



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito de Resposta:
Os possíveis delineamentos do direito de resposta com a derrocada da Lei de Imprensa

Fernanda Baldi Pessanha

Rio de Janeiro
2010

FERNANDA BALDI PESSANHA

O Direito de Resposta:
Os possíveis delineamentos do direito de resposta com a derrocada da Lei de Imprensa

Artigo Científico apresentado à Escola
da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro, como exigência para obtenção
do título de Pós-Graduação.
Orientadores: Prof. Nelson Tavares
Orientadores: Prof^ª. Kátia Araujo

Rio de Janeiro
2010

O DIREITO DE RESPOSTA:
OS POSSÍVEIS DELINEAMENTOS DO DIREITO DE RESPOSTA COM A DERROCADA
DA LEI DE IMPRENSA

Fernanda Baldi Pessanha

Graduada pela Universidade Federal

Fluminense. Advogada.

Resumo: O STF julgou o mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Democrático Brasileiro – PDT contra a Lei 5.250/67, a Lei de Imprensa, declarando-a não recepcionada pela Constituição de 1988. Com esse novo cenário desregulamentado exsurge a figura do Poder Judiciário, sendo certo que o ativismo judicial “forçado” deverá estar pautado por *standards* preceituados na Constituição vigente, principalmente no que coteja com o direito de resposta, em especial na perspectiva do Direito Eleitoral, considerando nessa tangente as novas plataformas midiáticas da propaganda eleitoral.

Palavras-chave: A não recepção da Lei de Imprensa pela CRFB/88. A possibilidade de não regulamentação do Direito de Resposta. Ativismo judicial. O direito de resposta na perspectiva do direito eleitoral.

Sumário: Introdução. 1. Breve histórico sobre Lei de Imprensa no Brasil. 2. Análise sobre os votos dos ministros do STF na ADPF 130. 3. O direito à liberdade de informação numa democracia: necessidade de regulação de um Direito de Imprensa? 4. A possibilidade da não regulamentação do Direito de resposta. 4.1. O Ativismo Judicial no atual cenário desregulado. 4.2. O direito de resposta na perspectiva do direito eleitoral. 4.3. As novas mídias na propaganda eleitoral e o direito de resposta. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema que ora se propõe a ser desenvolvido como requisito para a conclusão do curso de pós-graduação da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro leva em consideração decisão do Supremo Tribunal Federal de abril de 2009, que declarou como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a Lei de Imprensa de 1967, editada em pleno período de exceção. Com essa decisão, é certo que a liberdade de imprensa foi reforçada.

Porém, muitos pontos fulcrais da lei deixaram de ser regulamentados, como o direito de resposta, surgindo correntes divergentes quanto à necessidade ou não de uma nova Lei de Imprensa, ou sobre a necessidade de regulamentação de apenas alguns pontos, como o direito de resposta. Nesse contexto de vácuo legislativo, exsurge o papel do juiz para ulteriores balizamentos do direito de resposta.

Considerando que o Direito brasileiro vive um momento de constitucionalização, denominado por parte da doutrina de Neoconstitucionalismo, o reconhecimento que a Carta Política goza de supremacia normativa e axiológica, servindo de fundamento de validade de todo o Ordenamento Jurídico, traz importante referência para o tema em comento.

Nessa construção judicial dos novos paradigmas para o direito de resposta não deverá o juiz se afastar do artigo 5º da CRFB/88, que assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem, de modo que se evitem abusos na indenização, não intimidando os veículos de informação a exercer o seu direito/dever de informar e, assim, assegurando a livre manifestação do pensamento.

No presente trabalho serão considerados os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, cotejado com a suficiência de os Códigos Civil e Penal regularem a matéria, sob a tutela da Constituição. Ainda, será destacado se o Código do Consumidor, nos dispositivos que tratam da Propaganda e Contrapropaganda podem ser usados por analogia.

Por derradeiro, será tratado o direito de resposta na perspectiva do Direito Eleitoral, considerando nesse cenário as novas plataformas midiáticas, como os sites de relacionamento, o *blog* e o *twitter*. O Jornal O Estado de São Paulo, em editorial de 21/05/09, tratando da revogação da Lei de Imprensa de 67 pelo STF, salientou que “... diante das especificidades técnicas no campo do jornalismo, o "apagão jurídico" provocado pela revogação da Lei de Imprensa deixou jornais, revistas, rádios, televisões, além de promotores e juízes, sem regras claras que balizem principalmente as situações de conflito entre os direitos da informação e os da proteção à honra e à imagem.”

É pela preocupação com a observância de preceitos fundamentais, que dão substância ao Estado Democrático de Direito, e pela necessidade de se pensar especialmente sobre o futuro do direito de resposta que o presente artigo se propõe a investigar o tema com maior acuidade.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE LEI DE IMPRENSA NO BRASIL

O Brasil conheceu lei de imprensa antes de conhecer a própria Constituição. A primeira lei de imprensa foi um decreto outorgado por D. Pedro I, em 22 de novembro de 1823. De acordo com os historiadores, a primeira lei de imprensa era réplica de uma lei portuguesa. O

artigo 5º, por exemplo, dizia que todo aquele que abusava da liberdade de imprensa contra a Religião Católica Romana, negando a verdade de todos os seus dogmas ou de alguns de seus dogmas, seria condenado a um ano de prisão mais multa, e o artigo 6º dizia que quem incitasse os povos à rebelião seria condenado a 10 anos de degredo, ou seja, exílio, para uma das províncias mais remotas, além de multa. A segunda lei de imprensa veio em 20 de setembro de 1830, e repetiu a lei anterior, sendo certo que durou pouco tempo. Mesmo em período marcado pela escravatura, havia muitos jornais satíricos ao imperador, à política e à aristocracia da época.

A primeira lei de imprensa da República somente veio em 31 de outubro de 1823. Nela foi instituído pela primeira vez o direito de resposta. O artigo 16 dizia que os gerentes de um jornal eram obrigados a inserir dentro de três dias, contados do recebimento, a resposta de toda pessoa física ou jurídica que for atingida em publicação por ofensas que afetem a sua reputação e boa fama. Também estabeleceu a responsabilidade solidária entre repórteres, editores e os proprietários do jornal por eventual abuso.

A segunda lei de imprensa do período republicano foi um decreto de Getúlio Vargas em 1934, alterado em 1937, com a instalação do Estado Novo, que estabeleceu a censura prévia. Nesse período, houve uma recessão brutal da liberdade de imprensa, com a instalação do DIP e financiamento direto e indireto de publicações. Essa lei durou até 1945. Com a redemocratização, em 12 de novembro de 1953, Getúlio Vargas, em seu segundo mandato, promulgou a Lei 2.083, que restringia o conceito de imprensa a jornais e periódicos. Em 09 de fevereiro de 1967, em meio ao regime militar, o Marechal Castelo Branco promulgou uma Lei de Imprensa que vigorou por quarenta e dois anos. Muitos aspectos dessa lei entraram em desacordo com a vigente Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, foi proposta a ADPF 130, impetrada pelo PDT, de autoria do Deputado Miro Teixeira, que pediu a suspensão total da lei. Três ministros foram parcialmente favoráveis à revogação, e sete ministros seguiram o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, entendendo que a Lei era inconciliável com a CRFB/88, entendendo pela revogação total. Apenas o Ministro Marco Aurélio votou contra, entendendo que caberia ao Legislativo a incumbência da edição de uma nova Lei de Imprensa.

Insta ressaltar no presente trabalho os desdobramentos que essa decisão do STF implica o direito de resposta, que, por ora, está sem qualquer regulamentação específica, exceto o parâmetro constitucional. Assim, este trabalho propõe-se a clarificar e balizar os possíveis caminhos a serem seguidos pelo Poder Judiciário em face desse novo cenário.

2. ANÁLISE SOBRE OS VOTOS DOS MINISTROS DO STF NA ADPF 130

A partir dos votos dos ministros na ADPF 130 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130. Rel: Min. Carlos Ayres Britto. Publicado no DOU de 6.11.2009), tem-se as seguintes impressões principais do entendimento dos ministros e conclusão: o relator da arguição, Ministro Carlos Ayres Britto, considerou a lei materialmente contrária à Constituição, ressaltando em seu voto que seria necessário o “abate” total da lei. Considerou impossível a produção e vigência de uma lei orgânica ou estatutária para regular a atividade de imprensa, ressaltando que se pode regular temas secundários, como o direito de resposta e referentes ao pedido de indenização, mas nunca a liberdade de manifestação e o direito de acesso à informação. Por fim, comparou a

imprensa com a poesia para explicar os seus fundamentos, salientando que na imprensa é tudo tão importante que para cada matéria que a circunda é necessária uma lei, defendendo nesse contexto a possibilidade de serem feitas leis específicas, uma para tratar de indenização em caso de ofensa, outra para tratar das sociedades em empresas jornalísticas, e outra que regule o direito de resposta, mas nunca seja feita regra que influa na atividade específica de informar.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito defendeu o equilíbrio entre liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, afirmando que a democracia, para subsistir, depende da informação, e não apenas do voto. O Ministro ponderou em diversos pontos de seu voto que se deve encontrar o equilíbrio entre a proteção da reputação das pessoas e a liberdade de informação, sendo certo que neste ponto caberia a intervenção do Poder Judiciário, de modo a ponderar qual princípio deve prevalecer. Considerou o saudoso Ministro Menezes Direito que seria preciso encontrar um ponto que nem destruísse a liberdade de imprensa, nem aviltasse a dignidade do homem, não se podendo criar condições de intimidação para o exercício da atividade jornalística, como fazia a Lei 5.250/67.

Para a Ministra Carmen Lúcia, a Constituição não recepcionou a Lei de Imprensa, afirmando que não há choque entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa, e que pode existir uma lei de imprensa, mas não a Lei 5.250/67. O Ministro Ricardo Lewandowski disse que a Lei 5.250/67 é inconstitucional e que seus dispositivos se tornaram supérfluos, pois que a matéria já se encontra regulada por inteiro no texto constitucional. O Ministro Celso de Mello defendeu que a liberdade de expressão e informação tem de observar os direitos da personalidade, especialmente os direitos à honra e intimidade, mas que não seria necessária a manutenção de lei com caráter punitivo ou restritivo, bastando a tutela judicial.

Os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Marco Aurélio votaram contra a ação. Os dois primeiros defenderam a manutenção de alguns dispositivos da lei, como os que tipificam os crimes de calúnia, injúria e difamação, e o direito de resposta. O Ministro Joaquim Barbosa afirmou que não basta ter uma imprensa livre, mas também que seja diversa e plural. A Ministra Ellen Gracie afirmou que não pode haver hierarquia entre os princípios constitucionais de liberdade de expressão e do direito à honra e à intimidade. Afirmou que a Constituição proíbe que leis criem embaraço ou restrições à liberdade de expressão, e que o fato de a lei regular a matéria não significa necessariamente restrição à atividade jornalística. Nesse passo, votou por manter alguns dispositivos da Lei 5.250/67, entre eles, os dispositivos que regulamentavam o direito de resposta.

O Ministro Marco Aurélio votou pela rejeição total da ação, ou seja, pela manutenção da Lei 5.250/67, afirmando que caberia tão somente ao legislador a edição de uma nova lei. Ressaltou que com a revogação da lei não se passaria a ter liberdade, visto que a liberdade já existe, sendo certo que acarretaria o surgimento de conflitos de interesses a serem resolvidos com critério de plantão pelo Poder Judiciário.

Em suma, os ministros, em sua maioria, votaram pela não recepção da Lei de Imprensa, editada no período castrense, à ordem democrática vigente.

3. O DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NUMA DEMOCRACIA: NECESSIDADE DE REGULAÇÃO DE UM DIREITO DE IMPRENSA?

Disserta SILVA (1998) que há que se fazer distinção entre liberdade de informação e o direito à informação, sendo certo que este último não seria um direito pessoal, nem profissional, mas um direito coletivo. A palavra informação designa o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, idéias ou opiniões. Assim, a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. Por consequência, é na liberdade de informar que se realiza o direito coletivo à informação, isto é, o direito coletivo à informação.

Ainda, segundo SILVA (1998, p.248-250) a liberdade de informação “alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social”. Destarte, também há que ser aplicado todo o delineado neste trabalho àquelas informações veiculadas em novas plataformas de comunicação, como a Internet, destacando-se nesse contexto os sites de relacionamento e o *twitter*. Essa interpretação extensiva é fundamentada inclusive a partir da decisão do STF de estender o exercício do jornalismo a qualquer pessoa, e não apenas àquelas que portam um diploma do Curso de Jornalismo.

É mister consignar que o dono da empresa de jornalismo e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever, dever de informar à coletividade sobre os acontecimentos e idéias objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhe o sentido original. Curial ressaltar, nesse contexto, a Súmula 221 do STJ, de 12/05/1999, que indica que são civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano

decorrente de publicação pela imprensa tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

A questão do sujeito passivo da liberdade de expressão pode ser suscitada, igualmente, no que concerne às relações internas da empresa de comunicação. Indaga-se se haveria um direito a que os jornalistas de uma dada empresa oponham a liberdade de expressão aos seus patrões, com vistas a se livrarem das imposições de pautas de assuntos e ângulos de abordagem por ele ditadas. Segundo MENDES (2008, p. 362-363), “embora a pluralidade seja um objetivo buscado pela liberdade de imprensa, não parece que haja razão para impor esse valor nas relações particulares, formadas no interior das redações dos órgãos de imprensa, até porque isso acarretaria a inviabilização do trabalho editorial da empresa jornalística”. Saliente-se nesse contexto que os periódicos possuem uma tendência, uma ideologia a ser seguida, sendo certo que entendimento em contrário poderia acarretar a inviabilidade financeira da empresa de notícias, não se sustentando por essa tangente a Súmula 221, do STJ.

Contudo, impinge declinar que ao jornalista é permitida a reserva de consciência, ou a *clause de conscience*, com a preservação da liberdade intelectual do profissional da comunicação, quando este não se alinhar à linha editorial assumida pela empresa de notícias, permitindo-lhe o rompimento do contrato, sem o pagamento de qualquer ônus em razão disto.

Por oportuno, é curial registrar que a imprensa constitui poderoso instrumento de formação de opinião pública, adotando uma função social consistente em exprimir às autoridades constituídas o pensamento e a vontade popular, colocando-se como um quarto poder, ao lado do Executivo, do Legislativo, e do Judiciário. Assim, gera repulsa qualquer tipo de censura à imprensa, seja a censura prévia ou posterior (intervenção oficial que se exerce depois da impressão, mas antes da publicação), e também gera repulsa a existência de lei que embarace de

alguma forma a plena liberdade de informação jornalística, em qualquer veículo de comunicação social, e tampouco se admite censura de natureza ideológica e artística (art. 220, parágrafos 1º e 2º, da CRFB/88).

Como se depreende dos ensinamentos de MENDES (2008, p. 360-369), “a garantia de liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais, toda opinião, convicção, comentário, avaliação e julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não.” A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura, sendo certo que se está diante de um direito de índole marcadamente defensivo – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a liberdade de expressão.

Por todo o exposto, entende-se que quanto menos regulação do direito de imprensa, com maior plenitude a liberdade de imprensa será exercida num Estado Democrático. Frise-se que não se trata de regulamentação do direito de imprensa, visto que a norma que o encerra é de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, isto é, é auto-aplicável, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva. Tratar-se-ia, em verdade, de regulação da Imprensa.

Em que pese respeitáveis posicionamentos em contrário, que pugnam por uma nova Lei de Imprensa, e para a regulação de matérias como o direito de resposta, deve-se atentar para o fato de que qualquer Lei de Imprensa vindoura irá, por sua própria natureza, inevitavelmente restringir, limitar a liberdade de expressão e o conseqüente direito à informação. Na prática, isso representaria um retrocesso social, considerando o atual estágio democrático que vige em nossa sociedade, após mais de duas décadas da Constituição democrática e cidadã de 1988. Contudo, há projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, que direcionam para uma nova Lei de

Imprensa, especialmente para a regulamentação do direito de resposta, como o Projeto de Lei 5.322/09, de autoria do Deputado Cleber Verde, apresentado à apreciação do Plenário da Câmara em 01/06/09, que dispõe sobre o direito de resposta na imprensa falada, escrita, televisiva, cinematográfica e em outros meios de comunicação, inclusive eletrônico, e o Projeto de Lei Complementar do Deputado Osmar Serraglio, que se refere ao direito de resposta em matéria eleitoral, reportando em sua art. 57 para a aplicação do art.58 da Lei nº 9.504, de 30.9.1997.

4. A POSSIBILIDADE DA NÃO REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE RESPOSTA

O direito de resposta é uma reação ao uso indevido da mídia, ostentando nítida natureza de desagravo – tanto assim que a Constituição assegura o direito de resposta “proporcional ao agravo” sofrido (art. 5º, V, CRFB/88). O direito de resposta é meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo, que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão. Saliente-se que o direito de resposta é previsto tanto na Constituição, como na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no ordenamento jurídico em 1992, pelo decreto 678, como norma materialmente constitucional.

O Direito de resposta surgiu em França em um momento de grave crise institucional. A primeira tentativa de construir um instituto jurídico referente ao direito de resposta aconteceu em 1795, momento em que a imprensa francesa atacava o Diretório, logo após o contragolpe dos burgueses, que alijou do poder os jacobinos e os demais remanescentes do Terceiro Estado,

instalando o Liberalismo. Contudo, essa primeira tentativa de positivizar um direito de resposta foi frustrada, sendo certo que somente em 1822, também na França, em outro momento de grave crise, ocasião em que a imprensa atacava a restauração monárquica de Luís XVIII, após a derrocada do Império Napoleônico, o instituto do direito de resposta foi acolhido em legislação pela primeira vez, o que se disseminou em diversas democracias ocidentais.

No Brasil, em que pese a constitucionalidade do direito de resposta, é certo que o referido instituto era regulamentado pelo art. 29 e seguintes da Lei 5.250/67, diploma esse de conteúdo marcadamente restritivo, considerando o art. 1º da referida Lei, que de plano já demonstrava o caráter autoritário da lei. Destarte, com a declaração do STF da não recepção da Lei 5.250/67 pela CRFB/88, encontra-se hoje o instituto do direito de resposta não regulamentado. Já se ponderou acima a respeito da desnecessidade de uma nova Lei de Imprensa, sob pena de incorrer-se em limitação ao exercício pleno da liberdade de informação e à informação.

Com relação especificamente ao direito de resposta, entende-se que para o bom exercício desse direito também não seja necessária qualquer regulação ulterior, impondo-se ao magistrado no caso concreto considerar as especificidades apresentadas, e deferi-lo como preceitua a Constituição, de forma proporcional ao agravo. Essa será a decisão justa a ser prolatada, prescindindo de legislação para encontrá-la. Mas quais são os parâmetros objetivos a delimitar esse conceito jurídico indeterminado, esse direito de resposta proporcional ao agravo? Essa é sem dúvida a questão que se porá ao juiz natural da causa, que, frise-se, possui a legitimidade necessária para tal decisão, embora não tenha o batismo do voto popular. O juiz, nesses casos, não atuará como legislador positivo, mas sim utilizará a técnica da ponderação de interesses, visto a colisão de interesses que se apresenta, entre o direito individual à honra e o

direito difuso da cidadania à informação, com a preservação da liberdade de expressão e de imprensa.

Com efeito, para a melhor solução do caso, ao magistrado impor-se-á a técnica da ponderação de interesses, sem desconsiderar a interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico. Dessa forma, não atuará como legislador positivo.

Primeiramente, deve ser consignado que o art. 220 da CRFB/88 é auto-aplicável, prescindindo de regulamentação posterior para o exercício dos direitos ali previstos. Nesse contexto, para o embaraço da liberdade de informação, de expressão, o emissor da informação deverá ter faltado com a verdade, verdadeiro limite a essa liberdade. A informação falsa não deve ser protegida pela Constituição porque conduz a uma pseudo-operação da formação de opinião. Saliente-se que o erro pode ser tolerado, mas desde que o jornalista se tenha valido de uma fonte de informação válida e reconhecida.

É certo que o instituto da exceção da verdade, previsto no art. 49, § 1º, da Lei 5.250/67, também foi expungido do Ordenamento Jurídico. Contudo, entende-se que seu espírito permanece, mas agora sob outra ótica. Deverá ser considerado para provar a veracidade da informação veiculada, a fim de elidir a pretensão do autor à indenização e ao direito de resposta, inclusive em sede de cognição sumária.

Em relação à interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico, não deve o magistrado esquecer os parâmetros advindos com o Código Civil de 2002, que no art. 927, parágrafo único, preceitua que haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Entende-se que o parágrafo desse artigo, que prevê a

responsabilidade objetiva, é aplicado às empresas de notícias e jornalistas, tendo em vista que não é preciso se perscrutar a culpa destes para se detectar o dano causado.

O artigo 20 do Código Civil traz uma previsão que pode aparentar uma mudança de concepção nesta regra geral da preponderância da informação sobre a intimidade. Contudo, deve-se estar atento à impossibilidade de precedência geral dos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão ou informação, porque a concepção constitucional não pode ser alterada por lei infraconstitucional. A edição de uma nova norma infraconstitucional é que deve se adaptar à concepção constitucional vigente, ou seja, há a necessidade de interpretação conforme do novel dispositivo às normas constitucionais sobre o assunto.

Assim, mesmo sendo previsão que parece tornar regra geral a preponderância da intimidade, isso não ocorre porque deve ser lida à luz da CRFB/88, em interpretação conforme, sendo certo que a regra geral deve continuar a ser a preponderância da liberdade informativa.

Ainda, há que ser considerada a aplicação, por analogia, do artigo 60, parágrafo único, do CDC, para a solução de casos em que se coteje sobre o direito de resposta, que certamente continuarão a bater às portas do Poder Judiciário.

Considerando que a solução sistemática pós-moderna procura uma eficiência funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, com o diálogo de influências recíprocas, coerente e coordenada entre as diversas fontes legislativas, o que é denominado por MARQUES (2009) como diálogo das fontes, esse diálogo é a solução para afastar a alegação do vácuo legislativo do direito de resposta, e para que se construa um direito privado com função social. Entende-se que a solução não seria uma analogia, mas sim a interpretação sistemática, com a efetiva aplicação do artigo em comento.

Nessa linha, o direito de resposta reconhecido pelo magistrado deverá ocorrer, se possível, na mesma forma, frequência, e dimensão, e preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

Assim, a conjugação dos art. 927, parágrafo único, do CC e o art. 60, parágrafo único, do CDC, proporcionam ao magistrado parâmetros objetivos para, respectivamente, a fixação da indenização, e para a concessão da obrigação de fazer, consistente no direito de resposta.

Por fim, é necessário salientar que a decisão do STF na ADPF 130, que julgou como não recepcionada a Lei 5.250/67 pela CRFB/88, possui como efeito precípuo para o julgador a orientação para a aplicação das normas de legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o CDC, sem olvidar os parâmetros instituídos pela Constituição vigente.

4.1 - O ATIVISMO JUDICIAL NO ATUAL CENÁRIO DESREGULADO

É certo que a ponderação a ser realizada enseja um ativismo judicial muito mais elevado do que a subsunção clássica, pois o julgador será instado a definir pesos e medidas a diversos aspectos do conflito normativo. E este ativismo pode resultar em julgamentos calcados em premissas pessoais do magistrado, e até mesmo resultar em decisões preciosistas, não balizadas em normas postas. A fim de impor um freio a essa ponderação não balizada, são aceitas três premissas de banalização da ponderação.

A primeira delas é a concordância prática: diante de um conflito entre princípios constitucionais, é interessante que se aplique os princípios colidentes de forma simultânea, ou seja, que se restrinja o mínimo possível aquele princípio que perde em valor diante dos fatos, tendentes a favorecer a aplicação do outro princípio. É necessário dizer que esta concordância nem sempre é possível: por vezes, a aplicação de um princípio afasta automaticamente a incidência de outros. Tome-se, como exemplo usual, o direito à privacidade e a liberdade de imprensa. Sendo assim, inaplicáveis os dois, há que se afastar, mas se for possível, a concordância prática é preferível.

A segunda baliza da ponderação é a proibição do excesso: dentro da ponderação, não se pode limitar tanto a atuação de um princípio ao ponto de que seja atingido o seu *núcleo essencial*. Frise-se que o conceito de núcleo essencial é teoricamente simples, mas é de extrema dificuldade sua identificação concreta.

A terceira baliza trazida pela doutrina é a universalização: em ordem a evitar a discricionariedade e a atuação sob premissas pessoais, o magistrado deverá comprovar que aquela conclusão a que chegou para aquele caso concreto, se transportada para situações análogas, seria igualmente adequada. Com isso, o que se pretende é justamente evitar o casuísmo, a definição singular de um direito sem que esta decisão seja aplicável a todos os casos similares.

Assim, se pode depreender uma característica fundamental das normas constitucionais, especialmente relevante na análise de conflitos normativos: a característica da relevância do caso concreto. Há uma vertente constitucionalista mais progressista que entende que sequer se pode falar em norma constitucional antes da resolução de um caso concreto: é na concretização

dos efeitos que será produzida a norma constitucional aplicável, pois que a norma é o resultado concreto da aplicação dos enunciados normativos ao caso concreto.

Em regra, a tendência é que se privilegie a liberdade de informação e expressão, em detrimento dos direitos da personalidade, porque tem-se entendido que esta liberdade é um fator indispensável à vida em comunidade. A formação da opinião pública se dá com base nas informações recebidas dos veículos de comunicação. Mas é claro que, como valores que são, devem ser ponderados na casuística, invertendo-se o peso dado a cada um, como já explicitado acima.

Em sede de cognição exauriente, o julgador, a partir de uma ponderação adequada dos princípios postos à contemplação, observando as provas constantes dos autos, poderá prolatar uma decisão justa. Nesse contexto, é certo que a busca do Justo no caso concreto passa pela Teoria da Argumentação e pela Tópica.

Contudo, a celeuma surge principalmente em relação às decisões proferidas em sede de cognição sumária, especialmente no concernente ao direito de resposta, que deverá ser proporcional ao agravo. O que ocorrerá se o juiz deferir o direito de resposta, e ao final revelar-se improcedente o pedido do autor?

Essa questão tormentosa já provocava discussão quando da vigência da Lei 5.250/67. Primeiramente insta consignar que o direito de resposta em liminar só poderá ser concedido se se preencher os requisitos previstos no art. 273, do CPC, quais sejam, dano irreparável ou de difícil reparação e a verossimilhança das alegações.

Também é necessário consignar que se entende que em alguns casos poderá ser aplicado o parágrafo 2º do art. 273, do CPC, haja vista que há o perigo da irreversibilidade com o deferimento da tutela antecipada. Mesmo que o processo informativo seja amplo, sendo

possível que, ao final do processo, seja determinada pelo Poder Judiciário a veiculação de outra informação, contrária à veiculada em sede liminar, com a revogação da tutela antecipada, é certo que a empresa de notícia perde em credibilidade junto ao público com essas variações de reportagens, abalando sua honra objetiva, até mesmo lhe causando prejuízos materiais.

O juiz fluminense Luís Gustavo Grandinetti, em palestra realizada no dia 24/07/09 na Emerj, propugna como solução mais razoável a caução, isso é, o autor só exerceria o direito de resposta em sede liminar se disponibilizasse dinheiro ao juízo, que seria levantado pelo réu em caso de julgamento da improcedência do pedido. Quanto ao valor do caucionamento, entende-se que a caução deverá ser desvinculada do art. 33, da Lei 5.250/67, haja vista que a credibilidade da empresa jornalística e/ou do jornalista poderá sair muito arranhada, não sendo compensado por indenização em que se tenha por base preço de mercado do espaço forçosa e injustamente concedido, ficando ao critério do juiz o *quantum* mais razoável.

4.2. O DIREITO DE RESPOSTA NA PERSPECTIVA DO DIREITO ELEITORAL

É certo que o direito de resposta encontra ressonância, sobretudo em matéria eleitoral, quando há declarações da imprensa em relação a políticos e suas funções no exercício público do cargo eletivo, sendo certo que esses casos são os mais decididos nos Tribunais no que se refere ao direito de resposta.

BINENBOJM (2009) salienta para o fato da legislação eleitoral ser um setor em que pululam restrições indevidas ao livre fluxo de informações e opiniões e que a Lei Eleitoral

Brasileira encontra-se entre as mais restritivas do mundo, no que se refere à liberdade de expressão. É certo que inúmeras proibições incidem sobre a programação normal e o noticiário das emissoras de rádio e televisão a partir de 1º de julho do ano da eleição, com o aparente propósito de assegurar a lisura do processo eleitoral e o exercício informado do direito de sufrágio pelos eleitores.

Contudo, essas normas produzem efeito verdadeiramente silenciador sobre as emissoras de rádio e televisão, que receosas de incorrerem nas severas penalidades legais, preferem evitar a divulgação de temas políticos polêmicos para não serem acusadas de favorecer ou desfavorecer determinado candidato, partido ou coligação.

Frise-se que a lei eleitoral não é a lei aplicada quando ocorrerem violações à imagem de possíveis candidatos, visto que o período pré-eleitoral terá somente incidência das normas gerais, em especial a Constituição.

Considerando que o processo político-eleitoral seja elemento decisivo da construção do sistema representativo, sendo a garantia de um amplificado ambiente deliberativo, é necessário frisar que qualquer regulação da liberdade de expressão deve se integrar ao sistema constitucional da liberdade de expressão, que pressupõe a preservação das garantias de livre manifestação individual, de livre funcionamento dos veículos de comunicação e o livre fluxo de informações.

Destarte, as regras da Lei 4.737/65 e da Lei 9.504/97 não podem fulminar o direito constitucional da liberdade de expressão em sua inteireza, impondo-se a preservação do seu núcleo duro, visto a sua posição preferencial, corroborando uma sólida construção do Estado Democrático de Direito, sem falseamentos e omissões.

Por outra perspectiva, impõe-se tecer breve comentário a respeito de empresas de notícias de cidades do interior, que na maioria das vezes são dependentes financeiramente do poder político vigente para a sobrevivência no mercado, não resguardando a independência ideológica necessária para o jornalismo.

É certo que essa relação promíscua é extremamente nociva para a livre informação à sociedade, contribuindo essas empresas para um desserviço à população e ao Estado Democrático. Essas empresas de jornalismo, por certo, desinformam a população, não se justificando o contrato de concessão realizado com elas, podendo o Poder Público, após o devido processo legal, cassar-lhe as concessões, quando emissoras de rádio e televisão (art. 49, XII, e art. 223, da CF), nos termos da Lei 4.117/62.

Por fim, com relação ao direito de resposta em período de eleição, que tem espeque no art. 243, § 3º, da Lei 4.737/65, e no art. 58 da Lei 9.504/97, a questão da concessão da antecipação de tutela deverá ser analisada com o máximo de cuidado pelo juiz eleitoral, considerando o já declinado acima no que tange aos requisitos autorizadores e à possibilidade da irreversibilidade do provimento antecipado, com a configuração de um juízo de quase certeza em sede de cognição sumária, visto que essa decisão poderá influenciar decisivamente o resultado do pleito eleitoral.

4.3. AS NOVAS MÍDIAS NA PROPAGANDA ELEITORAL E O DIREITO DE RESPOSTA

As eleições deste ano têm um componente novo, com a introdução e disseminação do uso entre os candidatos de instrumentos da mídia digital, como o blog e o microblog *twitter*, de forma a chegar mais próximo dos eleitores, com fins à conquista de votos, a exemplo da bem sucedida campanha de Barack Obama em 2008, que teve sucesso com seu *Twitter*, ganhando as eleições nos EUA. Os três principais candidatos à Presidência da República nestas eleições, Dilma Rousseff (PT), José Serra (PSDB) e Marina Silva (PV), criaram seus perfis no *Twitter* e utilizam ativamente o microblog para falar com seus eleitores.

Nesse diapasão, é necessário cotejar o uso desse novo “palanque eleitoral” com a lei eleitoral, sendo certo que em período eleitoral tudo o que o candidato *twitteiro* postar como ofensivo ao outro candidato poderá gerar para este um direito de resposta, que observará a Legislação Eleitoral, em especial o art. 58, § 3º, IV, da Lei 9504/97, com nova redação dada pela Lei 12.034/09. Saliente-se que o *caput* do art. 58 da Lei 9.504/97 preceitua que o direito de resposta é assegurado “a qualquer candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem, ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.”

Nesse contexto, no caso específico do *twitter*, dada a especificidade deste meio de comunicação, que emite ponderações num dado momento do blogueiro, que some assim que posta outra ponderação, exsurgir a importância do juiz, que deverá aplicar para a solução destes casos, por analogia, o art. 60, §1º, do CDC, e o já citado art. 58, § 3º, IV, alíneas *a* e *b*, da Lei 9.504/97. Saliente-se que a solução mais conveniente será condenar o candidato que desferiu ofensa pelo *twitter* ao seu adversário a expor em tempo considerado razoável pelo magistrado, e não pelo dobro de tempo, como prevê a lei, uma resposta do candidato ofendido, com o número máximo de caracteres previsto para esta plataforma digital, que deverá ser delineado pelo

ofendido na própria peça inicial, cuja pertinência será submetida à análise judicial, a fim de que não enseje réplica.

Consigne-se que a liberdade de expressão no ciberespaço também não pode exceder os limites da licitude existentes no mundo real, impondo-se ao magistrado maturidade e compreensão dessas novas formas de comunicação, para que melhor realize o processo de subsunção da lei ao caso concreto apresentado, com a conclusão mais acertada para o caso posto a julgamento.

CONCLUSÃO

Após discorrer sobre o histórico da Lei de Imprensa em nosso Ordenamento Jurídico, e a derrocada de Lei de Imprensa de 1967, a partir da declaração pelo STF de não recepção desta lei pela CRFB/88, considerando o seu cariz restritivo da liberdade de imprensa, que traduz o direito de informação e à informação, o presente trabalho buscou trazer primeiramente posicionamento em contrariedade à edição de nova regulação sobre a Imprensa, pois que inevitavelmente iria restringir, coarctar a liberdade de imprensa, tão somente pelo fato da sua existência. Esse posicionamento prestigia decerto o que se denomina de Neoconstitucionalismo, em que a Carta Política goza de supremacia normativa e axiológica, servindo de fundamento de validade de todo o Ordenamento Jurídico.

Conforme disserta SARMENTO (2000, p.1999) a Constituição deve “manter-se aberta à sociedade, dotando-se de elasticidade material suficiente para abrigar sob a sua égide,

ideologias e projetos diferentes”. Assim, a existência de uma outra lei de imprensa inevitavelmente colmataria a liberdade de expressão, que deverá ser preservada sob todas as perspectivas, em alinhamento com o posicionamento de que os intérpretes da Constituição são toda uma sociedade, que vivencia e sente a Constituição, e não apenas o legislador infraconstitucional, ou o juiz.

Também buscou-se tecer argumentos para o posicionamento em contrariedade a uma nova regulamentação do direito de resposta, recorrendo-se a uma interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico para a solução dos casos concretos envolvendo o direito de resposta, direcionando luz à já existente legislação infraconstitucional, como o CC/02, o CDC e o CPC.

Nesse contexto, é certo que o magistrado será instado a adotar uma postura mais ativa, recorrendo à hermenêutica jurídica para a solução dos casos que lhe forem apresentados, não podendo funcionar como um mero expectador, como mera boca da lei. Nesse novo cenário, ao magistrado será imposta a adoção de soluções inteligentes, sem esquecer o caráter pedagógico ao se deferir o direito de resposta.

Em relação ao direito de resposta na perspectiva eleitoral, salientou-se para o fato de que a legislação eleitoral, especial, só é aplicada em período eleitoral, sendo certo que anteriormente a esse período deve ser aplicada a CRFB/88 e a legislação infraconstitucional, como o CC, o CDC, o CPC, e o CP.

Ressaltou-se também que a lei eleitoral vigente é extremamente restritiva à liberdade de informação, e que as regras da Lei 4.737/65 e da Lei 9.504/97 não podem fulminar o direito constitucional da liberdade de expressão em sua inteireza, para uma sólida construção do Estado Democrático de Direito.

Posicionou-se a respeito da questão relativa ao direito de resposta em matéria eleitoral, ressaltando que deverão ser aplicados o art. 243, § 3º, da Lei 4.737/65, e o art. 58 da Lei 9.504/97, e que a questão da concessão da antecipação de tutela deverá ser analisada com o máximo de cuidado pelo juiz eleitoral, pugnando pelo deferimento somente se preenchidos os requisitos do art. 273, do CPC, com a previsão de caução, para o caso de indeferimento ao final do pedido. Saliente-se que essa caução não poderá ser confundida com aquela prevista no art. 33, da Lei 5.250/67, pois que a indenização ali prevista poderá não compensar a extensão do dano.

Por derradeiro, o presente trabalho chamou atenção para as novas plataformas midiáticas na campanha eleitoral, pugnando pela aplicação do art. 58, § 3º, IV, da Lei 9.504/97 para a concessão do direito de resposta nestes casos, cabendo ao juiz eleitoral no caso específico do *twitter*, com base no CDC e na Constituição aplicar a melhor solução ao caso concreto para o direito de resposta, de forma a não ensejar tréplica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Eleições e liberdade de expressão. *O Globo*. Rio de Janeiro. 17/12/09. Opinião.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*; Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de; *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*; Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo; *Manual do Direito do Consumidor*; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*; São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*; Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*; Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Resumo de Direito Eleitoral*; Niterói, RJ: Impetus, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*; Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.