



PRECEDENTE JUDICIAL COMO PRINCÍPIO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA DECISÃO DA ADPF130

JUDICIAL PRECEDENT AS A PRINCIPLE AND FREE SPEECH IN DECISION ADPF130

¹Diego fonseca Mascarenhas

²Adalberto Fernandes Sá Junior

RESUMO

Este artigo tem por objetivo verificar a importância do precedente no STF. Para tanto, se distingue dois modelos de precedentes, o de regras de Schauer e o de princípios de Dworkin. Ao optar por este último, será elencado a legislação relativa à liberdade de expressão na análise da ADPF 130. Chega-se ao entendimento de que a nossa prática jurídica expressa uma visão de acordo com os ideais da justiça liberal por resguardar a ampla difusão de informação. Por fim, é apontado na conclusão que há problemas neste julgado em razão da ausência normativa para regulamentar a liberdade de expressão.

Palavras-chave: Adpf 130, Imprensa, Liberdade de expressão, Frederick schauer, Ronald dworkin

ABSTRACT

This paper goal to verify the importance of precedent in the Supreme Court. Therefore, it distinguishes two previous models, the rules Schauer and the principles of Dworkin. By opting for the latter part listed is the legislation on free speech in the analysis of ADPF 130. Comes to the understanding that our legal practice expresses a view according to the ideals of liberal justice by safeguarding the wide dissemination of information. Finally, it is pointed out in conclusion that there are problems in this trial because of absence rules to regulate the freedom of expression.

Keywords: Adpf 130, Press, Free speech, Frederick schauer, Ronald dworkin

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA, Pará (Brasil). Professor da Faculdade DeVry-FACI e ESTÁCIO-FCAT, Pará (Brasil). E-mail: diegomask_85@hotmail.com

² Doutorando em Direito na Universidade de São Paulo - USP, São Paulo (Brasil). Professor da Universidade Federal do Pará - UFPA, Pará (Brasil). E-mail: adalbertosajr@outlook.com



1 INTRODUÇÃO

O artigo tem o objetivo de chamar maior atenção do Poder Judiciário brasileiro para a análise de precedente. Apesar de não fazer parte do acervo de nossa cultura jurídica, acabando-se, muitas vezes, por se deter apenas à sua ementa ou ao enunciado da súmula, o seu uso exige desde já, assim como fazem os países de tradição da *common law*, que se busque nos fundamentos da decisão a *legal rule*, a norma advinda dos fundamentos da decisão que deve ser obrigatoriamente aplicada aos casos análogos.

Isso acaba por exigir do intérprete a distinção, nestes mesmos fundamentos, da *ratio decidendi* do *obiter dicta*, isto é, os fundamentos que justificaram a decisão das declarações irrelevantes para decisões futuras. Da mesma, também deve distinguir entre os casos em que se pode excluir a aplicação do precedente, o que se chama de *distinguish*, da necessidade de superar o mesmo, o chamado *overruling*.

Será um processo lento e custoso em que os juízes gradativamente passarão da mera citação dos precedentes em quantidade até a sua aplicação qualitativa, momento em que se explicará no julgado por que se está a aplicar aqueles precedentes em especial e se definirá a semelhança de fundamento que se pode estabelecer entre os casos; momento em que o precedente se tornará uma razão verdadeiramente vinculante e terá um papel maior na autorização da força do Estado (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 547). Desse modo, será empregado a metodologia da análise interdisciplinar ao considerar a necessidade de estabelecer relações entre campos fundamentos da Hermenêutica Jurídica, Direito Constitucional, Teoria do Direito e Filosofia do Direito.

Antes de tudo, no entanto, deveremos analisar no desenvolvimento do trabalho dois modelos de precedentes (2), duas formas diferentes de se levar em conta as nossas decisões do passado. O primeiro é o derivado do positivismo presuntivo de Frederick Schauer (2.1), que, como o próprio nome delata, compreende o princípio como regra. O segundo é o modelo de precedentes como princípio de Ronald Dworkin (2.2), decorre da sua teoria interpretativa do direito como integridade. Observar-se-á nesta parte seguinte qual dos dois modelos deve ser adotado para a melhor proteção dos direitos humanos no que diz respeito a liberdade de expressão no julgado da ADPF 130 que revogou a Lei de Imprensa (3), tarefa que analisamos os votos divergentes do Ministro Relator Carlos Ayres Britto (3.1) e o Ministro Marco Aurélio (3.2). Por fim, notaremos que a liberdade de expressão no STF está de acordo com o pensamento do liberalismo político (4) que requer ampla difusão da liberdade de expressão e neste horizonte assinalam que a lei cerceia, em via de regra, da liberdade de livre expressão.



Contudo na conclusão do artigo (5) caberá o questionamento se a ausência normativa para regulamentar a atividade midiática acaba por gerar insegurança jurídica e violação de direitos subjetivos.

2 DOIS MODELOS DE PRECEDENTES

2.1 Precedentes Como Regras E O Positivismo Presuntivo De Frederick Schauer

Frederick Schauer é um autor positivista, que concebe o direito como regra. Neste sentido, o ponto de partida de sua teoria é descrever como as regras operam, em especial as prescritivas ou obrigatórias. Na visão deste autor, estas são as mais importantes do sistema jurídico, uma vez que proíbem ou obrigam alguém a fazer alguma coisa.

A estrutura das regras prescritivas é binomial, composta tanto pelo predicado fático, que especifica o seu alcance proibitivo, permissivo ou obrigacional e as condições fáticas para que haja a aplicação da regra, como também a consequência da norma, que é o resultado que ela objetiva atingir.

Logo, quando há uma regra informando - “é proibida a entrada de cães no restaurante” -, o seu predicado fático exige a ocorrência do fato no mundo real, isto é, quando ocorrer efetivamente o caso de um cão entrar no restaurante. O consequente desta regra é a proibição do ingresso do cão no referido local, havendo eventualmente a aplicação de multa para aquele que tentou entrar no restaurante com um cão ou que entrou no mencionado ambiente.

O predicado factual das regras jurídicas sempre deve ser generalizado. A sua aplicação é destinado para sujeitos indeterminados. Refere-se a todos. Assim, quando o comando for designado a uma pessoa em particular e não possuir caráter facultativo, não será considerado como uma regra jurídica, mas sim uma mera instrução.

A generalização contida na base das regras jurídicas é uma generalização de cunho probabilístico, o qual fornece uma justificativa à regra. No caso do exemplo da regra proibitiva de entrada de cães no restaurante, a sua justificativa está na probabilidade do animal transmitir doenças, morder as pessoas, exalar maus odores, pular nas mesas, além de outros incômodos para os clientes. Desta forma, pode-se extrair boas e prováveis razões para evitar a entrada de cães em um restaurante.



Como foi dito antes, a justificativa que serviu de base para a generalização da regra proibitiva não é certa, mas simplesmente provável. É possível pensar, por exemplo, em situações nas quais o ingresso do cão no citado ambiente não produziria nenhum incômodo aos clientes, como seria o caso do cão-guia de um cego, treinado para transitar em qualquer local público. Assim, a generalização contida na base da regra indica a probabilidade que determinado resultado ocorra, mas nem sempre isto acontecerá.

Por outro lado, é a justificativa da regra poderia ser válida não apenas para cães, mas também para outros tipos de animal, como gatos ou coelhos. Do mesmo modo que não há certeza sobre se todos os cães ocasionarão incômodos aos clientes, também não é certo se somente cães podem fazê-lo, uma vez que outras espécies também transmitem moléstias e causam transtornos.

Existe, portanto, uma dupla deficiência no processo de generalização do predicado factual da regra prescritiva. É a comprovação de que a generalização é baseada em probabilidades, mas também resta notória a percepção de que, diante de determinados casos, a aplicação da regra em conjunto com a sua justificativa é problemática.

Isto se dá porque o processo de generalização das regras prescritivas consiste em se adotar uma generalização sem considerar os atos subsequentes de uma realidade complexa, ignorando-se outras descrições possíveis. Quando se opta por certa generalização, portanto, está-se enfatizando determinada propriedade e suprimindo outras características. A realidade é dificilmente captada por uma única generalização.

Quando a regra gera uma consequência não pretendida, posto que em desacordo com a sua justificativa, tem-se o fenômeno designado por Schauer de experiência recalcitrante. Como já afirmado, esta decorre do fato da generalização não ser universal, mas apenas probabilística. A generalização é dotada de textura aberta, permanecendo aberta para possíveis eventos futuros que tornem a regra inadequada em determinadas circunstâncias.

Denominaremos experiencias recalcitrantes a los tres tipos de generalizaciones inadecuadas: la primera, según la cual una generalización garantizada de manera probabilística es incorrecta en esta ocasión; la segunda, en la que una generalización supuestamente universal resulta no ser universal, y la tercera, en la cual una propiedad soslayada es ahora relevante. Estos son los sucesos que nos hacen dudar en casos particulares de las generalizaciones que normalmente nos resultan de gran utilidad. (SCHAUER, 2004, p. 98)

Assim, a chamada “sobre inclusão” ocorre quando o pressuposto fático da regra inclui casos que não estão de acordo com a sua justificativa, como foi o caso do cão-guia. A “sub inclusão” ocorre quando a regra não incorpora casos que deveriam ter sido incluídos pela regra, pois estão de acordo com a justificativa, como o exemplo dos outros animais que



também não deveriam adentrar no restaurante. Por fim, o fenômeno da textura aberta ocorre porque a palavra cão está tão enraizada na mentalidade das pessoas e o seu significado parece ser tão claro à primeira vista, que se esquece que toda palavra está associada a um contexto particular. Desta forma, no caso de contextos futuros e imprevisíveis a palavra pode acabar por significar o que não se desejava com a primeira generalização.

A textura aberta é a marca do limite da linguagem. Esta não é fixa justamente para acompanhar um mundo dinâmico e complexo, havendo uma flutuação do significado linguístico ao longo do tempo. Afinal, o que hoje é considerado universal e excludente poderá, no futuro, se tornar probabilístico ou meramente exemplificativo.

Portanto, Schauer conclui que o modelo de regras possui a limitação da linguagem. A textura aberta acontecerá nos casos de sobre inclusão e sub inclusão, nos quais haverá a disjunção entre a generalização probabilística e a sua justificativa, em virtude da mera probabilidade de determinado evento acontecer no mundo e não a sua absoluta certeza.

O que faz do modelo de regras de Schauer uma teoria positivista por excelência é a sua conclusão de que, quando há tensão entre a generalização probabilística e a sua justificativa, prevalecerá o resultado da regra baseado na generalização em detrimento da justificativa. Neste sentido, é totalmente compreensível para Schauer que os indivíduos apliquem as palavras contidas na generalização da regra abstraídas do seu contexto, para que se tenha certeza e segurança quanto ao seu resultado.

Este entendimento teórico é a defesa do positivismo jurídico contra qualquer influência de cunho moral do julgador em sua decisão. Aprofundar o debate sobre a justificativa inevitavelmente possibilitaria o ingresso de princípios morais quando da decisão da questão de direito.

Em outros termos, a tese de Schauer é baseada no positivismo presuntivo. No momento em que o juiz estiver diante da oposição entre regra e justificativa, as regras jurídicas devem ter prioridade, para que seja afastada qualquer espécie de consideração de cunho moral ou político no momento da aplicação do direito. Deste modo, a teoria de Schauer é tratada em nível de sistema e baseada no isolamento analítico das regras.

O positivismo presuntivo deste autor é de caráter descritivo, portanto. Requer a análise de como cada sistema jurídico prioriza a aplicação de regras independentemente de sua justificativa. A aplicação genuína das regras tem por fim alcançar o ideal de estabilidade, evitando-se, em contrapartida, o particularismo ou o decisionismo, em que cada magistrado decide de acordo com suas convicções.

O que faz do positivismo de Schauer ser presuntivo é o fato da primazia das regras não ser absoluta. Em caso de grandes injustiças, diz o autor, há boas razões para não se aplicar a regra e levar em consideração a sua justificativa. No entanto, estas situações são bastante excepcionais. Como regra, o sistema deve suportar resultados sub ótimos, nos quais as vantagens da segurança jurídica se sobrepõem às pequenas injustiças do caso concreto.

Em defesa da aplicação das regras, Schauer utiliza o argumento da equidade, da confiança e da eficiência. Na equidade, as regras são gerais e impessoais. As regras são obstáculos à particularização. Quanto à confiança, as regras só podem promovê-la na medida em que são satisfeitas certas condições interdependentes. Em primeiro lugar, os destinatários devem ser capazes de identificar o que a regra informa. Sem a existência de uma compreensão relativamente estável, ficará obscurecida a avaliação do que a regra está determinando ao seu destinatário.

Los entornos de la toma de decisiones sólo pueden atribuir carácter predecible a los resultados al precio de disminuir su aptitud para adaptarse a un futuro cambiante. Dado que seguir una reglas puede producir una decisión subóptima en cierto caso particular, el problema del valor comparativo de la confianza basada en reglas consiste en hasta qué punto un entorno de toma de decisiones está dispuesto a tolerar resultados subóptimos a efectos de que quienes se ven afectados por las decisiones en ese entorno sean capaces de planear ciertos aspectos de sus vidas. (SCHAUER, 2004, p. 203)

O argumento em destaque da defesa da aplicação da regra em relação a sua justificativa é o da aversão ao risco. Se o juiz tiver que levar em consideração todas as circunstâncias que o caso apresenta, sua identificação será uma atividade infinita e cansativa, podendo levar o magistrado a erro. Portanto, mesmo diante de experiências recalcitrantes, devem ser aplicadas as regras independentemente do seu contexto. O dano de se aplicar a regra mesmo contra a sua justificativa é menor em comparação com a situação de ser desconsiderada a regra em prol da aplicação direta da justificativa. Dentro do sistema jurídico devem ser toleradas pequenas injustiças quando se refere à aplicação literal da regra, por conseguinte.

No que tange aos precedentes, estes devem receber o mesmo tratamento de uma regra quando o precedente for vinculante. A sua diferença em relação a uma regra formulada legislativamente é que a regra do precedente é constituída a partir da identificação de sua fundamentação. Assim, a título de exemplo, para se aplicar bem uma súmula vinculante, deve-se procurar os precedentes que levaram à sua formulação, a fim de se identificar o fundamento que servirá de base para a generalização contida na regra.



Quando o resultado da aplicação do precedente não parecer corresponder à sua justificativa, aquele deve ser aplicado assim mesmo, permitindo-se interpretar o precedente conforme o modelo de regras originalmente proposto.

O precedente como regra é formulado pela autoridade judicial. Assim, as instâncias inferiores do Poder Judiciário devem seguir o precedente mesmo que o seu resultado contrarie sua justificativa, posto que o ideal maior do positivismo presuntivo é a aversão ao risco, o ideal das expectativas asseguradas.

Tenemos así ante nosotros el problema de los precedentes. No hay dos eventos que sean exactamente iguales, pero la idea de la obligatoriedad del precedente presupone que una decisión previa regulará un conjunto subsiguiente de hechos que son semejantes al primo. No obstante, dada la falta de absoluta identidad, el factor que determina la similitud debe provenir de algo diferente de la pretendida decisión vinculante de ciertos hechos particulares. Desde un cierto punto de vista, ese factor determinante de la similitud o regla de relevancia es establecida por el segunda tribunal (SCHAUER, 2004, p. 246)

O precedente como regra visa solucionar o problema da distribuição de competência, concentrando a elaboração dos precedentes no Tribunal Superior para tornar o sistema jurídico mais previsível e estável, devendo os demais Tribunais Inferiores segui-lo como regra, afastando a preocupação de analisar as circunstâncias pertinentes de cada caso, como também a justificativa do precedente. Nesse processo, a aplicação do precedente pelas demais instâncias é limitado, seguindo o ditame da aversão ao risco, pois diminui o risco de que decisões erradas de perfil particularista sejam tomadas pelos juízes.

2.2 Precedentes Como Princípio E O Direito Como Integridade De Ronald Dworkin

A primeira importância dos trabalhos de Ronald Dworkin é a de retirar o aguilhão semântico presente nas teorias semânticas do direito, como a do positivismo presuntivo de Frederick Schauer. Estas acreditam ser possível discutir sobre o direito se e somente se estivermos todos cientes dos critérios empregados quando do uso da palavra direito. Isto é, só podemos conversar sobre o direito, se todos os participantes estiverem de acordo quanto ao que é direito, que é direito as afirmações escritas provenientes das casas legislativas, por exemplo. A divergência no direito, assim, se resumiria a uma simples discordância verbal e descritiva semelhante às questões de fato. Para utilizarmos o mesmo exemplo de Schauer, para saber se uma determinada espécie de cão pode adentrar um restaurante, basta



verificamos, primeiro, se há de veras essa determinada lei e, segundo, se o bichano do caso concreto corresponde à palavra “cão”.

Dworkin acredita ser esta uma maneira errada de ver a prática jurídica. Juízes e advogados não fazem meras assertivas descritivas sobre o direito, mas sim interpretativas. Eles discordam quanto aos próprios critérios, sobre o que é direito e sobre qual é seu escopo mais geral, se se deve obedecer os precedentes e até onde uma norma estabelecida em um caso pode se estender a outro. Há, portanto, verdadeira divergência teórica no direito e ela é válida, é genuína, apesar de polêmica, porque se volta para o mesmo objeto a interpretar (DWORKIN, 2010, p. 57).

A atitude interpretativa sempre terá dois componentes básicos. O primeiro é o pressuposto de que a prática social não apenas existe, mas serve a um valor, a um interesse ou propósito, reforça um princípio ou tem uma finalidade, que pode ser afirmado independentemente da prática. O segundo é um pressuposto adicional de que as exigências da prática não são imutáveis. Pelo contrário, elas podem ser mudadas de acordo com uma melhor compreensão da finalidade. A interpretação, portanto, impõe um significado à instituição, tenta vê-la em sua melhor luz para, em seguida, reestruturá-la a partir deste significado (DWORKIN, 2010, p. 58).

A interpretação do direito é, portanto, criativa. É uma questão de impor um propósito a uma prática, e este propósito é do intérprete. Seu objetivo é torná-la o melhor exemplo possível do gênero ao qual se imagina que pertença (DWORKIN, 2010, p. 63). A prática, no entanto, exerce uma coerção no sentido de limitar as interpretações possíveis. A interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto (DWORKIN, 2010, p. 64). Não há, portanto, afirmações neutras no direito, são proposições polêmicas que competem entre si sobre a melhor leitura da nossa prática jurídica.

A interpretação construtiva é composta por três etapas. A primeira é a etapa pré-interpretativa, na qual se identificam as regras e os padrões que se tem por prática. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa na qual o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora na qual o intérprete ajusta a prática para melhor servir ao que a justificativa, identificada na etapa interpretativa, realmente requer (DWORKIN, 2010, p. 81-2).

Quando se trata de interpretação, é importante estabelecer um conceito, um acordo de nível mais abstrato a partir do qual se podem avaliar diferentes concepções. A diferença é que agora o conceito é interpretativo e não semântico. Para Dworkin, o escopo mais abstrato e



fundamental do direito consiste em restringir o poder do governo. O direito insiste em que a coerção não pode ser usada, se não permitida pelos direitos estabelecidos por decisões políticas anteriores (DWORKIN, 2010, p. 116). Cada concepção, por sua vez, oferece resposta a três perguntas. Primeiro, há justificativa para o elo entre direito e coerção? Segundo, qual é ele? Terceiro, que noção de coerência com as decisões políticas do passado é a mais apropriada, quando se trata de identificar estes direitos? (DWORKIN, 2010, p. 118).

O positivismo presuntivo de Schauer, assim, daria mais frutos se fosse lido não como uma teoria semântica, mas como uma teoria interpretativa do direito, a qual Dworkin dá o nome de convencionalismo. Esta corrente responde afirmativamente à primeira pergunta e, em resposta à segunda, esclarece que a justificativa maior do direito é a previsibilidade e a equidade processual proporcionadas por esta restrição, ou melhor, o ideal das expectativas asseguradas ou, como é mais conhecido no Brasil, a segurança jurídica. Quanto à terceira, assevera que um direito só decorre de decisões políticas do passado, as convenções, se estiver explícito nelas, ou se puder ser explicitado por métodos convencionalmente aceitos, independentemente da moral política do intérprete. Quando a convenção se esgota, o juiz deve procurar um padrão extrajurídico, uma visão prospectiva para fundamentar suas decisões, o que pode levar à arbitrariedade do juízo, corrompendo-se o ideal que ela mesma visava assegurar (DWORKIN, 2010, p. 118-9).

Dworkin propõe sua própria teoria interpretação, a qual dá o nome de direito como integridade. Ela responde afirmativamente à primeira pergunta e à segunda, diz que a justificativa não se resume à segurança jurídica, mas também a igualdade, segundo a qual o governo deve exercer seu poder político sempre com igual consideração e respeito por todos os seus cidadãos, não tratando de forma diferentes indivíduos que se encontram em mesma situação jurídica. Em resposta à terceira, alega que os direitos decorrem das decisões políticas anteriores não só quando estão nela explícitos, mas também quando procedem dos princípios de moralidade política que estas decisões pressupõem a título de justificativa (DWORKIN, 2010, p. 119-20).

Para utilizar o mesmo exemplo dado por Schauer, não se trataria de identificar se uma espécie corresponde à palavra “cão”, mas sim, primeiramente, encontrar a justificativa da regra de proibição, que é não incomodar os clientes do restaurante. A partir dela, se poderia dizer que um urso de proporções gigantescas também não poderia entrar no estabelecimento, apesar de não estar abrangido pela palavra “cão, do mesmo modo que um cão-guia para cegos seria permitido, posto que não iria incomodar ninguém, mesmo sendo o que é, um simples cão incluído no termo da regra.

Quando se afirma que a justificativa é de moralidade política, isto tem por consequência a afirmativa de que o direito não corresponde passivamente à opinião popular, posto que representa também um compromisso ativo e contra-factual. Ao mesmo tempo, não corresponde completamente à idéia de justiça. O direito é uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado, por estarem incluídos em decisões políticas do passado, ou nelas implícitos na extensão de princípio (DWORKIN, 2010, p. 122). Por estas razões que Dworkin afirma que, por causa da integridade, seremos obrigados às vezes a aceitar um direito justo, mas que não corresponde à equidade e, em outras ocasiões, o contrário.

Para a integridade, portanto, a extensão explícita da convenção, isto é, o conjunto de afirmações sobre a convenção que quase todos estão comprometidos a aceitar, é bem pequena e de pouca utilidade nos tribunais. Poucas são as afirmações que contam com tamanha unanimidade. A integridade observa que há na convenção uma extensão implícita, ou seja, proposições que decorrem da melhor leitura da convenção, em virtude de todas as palavras serem polissêmicas.

A teoria do direito como integridade busca, por conseguinte, não apenas uma coerência de estratégia entre a legislação e os precedentes, mas uma coerência de princípio. Não se trata de um mero ajuste mecânico entre as regras novas e as antigas, mas sim uma exigência de que todos estes padrões expressem uma visão única, coerente e abrangente de justiça, como se fosse feito por uma única comunidade personificada.

Existem, na verdade, dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista também como coerente neste sentido (DWORKIN, 2010, p. 213). O que tomará nossa atenção agora é o segundo.

O princípio jurídico de integridade afirma que os juízes devem identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Essa orientação é uma tese sobre os fundamentos do direito. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo, posto que não deixa espaço para o uso de padrões extrajurídicos de forma isolada



(DWORKIN, 2010, p. 272). O direito, portanto, contém não apenas o limitado conteúdo explícito das nossas decisões do passado, mas também o sistema de princípios necessários à sua justificativa (DWORKIN, 2010, p. 273)

Neste sentido, a partir do momento em que se adota a idéia do romance em cadeia, isto é, a idéia de que o direito é um todo unificado de sentido escrito pelas mãos de vários juízes, pode-se distinguir duas dimensões a partir das quais se pode por à prova uma interpretação. A primeira é a da adequação. Deve adequar-se ao texto, não deixar sem explicação nenhum aspecto de sua estrutura. A segunda dimensão, a da justificação, vai exigir que o intérprete identifique o princípio que vê o texto sob a sua melhor luz e que pode exigir sua revisão, mas nunca a criação de um direito totalmente novo. Mesmo na etapa interpretativa, há um constante ajuste entre o texto e a concepção pública de justiça que o justifica por inteiro. Nunca há, portanto, total liberdade criativa e discricionária por parte do juiz.

O direito como integridade exige que os juízes apliquem nos novos casos que lhes são apresentados os mesmos princípios que serviram de justificativa para a legislação e os precedentes anteriores, de tal forma que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa nos mesmos moldes. Por isso que cabe ao Supremo Tribunal Federal observar a fundamentação dos seus próprios precedentes, para que não trate as pessoas que estão na mesma situação jurídica de forma diferente, violando-se a igualdade. É neste sentido que se fala que os juízes devem decidir com base em princípios e não em política, ou de acordo com a sua consciência.

Os casos muito difíceis vão exigir do juiz que desenvolva, lado a lado, sua concepção de direito e sua moral política, posto que ambas devem se dar sustentação mútua (DWORKIN, 2010, p. 308).

Cabe ressaltar, por último, que Dworkin, diferente das teorias semântico-positivistas, acredita na existência de uma resposta correta, o que é diferente de se exigir uma demonstração rigorosa, descritiva, metafísica de sua correção. Isto porque o direito é um conceito interpretativo, só existe depois de interpretado. Da mesma forma, as proposições jurídicas também são juízos interpretativos. Não são apenas afirmações descritivas, mas argumentos de adequação e de moralidade política, os quais exigem objetividade, mas uma objetividade bem diferente daquela requerida pelos cálculos matemáticos. É uma objetividade que deixa espaço para a polêmica e para a contra-argumentação nas mesmas bases.

Em conclusão, segundo a teoria do direito como integridade, a obediência ao precedente deve levar em consideração tanto os aspectos particulares do caso concreto, como também a justificativa que levou à formação da cadeia de precedentes. Para esta teoria,



proceder desta maneira é a única de se garantir verdadeiramente a segurança do jurisdicionado de receber igual tratamento pelas instituições jurídicas.

3 ETAPA PRÉ-INTERPRETATIVA: NO PRECEDENTE DO ADPF 130

Agora que já retiramos o agulhão semântico e estamos de acordo quanto à utilização do precedente como princípio, cabe relatar o julgado que será objeto de avaliação deste artigo. Como já afirmado no início, nossa intenção é verificar se a decisão tomada na ADPF 130 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) pelo Supremo Tribunal Federal, que tratou da revogação da lei de imprensa, foi ou não correta.

A ADPF 130 foi oposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a recepção de dispositivos da Lei de n.º 5.250/1967, a chamada Lei de Imprensa, pela Constituição Federal de 1988, assim como a favor da interpretação conforme de outros artigos. A ação foi julgada procedente por maioria de votos nos termos do voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto para declarar como não recepcionada pela Carta Constitucional de 1988 toda a Lei n.º 5.250/1967, vencidos, em parte, o Ministro Joaquim Barbosa, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Gilmar Mendes, além do Ministro Marco Aurélio, este vencido integralmente.

Reserva a Carta Maior todo um capítulo intitulado “Da Comunicação Social” (capítulo V do seu título VIII), em que se proíbe qualquer forma de censura. O direito à livre manifestação do pensamento e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, assim como o direito à informação estão livres de qualquer restrição em seu exercício. A proteção da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra sobrevêm apenas *a posteriori*, com eventual responsabilização pelo abuso no exercício daquele direito primeiro ou sobredireito. As liberdades de pensamento, criação, expressão e informação são garantidas por inteiro, vedado que é qualquer cerceio ou restrição. O direito à resposta e a responsabilização civil, penal e administrativa, não obstante incidirem apenas posteriormente à manifestação, servem de impedimento ao abuso, o que se constata pela excessiva indenização.

A imprensa representa mesmo o fundamento plural da democracia, uma vez formadora da opinião crítica do público ao oferecer uma alternativa à versão oficial dos fatos. A liberdade de imprensa, pois, é plena, salvo a restrição do estado de sítio. “Não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso”, é a conclusão a que se chega. Deve-se expurgar a face autoritária do Estado. A imprensa deve se autorregular, sempre apegada à completude e a fidedignidade das informações prestadas ao público. A liberdade de informação jornalística, portanto, não pode ser regulada pelo Estado. Reconhecida foi a incompatibilidade material entre a lei *sub*



judice e a Carta Maior, como também impossível levar a efeito a interpretação conforme ou a declaração de inconstitucionalidade de apenas alguns de seus dispositivos, uma vez que toda ela foi feita em bloco e com fim determinado, como se vê pela época de sua publicação, em plena ditadura militar.

3.1 Voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto

O Ministro Carlos Ayres, desde o início do seu voto, tece considerações acerca da importância da liberdade de expressão e da imprensa para a sociedade. A comunicação social seria o seu traço diferenciador. Nas suas palavras:

A modalidade de comunicação que a imprensa exprime não se dirige a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, mas ao público em geral. Ao maior número possível de pessoas humanas. Com o que a imprensa passa a se revestir da característica central de instância de comunicação de massa, de sorte a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. (STF, 2009, p. 23-4).

E foi justamente em função desta abrangência de interação humana provocada pela imprensa, que o constituinte reservou todo um bloco normativo denominado “Da Comunicação Social” (Capítulo V, do Título VIII).

A busca da verdade pela imprensa e as suas múltiplas facetas (ex: informações sobre política, economia, arte; denúncias; comentários críticos, etc.) atestam a evolução político-cultural de um povo. Nas palavras do Ministro, corresponderia a um “status de civilização avançada”. (STF, 2009, p. 25).

Também foi enfatizado que a harmonia dos órgãos de comunicação assume papel importante no regime democrático, haja vista que promove a convivência entre contrários. Nessa linha, a imprensa também favoreceria a cidadania, mantendo com a democracia uma relação de mútua dependência ou retroalimentação (STF, 2009, p. 39). E prossegue dizendo que, sendo visualizada como “verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados” (STF, 2009, p. 40).

Para o Ministro Ayres, não pode existir mediação do Estado na relação imprensa-sociedade, considerando a potencialidade da censura. As únicas limitações possíveis aos veículos de comunicação seriam aquelas previstas constitucionalmente: a proibição do anonimato; o direito de resposta; a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, entre outros. (STF, 2009, p. 44).

Ao tratar dos dois blocos de dispositivos constitucionais que envolvem a questão (a saber: CF, art. 220 e art. 5.º, incisos IV, V, X, XIII e XIV), o Min. registra que há uma precedência das liberdades de pensamento e de expressão *latu sensu*, onde a censura prévia não teria vez. Ayres também utiliza a expressão “sobredireitos fundamentais” para explicar esta absoluta primazia das liberdades de pensamento e expressão.

O Ministro argumenta também que as liberdades de pensamento e expressão fariam parte de um grupo de “normas irregulamentáveis” (STF, 2009, p. 66). Ou seja, “a vontade normativa surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema, como condição absoluta de respeito à sua manifestação originária” (STF, 2009, p. 67). Com efeito, uma lei eminentemente estatutária de imprensa em nosso país não teria qualquer sentido.

Além disso, outro óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa entre nós seria o fato de que a Constituição em nenhum momento iniciou a regulação da matéria para outro diploma legislativo retomar e concluir. Nenhuma lei poderia ir além do que já foi constitucionalmente qualificado como “livre” e “pleno”. A lei de imprensa, nessa linha de raciocínio, seria inevitavelmente uma tentativa de embarçar, restringir, dificultar aquilo que a “Lei das Leis” considerou como liberdade em plenitude (STF, 2009, p. 68).

A partir da página 70, o ministro Carlos Ayres começa a falar explicitamente da relação entre a Lei de Imprensa e o período em que foi criada (regime militar). Para o Ministro, existe uma incompatibilidade material insuperável entre a referida lei e a Constituição Federal, de tal maneira que deveria ser afastada a possibilidade de interpretação conforme a Constituição de qualquer parte da lei. Seriam documentos “visceralmente contrários, em suas linhas e entrelinhas” (STF, 2009, p. 74). Nesse sentido, o Ministro conclui pela total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição todo o conjunto de dispositivos da Lei n. 5.250 de 1967, a chamada lei de imprensa.

3.2 Voto do Ministro Marco Aurélio

Em seu voto dissidente, o ministro Marco Aurélio se opõe à concepção levantada pelo ministro Carlos Ayres Brito no que tange à superioridade da liberdade de expressão e começa o seu voto indagando a quem interessa o vácuo normativo causado pela retirada da lei de imprensa do ordenamento, deixando claro desde já que esse vácuo só seria prejudicial para a própria sociedade brasileira que ficaria a mercê do ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica.



O ministro argumenta que, atualmente, tendo em vista a Constituição Federal de 1988 e os princípios do Estado Democrático de Direito, a lei de imprensa não se presta para cercear a liberdade de expressão, mas sim para conter os abusos cometidos no livre exercício da imprensa, regulamentando as peculiaridades que o exercício desse direito fundamental suscita.

Os limites impostos pela lei de imprensa não podem ser tomados como limites negativos, cerceadores da liberdade de expressão e do direito à informação, tão somente porque a lei em questão entrou em vigor na época da ditadura militar. Não se pode, por conta de um ranço do período militar, interpretar que todas as leis desse período são antidemocráticas. Importante observar que outras leis, editadas também nesse período de exceção, se mostram totalmente em consonância com a atual Constituição Federal.

Desse modo, segue afirmando o ministro que, desde 1985, quando começou a redemocratização, a Lei de Imprensa está sendo corrigida pelo Poder Judiciário. E, atualmente, o Judiciário não aplica os dispositivos mais autoritários que se contrapõem à Constituição Federal de 1988, estando em vigor atualmente uma lei purificada pelo crivo deste Poder, o que propicia segurança jurídica sem ameaçar os direitos fundamentais.

Por fim, o ministro argumenta que a lei de imprensa, no momento da votação da ADPF, estava em vigor há 40 (quarenta) anos, sendo 20 (vinte) anos em vigência concomitante com a atual Constituição Federal, e durante esses vinte anos nada foi feito no sentido de retirar a eficácia da lei de imprensa, sendo estranho porque só agora, depois de tanto tempo, surja o argumento de que a mencionada lei é inconstitucional, que descumpra preceito fundamental. Argumenta o ministro que esse lapso temporal é no mínimo estranho, principalmente porque não se vê no país uma imprensa cerceada, limitada na divulgação das informações, mas ao contrário, o que se vê é uma imprensa livre, e que ao longo desses anos não foi, de forma alguma, tolhida pela lei de imprensa.

Diante desses argumentos o ministro Marco Aurélio conclui que a lei de imprensa não implica em uma transgressão a nenhum preceito fundamental ligado a liberdade de expressão.

4 ETAPA INTERPRETATIVA: A IGUALDADE LIBERAL

Os precedentes devem ser o exemplo maior de uma concepção coerente e pública de justiça fundada em princípios de moralidade política. Agora, que nos encontramos na etapa interpretativa sugerida por Dworkin, cabe nos questionar qual a idéia de justiça que se adapta



às nossas práticas e aos nossos acordos históricos do passado, isto é, qual delas possibilita ver a constituição, a lei e os precedentes como exemplos máximos de sua vigência.

É conhecido o debate entre o liberal Ronald Dworkin e Michael Sandel, um dos expoentes do comunitarismo, acerca da pornografia¹. Sandel, como outros comunitaristas, que acreditam no Estado Paternalista, dotado de uma política bem definida do bem-comum e de cunho aristotélico, acredita que o Estado deve sim incitar o indivíduo a seguir as melhores virtudes, a descobrir na tradição do seu povo as características que o levam a ser uma pessoa melhor. Ronald Dworkin, por outro lado e representando a opinião liberal, afirma que o Estado deve simplesmente fornecer um mercado livre de ideias. Todas as pessoas devem ter o direito de se expressar livremente e independentemente de censura, licença ou forma prévia. Deve tomar conhecimento das ideias alheias e formar o seu próprio convencimento. Se o Estado adotasse desde o princípio um determinado ponto de vista, poder-se-ia abrir espaço para os Estados Totalitários, que se fundam a partir de uma verdade única e odeiam opiniões divergentes. É o típico estado ditatorial vivido pelo Brasil de 64 a 87.

O Estado só pode vir a controlar a manifestação do pensamento após o seu efetivo exercício. Somente após o seu devido uso, é que os danos à intimidade, à vida privada, à honra e a outros direitos deverá ser verificada. As sanções posteriores e as indenizações muitas vezes altas servirão para coibir o abuso do direito. Este é o preço que se há de pagar pela liberdade como sobredireito.

Mas por que falar em direito à igual liberdade e não direito à liberdade simplesmente? Isto acontece porque aceitamos aqui a sugestão de Dworkin, de que todas as teorias da justiça têm por escopo mais geral tratar todos os seus cidadãos como iguais, com igual consideração e respeito. É o chamado princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos (DWORKIN, 2005, p. 169).

As diferentes teorias políticas afirmam concepções de justiça diferentes justamente neste aspecto: o que nos torna iguais? O que deve ser distribuído igualmente para que sejamos tratados como iguais? As teorias liberais, todas elas, umas com mais ênfase, outras com menos, afirmam que um importante aspecto desta igualdade liberal é a liberdade. O princípio,

¹ A resposta de Dworkin a este debate pode ser encontrada em DWORKIN, Ronald. "Do We Have a Right to Pornography?". In: *A Matter of Principle*, Harvard: Harvard University Press, 1985, cap. 17.



portanto, que justifica as nossas práticas a respeito da liberdade de expressão é o princípio da igual liberdade. Sem o devido respeito a este valor, não se estará tratando o cidadão como um fim em si mesmo, capaz de rever seus conceitos, mas apenas como um simples objeto, perdido numa multidão que serve apenas como massa de manobra para os interesses outros de autoridades muitas vezes escusas.

A concepção liberal concebe, *a priori*, o mercado como não suspeito, por considerar que os mecanismos de livre circulação do mercado sempre são o melhor esquema possível para distribuir as informações de modo mais eficiente. Assim, esse mecanismo não pode sofrer qualquer tipo de regulamentação prévia, pois implica na tentativa de controle por parte do Estado (MASCARENHAS, 2014, p. 34).

Por outro lado, o cidadão compreendido no liberalismo precisa receber informações e ideais a respeito do Estado e da política de modo indireto por meio de empresas especializadas. A imprensa é uma absoluta necessidade por não haver outra forma dos cidadãos se informarem e nem deles fiscalizarem o Estado se não for por meio da imprensa (MASCARENHAS, 2014, p. 38).

O problema da decisão da ADPF 130 que revogou a lei de imprensa é que partiu da concepção que haver lei regulamentando a atividade midiática significaria diretamente em censura prévia e que isto vai de contra ao exercício da liberdade de expressão dentro da democracia. Ocorre que, o entendimento majoritário do julgado foi omissivo no que diz respeito em considerar que a função da lei é não apenas de assegurar Direitos para as Instituições, ou seja, proteger a mídia da pressão política do próprio Estado, mas também de limitar o poder das empresas de comunicações, porque podem violar os direitos subjetivos dos cidadãos em face do seu enorme poder social de transmitir informações pré-selecionada e de formar a opinião pública por fazer uma leitura oficial dos fatos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mas até mais importante do que isso, este artigo, acredita-se, cumpriu o seu objetivo de mostrar como, quando adotamos a teoria do direito como integridade e passamos a buscar os princípios que fundamentam nossas posições jurídicas e políticas feita na decisão da ADPF 130.

É por estas e outras razões que a adoção do modelo de regras proposto pelo positivismo presuntivo de Frederick Schauer (2004) pode levar a violações de direitos humanos. Quando não se pensa sobre o que se está decidindo, observando as peculiaridades



do caso concreto em confronto com a justificativa da regra, estamos a ponto de cometermos injustiças que não podem ser agrupados em um termo eufemístico como o de sub ótimo. Pelo contrário, como já dizia Hannah Arendt (1995), uma das pensadoras que mais refletiu sobre o totalitarismo e o movimento nazi-fascista, o mal não decorre apenas de motivos demoníacos e monstruosos, mas também da irreflexão. É neste momento que o mal se torna banal e são cometidas as maiores atrocidades. Elas são até percebidas, mas não são pensadas. A adesão mecânica a códigos e convenções acaba por nos proteger da realidade e evitar o cansaço do pensamento. Mas quantas injustiças foram feitas pelas mãos de juízes que, na mesma noite, dormiram com a sensação de consciência limpa, por terem cumprido seus papéis de superficiais agentes, sempre à disposição para cumprir, cumprir e nada mais?

Numa etapa pós-interpretativa de Dworkin podemos indicar que a decisão do STF na ADPF 130 gera insegurança jurídica ao levar em consideração que revogou a lei de imprensa e que o tratamento a esta matéria ficaria a cargo do Poder Judiciário por meio precedente já constituído no sistema legal brasileiro, no entanto este precedente foi elaborado pela lei que foi revogada pela presente ação julgada no STF. Em outras palavras, haveria um retorno via jurisprudência da lei que foi revogada pelo menos no que se refere ao direito de resposta e a indenização por danos morais.

Nesse sentido, com a revogação da lei de imprensa, o judiciário usará o raciocínio técnico-jurídico centrado na proteção das liberdades individuais para decidir casuisticamente quando há efetivamente ocorrência de abusos. Trata-se de um regime que no fundo carrega consigo três consequências: visualiza o conteúdo previsto na Constituição Federal em torno da liberdade de imprensa ser suficiente para dispor na integralidade a matéria; não compete ao legislativo editar leis infraconstitucionais para regulamentar a atividade midiática; e o atributo para dirimir eventuais abusos das empresas de comunicação é do judiciário.

REFERÊNCIAS

- ARENDRT, H. 1995. *A Vida do Espírito: o Pensar, o Querer e o Julgar*. Rio de Janeiro, RJ: Relume Dumará. 6 p.
- DWORKIN, R. 2005. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo, SP: Martins Fontes. 169 p.
- _____. 2010. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2-308 p.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. 1984. *O Federalista*. Brasília, DF: UnB. 577 p.
- MACCORMICK, D. N.; SUMMERS, R. S. F. 1997. *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate. 547 p.



MASCARENHAS, Diego Fonseca. *Liberdade de Expressão e Lei de Imprensa: a tensão e a fragilidade na democracia sob a ótica de Hannah Arendt a partir da ADPF 130*. Curitiba: Juruá, 2014.

MAUÉS, A. M. 2010. O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil como um Sistema Plural. *Pensar*, vol. 15, n.º 2, p. 369.

PEGORARO, L. 2004. *La Justicia Constitucional: Una Perspectiva Comparada*. Madrid: Dykinson. 146 p.

RAWLS, J. 2008. *Uma Teoria da Justiça*. 3.ª ed. São Paulo, SP: Martins Fontes. 4-14 p.

SCAFF, F. F.; MAUÉS, A. G. M. 2005. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética. 67-70 p.

SCHAUER, F. 2004. *Las Reglas en Juego*. Madrid: Marcial Pons. 98-246 p.

SEGADO, F. F. 2004. *La Justicia Constitucional ante el Siglo XXI: La Progresiva Convergencia de los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano*. México, DF: Universidade Autónoma de México. 59-69 p.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. 2009. STF. ADPF n.º 130. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=334823&tipo=TP&descricao=ADPF%2F130>,
acessado em: 22 nov. 2011.