido criada com o escopo de mitigar a oposição.

O ministro Marco Aurélio fez referência ao momento histórico exatamente para criticar o senso comum de se considerar a inconstitucionalidade de lei criada sob égide ditatorial. Conforme o trecho transcrito abaixo, não é o regime em que a lei foi criada que determinará a inconstitucionalidade.

"Reconheço, Presidente, que há um ranço, considerada a lei que é de 1967, mas esse ranço existe numa concepção leiga e, quando muito - não estou a afirmar -, numa concepção política.

Não é o fato de ter-se, no cenário jurídico, diploma editado em pleno regime de exceção que firmará a premissa do conflito com a Constituição Federal". (fl. 45 – grifo nosso)

A assertiva do ministro Marco Aurélio, vencido no caso, entretanto, não foi uma crítica aos votos de todos os outros ministros. Alguns, como os ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto e Cármen Lúcia, apontaram os benefícios da Lei de Imprensa para os direitos assegurados pela Constituição Federal, tal qual o direito de resposta. Porém, como se verá, a posição de alguns deles muda na apreciação do mérito.

Por último, o ministro Eros Grau, vencido parcialmente, também citou o regime ditatorial, relacionando-o diretamente com a Lei de Imprensa, ao afirmar que esta faz parte do "*entulho autoritário*". No trecho abaixo, nota-se a caracterização negativa feita pelo ministro quanto ao período.

"(...) que há uma incompatibilidade entre qualquer Lei de Imprensa e a democracia. Essa Lei faz parte do chamado '*entulho autoritário*'. Ela é incompatível com a democracia porque os seus preceitos não convivem com os princípios da Constituição de 1988. Para os excessos encontra-se resposta no que remanesce na normatividade democrática." (fl.83 – grifo nosso)

Portanto, a citação do regime militar está presente no voto de ministros de cada um dos três posicionamentos possíveis: o ministro Carlos Britto participou do entendimento majoritário, pela suspensão de alguns artigos da lei; o ministro Marco Aurélio, vencido totalmente, votou pelo não cabimento da liminar; e os ministros Menezes Direito e Eros Grau, vencidos parcialmente, decidiram pela invalidade total da lei.

Entretanto, os argumentos que apareceram no acórdão são bem diferentes entre si. Não foi unânime a alusão ao regime militar para votar a favor da invalidade da lei, como se pode depreender do voto do ministro Marco Aurélio, que se vale da menção à ditadura para tecer comentários contrários à intolerância descriteriosa com as leis do período. Porém, a maioria vencedora votou tendo como essencial para a decisão final a incompatibilidade da Lei nº 5.250 com a democracia.

Quanto à apreciação do mérito, o Tribunal decidiu pela procedência da ação, a fim de declarar a não recepção total da Lei de Imprensa. Estavam presente à sessão os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Restaram vencidos, em parte, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º; artigo 2º, *caput*; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei e, vencido integralmente o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

O ministro Carlos Britto, em seu voto, enalteceu a liberdade de expressão. Colocou a imprensa como instância de comunicação em massa, uma vez que destina-se ao leitor em geral e ajuda na formação da opinião pública.

A harmonia dos órgãos de comunicação com a democracia foi enfatizada pela afirmação de que o regime democrático promove a convivência entre contrários, e auxilia neste propósito a pluralidade da imprensa, haja vista a vedação de monopólio. Acrescentou que a imprensa, ao incitar a vontade à verdade na sociedade, faz com que o público leitor a force e fiscalize a informação em plenitude e fidedignidade.

Além disso, atribuiu à imprensa o escopo de publicidade, tão caro para um governo de representatividade política. Ela favorece, desta maneira, a cidadania e a soberania. Em suma, para o ministro Britto, os jornais e a democracia mantêm uma relação recíproca de fomento.

Por fim, votou pela ampla liberdade de imprensa, deixando a regulamentação da imprensa a cargo sociedade, por ter a opinião de que não há meio-termo na regulamentação estatal dos meios de comunicação:

"Pois é definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica. Imprensa apenas meio livre é um tão arremedo de imprensa como a própria meia verdade das coisas o é para a explicação cabal dos fenômenos, seres, condutas, ideias." (p. 32)

Para o relator, não pode haver mediação do Estado na relação imprensa/sociedade, haja vista a potencialidade de tal relação se desdobrar em censura. Desse modo, as únicas limitações possíveis aos veículos de comunicação seriam as constitucionais: a proibição do anonimato e, *a posteriori*, de direito de resposta e reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros. Sobre a tutela penal, o ministro afirmou que não cabe punição diferente ao jornalista.

O ministro Carlos Britto considerou a Lei de Imprensa e a Constituição Federal documentos "visceralmente contrários, em suas linhas e entrelinhas" (p. 105). Essa incompatibilidade na essência levou-o a afastar a possibilidade de interpretação conforme a Constituição de

qualquer parte da lei, declarando-a não recepcionada.

Diferentemente de Carlos Britto, todos os outros ministros, com a exceção de Ricardo Lewandowski, consideravam possível a existência lei de imprensa compatível com a Constituição, quando regulamentar a organização e o procedimento de direitos dos cidadãos, como o direito de resposta. Porém, aqueles que deram provimento à ação, total ou parcial, tomaram a Lei nº 5.250, ou parte dela, como inconciliável com os princípios da Constituição Federal superveniente.

O ministro Celso de Mello diferenciou assuntos privados e assuntos públicos tratados na mídia, afirmando que a liberdade de expressão de forma ampla protege apenas os últimos. Só assim ficaria garantida a proteção de qualquer pessoa ou grupo social contra a incitação ao ódio público. Novamente o ministro traça critérios de limitação da liberdade de expressão, porém diferentes daqueles traçados em seu voto na medida cautelar.

Gilmar Mendes argumentou no mesmo sentido, apesar de seu voto divergir do voto de Celso de Mello. Afirma que, além do desequilíbrio entre o Estado e a imprensa, existe, muitas vezes, um desequilíbrio entre a imprensa e o cidadão, razão pela qual a atividade midiática deve ser regulamentada. Esse ministro, restou vencido, pois votou pela não recepção dos arts. 29 a 36, enquanto recebeu os restantes, pois tais artigos trariam segurança jurídica à aplicação de direitos como o direito de resposta.

Já o ministro Celso de Mello decidiu no mesmo sentido do relator, acrescentando que, por mais prejudicial que a imprensa seja em certas ocasiões, a sua liberdade é pressuposto democrático e mais gravoso seria limitá-la. A limitação estatal que implicasse verificação prévia da matéria das publicações ocasionaria arbitrariedade e injustiça. Como ele, todos os ministros relacionaram a democracia com a liberdade de expressão.

Tal qual Celso de Mello, acompanharam o voto do relator os ministros

Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Julgaram pela não recepção total da lei.

O ministro Cezar Peluso afastou o dispositivo legal por completo por uma questão de organicidade. Para o ministro, há dispositivos compatíveis com a Constituição na Lei de Imprensa, porém é melhor não manter uma “sistema que se tornou mutilado”(p. 123) e deixar a aplicação dos direitos ali estabelecidos por conta do Poder Judiciário.

Já Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski argumentaram que a Lei de Imprensa não pode ser recepcionada por apresentar objetivos colidentes com os princípios constitucionais. Para esses ministros, a razão da incompatibilidade da lei em pauta é a finalidade pela qual foi criada: favorecer o regime ditatorial existente. O ministro Menezes Direito argumentou que a lei foi criada para limitar o direito à expressão, e não regulamentado.

Os ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie restaram vencidos. Julgavam improcedente a Lei de Imprensa quanto aos artigo 1º, § 1º; artigo 2º, *caput*; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; aos outros dispositivos, determinaram a aplicação conforme a Constituição. O ministro Joaquim Barbosa afirma que a compreensão de termos como “moral e bons costumes” e “subversão da ordem política e social” à luz da Constituição Federal pode retirar “o ranço autoritário e a vagueza conceitual” (p. 113) dos dispositivos da lei.

Igualmente, Marco Aurélio foi posição minoritária, votando assim como havia feito na apreciação da medida cautelar. O ministro decide pelo não conhecimento da ação, pois teme pelo vácuo normativo, que fará com que os julgadores que se deparem com questões relacionadas à imprensa utilizem critérios diferentes para decidir. Nesse sentido, prefere a segurança jurídica.

Além disso, afirma que a Lei têm 40 anos de vigência, dos quais vinte

anos vigente sob a Constituição de 1988. Nesses, a imprensa têm estado livre, prova de que o Poder Judiciário tem interpretado a Lei de acordo com a Constituição.

Quanto à referência à ditadura, o período foi mencionado na ementa, no relatório e nos votos de Carlos Britto, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

A primeira citação aparece na ementa, de maneira implícita:

“10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: (...) b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.” - (p. 10 – grifo nosso)

Adiante, será analisada a importância dessa menção.

Carlos Britto menciona o período ditatorial do relatório, em fragmento sobre o parecer do Procurador-Geral da República. No trecho abaixo, a autoridade relacionou a Lei de Imprensa com o regime no qual foi criada:

“b) não foi recepcionada pela Constituição a regra do § 3º do art. 20, por inadmitir exceção da verdade em face de determinadas autoridades públicas (regra que Sua Excelência tem como “um vestígio de autoritarismo ditatorial, talvez até aristocrático, na medida em que se busca colocar certos atores políticos a salvo da verdade)” (p.19 – grifo nosso)

Já no voto, o ministro fez uma referência incerta, que pode ou não ser sobre os anos de 1964 a 1985. O excerto, citado a seguir, faz diversas críticas a um “tempo”, mas restam dúvidas sobre qual seja ele. Diferentemente das menções anteriores, o ministro faz juízo valorativo, caracterizando o “tempo” como de “voluntarismo, chantagem, birra, perseguição”:

"28. Se é assim, não há opção diferente daquela que seguramente fez o nosso Magno Texto Republicano: consagrar a plenitude de uma liberdade tão intrinsecamente luminosa que sempre compensa, de muito, de sobejo, inumeravelmente, as quedas de voltagem que lhe infligem profissionais e organizações aferrados a práticas de um tempo que estrebucha, porque já deu o que tinha de dar de voluntarismo, chantagem, birra, perseguição" (p. 33 – grifo nosso)

Finalmente, o ministro mencionou explicitamente o regime militar, para tratar da incompatibilidade entre este e a democracia posteriormente instaurada. Para ele, a Lei de Imprensa foi um mecanismo utilizado pelo governo militar para se perpetuar no poder. Esse escopo escondido da Lei de Imprensa a contaminaria como um todo, impedindo que se compatibilize com o regime atual.

"66. A atual Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como "anos de chumbo" ou "regime de exceção" (período que vai de 31 de março de 1964 a princípios do ano de 1985). Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988. E tal impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical, destarte), contamina toda a Lei de Imprensa:
I - quanto ao seu arditoso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; II - quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político ideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às calendas gregas a devolução do governo ao poder civil." (p. 70 – grifo nosso)

Prossegue com o mesmo argumento em citação posterior:

"E assim de ressalva em ressalva, de exceção em exceção, de aparentes avanços e efetivos recuos, a Lei nº 5.250/67 é um todo pro-indiviso que encerra modelo autoritário de

imprensa em nada ajustado ao art. 220 da CF, mais os §§ 1º, 2º e 6º desse mesmo artigo, consagradores do clima de democracia plena que a nação passou a respirar com a promulgação da Magna Carta de 1988. Pior ainda, a Lei Federal nº 5.250/67 é tão servil do mencionado "regime de exceção", tão objetivamente impregnada por ele, que chega a ser um dos seus principais veículos formais de concreção. O próprio retrato falado e símbolo mais representativo, no plano infraconstitucional, de toda aquela desditosa quadra de amesquinamento dos foros de civilidade jurídica do Brasil." (p. 72 – grifo nosso)

Do final do trecho é possível depreender o desgosto do ministro pela ditadura e por suas práticas. Portanto, para o ministro Britto, a incompatibilidade da Lei nº 5.250 não apenas advém do contexto político no qual foi criada, mas também do fato de ter servido ao propósito do regime militar, por tê-lo promovido e facilitado.

Trata-se de um argumento marcante no voto de Carlos Britto, que conduz à decisão.

Gilmar Mendes concordou com Carlos Britto nesse ponto:

"A Lei n.º 5.250, de 1967, não destoia dessa tendência repressiva do Estado brasileiro em relação à liberdade de imprensa. A atual Lei de Imprensa, não se pode negar, é, como afirma o Ministro Carlos Britto, "servil do regime de exceção"; ela, de fato, está impregnada de um espírito autoritário. " - (p. 252)

Entretanto, para o Ministro, o período no qual a lei foi criada e seu objetivo inicial não bastam para que seja inconstitucional por completo, como mostre em trecho do debate. Nela, há artigos benéficos:

"Quer dizer, qual é a incompatibilidade do artigo 29, a não ser o fato de ser uma lei que vem desse regime?" - (p. 279)

A origem no período ditatorial é um argumento secundário para o ministro Mendes, uma vez que a lei vem sendo aplicada pelos tribunais de maneira a não ameaçar os direitos fundamentais. Ele menciona um editorial do jornal A Folha de São Paulo que reflete a sua opinião:

" A Lei de Imprensa deixou de ser a principal ameaça à liberdade de expressão no Brasil. Criada por uma ditadura, seu objetivo central era controlar a informação pela coação legal, imposta a veículos e profissionais. Nem todos os artigos do código de 1967, entretanto, correspondiam a pressupostos de tutela. Os dispositivos mais autoritários da Lei de Imprensa passaram a ser ignorados nos Tribunais a partir da redemocratização de 1985. O que restou do diploma hoje propicia alguma segurança jurídica a cidadãos, empresas e jornalistas, sem ameaçar direitos fundamentais." - (p. 252)

Já, para Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, o período ditatorial é importante para a decisão.

Em frase do voto de Cármen Lúcia, a ministra afirma que, por a norma ser do período autoritário, ela restringe a liberdade de imprensa.

"1. Quando, numa ação como a presente, se põe em foco a validade e a eficácia, ou não, de norma do período autoritário, que acanham a liberdade de imprensa, penso bem começar o meu voto tomando de empréstimo palavras de Ruy Barbosa, ao afirmar, no Senado Federal, em 11 de novembro de 1914, que '(...)Sou pela liberdade total da imprensa, pela sua liberdade absoluta, pela sua liberdade sem outros limitem que os do direito comum, os do Código Penal e os da Constituição em vigor.' " (p. 300 – grifo nosso)

Em seguida, afirma, como os ministros Carlos Britto e Gilmar Mendes, que a Lei de Imprensa foi criada com a finalidade de favorecer o regime militar:

"3. Fruto de período autoritário, a Lei n. 5.250/67 – ela toda em sua concepção articulada nas normas que a compõem – obedeceu a parâmetros que não mais se compõem com o sistema constitucional vigente, graças a Deus, agora democrático. As expressões mesmas que se contém em seus dispositivos esclarecem o intento de se instituir a inquisição da palavra escrita e falada como informação publicada. " - (p. 301)

Portanto, para a ministra, a origem e os objetivos iniciais da norma impedem a compatibilidade com a Constituição Federal. Em seu voto,

esmiuçou as razões porque cada artigo deveria ser afastado e, ao analisar a compatibilidade dos arts. 61 a 64 da Lei de Imprensa com a Constituição, considerou que eles relembram os tempos da ditadura:

“Os dispositivos afrontam, de modo direto e objetivo, os princípios e regras constitucionais relativas ao tema. São incompatíveis com a Constituição de 1988, e tudo o que há de deixar – para os que teimam ou não conseguem esquecer – são as memórias amargas de tempos em que a mordaza, não a liberdade prevaleceu e fez-nos calados e surdos, porque não havia quem nos pudesse falar com liberdade, nem de liberdade.” - (p. 323)

Tal qual a ministra, o ministro Ricardo Lewandowski vota tendo em vista o período no qual a lei foi criada:

“Senhor Presidente, a Lei 5.250/67 foi editada num período autoritário cujo objetivo – evidentemente não declarado – foi o de cercear ao máximo a liberdade de expressão, com vistas a perpetuar o regime autoritário que vigorava no País. Cuida-se, hoje, à evidência, de um diploma legal que se mostra totalmente incompatível com os valores e princípios fundamentais abrigados [na] Constituição de 1988” - (p. 101)

Os ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, apesar de vencidos, também mencionaram o período militar. Porém, como o ministro Mendes, a origem da lei não é importante na concepção deles. Para Joaquim Barbosa, o “ranço autoritário” pode ser afastado com a interpretação conforme:

“É certo que a linguagem neles [nos dispositivos] utilizada nos remete a um período sombrio da nossa História recente.” - (p. 111)

“ O art. 2º, *caput* refere-se à comunicação pública que atente contra a moral e os bons costumes. O procurador-geral da República sugere a compatibilidade do texto com a Constituição, se o termo “moral e bons costumes” for interpretado com o sentido de “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” nos exatos termos do art. 221, IV, da Constituição. Com essa compreensão, que extrai da expressão “moral e bons costumes” o ranço autoritário e a vagueza conceitual em que ela se vê envolta, e a remete a

valores acolhidos pela nova ordem constitucional, entendo que o dispositivo pode ganhar uma sobrevida.” - (p. 113)

Já Marco Aurélio mencionou a ditadura para afirmar que não se pode dar relevância ao período que a norma foi criada, pois a norma vem sendo aplicada há mais de vinte anos sob égide da Constituição Federal, e nesse período a imprensa não foi censurada. Aliás, sobre outros dispositivos do período há consenso de que foram recepcionados.

O ministro mencionada um trabalho de Evandro Lins e Silva, ministro do Supremo conhecido por ser contrário ao regime ditatorial, que fala da necessidade de uma lei de imprensa:

“Presidente, chegou às minhas mãos um trabalho do mestre paranaense, que costumo ouvir para refletir na minha atuação judicante, René Ariel Dotti, cujo título é sinalizador: “Controle democrático da liberdade de informação: uma lei própria para regular o universo dos meios de comunicação”. Tem-se, então, a transcrição – com referência ao saudoso Ministro Evandro Lins e Silva, insuspeito quanto ao ranço da ditadura – de parte da exposição de motivos de um projeto ou anteprojeto confeccionado pela Ordem dos Advogados do Brasil” - (p.135)

Mas, como dito no trabalho, e vou parafrasear a expressão, há a síndrome de ditadura militar. Volta-se aos idos imediatamente anteriores a 1988, quando se sentiu necessidade de transportar para a Lei Maior do País preceitos que poderiam estar muito bem na legislação ordinária. (...) esquece-se que tivemos reformas desse mesmo Código Penal durante o regime que alguns apontam como regime *de chumbo*, como regime de exceção, e reformas que, no tocante a garantias do cidadão, mostraram-se profícuas, adequadas, aconselháveis quando se vive em um Estado Democrático de Direito. - (p. 138)

Por fim, Marco Aurélio conclui que a ditadura na qual foi criada a lei não pode guiar o seu posicionamento:

Não posso, de forma alguma, proceder a partir de um ranço, a partir do pressuposto de que essa lei foi editada pelo Congresso Nacional, em regime que aponto não como de *chumbo*, mas como de exceção, considerado o

essencialmente democrático. - (p. 143)

Dos onze ministros presentes à sessão, sete mencionaram a ditadura. O que se percebe, como na cautelar, é que todos os posicionamentos possíveis mencionaram a ditadura. Fizeram-no para argumentar, para aqueles que consideram o período importante para decidir sobre a recepção, ou como contra-argumento, para os que não acreditam que o período de criação da norma seja importante na decisão final.

Para o Tribunal como um todo, não se pode afirmar que a menção à ditadura componha um argumento importante, apesar de a ementa apontar desta maneira⁸⁰. Mesmo assim, dos ministros que formaram a posição vencedora, a maioria tomou como relevante a ditadura.

⁸⁰ Um problema recorrente no tribunal é a redação de ementas que não refletem a posição do pleno. A ementa é feita pelo relator ou, se vencido, por algum ministro vencedor. Todavia, nem sempre eles se preocupam em verificar se, tal qual a parte dispositiva, a sua motivação é majoritária.

CASO DIPLOMA DE JORNALISTA

Recurso Extraordinário nº 511.961

O Ministério Público Federal ("MPF") ajuizou ação civil pública na qual defendeu a não-recepção, pela Constituição Federal de 1988, do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69, que exige o diploma de curso superior de jornalismo. Pediu que a União não seja obrigada a registrar os diplomados em jornalismo no Ministério do Trabalho, bem como não mais tenha de executar fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista, declarando-se também nulos os autos de infração em razão da prática do jornalismo. Além disso, requereu que:

"4) sejam remetidos ofícios aos Tribunais de Justiça de todos os Estados da Federação, dando ciência da antecipação de tutela, de forma a que se aprecie a pertinência de trancamento de eventuais inquéritos policiais ou ações penais, que por lá tramitem, tendo por objeto a apuração de prática de delito de exercício ilegal da profissão de jornalista." (p. 698)

A 16ª Vara Cível Federal de São Paulo deferiu parcialmente o pedido, entendendo que o registro do diploma de curso superior no Ministério do Trabalho é inexigível pela União e ficará a critério do jornalista. Os autos foram remetidos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em razão dos recursos de apelação da União, da Federação Nacional dos Jornalistas, do Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal. O órgão deu provimento ao recurso da União, que defendeu a compatibilidade da lei criada sob égide do regime militar com a Constituição Federal de 1988:

"a) O Decreto-Lei nº 972, de 1969, é plenamente compatível com a Constituição de 1988. Sustenta a União que 'a Constituição Federal pretérita, em seu art. 150, § 23, já dispunha sobre a liberdade de exercício profissional, observadas as condições de capacidade estabelecidas por lei. Tais condições de capacidade foram à época

determinadas pelo Decreto-Lei nº 972/69, que condicionou o exercício da profissão de jornalista ao curso superior em jornalismo e o registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social. A Constituição de 1988 também trouxe em seu corpo o princípio da liberdade profissional, em moldes idênticos à Constituição Federal anterior, em seu art. 5º, XIII, (...). Portanto, em termos doutrinários, ambas as disposições constitucionais caracterizam-se como normas constitucionais restringíveis, ou seja, passíveis de regulamentação infraconstitucional, podendo a lei delimitar condições para o exercício das profissões, de acordo com os imperativos do bem comum e em observância dos demais princípios constitucionais” (p. 706)

O MPF e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão interuseram recurso extraordinário contra o acórdão do TRF Federal 3ª região, alegando violação ao art. 5º, incisos IX e XIII, assim como ofensa ao art. 220, da Constituição.

O Presidente, ministro Gilmar Mendes, relator do caso, inaugurou a posição vencedora, deferindo o pedido. Foi seguido pelos ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Ellen Gracie, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Restou vencido o ministro

O ministro Mendes, antes de apresentar os argumentos jurídicos que o guiaram na decisão, enfatizou a repercussão social do tema discutido, haja vista a quantidade de cursos superiores abertos e de jornalistas que atuam sem possuir diploma específico⁸¹. Com a vigência do dispositivo impugnado, esses profissionais exercem o ofício ilegalmente e por isso estariam, em tese, sujeitos à multa prevista no art. 13 do Decreto-Lei nº 972/1969 e à pena de prisão de até 3 meses devido à contravenção penal prevista no 47 do Decreto-Lei nº 3.688, de 1941.

O ministro afirmou que, para avaliar se a lei violou o direito fundamental da liberdade de expressão e de profissão, seria preciso

⁸¹ Ainda antes disso, o ministro versou sobre os pressupostos processuais e condição da ação, frisando a importância da ação civil pública para a democracia. Entretanto, as questões processuais não serão objeto de análise do presente trabalho.

determinar o alcance da proteção desses direitos e as restrições que podem sofrer, a partir da colisão com outras normas.

Dentre as diversas maneiras de autorização às restrições de garantias, há as reservas legais qualificadas, como dispõe o art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. O ministro comentou que as Constituições anteriores também traziam tal disposição, inclusive as do regime militar:

“A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “*condições de capacidade*” como condicionantes para o exercício profissional: Constituição de 1934, art. 113, 13; Constituição de 1937, art. 122, 8; Constituição de 1946, art. 141, § 14; Constituição de 1967/69, art. 153, § 23.” (p. 749 – grifo nosso)

A menção ao documento legal do período autoritário não forma um argumento, mas compõe uma referência pedagógica ou explicativa, que visa dar ciência ao histórico constitucional da limitação do princípio da liberdade profissional. No caso, os regimes ditatorial e democrático não se contrapõem, tanto que o mesmo princípio, com a mesma capacidade de restrição, é apontado nas Constituições de ambos os períodos. Na verdade, essa citação vai em direção oposta àquelas que enfatizam as diferenças entre os valores das duas formas de governo, pois o ministro faz um paralelo entre um princípio presente nos dois períodos.

A reserva legal qualificada, porém, não confere ao legislador o poder de restringir o direito fundamental arbitrariamente, mas respeitando o âmbito de proteção da garantia, chamado pelo ministro de “núcleo fundamental”. No ponto de vista do ministro Gilmar Mendes, a lei restritiva há de ser proporcional e razoável perante as qualificações profissionais necessárias para a execução da profissão, o que ele chama “princípio da reserva legal proporcional”. Segundo ele, o juízo de proporcionalidade é

composto por três momentos de análise:

“O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).” (p. 744)

Em seguida, o ministro analisou do juízo de proporcionalidade. Afirmou que um caso a respeito da qualificação profissional para corretores de imóveis, julgado sobre a Constituição de 1967/69, é precedente para a possibilidade de regulamentação da profissão de jornalista⁸²., No entendimento do ministro Gilmar Mendes, ambas as profissões não necessitam de conhecimentos técnicos, além de o curso superior nessas áreas não ser útil para dirimir os possíveis danos a terceiros que o seu exercício possa causar. A presença desses requisitos, na visão do ministro, determina se o Estado é legitimado constitucionalmente para regulamentar a profissão.

O ministro Gilmar Mendes afirmou que os danos realizados pelo jornalista, muitas vezes graves, como, por exemplo, a vinculação de informação falsa, decorrem de um problema moral e de caráter, e não de ignorância científica. A resolução de tais problemas até pode ser reforçada na faculdade, mas nunca completada. Argumentaram de maneira semelhante os ministros Ellen Gracie, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Portanto, a limitação da profissão de jornalista seria irrazoável, no entendimento do ministro Gilmar Mendes. A utilização do precedente da época do regime militar evidencia que há pontos de convergência entre os regimes ditatorial e democrático.

⁸² Trata-se do RE nº 70.563/SP (rel. min. Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-197).

Além disso, na opinião do ministro, o jornalismo apresenta como particularidade o fato de ser uma profissão vinculada à liberdade de expressão, direito que não está sujeito a restrições legais senão em casos excepcionalíssimos, referidos na Constituição Federal. A definição legal das qualificações profissionais do jornalista deve servir para reforçar e proteger a liberdade de expressão. Não é isso que faz o decreto-lei em tela ao restringir o acesso à profissão de jornalista por ter como consequência a mitigação da livre manifestação de muitos. Ao contrário, o ministro Mendes acredita que seja um controle instituidor de censura prévia, por ter criado uma barreira aos artistas, políticos e intelectuais, que em boa parte eram opositores do governo, o exercício do jornalismo. Portanto, determinou que cabe aos próprios meios de comunicação, livremente, regerem a atuação dessa profissão.

“Se existe algum serviço público no exercício da profissão de jornalista, ele resulta da liberdade e da independência perante os poderes públicos e perante as entidades privadas com que a mesma é levado a cabo, bem como numa deontologia profissional que privilegie os objetivos publicísticos da liberdade, do pluralismo, da discussão pública e do autogoverno democrático, relativamente aos objetivos puramente econômicos das empresas de comunicação.” (p.761)

No final de seu voto, Mendes contextualizou o período no qual o decreto-lei em questão foi criado:

“Não se esqueça que, tal como o Decreto-Lei nº 911/69 – que equiparava, para todos os efeitos legais, inclusive a prisão civil, o devedor-fiduciante ao depositário infiel na hipótese do inadimplemento das obrigações pactuadas no contrato de alienação fiduciária em garantia, e foi declarado inconstitucional por esta Corte no recente julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349.703 (Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes) e nº 466.343 (Relator Ministro Cezar Peluso) –, o Decreto-Lei nº 972, também de 1969, foi editado sob a égide do regime ditatorial instituído pelo Ato Institucional nº 5, de 1968. Também assinam este Decreto as três autoridades militares que estavam no comando do país na época: os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das

atribuições que lhes conferiu o Ato Institucional nº 16, de 1969 e o Ato institucional nº 5, de 1968. Está claro que a exigência de diploma de curso superior em jornalismo para o exercício da profissão tinha uma finalidade de simples entendimento: afastar dos meios de comunicação intelectuais, políticos e artistas que se opunham ao regime militar. Fica patente, assim, que o referido ato normativo atende a outros valores que não estão mais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. Assim como ficou consignado naquele julgamento, reafirmo que não só o Decreto-Lei nº 911/1969, mas também este Decreto-Lei nº 972/1969 não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto do atual Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.” (p.783-784 – grifo nosso)

No excerto, o ministro tratou da incompatibilidade da finalidade da norma com a democracia. Ela foi criada para que o governo militar afastasse a participação de grupos não desejados na mídia, solapando sua liberdade de expressão. É o único argumento utilizado que faz referência à ditadura, mas, em razão da maneira como é utilizado, pode ser considerado importante para a decisão final. Além dele, o argumento da irrazoabilidade da restrição prescrita no dispositivo questionado também tem grande relevância para o desfecho do voto.

Os ministros que acompanharam o ministro Gilmar Mendes pouco acrescentaram de diferente. Cezar Peluso e Carlos Britto enfatizaram o contexto do regime democrático, porém não mencionaram a ditadura. O primeiro só afirmou a “importância e relevância desta questão para a democracia”(p.812), enquanto o ministro Britto justificou a prevalência *a priori* da liberdade de expressão – chega a caracterizá-la de absoluta – por conta de seu serviço ao regime democrático:

“Em verdade, esses bens jurídicos que dão conteúdo à liberdade de imprensa[liberdade de manifestação do pensamento, na liberdade de informação, na livre expressão da atividade intelectual, da atividade científica, da atividade artística e da atividade comunicacional] são superiores bens de personalidade. Verdadeiros sobredireitos, que servem mais que os outros à dignidade

da pessoa humana e à própria democracia.”(p. 808 – grifo nosso)

Além de Gilmar Mendes, Lewandowski também considerou relevante o regime no qual a norma foi criada, pois tinha uma finalidade incompatível com a Constituição superveniente:

“O Decreto-lei 972/69, tal como a Lei de Imprensa, que acaba de ser declarada inconstitucional por esta Suprema Corte, representa mais um resquício do regime de exceção – um 'entulho' do autoritarismo, como se costuma dizer -, cujo escopo era, inequivocadamente, controlar as informações veiculadas pelos meios de comunicação, em especial pelos jornais, afastando das redações intelectuais e políticos que faziam oposição ao governo de então.” - (p. 790 – grifo nosso)

O ministro Marco Aurélio é o único que restou vencido. Argumentou que a liberdade de expressão não é cerceada no contexto atual:

“Senhor Presidente, estamos a refletir sobre um diploma legal em vigor há quarenta anos, dos quais vinte, como ressaltei quando apreciamos a inconstitucionalidade da Lei nº 5.250/67, simultaneamente, com a Carta da República.

Justamente em um momento em que o País goza de liberdade maior na arte da expressão, pretende-se vislumbrar, nesse diploma, inconstitucionalidade, conflito com o que se contém especialmente no artigo 220 da Constituição Federal.” (p. 821 – grifo nosso)

Entendeu que a restrição se legitima constitucionalmente, uma vez que as próprias disposições constitucionais sobre a liberdade de expressão remetem ao art. 5º, XIII que dispõe ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Para ele, a previsão de obrigatoriedade de diploma de jornalista implica uma segurança jurídica maior para os leitores e aqueles que poderiam ser prejudicados pela profissão, reduzindo os riscos. Concordou que a universidade não elimina totalmente os riscos, mas isso também acontece nas profissões de medicina, engenharia e outras nas quais o perigo de dano a terceiro é evidente. De qualquer maneira,

frequentar um curso superior pode minimizar os danos.

Em outro fragmento de seu voto, o ministro Marco Aurélio aponta uma semelhança entre a democracia e o ditadura: a necessidade de limitação do jornalismo de jornalista em ambos os regimes, por conta da importância da profissão:

“Quando se concebe - como se concebeu em 1969 - a exigência do curso superior e quando se admite essa exigência, fazendo-o no campo da opção político-normativa, tem-se em vista a prestação de serviço de maior valor, de serviço que sirva, realmente, à formação de convencimento sobre temas, passando-se, até, a contar com orientação na vida gregária.” (p. 823- grifo nosso)

Para ele, a maneira como o decreto regulamentou a matéria não colide com o regime constitucional superveniente. Porém, apesar de ter mencionado o período autoritário, essa referência tem uma função acessória, compondo um argumento principal, que é a essencialidade de se regulamentar a profissão de jornalista. Quanto ao tecnicismo, afirmou que a aprendizagem do jornalismo não se exaure no conhecimento prático, pois é um saber que engloba também áreas da inteligência.

É interessante notar a relação dos entendimentos de alguns ministros no “caso Lei de Imprensa” e no “caso diploma de jornalista”, acórdãos que envolvem recepção de lei criada no período ditatorial. Os casos tratam de diversas questões próximas, tanto que o ministro Lewandowski mencionou semelhanças entre ambos, em excerto mencionado supra.

Marco Aurélio manteve, nos dois debates, o argumento de que a imprensa não está cerceada e que não há colisão com a Constituição.

O ministro Mendes, porém, foi o que mais apresentou mudanças em seu posicionamento. Enquanto no caso “Lei de Imprensa”, apresentou o exemplo da Escola Base⁸³, mostrando que a imprensa é propícia a causar

⁸³Em 28 de março do ano de 1994, a mídia brasileira divulgou uma série de matérias referentes a um suposto crime de abuso sexual praticado contra alunos da Escola Base, no bairro da Aclimação, na cidade de São Paulo.(...)

danos graves, mas no caso “diploma de jornalismo” afirmou que tais eventuais riscos ou danos efetivos a terceiros causados pelo profissional do jornalismo não seriam inerentes à atividade”(p. 755). Quanto à menção à ditadura, entretanto, o ministro mantém a não vinculação argumentativa do período de criação da norma nos dois votos.

O resultado do exame do Instituto Médico Legal (IML) foi inconclusivo, e as lesões encontradas poderiam ser atribuídas tanto a violência sexual como a problemas intestinais. A investigação sobre o caso foi capaz de afastar todas as suspeitas. (...)
A divulgação das informações das denúncias [na mídia] provocou saques à escola e depredação de suas instalações. Na época, houve a prisão preventiva dos donos da escola, que posteriormente foram libertados. Os donos faliram e foram ameaçados de morte por telefonemas anônimos. O inquérito, ao final, foi arquivado por falta de provas.” (p. 256- 257 da ADPF 130)

Análise do argumento da ditadura

Ao término da abordagem dos acórdãos em separado, a seguir analisaremos as características da menção à ditadura em grupos de acórdãos. Os casos apresentam diversas semelhanças e diferenças quanto à essencialidade do argumento da forma de governo para a decisão final e quanto à contraposição dos regimes ditatorial e democrático. Serão utilizados os critérios de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, conforme explicitado anteriormente (no item “Forma de análise”).

Os resultados dessa análise podem ser consultados na tabela do Anexo, que mostra os ministros que, em cada caso, citaram a ditadura, se a menção se deu no relatório ou no voto, e, por fim, se configura *ratio decidendi* ou *obiter dictum* para o voto e para o Tribunal.

Argumento como *obiter dictum* do STF

Analisando todos os acórdãos, percebe-se que a maioria das menções ao regime militar são *obiter dictum*, tanto em relação ao Tribunal, como em relação aos votos, por diversas razões.

Há casos em que a referência à ditadura foi feita apenas no relatório do acórdão, o que foi considerado *obiter dictum* da decisão do voto e do Tribunal. Por mais que ela não tenha composto o voto, o ministro-relator realizou o trabalho de separação dos argumentos em jogo, trazendo aqueles mais relevantes de cada lado da discussão. Destarte, o relatório agrega um trabalho seletivo do ministro, razão pela qual a menção ao período feita no relatório foi considerada na análise. Entendemos ser importante explicitar qual das posições representadas no relatório foram acolhidas pelo STF ou pelo relator, pois, caso afirmativo, o fragmento do relatório que contém a

menção à ditadura merece destaque ainda maior.

No primeiro caso analisado, o “caso participação de partidos políticos no plebiscito do ADCT”, a petição inicial citou a ditadura (“vinte anos de arbítrio”). Esta foi relacionada à liberdade de expressão, pois os partidos políticos foram vistos como essenciais à “expressão da vontade popular”. Porém, a posição exposta no relatório não foi acolhida pelo STF ou mesmo pelo relator. Por mais que vários ministros se referissem à democracia, o faziam para relacioná-la somente a questões eleitorais, como a necessidade de partidos políticos na democracia ou a desnecessidade, na democracia direta.

O mesmo aconteceu no “caso da propaganda eleitoral gratuita”, em que a referência à ditadura foi feita pelo Vice-Procurador Geral da República, em parecer citado *ipsis litteris*. Para o próprio parecer a citação do “regime constitucional anterior” é secundária, pois só serve para justificar o uso de argumentos de um outro parecer, cunhado sob a égide do regime militar. Com a menção de documento daquela época, o Vice-Procurador-Geral da República mostrou uma possibilidade de conciliação entre os regimes democrático e ditatorial. A sua posição coincidiu com o voto do relator e a posição majoritária do Tribunal, que, porém, não mencionaram o período político.

Outra decisão em que a citação à ditadura é empregada no relatório é o “caso liberdade de reunião na praça dos poderes”. A petição inicial afirmou que o decreto discutido no acórdão, ao atribuir restrições ao direito de livre manifestação e de reunião, instituiu práticas da ditadura, incompatíveis com a democracia. Esse argumento é essencial para a justificativa do pedido dos requerentes. O STF unanimemente deu provimento à ação, porém o argumento da ditadura só foi empregado de maneira fundamental pelo ministro Marco Aurélio. O ministro Jobim mencionou o período político, porém de maneira secundária, como será abordado adiante.

Nesses três primeiros casos, percebe-se que a citação à ditadura se

deu predominantemente no relatório, embora alguns ministros a tenham mencionado timidamente– o ministro Jobim o fez de maneira secundária, no “caso liberdade de reunião na praça dos poderes”, enquanto o ministro Marco Aurélio compôs o fundamento de sua decisão com a menção ao regime ditatorial –, sem que o Tribunal considerasse a citação essencial.

O caso seguinte, “ECA e a pena a veículos de informação”, também apresentou referência ao regime no relatório, em trecho sobre a representação encaminhada pela Associação Nacional de Jornais ao PGR. No excerto, foram comparados os dispositivos constitucionais dos períodos ditatorial e democrático sobre a liberdade de expressão, enfatizando-se a nova previsão de 1988, de vedação à censura. Com isso, pretendeu-se proteger a liberdade de restrições não contidas na Carta Constitucional. O ministro Ilmar Galvão, relator do caso, transcreve e vota conforme o parecer PGR, dando a entender que acolhe seus argumentos. O Supremo, com ressalva ao ministro Marco Aurélio, acompanha o ministro Galvão, sem mais acréscimos, do que se subentende que o seguiram em todos os argumentos. Porém, como será tratado adiante, a menção trata-se de *obiter dictum* do Tribunal.

Por último, os casos “lei de imprensa” e “diploma de jornalista” abordaram, nos respectivos relatórios, o período ditatorial. No primeiro, o parecer do PGR, que opinou pela revogação de alguns artigos da Lei de Imprensa, trata de certo dispositivo da legislação como “um vestígio de autoritarismo ditatorial”, por conta da proteção diferenciada dada à certos cargos administrativos e de poder. Não foi seguido pelo Tribunal ou pelo relator, que revogou a lei por completo. Já no segundo caso (“caso diploma de jornalista”), a União afirmou que o decreto discutido é compatível com a democracia, pois o regime ditatorial já dispunha sobre a liberdade de exercício profissional, princípio também presente no regime superveniente. Essa posição só é seguida pelo ministro Marco Aurélio.

Desses acórdãos, o “caso participação de partidos políticos no

plebiscito do ADCT” e o “caso da propaganda eleitoral gratuita” são os únicos que têm citação apenas no relatório, sendo esta, portanto, *obiter dictum* em relação à posição do relator e do Tribunal. Já os outros casos precisam ter justificadas as outras menções presentes.

No “caso liberdade de reunião na praça dos poderes”, como já foi dito, a decisão foi unânime, porém houve desarmonia na fundamentação dos ministros. O ministro Nelson Jobim, que mencionou a ditadura para responder à pergunta do ministro Marco Aurélio, fazia parte do posicionamento majoritário. Afirmou que a liberdade de expressão é um princípio relativo que, em caso diverso, pode não prevalecer. Portanto, não fez uma ligação desta liberdade com a democracia, pois seus argumentos advêm da consideração do caso concreto: não cabe vedação ao uso de aparelho de som em caso de reunião em espaço público amplo em que seria impossível se expressar de outra maneira. A menção à ditadura ficou em segundo plano para o voto. Como essa construção argumentativa foi predominante, a relação entre os princípios e o regime de governo é *obiter dictum*, tanto para o voto como para o Tribunal.⁸⁴

Já no “caso ECA e a pena a veículos de informação”, o ministro Ilmar Galvão acompanhou a recomendação do parecer do Procurador Geral da República, e a maioria do STF seguiu o ministro. Porém, ele adotou duas linhas de argumentação, que ao final se contradizem: a primeira relaciona-se à proteção maior da liberdade de expressão, que poderia ser restringida apenas constitucionalmente; a segunda, sobre a ponderação de direitos feita no caso concreto, que evidenciou a irrazoabilidade da lei. Portanto, o argumento que envolvia a ditadura – sobre o maior resguardo da liberdade de expressão a partir de 1988 – não foi suficiente, na visão do ministro Galvão, para a conclusão do caso, e o ministro sentiu a necessidade argumentativa de fazer a ponderação de direitos. Por esta razão, a menção

⁸⁴ A ratio decidendi do caso da liberdade de reunião na praça dos poderes é: Não cabe vedação ao uso de aparelho de som em caso de reunião em espaço público amplo em que seria impossível se expressar de outra maneira. No caso, prevalecem as liberdades de livre reunião e de expressão na colisão com o direito ao trabalho em ambiente de tranquilidade.

à ditadura é *obiter dictum* no voto desse ministro, e também na decisão do Tribunal. Já para o ministro Marco Aurélio, a referência é *ratio decidendi*, como será tratado adiante.

Quanto ao caso “O Globo X Garotinho”, a citação à ditadura não compõe a *ratio decidendi* da decisão do STF por ter sido feita em voto dissidente, do ministro Marco Aurélio. Ou seja, o voto divergiu da posição majoritária do Tribunal. O mesmo ministro, no “caso Law Kin Chong”, contrapôs os regimes de 1964 e de 1988 de maneira relevante para o seu voto, como será visto a seguir. Porém, a menção ao período ditatorial é *obiter dictum* no entendimento do Tribunal, pois só esse ministro a citou.

No “caso Ellwanger” e no “caso mini reforma Eleitoral”, o ministro Sepúlveda Pertence citou a ditadura por conta de um medo de que práticas daquela época retornem nos dias pós-ditadura, tal qual a apreensão de livros que defendam posicionamentos opostos ao governo, no primeiro caso, e a concessão de vantagens a alguns partidos em detrimento de outros, no outro caso. Porém, convenceu-se que as obras em tela no “caso Ellwanger” de fato instigam o racismo, e por isso seu autor deve ser condenado. Quando ao “caso mini reforma Eleitoral”, concluiu que a lei em questão não tratava de maneira desigual os partidos.

Ainda no caso Ellwanger, o voto dissidente de o ministro Marco Aurélio também mencionou a ditadura militar como *obiter dictum*, pois ele procedeu de maneira muito semelhante ao ministro Ilmar Galvão, no “caso ECA e a pena a veículos de informação”. O ministro Marco Aurélio relativizou a análise do caso concreto da liberdade de expressão, trazendo critérios amplos para a restrição da liberdade. O argumento da proteção apriorística à liberdade de expressão, por conta de sua imensa contribuição à democracia, era aquele que estava relacionado à referência do regime ditatorial. Porém, quando o ministro Marco Aurélio modifica sua posição, retirando o caráter absoluto da livre manifestação, a menção à ditadura deixa de ser fundamental à decisão. Sem nenhum voto que coloque a

referência à ditadura como componente da *ratio*, fica evidente que, para o STF como um todo, a menção ao regime militar é *obiter dictum*.

Já nos casos “mini reforma Eleitoral” e “CPI dos Bingos”, o regime autoritário foi mencionado de maneira pedagógica ou explicativa, não formando um argumento propriamente. No primeiro acórdão, o ministro Lewandowski afirmou que as liberdades do artigo 5º foram conquistadas da Constituição de 1988 – contrapondo os valores dos dois regimes e frisando a importância dos princípios, que tiveram que ser adquiridos à custa de esforço. Quanto ao “caso CPI dos Bingos”, a ditadura foi mencionada desta forma nos dois votos em que apareceu, dos ministros Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, para explicar que as comissões parlamentares de inquérito já eram previstas em outras Cartas Constitucionais, dentre elas as de 1967 e 1969. Nesta menção, não há oposição aos regimes, mas possibilidade de conciliação, tanto que um direito previsto na democracia já era resguardado na ditadura. Nesses dois casos, todas as referências à ditadura receberam importância secundária. Destarte, compõe *obiter dictum* da decisão do Tribunal como um todo.

Quantos os votos do ministro Marco Aurélio, na apreciação da medida cautelar e de mérito do “caso Lei de Imprensa” e no “caso diploma de jornalista”, ambos votos dissidentes, o ministro apresentou uma posição diametralmente oposta ao restante do Tribunal. No primeiro caso, criticou o senso comum de, sem análise do documento legal, considerar não recepcionada lei só porque criada sob a égide ditatorial. Para ele, não é o regime em que a lei foi criada que determinará a inconstitucionalidade. Também no “caso diploma de jornalista” a menção à ditadura feita pelo ministro compõe *obiter dictum*, mas porque ele argumentou que nas Constituições dos dois períodos há previsão de regulação à profissão. O ministro Marco Aurélio não toma a liberdade de expressão como absoluta, mas pondera os princípios do caso concreto e dá prevalência à regulamentação da profissão, por conta da importância imputada ao jornalismo.

Por último, os votos dos ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa no caso “Lei de Imprensa” apresentaram a menção à ditadura como *obiter dictum*. Esses ministros consideram o argumento da ditadura irrelevante para decisão final. Para Gilmar Mendes, o período de origem da Lei de Imprensa, durante o período militar, é secundário, já que aplicação concreta da liberdade de expressão à luz da Constituição, feita pelos tribunais, permite que esse direito não sofra de censura, ainda que a lei seja “servil do regime de exceção”. Joaquim Barbosa afirma que a interpretação conforme é capaz de retirar a essência autoritária de alguns dispositivos.

Da mesma maneira, a referência ao regime militar é *obiter decidendi* para o caso “diploma de jornalismo”, já que apenas dois ministros vencedores se referiram ao período.

Pois bem. A análise desses acórdãos nos leva a concluir que foram utilizados como *obiter dictum* de um voto os seguintes argumentos: (i) a liberdade de expressão é enfatizada como princípio relativo, em contraste com a ideia de princípios absolutos, e por isso a relação do princípio com a democracia é secundária; (ii) o momento em que a lei foi criada é irrelevante para determinar sua recepção; (iii) a referência é feita no relatório; (iv) a citação é meramente explicativa; e (v) é superado o medo de que uma prática recorrente no regime militar voltasse a acontecer na democracia. Para configurar *obiter dictum* do Supremo Tribunal Federal como um todo, as menções (i) são *obiter dictum* nos votos em que aparecem, e conforme as características explicitadas ou (ii) constituem um argumento não acolhido pela maioria dos ministros, por estar em (iia) voto dissidente ou simplesmente porque (iib) os ministros argumentaram de outras maneiras.

Argumento como *ratio decidendi* do STF

A referência ao período político é *ratio decidendi* dos votos do

ministro Marco Aurélio, nos casos “liberdade de reunião na praça dos poderes”, “ECA e a pena a veículos de informação”, “O Globo X Garotinho” e “Law Kin Chong”. O ministro, além de ser aquele que mais se refere ao regime ditatorial, é aquele que mais vezes utiliza a ditadura como *ratio decidendi* da sua decisão. Dos doze acórdãos analisados no presente trabalho – separando-se as decisões de medida cautelar e de mérito do “caso Lei de Imprensa” –, Marco Aurélio se refere ao período militar em oito deles, dentre os quais quatro têm a citação formando a *ratio decidendi*. É claro que seria “descriterioso” comparar a atuação do ministros entre si, haja vista as mudanças na composição do Tribunal que aconteceram entre um acórdão e outro selecionados. Mesmo assim, podemos afirmar que o ministro Marco Aurélio se destaca⁸⁵. Por essa razão, daremos uma atenção especial à atuação deste ministro.

No “caso liberdade de reunião na praça dos poderes”, o Marco Aurélio afirmou que defender outras formas de limitações a liberdade de expressão, diferentes das previstas constitucionalmente, seria desonrar os heróis que lutaram por um país livre do vexame do autoritarismo. No “caso ECA e a pena a veículos de informação”, considerou a liberdade de expressão como “inafastável”, por ser pilar da democracia. Por mais que o ministro faça ponderação no caso concreto, parece afirmar que a livre manifestação deve prevalecer porque aprioristicamente não pode ser alvo de limitações.

Também no “caso O Globo X Garotinho”, o ministro Marco Aurélio decidiu, vencido, pela predominância da liberdade de expressão, desta vez em conflito com a sigilo de comunicações. afirmou que, caso haja vedação à publicação de interesse público, isso seria censura e se estaria voltando ao tempo da ditadura. Por fim, no “caso Law Kin Chong, o ministro determinou que no conflito entre possibilidade de abuso de imagem com a liberdade de imprensa, a segunda prevalece devido à maior proteção concedida pelo

⁸⁵ Depois de Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence é o segundo que mais o período, em quatro casos. Por mais que o número de votos com menção à ditadura seja próximo ao de Marco Aurélio, eles se diferenciam principalmente porque, em todos os votos de Sepúlveda, a ditadura fez parte do *obiter dictum*.

regime democrático.

Além disso, em todos esses quatro casos, o ministro Marco Aurélio determinou que não cabe restrição à liberdade de expressão diferente daquelas constitucionais. Portanto, nesses votos, ele mantém uma coerência argumentativa, porque fundamentou as decisões sobre liberdade de expressão com os mesmos argumentos, e também fez um uso semelhante da menção à ditadura. Porém, é possível notar que mudou radicalmente sua opinião nos casos seguintes (cronologicamente), em que abordou o regime ditatorial como *obiter dictum*.

No “caso Ellwanger”, o ministro manteve os argumentos citados, mas em seguida relativizou a análise do caso concreto da liberdade de expressão, mencionando critérios abrangentes que permitiam a limitação da liberdade de expressão para além do disposto na Constituição. No “caso Lei de Imprensa”, pela primeira vez o Tribunal acolheu a posição que Marco Aurélio havia defendido nos casos anteriores, de que liberdade de expressão é um princípio de força maior, que só pode ser restringido constitucionalmente. Entretanto, nesse acórdão, o ministro Marco Aurélio afirmou que o período no qual a lei foi criada é irrelevante para analisar a recepção perante a Constituição superveniente e que a lei não restringe a manifestação de pensamentos. Portanto, enquanto nos outros casos ele deu importância ao regime político, no “caso Lei de Imprensa” ele o afastou. Também no “caso diploma de jornalista”, o ministro relativizou a liberdade de expressão e aproximou princípios da ditadura e a democracia.

O ministro não explica o porquê da sua mudança de posicionamento. É possível traçar uma linha divisória e temporal entre esses dois posicionamentos do ministro Marco Aurélio: o ministro que decidia de maneira a priorizar a liberdade de expressão, e o ministro que passou a relativizar esse direito, dependendo do caso concreto. É interessante notar uma semelhança que se manteve: o ministro Marco Aurélio continuou como voto dissidente, conforme a maioria dos casos anteriores. Ou, pelo menos

sustentou um argumento não acatado pela maioria, como no “caso ECA e a pena a veículos de informação”. A única exceção seria o “caso Law Kin Chong”, pois o ministro Marco Aurélio foi vencedor quanto ao mérito.

Retornando à análise das *rationes*, a referência ao período político também é *ratio decidendi* na apreciação da liminar e de mérito do “caso Lei de Imprensa” e no voto do ministro Gilmar Mendes e de Lewandowski no “caso diploma de jornalista”.

Na apreciação da medida cautelar no “caso Lei de Imprensa”, a ditadura é citada pelos ministros Carlos Britto, Eros Grau e Marco Aurélio, compondo a *ratio decidendi* dos votos dos dois primeiros. O ministro Menezes Direito realçou o trecho do voto do ministro Britto em que a ditadura é citada, a fim de sintetizar a posição desse ministro.

O ministro Carlos Britto, relator do acórdão, contrapôs os regimes ditatorial e democrático quanto aos princípios defendidos. Afirmou também que lei serviente do período ditatorial não pode vigor no período democrático. Já o ministro Eros Grau considerou a Lei de Imprensa um “entulho autoritário” (ADPF-MC 130, fl. 83), afirmando que ela é incompatível com os seus preceitos da democracia.

Percebe-se, através dos votos destes ministros, a importância do princípio da liberdade de expressão como base da democracia, regime tomado com contraposição à ditadura. A lei criada na ditadura afrontaria a democracia, pois são regimes contrários, com valores opostos.

É interessante notar a citação aconteceu nos três posicionamentos presentes no caso: o ministro Carlos Britto participa do entendimento majoritário, pela suspensão de alguns artigos da lei; o ministro Marco Aurélio, vencido totalmente, vota pelo não cabimento da liminar; e os ministros Menezes Direito e Eros Grau, vencidos parcialmente, decidem pela invalidade total da lei. Isso denota a importância do período histórico para a decisão de recepção da Lei de Imprensa. O argumento de que a lei detém

princípios do regime ditatorial teve que ser confirmado por aqueles que decidiram por suspender o documento legal, do mesmo modo que teve que ser afastado pelo ministro Marco Aurélio, que recepcionou a lei. A essencialidade do fundamento para a decisão final o caracteriza como *ratio decidendi*.

O mesmo aconteceu com a apreciação do mérito. Além da menção ao período, que configurou *obiter dictum* nas decisões de Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, os ministros Carlos Britto, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski se referiram à ditadura em argumento *ratio decidendi*. Explicou o relator, ministro Britto, que a Lei de Imprensa é inconciliável com a Constituição Federal superveniente, por uma questão material, de conteúdo. Ela é ideológica, pois serviu à ditadura, para perpetuá-la no poder, além de tê-la concretizado, impedindo que a devolução do governo ao poder civil (p. 102 do voto – ADPF 130). Concluiu o ministro que não pode, pois, ser legislação coerente com a democracia, visto que são regimes opostos. Portanto, para o ministro, a incompatibilidade da Lei nº 5.250 não apenas advém do contexto político no qual foi criada, mas também do fato de ter servido ao propósito do regime militar, por tê-lo promovido e facilitado. Esse mesmo argumento foi empregado pelo ministro Gilmar Mendes no “caso diploma de jornalista”, pois o ministro afirmou que o requisito de diploma de curso superior em jornalismo foi criado para que o governo militar afastasse a participação de grupos não desejados na mídia, solapando sua liberdade de expressão.

Ricardo Lewandowski também considerou relevante o objetivo inicial com o qual lei foi criada, objetivo esse determinado segundo o regime ditatorial então vigente. O objetivo não declarado da Lei de imprensa foi cercear ao máximo a liberdade de expressão. Por esta razão, na concepção do ministro, é impossível compatibilizar o diploma legal com a Constituição Federal de 1988.

Por fim, Cármen Lúcia já inicia o seu voto com a assertiva de que a Lei de Imprensa é fruto do período de exceção, e logo ela restringe a

liberdade de imprensa. Destarte, é imediatamente incompatível com a CF, por conta dos princípios totalmente contrários. Ela também afirma que o diploma legal favoreceu a ditadura.

Pode-se concluir que a *ratio decidendi* do “caso Lei de Imprensa” está intrinsecamente ligada ao regime político, no entendimento dos ministros Carlos Britto, Lewandowski e Cármen Lúcia. Eles são apenas três ministros, de onze, porém, são a maioria entre os votos vencedores. Ademais, como na apreciação da cautelar, percebe-se que todas as posições tiveram um ministro “representante” que citou a ditadura, inclusive para rebater o argumento de que o período no qual a lei foi criada é relevante⁸⁶. Trata-se de um ônus argumentativo considerado pelos ministros vencidos, que sentiram a necessidade de afastar o argumento.

Por último, quanto ao “caso diploma de jornalista”, a menção à ditadura como *ratio decidendi* está presente no voto do ministro Gilmar Mendes, relator do caso, e Ricardo Lewandowski⁸⁷. Ambos enfatizaram que a determinação de diploma para exercer a profissão de jornalismo foi uma restrição criada durante o regime ditatorial com o escopo de limitar a liberdade de expressão. A lei serviu para afastar opositores dos meios de comunicação.

A análise desses acórdãos nos leva a concluir que a menção à ditadura foi utilizada como *ratio decidendi* do caso, pelas seguintes razões: (i) não caber restrição à liberdade de expressão diferente daquelas previstas constitucionalmente; a liberdade de expressão tem preponderância *a priori* na colisão de princípios, por ser base da democracia; qualquer relativização retomaria práticas da ditadura militar;

⁸⁶ Joaquim Barbosa julgou improcedente quanto aos artigos 1º, §1º; artigo 2º, *caput*; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20 a 22 da Lei nº 5.250. Gilmar Mendes votou improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da lei, também. Por fim, Marco Aurélio julgou a ação improcedente. Essas são os três posicionamentos vencidos.

⁸⁷ Gilmar Mendes também faz menção à ditadura de maneira explicativa, que visa dar ciência ao histórico constitucional da limitação do princípio da liberdade profissional. Nessa primeira referência, os regimes ditatorial e democrático não são contrapostos, pois, como afirmara Marco Aurélio, o mesmo princípio é prescrito nas Constituições de ambos os períodos.

(ii) a incompatibilidade dos diplomas legais criados na ditadura com a democracia, já que criados sob égide de regime oposto. As variantes foram as especificidades de (iia) a democracia ter valores-base diferentes daqueles do período militar, e (iib) a lei impugnada ter servido aos propósitos autoritários dos militares.

Conclusão

Conclui-se, a partir da análise realizada no presente trabalho, que a menção à ditadura, nos casos estudados, compõe principalmente *obiter dictum*, não sendo essencial para a decisão final.

Porém, é possível notar que nos acórdãos mais recentes, o Supremo tem dado uma maior importância para argumentos relacionados ao regime militar. Inicialmente, nos dois primeiros casos, a menção à ditadura aparecia no relatório, que se referia à petição inicial ou ao parecer da Procuradoria-Geral da República. Aos poucos, o regime ditatorial passou a ser abordado por alguns ministros, com destaque para o ministro Marco Aurélio, porém não compondo argumento essencial para o desfecho, em relação ao STF. Já no “caso Lei de Imprensa”, na apreciação da medida cautelar e do mérito, a ditadura fez parte do fundamento da decisão do Tribunal.

Ademais, da pesquisa foi possível depreender que o ministro Marco Aurélio e o ministro Sepúlveda Pertence foram os que mais se referiram ao período autoritário.

Além disso, na maioria dos casos, pode-se perceber a vinculação da menção à ditadura à liberdade de expressão, conforme minha hipótese inicial. Em decisão em que o regime ditatorial é citado, quanto mais força tiver a liberdade de expressão, ou seja, quando ela é considerada aprioristicamente, antes mesmo de se analisar a colisão com outros princípios, mais chances têm o argumento que envolve a ditadura de compor a *ratio decidendi*. A conclusão não é óbvia, pois poderia haver casos em que a ditadura compusesse argumento *ratio decidendi* e ainda assim a liberdade de expressão fosse afastada.

Acredito que a “absolutização” da liberdade de expressão traz à

lembrança o regime militar por conta das atrocidades cometidas pelo governo militar contra a liberdade de expressão, um direito previsto nos documentos legais da época, inclusive a nível constitucional, porém solapado através das exceções criadas.

Além disso, o STF foi palco de conflitos durante o período, pois o governo militar temia que o Tribunal se opusesse a ele. O órgão sofreu intervenções e teve três de seus ministros aposentados compulsoriamente, fato notório entre os ministros atuais. Nos casos analisados, diversas vezes a ditadura é referida como um contra-exemplo, e os ministros não escondem o juízo de valor negativo que atribuem ao regime militar.

Nesse sentido, pode-se dizer que as decisões do Tribunal são influenciadas pelo contexto da ditadura, ainda que de maneira secundária.

A menção do período ditatorial pelo Supremo Tribunal Federal está relacionada à composição do Tribunal, pois em certas épocas há mais ministros com a preocupação em se contrapor àquele regime. Decorre também do juízo de valor dos ministros, que diversas vezes demonstraram repudiar as ações realizadas pelo governo militar. Ou ainda, advém da importância que os ministros dão ao contexto histórico e político brasileiro para decidir sobre questões que já tiveram repercussão no passado. Por último, a citação à ditadura por um ministro, em geral, evidencia que ele dá relevância à garantia da liberdade de expressão.

Bibliografia

AUAD, Denise; MARTIMIANO, Maria de Lourdes; PEDROSA, João Cláudio Hernandes; TANGANELLI, Rogério Ferrari, "Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular". *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 291-323, 2004. nota nº.16.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci, *Livros proibidos, idéias malditas: o DEOPS e as minorias silenciadas*, 2ª ed., São Paulo, Ateliê Editorial, 2002.

COSTA, Emilia Viotti da, *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*, São Paulo: Ieje, 2001.

CRETELLA NETO, José; CASTRO FILHO, Francisco Gastão Luppi; SOUZA, Carlos Afonso Pereira; COSTA, Nelson Nery, *Comentários à Lei de Imprensa*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.9-10.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *A Democracia Possível*, 12º ed., São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 1-36.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*, São Paulo: Companhia das Letras, 2002a.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002b.

GOODHART, Arthur L., "The Ratio Decidendi Of a Case", *The Modern Law Review*, volume 22, n. 2, 1959.

KELSEN, Hans. *A Democracia*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25-32.

MENDES, Conrado Hübner, *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão*, SBDP. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf> . Acesso em 20 de outubro de 2009.

_____ *Por que estudar o STF?* Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/artigos.php>>. Acesso em outubro de 2009.

MESQUITA, Clarissa F. M., *Evandro Lins e Silva – A utopia da liberdade no regime militar: jurisprudência de 1968*, São Paulo, 2005.

PESSOA, Flávia M. G., SOUZA, Roberto W. X., CARDOSO, Aline A., "A liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro", *Diritto & Diritti*, v. 27504, 2009. Disponível em <http://www.diritto.it/archivio/1/27504.pdf>. Acesso em 09 de setembro de 2009.

PRETZEL, Bruna R., *O ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão: uma análise de argumentação*, São Paulo: SBDP, 2007. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=93>. Acesso em 17 de outubro de 2009.

RAMOS, Bruno, *Habeas Corpus e Recursos de Habeas Corpus analisados pelo STF em 1968 Estudo sobre a aplicação da Lei de Segurança Nacional*. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=2>. Acesso em 10 de novembro de 2009.

SILVEIRA, Paulo Fernando. "A modernidade do judiciário como forma de garantia da democracia". *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 61-77, abr./jun. 1997. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/21673>> . Acesso em: 21 de outubro de 2009.

TEILHARD DE CHARIN, Pierre. "L'essence de l'Idée de Democratie", in *Oeuvres de Pierre Teilhard de Chardin*, tomo V, du Seul, Paris, 1959, p. 311, *apud* FERREIRA FILHO, *A Democracia Possível*, São Paulo: Saraiva, 1972.

VALE, Osvaldo T., *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-administrativa*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. São Paulo, Scipione, 1997, pp. 405-432.

VOJVODIC, Adriana M.; CARDOSO, Evora L. C.; MACHADO, Ana Mara F., "Precedentes e processo decisório em uma Corte Suprema: uma análise do caso brasileiro", *32o Encontro Anual da ANPOCS*, 2008, Caxambú. 32º Encontro Anual da ANPOCS, 2008.

Notícias:

Notícia STF, "Em audiência, Presidentes do STF e da Fenaj discutem diploma de jornalista e Lei de Imprensa", 02 de julho de 2008, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92886&caixaBusca=N>> .Acesso em 22 de Agosto de 2009.

Notícia STF, "2º semestre: Lei de Imprensa e diploma de Jornalismo". Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93852&caixaBusca=N>> . Acesso em 22 de Agosto de 2009.

Casos analisados:

ADI-MC nº 839, relator min. Néri da Silveira

ADI nº 956, relator min. Francisco Rezek

ADI-MC nº 1.969, relator min. Marco Aurélio

ADI nº 869, relator min. Ilmar Galvão

Pet nº 2.702, relator min. Sepúlveda Pertence

HC nº 82.424, relator min. Moreira Alves
MS-MC nº 24.832, relator min. Cezar Peluso
MS nº 24.849, relator min. Celso de Mello
ADI nº 3.741, relator min. Carlos Britto
ADPF-MC nº 130, relator min. Carlos Britto
ADPF nº 130, relator min. Gilmar Mendes

ANEXO
TABELA SOBRE A ESSECIALIDADE DA CITAÇÃO DA DITADURA PARA A DECISÃO FINAL⁸⁸

Casos	Ministros que citam a ditadura	A citação está:		Ratio (R) ou Obiter (O)	
		No relatório	No voto	P/ o ministro	P/ o Pleno
Caso da participação de partidos políticos no plebiscito do ADCT	Néri da Silveira	x		O	O
Caso da propaganda eleitoral gratuita	Francisco Rezek	x		O	O
Caso da liberdade de reunião na praça dos poderes	Marco Aurélio	x	x	R	O
	Nelson Jobim		x	O	
Caso ECA e a pena a veículos de informação	Ilmar Galvão	x	x	O	O
	Marco Aurélio		x	R	
Caso O Globo X Garotinho	Marco Aurélio		x	R	O
Caso Ellwanger	Sepúlveda Pertence		x	O	O
	Marco Aurélio		x	O	
Caso Law Kin Chong	Marco Aurélio		x	R	O
Caso da "CPI dos Bingos"	Sepúlveda Pertence		x	O	O
	Gilmar Mendes		x	O	
Caso da "mini reforma eleitoral"	Sepúlveda Pertence		x	O	O
	Ricardo Lewandowski		x	O	
Caso da Lei da Imprensa- MC	Carlos Britto		x	R	R
	Eros Grau		x	R	
	Marco Aurélio		x	O	

⁸⁸ Os casos receberam uma denominação para facilitar a lembrança do leitor, e estão organizados em ordem cronológica, tal como fizemos para analisá-los. Na segunda coluna, estão os ministros que citaram à ditadura no caso analisado. Se a menção se deu no relatório, foi feita uma marcação (x) na frente do nome do relator, na linha "A citação está: no relatório". Como o trabalho considerou a essencialidade da menção à ditadura para o ministro que a fez e para o Supremo Tribunal Federal como um todo, a *ratio decidendi* (R) e a *obiter dictum* (O) foram marcadas em relação aos votos e em relação ao acórdão.

Caso Lei da Imprensa – Mérito	Carlos Britto	x	x	R	R
	Gilmar Mendes		x	O	
	Joaquim Barbosa		x	O	
	Marco Aurélio		x	O	
	Cármem Lúcia		x	R	
	Ricardo Lewandowski		x	R	
Caso diploma de jornalista	Gilmar Mendes	x	x	R	O
	Marco Aurélio		x	O	
	Ricardo Lewandowski		x	R	