

**ADPF 130: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE
DE IMPRENSA E DE EXPRESSÃO POR MEIO DO CONTROLE
JURISDICIONAL DE NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS**

Ana Lucia Pretto Pereira *

Cláudia Honório **

Heloísa Krol ***

RESUMO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação autônoma de controle de constitucionalidade, prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal. Quando foi inserida no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, ocorreu um grande debate sobre a sua finalidade no âmbito do sistema de controle de constitucionalidade. Com o advento da Lei nº 9.882/99, delimitou-se a configuração da arguição. Uma das previsões da referida normativa, é que a arguição configura-se como um mecanismo subsidiário em relação aos demais instrumentos de controle abstrato da constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade por ação, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade). Assim, como o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu incabível o controle da legislação infraconstitucional pré-constitucional em sede de controle abstrato, abriu-se a possibilidade de fiscalizar tais atos no bojo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Então, como a arguição pode ter por objeto solucionar relevante controvérsia judicial sobre atos normativos publicados anteriormente à Constituição, permitiu-se o controle da constitucionalidade, na ADPF 130, de dispositivos da Lei da Imprensa tidos por atenta atentatórios aos direitos fundamentais à liberdade de imprensa e de expressão. Dessa maneira, vislumbra-se um importante instrumento para a proteção dos direitos fundamentais cuja regulamentação infraconstitucional é anterior a Constituição de 1988.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Bolsista da Capes. *E-mail*: analuciapp@uol.com.br

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela UniBrasil. Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Bolsista da Capes. *E-mail*: claudia.honorio@hotmail.com

*** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Bolsista do CNPQ. *E-mail*: helo_krol@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL; JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The disregarding argument of fundamental precept is an independent kind of judicial review demand, inserted in article 102, § 1º of the Federal Constitution. When this article was inserted in Brazilian constitutional system, a great discussion was developed around the limits, the subject and the finality of this action in the context of Brazilian system of judicial review. Then, the Law nº 9.882/99 was edited to regulate the constitutional prevision. One aspect of this law is that the disregarding of fundamental precept is a subsidiary instrument when we focus on the instruments of abstract judicial review (direct action of unconstitutionality analysis, direct action of unconstitutionality analysis of public omissions and declaratory action of constitutionality analysis). The Brazilian Supreme Court had always understood that the abstract judicial review was unable to analyze pre-constitutional ordinary law. With the disregarding argument of fundamental precept it is now possible to analyze this acts. So, the disregarding argument of fundamental precept can solve relevant constitutional controversy concerning normative acts published previously to the Constitution. This has allowed the control of constitutionality, in ADPF 130, over some articles of the Law of Press, which are considered offensive to the basic rights to expression and press freedom. The argument is an important instrument to protect the fundamental rights. That's an important instrument to protect the fundamental rights which ordinary regulation is previously to the Constitution of 1988.

KEY-WORDS: DISREGARDING ARGUMENT OF FUNDAMENTAL PRECEPT; JUDICIAL REVIEW; FUNDAMENTAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional revela-se importante para garantir a proteção e a exigibilidade dos direitos fundamentais. Nesse

sentido, ganha relevo a análise da concessão de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 130, por decisão do Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2008, em que se afirmou, no contexto da democracia brasileira – que pressupõe a liberdade de imprensa e de expressão – a possibilidade de examinar a (in)constitucionalidade de direito pré-constitucional (a Lei de Imprensa, de 1967). A decisão reforça o objeto da ADPF e sua característica de subsidiariedade, o que torna esse meio processual um importante instrumento para a proteção e a exigibilidade dos direitos fundamentais.

Nessa linha, o presente estudo começa delineando a origem e a natureza jurídica da ADPF. Na sequência, tratar-se-á do objeto da ADPF e da possibilidade de fiscalização da constitucionalidade de normas pré-constitucionais por meio dessa modalidade de ação. Ao final, será enfrentada a discussão acerca da proteção dos direitos fundamentais à liberdade de imprensa e de expressão, por meio do controle de constitucionalidade de normas pré-constitucionais, tendo como pano de fundo a recente concessão de medida cautelar na arguição de descumprimento nº 130.

1 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, tal qual a conhecemos hoje, foi positivada pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, no artigo 102, § 1º¹. Precisamente, o primeiro projeto de Constituição da Comissão Afonso Arinos (o Projeto A) não trazia qualquer previsão acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental². Todavia, emenda parlamentar³ apresentada no trâmite de apreciação do Projeto A fez inserir a arguição no Projeto B, nos mesmos termos que se

¹ Constituição Federal: Artigo 102: “§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”. A respeito da origem da ADPF no ordenamento jurídico brasileiro, André Ramos Tavares não deixa de observar que o instituto encontra raízes na *ação interventiva* prevista na Constituição de 1891, assim enunciada: “Quando quaesquer leis de um dos Estados infringirem qualquer princípio cardeal da Constituição, ao Governo da União caberá suspender a respectiva execução na parte relativa a infração, competindo ao Supremo Tribunal a decisão do conflito”. TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11.

² O Projeto A previa, tão-somente, a “arguição de relevância de questão federal”, a qual guardava semelhança com a arguição de descumprimento de preceito fundamental apenas em termos de nomenclatura. Cf. TAVARES, ob. cit., p. 16.

³ Emenda parlamentar nº 2P02040-2, apresentada pelo Constituinte Deputado Eraldo Melo Tinoco (deputado federal pelo PFL da Bahia). Ibidem, p. 19.

apresenta atualmente na Constituição, tendo sofrido apenas revisão textual⁴. A revisão constitucional de 1993 manteve incólume o respectivo dispositivo constitucional. Assim, a ADPF nasce, no direito brasileiro, com o advento da Constituição de 1988, aguardando, todavia, tal qual optou o constituinte originário⁵, respectiva regulamentação pelo legislador infraconstitucional para que pudesse ser manejada judicialmente.

Apenas em 1997 são apresentados estudos que efetivamente têm por objeto a regulamentação da ADPF. A redação vaga da argüição de descumprimento na Constituição permitiu que os projetos apresentados fossem bastante discrepantes entre si. Desse modo, inicialmente, é apresentado ao Parlamento projeto de lei de autoria da então deputada federal Sandra Starling, de conteúdo distinto daquele da atual lei regulamentadora da ADPF, e que restringia o objeto da ação ao “descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional, em face de interpretação ou aplicação dos Regimentos Internos das respectivas Casas, ou comum, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art. 59 da Constituição.”⁶ Paralelamente, comissão de estudos encabeçada por Celso Bastos⁷ também trabalhou sobre anteprojeto de lei para a regulamentação da ADPF. Levado a discussão, o projeto da deputada Sandra Starling, todavia, sofreu uma série de emendas do Relator, resultando em substitutivo bastante semelhante ao formulado pela Comissão Celso Bastos⁸. Assim, o projeto de lei para regulamentação da ADPF (e que em muito pouco difere do projeto elaborado pela Comissão Celso Bastos) é encaminhado ao Presidente da República para a respectiva sanção ou veto, resultando na Lei nº 9.882/99.

Todavia, é importante retroceder um pouco àquela fase final do procedimento de elaboração da lei da ADPF e destacar que, exatamente no momento da apreciação do

⁴ Ibidem, p. 20.

⁵ Entende-se que a redação vaga do dispositivo da ADPF denota a vontade do constituinte originário em traçar apenas as diretrizes básicas da ação, deixando ao legislador infraconstitucional a tarefa de instrumentalizar a sua utilização. Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 200.

⁶ Projeto de Lei nº 2.872. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, In MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 466-467.

⁷ E composta pelos juristas Arnoldo Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes. Ibidem, p. 465.

⁸ Um cotejo entre o projeto da Comissão Celso Bastos e o projeto da deputada Sandra Starling após as emendas parlamentares, com o fim de ilustrar a grande semelhança entre ambos, é feita por Gilmar Mendes em **Mandado de Segurança...**, p. 467-472.

projeto de lei pelo Poder Executivo, a doutrina entende ter havido uma mutilação da arguição de descumprimento, em virtude de veto parcial do Presidente.

Com efeito, o art. 2º, *caput* e inciso I, da Lei nº 9.882/99, atribui capacidade processual ativa aos mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade⁹. Nada obstante, a redação original do inciso II daquele mesmo artigo, e que foi vetada pelo Poder Executivo, estendia a *todo aquele que sofresse a violação a preceito fundamental* a legitimidade para a propositura de ADPF. As razões de veto foram, basicamente, o congestionamento da Suprema Corte caso se mantivesse o permissivo de propositura da ação a todo e qualquer cidadão¹⁰.

Esse veto, em específico, sofreu severas críticas da doutrina. Argumenta-se que a Lei nº 9.882/99 não atendeu ao espírito da Constituição, de supremacia e proteção de suas normas por todos os seus destinatários, tendo fixado restrição não permitida expressamente pelo texto constitucional. Ainda, o veto presidencial teria retirado do cidadão direito assegurado constitucionalmente, de que *lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito* (art. 5º, XXV da CF). Argumenta-se, também, ter havido *cerceamento da participação democrática do cidadão*¹¹; concebido constitucionalmente como *co-participante no governo*¹², o cidadão viu-se, em razão do veto, impedido de controlar atos do poder público que sejam flagrantemente atentatórios a preceito fundamental, e que podem arrastar-se eternamente inconstitucionais¹³ em virtude da inércia dos legitimados para propositura da ADPF.

⁹ Os legitimados para a propositura da ADI constam dos incisos I a IX da Constituição Federal, *verbis*: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

¹⁰ Todos os vetos presidenciais à lei da ADPF, bem como suas respectivas razões, podem ser visualizados no sítio virtual da Presidência da República: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm

¹¹ Cf. GARCIA, Maria. Arguição de Descumprimento: direito do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 32, jul.-set. 2000. p. 100. No artigo, a autora sustenta, na esteira de Peter Häberle, que a cidadania poderá ser plenamente realizável no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes, onde todos são intérpretes jurídicos da Constituição, ampliando, dessa forma, o círculo de participantes na realização dos direitos fundamentais.

¹² Importante lembrar que o parágrafo único do art. 1º da Constituição consagra, dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a *soberania popular*: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

¹³ Utilizaremos, indistintamente, os termos *descumprimento da Constituição* e *inconstitucionalidade*, por entendermos não haver prejuízo de seu uso enquanto sinônimos para os fins do presente estudo. Todavia, registramos a distinção levada a efeito por André Ramos Tavares, para quem

Por conta disso, entende-se que o referido veto teria suprimido uma outra forma de fiscalização da constitucionalidade, mais democrática, e que seria, no caso, uma espécie de *ação popular constitucional*. Diante dessa discussão, somando-se à necessidade de ser comprovada, pelo argüente, a *relevância* da controvérsia constitucional, tal qual exige a lei da ADPF, parece acertada a visão de que haverá grande redução no número de arguições submetidas ao controle abstrato do STF.

Quanto à natureza jurídica, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é concebida como *ação autônoma de controle de constitucionalidade*. Essa é uma afirmação que leva em conta o *objeto* que a ADPF visa atacar, o *parâmetro* utilizado como referência para o controle da constitucionalidade, bem como o *órgão competente* para processamento e julgamento da ação. A ação será proposta, diretamente, perante o Supremo Tribunal Federal (*órgão competente*), para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”¹⁴, bem como “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (*objeto da ação*)¹⁵. Ainda, o *parâmetro* colocado em relação ao objeto da ADPF são os *preceitos fundamentais decorrentes da Constituição*, inserindo-a, pois, no catálogo de instrumentos processuais eficazes à fiscalização da constitucionalidade.

O *objeto* dessa ação é mais abrangente do que em outras ações de controle de constitucionalidade¹⁶. Com efeito, a ADPF tem um amplo campo de incidência, uma vez que seu controle recai sobre *atos do poder público* de qualquer natureza, aqui incluídos, exemplificativamente¹⁷, e na dicção da própria lei da ADPF, *lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*. Com isso, o legislador infraconstitucional oportunizou a fiscalização de constitucionalidade

descumprimento caracteriza violação a disposição não normativa da Constituição, ou seja, atos administrativos e atos materiais contrários ao texto constitucional. Para detalhes, consultar o seu **Tratado da Arguição ...**, p. 162 e ss.

¹⁴ Alexandre de Moraes identifica duas modalidades de ADPF, que seria *preventiva* quando dirigida a evitar danos a “princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal”, e *repressiva* quando intentasse reparar aqueles princípios, direitos e garantias lesados por ação/omissão dos poderes públicos. MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 265.

¹⁵ Artigo 1º, *caput* e parágrafo único, I da Lei nº 9.882/99, respectivamente.

¹⁶ Como a ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, cujo objeto restringe-se a *leis e atos normativos federais ou estaduais*, conforme preceitua o art. 102, I, *a* da Constituição Federal.

¹⁷ A afirmação entre vírgulas é emprestada de Celso Ribeiro BASTOS e Alexis Galiás de Souza VARGAS, In: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 30, jan.-mar. 2000. p. 70.

pelo Judiciário, não apenas sobre leis e atos normativos, mas também sobre atos da administração; e não apenas sobre atos emanados das esferas de competência federal e estadual, mas, igualmente, da esfera de competência municipal. E, por fim, oportunizou, ainda, que normas editadas anteriormente à Constituição de 1988, mas que ainda regem as relações jurídicas atuais, sejam examinadas em sua compatibilidade com o Texto Maior, hipótese que interessa ao presente estudo.

Em relação ao *parâmetro* a ser levado em conta quando do exame da constitucionalidade, tem-se não somente o texto da Constituição, mas, também, normas materialmente constitucionais, vale dizer, princípios e regras fundamentais que se encontram fora do corpo dogmático da Constituição, recebendo, nada obstante, a sua proteção implícita¹⁸. Conforme adverte Wandimara Saes, a própria expressão “preceitos fundamentais” é uma expressão de textura aberta¹⁹, e que pode abranger um sem-número de situações capazes de expressar princípios e regras que são basilares em um sistema constitucional²⁰. É importante lembrar, nessa linha, que a própria Constituição, em seu artigo 5º, § 2º, protege também direitos fundamentais não expressamente previstos no Texto Maior que sejam com ele compatíveis²¹. Para além disso, não se poderia esperar que o legislador infraconstitucional enunciasse, taxativamente, o que vem a ser preceito fundamental, sob pena de incorrer em restrição não expressamente permitida pela Constituição. Assim, entende-se que cabe à jurisprudência e à doutrina construir, para cada momento histórico, o que a comunidade entende ser um preceito que mereça proteção por meio da arguição de descumprimento²².

Por fim, com relação ao *órgão competente* para processamento e julgamento da ADPF, a Constituição estabelece que tal função cabe ao Supremo Tribunal Federal. De fato, o próprio comando constitucional, bem como o teor da regulamentação da lei da ADPF, no já apontado sentido de que os legitimados para a sua propositura são os mesmos da ADI, aponta para a conclusão de que a ADPF é uma ação *direta* de controle

¹⁸ É o que se infere da própria leitura do dispositivo constitucional que abriga a arguição, quando prevê a proteção de preceito fundamental “*decorrente* desta Constituição” (grifamos).

¹⁹ Para uma sólida teoria acerca da textura aberta do direito, sugere-se HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 e 2005.

²⁰ SAES, Wandimara Pereira dos Santos. A extensão e o conteúdo de preceito fundamental na arguição de descumprimento. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 59, abr.-jun. 2007. p. 320.

²¹ Constituição Federal: Artigo 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²² Cf. BASTOS; VARGAS, op. cit., p. 69.

abstrato da constitucionalidade. Todavia, é importante destacar que a Lei nº 9.882/99 permite, também, identificar a existência de ADPF em sede de *controle concreto* ou *incidental*. É o que se infere da leitura do artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da lei da ADPF, ao prever o cabimento da arguição quando houver *relevante controvérsia judicial* acerca da constitucionalidade do ato em questão²³. Registre-se que é exatamente a possibilidade de fiscalização da constitucionalidade, por meio de ADPF, em sede de controle *concreto*, que legitima a sindicabilidade e defesa dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de imprensa em face da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa).

Isso porque, com efeito, o controle difuso ou incidental da constitucionalidade caracteriza-se pela possibilidade de ser exercido por todo e qualquer órgão julgador, em qualquer instância do Poder Judiciário. Ou seja, uma vez estando o juiz da causa convencido acerca da inconstitucionalidade da norma manejada no caso *sub judice*, poderá ele afastá-la do caso concreto, declarando, incidentalmente, a sua inconstitucionalidade. Porém, sem ignorar o caráter democrático de que se reveste o controle difuso de constitucionalidade, o grande risco dessa modalidade de controle é a proliferação de decisões totalmente contraditórias, para casos concretos semelhantes. Era o que vinha ocorrendo com os processos judiciais em que se discutiam os direitos fundamentais à liberdade de expressão e de imprensa: havia uma proliferação de decisões divergentes, ora condenando veículo comunicador com base nas penalidades da Lei da Imprensa, ora repelindo pedido de condenação por danos morais, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da referida lei.

Assim, a ADPF surge como mecanismo uniformizador da *controvérsia constitucional* (melhor dizendo, *controvérsia judicial*) havida no âmbito das decisões proferidas nos casos concretos, em sede de controle difuso. Esses casos concretos serão o *pano de fundo* necessário para que se caracterize o controle concreto da constitucionalidade por meio da arguição.

Note-se, contudo, que o controle da Lei de Imprensa não seria possível por meio de nenhuma outra ação de controle da constitucionalidade. Somente a ADPF é ação

²³ O dispositivo fala em “controvérsia constitucional”, todavia, é factível que se trata, aqui, de controvérsia no âmbito *judicial*, uma vez que não se poderia admitir que dissenso tão-somente doutrinário pudesse dar ensejo à provocação da Suprema Corte para posicionar-se a respeito de questão constitucional. Confira-se, a propósito, as palavras da lei: “Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”

direta por meio da qual se pode fiscalizar a constitucionalidade de atos normativos anteriores à Constituição de 1988, e aqui reside a sua grande inovação e relevância como veículo de proteção de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional. É o que será ressaltado nos tópicos a seguir.

2 OBJETO E SUBSIDIARIEDADE DA ADPF

Diante da redação vaga da Constituição de 1988 quanto ao seu âmbito e às suas hipóteses de cabimento, a ADPF apresentou-se como um instituto sem operatividade prática²⁴ até a regulamentação por meio da Lei nº 9.882/99.

Conforme sobredito, com o advento da legislação infraconstitucional, viu-se acalorar o debate doutrinário sobre a ADPF. Questões como quem seriam os legitimados ativos, tendo em vista a defesa da arguição se configurar como uma ação popular constitucional²⁵; quais os efeitos da decisão; existência de uma arguição incidental; sua natureza jurídica, hipóteses de cabimento e sua posição no complexo sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade²⁶.

Uma das questões mais controversas refere-se ao previsto no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99²⁷, que dispõe que a arguição também é cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Com efeito, tal disciplina conduz à idéia de que a ADPF tem objeto amplíssimo, abarcando o questionamento de vários atos excluídos do controle abstrato de

²⁴ Sobre o tema: SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, ROTHENBURG, **Arguição de descumprimento de preceito fundamental...**, p. 85. Inclusive o Supremo Tribunal Federal considerou o dispositivo constitucional da ADPF como norma constitucional de eficácia limitada, carente, portanto, de regulamentação para produzir efeitos positivos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em petição n. 1.140-7. Relator: Ministro Sydney Sanches. Publicado em 31.05.1996).

²⁵ Defendendo que a arguição tem como legitimado qualquer cidadão: STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição Brasileira. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 267.

²⁶ Para um panorama geral da discussão e estabelecimento de algumas premissas, consultar: CLÈVE, Clèmerson Merlin; DIAS, Cibele Fernandes. Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: CRUZ; SAMPAIO, **Hermenêutica e jurisdição constitucional...**, p. 01-08.

²⁷ “Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”

constitucionalidade via ação direta. Assim, viu-se a possibilidade de analisar matérias que estavam no limbo da fiscalização da constitucionalidade (atos normativos municipais, atos concretos, legislação pré-constitucional, atos jurisdicionais, atos normativos infralegais, atos do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, atos políticos²⁸), tendo em vista a posição consolidada no Supremo Tribunal Federal.

Daí a importância da ADPF para o tema em estudo: a possibilidade de analisar a constitucionalidade do direito pré-constitucional em sede de controle abstrato. De fato, uma vasta disciplina infraconstitucional de temas tratados na Constituição de 1988 – inclusive direitos fundamentais – é anterior à sua vigência e, assim, permaneciam à mercê da fiscalização abstrata da constitucionalidade²⁹.

Isso é prejudicial na medida em que a fiscalização abstrata concentrada no Supremo Tribunal Federal cuida de pacificar definitivamente as questões constitucionais de forma vinculante e com efeitos *erga omnes*. Apenas com a manifestação da Corte se tem entendimento definitivo sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um instituto. Não se trata de menosprezar a importância da fiscalização difusa da constitucionalidade³⁰; apenas ressaltar que a fiscalização abstrato-concentrada é fundamental para se ter a “última palavra” sobre assuntos fundamentais ao Estado Democrático de Direito³¹.

Se por um lado abriu-se amplo leque para o controle por meio da ADPF, por outro se estabeleceu no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que a ADPF é um mecanismo subsidiário, sendo admitida apenas quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade a preceito fundamental³².

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.207; SARMENTO, Daniel. **Apontamentos...**, p. 91-99. Quanto aos atos político, há que se notar que embora exista a defesa doutrinária, o Supremo Tribunal Federal refutou realizar a fiscalização do veto em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em arguição de descumprimento de preceito fundamental n.01/RJ. Relator: Ministro Néri da Silveira, julgado em 03.02.2000, publicado em 07.11.2003).

²⁹ Sobre o tema: ROTHENBURG, op. cit, p. 219; BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 238-239.

³⁰ Pelo contrário, reconhece-se a importância da fiscalização difusa, sendo apontada inclusive por alguns autores como a forma por excelência da fiscalização da constitucionalidade (CRUZ, Álvaro Ricardo Cruz. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 196).

³¹ Em defesa da melhor acomodação do controle abstrato aos preceitos democráticos: NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 259-260.

³² “Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou

A partir dessa previsão muitas divergências doutrinárias surgiram. Houve quem afirmasse que o cabimento da ADPF teria que ser cotejado com todos os instrumentos que possibilitam a fiscalização da constitucionalidade, o que a transformaria em um mecanismo inócuo devido à consagração do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do controle difuso da constitucionalidade no direito brasileiro, uma vez que sempre existiria um meio para questionar a constitucionalidade de qualquer ato³³.

Todavia, a interpretação que prevaleceu em sede doutrinária e também no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de que a ADPF consiste sim em um mecanismo subsidiário; porém, para se aferir essa subsidiariedade, se deve fazer o confronto apenas com os mecanismos que propiciam a fiscalização abstrata da constitucionalidade. Nesses termos, sempre que um instrumento de fiscalização abstrata (ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade³⁴) não for eficaz para sanar a lesividade a preceito fundamental, é cabível a ADPF³⁵.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se pela impossibilidade de questionar dispositivos pré-constitucionais em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Segundo a Corte, a relação entre o direito pré-constitucional e a Constituição não se resolve no contexto da inconstitucionalidade, mas sim da revogação/recepção. Assim,

for inepta. § 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

³³ Por exemplo, Alexandre de Moraes sustentou que “esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substituiu as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, ação popular, ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade” (MORAES, Alexandre. Comentários à lei n. 9882/99 – argüição de descumprimento fundamental. In: TAVARES; ROTHENBURG. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental...**, p. 26-27).

³⁴ Note-se que a ação direta interventiva não pode ser enquadrada como um mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade. De fato, trata-se mecanismo de fiscalização concreta e concentrada da constitucionalidade, pois propicia a fiscalização de atos frente aos princípios constitucionais sensíveis tendo em vista um caso concreto. Sobre o tema CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 129.

³⁵ BARROSO, **O controle...**, p. 226-227. No âmbito jurisprudencial: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de descumprimento de preceito fundamental n. 17/AP. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 05.06.2002, publicado em 14.02.2003).

ou a legislação anterior é recepcionada pela nova Constituição porque materialmente compatível, recebendo, todavia, um novo fundamento de validade, ou o que se tem é a sua revogação por incompatibilidade material com os preceitos da nova ordem constitucional. Dessa forma, para o Supremo Tribunal Federal não é possível se falar em inconstitucionalidade material superveniente³⁶.

Não obstante, essa interpretação acarreta insegurança jurídica, na medida em que torna imunes à fiscalização pelo Supremo Tribunal Federal importantes diplomas legislativos como o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código Eleitoral, o Código de Processo Civil e também a legislação esparsa que muitas vezes versa sobre temas caros à disciplina dos direitos fundamentais.

Esse vazio de controle veio a ser preenchido com a ADPF, que, por ser mecanismo subsidiário, atua onde os demais instrumentos de fiscalização abstrata não podem atuar de forma eficaz. No caso, a fiscalização do direito pré-constitucional sempre esteve alheia, inexistindo meio eficaz de realizá-la no contexto do controle abstrato da constitucionalidade³⁷.

Trata-se de questão importantíssima que reforça o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e possibilita a análise de muitos temas importantes, como o tratado nas paradigmáticas ADPF nº 54³⁸ (em que se analisa a adequação do artigo 128 do Código Penal com dispositivos consagrados na Constituição de 1988), e nº 130, esta objeto específico de exame, na qual se questiona a constitucionalidade da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) frente à concepção de democracia trazida pela Constituição de 1988.

³⁶ Trata-se de questão assentada na ADI n. 02 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 02. Relator: Ministro Paulo Brossard. Julgado em 06.02.92, publicado em 21.11.97). Contudo, a posição não era unânime no Supremo. Foram vencidos os Ministros Néri da Silveira, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. No voto do então Ministro Sepúlveda Pertence está exposta a tese de que só é possível falar em revogação quando se está diante de normas de mesma hierarquia e ínsitas ao mesmo ordenamento jurídico e, assim, quando o confronto se dá entre normas infraconstitucionais e normas constitucionais há que se falar necessariamente em inconstitucionalidade. Portanto, seria sim defensável a idéia de inconstitucionalidade material superveniente.

³⁷ BARROSO, **O controle...**, p. 238; CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 593.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54. Informativo n. 385.

4 A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SEDE DE ADPF: a importância da ADPF 130/MC

Tendo em vista as considerações tecidas sobre o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à fiscalização da constitucionalidade de direito pré-constitucional, cabe trazer caso recente julgado pela Corte, que fomenta o debate acerca da temática.

O Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental com o fim de suspender a vigência da expressão “*a espetáculos de diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem*”, contida na parte inicial do § 2º do artigo 1º³⁹; do § 2º do artigo 2º⁴⁰; da íntegra dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 65⁴¹; da expressão “*e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa*”, constante da parte

³⁹ Lei nº 5.250/67: “Art. 1º - É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. § 2º O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.” (grifamos)

⁴⁰ Lei nº 5.250/67: “ Art. 2º - *Omissis*. § 2º É livre a exploração de empresas que tenham por objeto o agenciamento de notícias, desde que registradas nos termos do art. 8º.”

⁴¹ Lei nº 5.250/67: “Art. 3º - É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, sejam políticas ou simplesmente noticiosas, a estrangeiros e a sociedade por ações ao portador. (...)”

“Art. 4º - Caberá exclusivamente a brasileiros natos a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa dos serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas, transmitidos pelas empresas de radiodifusão. § 1º É vedado às empresas de radiodifusão manter contratos de assistência técnica com empresas ou organizações estrangeiras, quer a respeito de administração, quer de orientação, sendo rigorosamente proibido que estas, por qualquer forma ou modalidade, pretexto ou expediente, mantenham ou nomeiem servidores ou técnicos que, de forma direta ou indireta, tenham intervenção ou conhecimento da vida administrativa ou da orientação da empresa de radiodifusão. § 2º A vedação do parágrafo anterior não alcança a parte estritamente técnica ou artística da programação e do aparelhamento da empresa.”

“Art. 5º - As proibições a que se referem o § 2º do art. 3º e o § 1º do artigo 4º não se aplicam aos casos de contrato de assistência técnica, com empresa ou organização estrangeira, não superior a seis meses e exclusivamente referente à fase de instalação e início de funcionamento de equipamento, máquinas e aparelhamento técnicos.”

“Art. 6º - Depende de prévia aprovação do CONTEL qualquer contrato que uma empresa de radiodifusão pretenda fazer com empresa ou organização estrangeira, que possa, de qualquer forma, ferir o espírito das disposições dos artigos 3º e 4º, sendo também proibidas quaisquer modalidades contratuais que de maneira direta ou indireta assegurem a empresas ou organizações estrangeiras participação nos lucros brutos ou líquidos das empresas jornalísticas ou de radiodifusão. “

“Art. 65 - As empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no País não poderão distribuir notícias nacionais em qualquer parte do território brasileiro, sob pena de cancelamento da autorização por ato do Ministro da Justiça e Negócios Interiores.”

final do artigo 56⁴²; dos §§ 3º e 6º do artigo 57⁴³; dos §§ 1º e 2º do artigo 60⁴⁴; da íntegra dos artigos 61, 62, 63 e 64⁴⁵; dos artigos 20, 21, 22 e 23⁴⁶; e dos artigos 51 e 52⁴⁷, todos da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa).

⁴² Lei nº 5.250/67: “Art. 56 - A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa.” (grifamos)

⁴³ Lei nº 5.250/67: “Art. 57 – *Omissis*. § 3º Na contestação, apresentada no prazo de 5 (cinco) dias, o réu exercerá a exceção da verdade, se fôr o caso, indicará as provas e diligências que julgar necessárias e arrolará as testemunhas. A contestação será acompanhada da prova documental que pretende produzir. § 6º Da sentença do Juiz caberá apelação, a qual somente será admitida mediante comprovação do depósito, pela apelante, de quantia igual à importância total da condenação. Com a petição de interposição do recurso o apelante pedirá expedição de guia para o depósito, sendo a apelação julgada deserta se, no prazo de sua interposição, não for comprovado o depósito. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 03.7.1974)”

⁴⁴ Lei nº 5.250/67: “Art. 60 – *Omissis*. § 1º O disposto neste artigo não se aplica aos impressos que contiverem algumas das infrações previstas nos arts. 15 e 16, os quais poderão ter a sua entrada proibida no País, por período de até dois anos, mediante portaria do Juiz de Direito ou do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, aplicando-se neste caso os parágrafos do art. 63. § 2º Aquêles que vender, expuser à venda ou distribuir jornais periódicos, livros ou impressos cuja entrada no País tenha sido proibida na forma do parágrafo anterior, além da perda dos mesmos, incorrerá em multa de até Cr\$10.000 por exemplar apreendido, a qual será imposta pelo juiz competente, à vista do auto de apreensão. Antes da decisão, ouvirá o juiz o acusado, no prazo de 48 horas.”

⁴⁵ Lei nº 5.250/67: “Art. 61. Estão sujeitos à apreensão os impressos que: I - contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social. II - ofenderem a moral pública e os bons costumes. § 1º A apreensão prevista neste artigo será feita por ordem judicial, a pedido do Ministério Público, que o fundamentará e o instruirá com a representação da autoridade, se houver, e o exemplar do impresso incriminado. (...) § 6º Nos casos de impressos que ofendam a moral e os bons costumes, poderão os Juízes de Menores, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público, determinar a sua apreensão imediata para impedir sua circulação.”

“Art. 62 - No caso de reincidência da infração prevista no art. 61, inciso II, praticada pelo mesmo jornal ou periódico, pela mesma empresa, ou por periódicos ou empresas diferentes, mas que tenham o mesmo diretor responsável, o juiz, além da apreensão regulada no art. 61, poderá determinar a suspensão da impressão, circulação ou distribuição do jornal ou periódico. (...) § 4º Transitada em julgado a sentença, serão observadas as seguintes normas: a) reconhecendo a sentença final a ocorrência dos fatos que justificam a suspensão, serão extintos os registros da marca comercial e de denominação da empresa editora e do jornal ou periódico em questão, bem como os registros a que se refere o art. 9º desta Lei, mediante mandado de cancelamento expedido pelo juiz da execução; b) não reconhecendo a sentença final os fatos que justificam a suspensão, a medida será levantada, ficando a União ou o Estado obrigado à reparação das perdas e danos, apurados em ação própria.”

“Art. 63 - Nos casos dos incisos I e II do art. 61, quando a situação reclamar urgência, a apreensão poderá ser determinada, independentemente de mandado judicial, pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores.”

“Art. 64 - Poderá a autoridade judicial competente, dependendo da natureza do exemplar apreendido, determinar a sua destruição.”

⁴⁶ Lei nº 5.250/67: “Art. 20 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região. § 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, reproduz a publicação ou transmissão caluniosa. (...)”

“Art. 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região. § 1º A exceção da verdade somente se admite: a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública; b) se o ofendido permite a prova. §

Em linhas gerais, alega-se que os dispositivos apontados não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, e que outros carecem de interpretação compatível com a Carta. O objetivo é evitar que “defasadas” prescrições normativas sirvam de justificativa para a prática de atos lesivos aos seguintes preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988: artigo 5º, incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV⁴⁸, e artigos 220 a 223⁴⁹ (liberdade de expressão e de imprensa). Sustenta-se que

2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dêle.”

“Art. 22 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decôro: Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região. Parágrafo único. O juiz pode deixar de aplicar a pena: a) quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; b) no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.”

“Art. 23 - As penas cominadas dos arts. 20 a 22 aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I - contra o Presidente da República, Presidente do Senado, Presidente da Câmara dos Deputados, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Chefe de Estado ou Govêrno estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos; II - contra funcionário público, em razão de suas funções; III - contra órgão ou autoridade que exerça função de autoridade pública.”

⁴⁷ Lei nº 5.250/67: “Art. 51 - A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV). II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). (...)”

“Art. 52 - A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposos de algumas das pessoas referidas no art. 50.”

⁴⁸ CF/88: “Art. 5º - *Omissis*. IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”.

⁴⁹ CF/88: “Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá 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 e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no Art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e

não há outro meio processual capaz de sanar essa lesividade, motivo pelo qual se entende satisfeito o requisito da subsidiariedade para cabimento da ADPF.

Cabe ressaltar que a Lei de Imprensa foi promulgada em 1967, na vigência de ordem constitucional anterior. E o pedido é de suspensão de dispositivos dessa norma, por serem inconstitucionais em relação à ordem constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, cabe fazer referência ao debate, acima exposto, de revogação do direito anterior incompatível com a Constituição nova (o que impede o exame da constitucionalidade) e da inconstitucionalidade superveniente.

Em 21 de fevereiro de 2008, o relator da ADPF, Ministro Carlos Ayres Britto, deferiu a liminar pleiteada, a fim de determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que versem sobre os dispositivos impugnados da Lei nº 5.250/67.

No corpo da decisão, salienta-se que a democracia é o princípio dos princípios da Constituição de 1988, sintetizando os fundamentos e os objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Nesse sentido, a imprensa é correlata à democracia, sendo banhada

conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.”

“Art. 221 - A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

“Art. 222 - A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. § 1º - .Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. § 2º - A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social. § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. § 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º. § 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.”

“Art. 223 - Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. § 1º - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do Art. 64, §§ 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem. § 2º - A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. § 3º - O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores. § 4º - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 5º - O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.”

pela liberdade de expressão: o que quer que seja pode ser dito por quem quer que seja. De acordo com o Ministro, a atual Lei de Imprensa não parece seguir o padrão de democracia e de imprensa que marca a atual ordem constitucional. Pelo contrário; trata-se de normativa que o Supremo Tribunal Federal tem visto como inerente a uma ordem constitucional muito distinta da atual. Por essas razões, o Ministro entendeu configurada a plausibilidade do pedido em sede cautelar. Quanto ao requisito do perigo na demora da prestação jurisdicional, entendeu dever-se aproveitar qualquer oportunidade de impedir que eventual aplicação da lei em causa, de nítido viés autoritário, viole tão importantes valores constitucionais como a democracia e a liberdade de imprensa.

Em 27 de fevereiro de 2008, o Tribunal, por maioria, referendou a liminar deferida. Preliminarmente, tendo em conta o princípio da subsidiariedade, o Tribunal, também por maioria, conheceu da ação. Foi vencido o Ministro Marco Aurélio, que não conheceu a ação por reputá-la inadequada, negando referendo à liminar. Na análise do mérito, entendeu-se configurada a plausibilidade jurídica do pedido, haja vista que o diploma normativo impugnado não parece compatível com o padrão de democracia e de imprensa vigente na Constituição de 1988. Ratificou-se o entendimento do Ministro Relator quanto à presença do perigo na demora da prestação jurisdicional. Restaram vencidos, em parte, os Ministros Menezes Direito, Eros Grau e Celso de Mello, que, desde logo, suspendiam a vigência de toda a Lei nº 5.250/67, autorizando a aplicação da legislação ordinária de direito civil e de direito penal. O Tribunal, empregando por analogia o artigo 21 da Lei nº 9.868/99 (que disciplina o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade), estabeleceu o prazo de 180 dias, a contar da data da sessão, para o julgamento de mérito.

Esta decisão representa uma ruptura importante no entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, e vem reforçar a operatividade prática da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A Corte manteve o posicionamento paradigmático expressado na ADPF 54⁵⁰, em que se aceitou a possibilidade de examinar

⁵⁰ Ementa da ADPF 54: “ADPF – ADEQUAÇÃO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – FETO ANENCÉFALO – POLÍTICA JUDICIÁRIA – MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – PROCESSOS EM

a (in)constitucionalidade de direito pré-constitucional (anterior à inauguração da ordem constitucional de 1988), acatando que o meio serve justamente para abarcar os casos em que a compatibilidade de atos normativos com a Carta Constitucional não pode ser perquirida por outros meios processuais. Assim, o STF trilha importante caminho para preencher o objeto da ADPF (no sentido de que normas pré-constitucionais também podem ser examinadas) e reforçar sua característica da subsidiariedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, tem-se que a proteção dos direitos fundamentais resta reforçada. A democracia, a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão, com a decisão proferida pelo STF aqui examinada, foram afirmadas e fortalecidas.

A liberdade de imprensa e de expressão é pilar fundamental dos sistemas democráticos, na medida em que permite o intercâmbio de idéias, o controle do poder, o diálogo político e inclusive a formação da identidade individual e coletiva. Em um sistema democrático, é necessário um robusto fluxo de idéias.

A democracia é o sistema de autogoverno pelo qual a cidadania decide coletivamente quais são as regras vigentes na comunidade política, e esse autogoverno exige que a liberdade de imprensa e de expressão seja entendida não apenas como um direito à autodeterminação autônoma, mas sim como uma precondição do sistema democrático, pois incrementa e possibilita o intercâmbio de idéias e perspectivas⁵¹.

Então, o papel do Estado – e também da jurisdição constitucional – é o de preservar a solidez do debate público, assegurando as condições necessárias para o autogoverno da coletividade. Para Carlos Santiago Nino, devem necessariamente ser defendidos de forma ativa pelo Judiciário aqueles direitos fundamentais que são tidos como condições para a democracia, que são aqueles relativos à participação livre e igual no processo de discussão e tomada de decisões, à orientação da comunicação no sentido

CURSO – SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – AFASTAMENTO – MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.” Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e publicada no DJ de 31/08/2007.

⁵¹ FISS, Owen; SABA, Roberto. **Contra-punto: el valor de la libertad de expresión.** Disponível em: <http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/contra_owen.pdf> Acesso em: 19 jul. 2007. p. 02.

da justificação, à proteção das minorias isoladas e à proteção de um marco emocional apropriado para a argumentação⁵². Na guarda desses direitos fundamentais o Judiciário deve apresentar uma postura mais ativa no controle abstrato da constitucionalidade, pois a sua atuação reveste-se de evidente legitimidade.

A liberdade de imprensa e de expressão configura-se como condição indispensável para a democracia, pois assegura a participação livre e igual no processo de discussão e tomada de decisões. Portanto, é legítima uma postura ativa do Judiciário para salvaguardar tais valores. Daí se torna interessante a análise da ADPF 130/MC, apreciada em fevereiro de 2008 pelo Supremo Tribunal Federal, pois a Corte aceitou o mecanismo da ADPF para verificar a constitucionalidade de normas pré-constitucionais, a fim de proteger o contexto democrático instalado pela Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 30, jan.-mar. 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; DIAS, Cibele Fernandes. Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo Cruz. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵² NINO, *La constitucion ...*, p. 192.

FISS, Owen; SABA, Roberto. **Contra-punto: el valor de la libertad de expresión.** Disponível em: <http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/contra_owen.pdf> Acesso em: 19 jul. 2007.

GARCIA, Maria. Argüição de Descumprimento: direito do cidadão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 32, jul.-set. 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 e 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.** Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Comentários à lei n. 9882/99 – argüição de descumprimento fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental:** análises à luz da Lei n. 9882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

NINO, Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa.** Barcelona: Gedisa, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; _____. (Org). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental:** análises à luz da Lei n. 9882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. A extensão e o conteúdo de preceito fundamental na argüição de descumprimento. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 59. abr.- jun. 2007.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental:** análises à luz da Lei n. 9882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição Brasileira. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Argüição de Preceito Fundamental.** São Paulo: Saraiva, 2001.