



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Paraná
1ª Vara Federal de Curitiba

Avenida Anita Garibaldi, 888, 4º andar - Bairro: Cabral - CEP: 80540-400 - Fone: (41)3210-1733 -
Email: prctb01dir@jfpr.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5003424-06.2016.4.04.7000/PR

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: RADIO E TELEVISAO IGUACU SA

RÉU: RCA COMPANY DE TELECOMUNICACOES DE COLOMBO LTDA - ME

RÉU: TV INDEPENDENCIA S/A

RÉU: ESTADO DO PARANÁ

RÉU: RADIO E TELEVISAO BANDEIRANTES S.A.

RÉU: RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S.A.,

RÉU: SOCIEDADE RÁDIO EMISSORA PARANAENSE S.A.

RÉU: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

RÉU: GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A

SENTENÇA

I. DO RELATÓRIO

Trata-se de **ação civil pública** ajuizada pelo Ministério Público Federal, com esteio na Lei 7.347/85, com o intuito de promover a responsabilização dos réus em virtude de práticas reiteradas adotadas em programas de televisão, notadamente no que se refere à violação da presunção de inocência e à superexposição de presos cautelares.

Na petição inicial, preliminarmente, o Ministério Público Federal sustenta: **a)** a *legitimidade ativa*, quer por força das normas constitucionais, quer por força da Lei Complementar 75/1993 (art6º, VII, "a" c/c art.39, III); **b)** *legitimidade passiva da União*, na medida em que lhe cabe explorar com exclusividade os serviços de radiodifusão de som e imagem, ainda que por meio de contrato de concessão, o que lhe impõe, de resto, o dever de fiscalizar os concessionários; **c)** legitimidade da ANATEL, pois coube ao Ministério das Comunicações delegar por convênio a atribuição da autarquia para executar a fiscalização do conteúdo transmitido pelas redes de rádio e televisão; **d)** *legitimidade passiva do Estado do Paraná*, em virtude da conduta

perpetrada por seus agentes públicos na condução da instrução preliminar do "caso Tayná"; e) *competência da justiça federal*, tendo em vista o que preconiza o art.109, I da Constituição.

No mérito, em relação à Rádio e Televisão Iguaçu S/A, conhecida como "Rede Massa", sustenta que o programa Tribuna da Massa, capitaneado pelo apresentador Paulo Roberto Massa, figura histriônica, promove violações graves a direitos humanos dos detentos, tais como a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana. Por exemplo, no que concerne ao famigerado caso Tayná (jovem menor de idade estuprada e morta), sustenta que os então investigados Ezequiel Batista e Sérgio Amorim foram submetidos a um capcioso e invasivo interrogatório promovido pelo repórter do programa, Ricardo Vilches, tudo acompanhado de insinuações por parte do apresentador, marcadas por comentários preconceituosos e que expõem, inclusive, a imagem da vítima, com 14 anos na data dos fatos.

Também aborda a conduta perpetrada pela Rádio e Televisão Record S/A por meio do programa nacional policiaisco conhecido como "Cidade Alerta", apresentado por Marcelo Rezende e comentado por Percival de Souza. Narra que, durante a transmissão, o apresentador tratou do crime praticado contra a menina Tayná de uma maneira teatral, com prosopopeias, insinuando, inclusive, que a população estaria com razão em incendiar o parque onde os quatro suspeitos de cometer o crime trabalhavam e dando a entender que os investigados não mereceriam ser protegidos por qualquer garantia.

No que diz respeito à Rádio e Televisão Bandeirantes, expõe que a emissora transmite o programa Brasil Urgente, apresentado por José Luiz Datena em São Paulo e por Val Santos na TV Bandeirantes de Curitiba. Afirma que este último apresentador tem farta experiência na condução de programas policiaiscos e que o Brasil Urgente, no Paraná, é transmitido em horário impróprio, exibindo imagens de violência e brutalidade. Afirma que Val Santos, no caso Tayná, chamou os quatro suspeitos de "desgraçados", "bandidos", "malditos", "drogados", "possuídos pelo demônio". Ressalta também que o apresentador pontua os crimes noticiados para manifestar sua posição quanto à premência de instituição da pena de morte.

No que concerne à TV Colombo (Rca Company de Telecomunicações de Colombo LTDA.), aponta que as matérias foram veiculadas no programa Boa Noite Colombo, não integrante da rede aberta de televisão, porém disponível via Canal Youtube, capitaneado por Iverson Vaz e Samuel Rocha. Nesse programa, discorre que os apresentadores mantinham interlocução direta com os telespectadores, incitando-os sobre a necessidade de pena como os suplícios para punir os suspeitos do crime, com a exibição, inclusive, da imagem dos investigados. Assevera que os apresentadores também enaltecem a pena capital como justa medida para punir os investigados, incentivando a execração pública e questionando o sistema constitucional vigente. Em um dos diálogos, inclusive, o apresentador Samuel concorda com a

medida proposta pela interlocutora de decepar os testículos dos investigados, confortando a telespectadora ao reiterar que, provavelmente, os investigados seriam vítimas de estupro no cárcere. Também suscitou que os investigados deveriam morrer lentamente. Além disso, no programa, foi exibido o corpo da vítima, que contava com 14 anos de idade na data do óbito.

Em relação à Sociedade Rádio Emissora Paranaense S/A – Grupo Paranaense de Comunicação (GRPCOM/RPCTV), esclarece que as notícias foram veiculadas no programa Paraná TV, exibido de segunda a sábado, por duas vezes (manhã e tarde). Afirma que, pela manhã, foi exibido programa ao vivo com a repórter Karine Garcia, diretamente em Colombo, e a âncora, Thays Beleze, no estúdio, no qual se expôs a morte da jovem Tayná Adriane da Silva. Argumenta que, embora as declarações não tenham sido tão diretas, no programa, foi desconsiderada a garantia de presunção da inocência que assiste os investigados. Pontua que a repórter reputou os suspeitos como culpado, chamando-os de bandidos e atribuindo-lhes a materialidade e a autoria do fato, repassando em seguida as imagens com as fotos dos investigados. Também enuncia a manchete do Jornal Tribuna do Paraná, cujo texto, "Perversos e Covardes", era acompanhado da foto dos investigados.

No que diz respeito à Rede Globo de Televisão, discorre que a reportagem foi veiculada durante o programa "Jornal Hoje", apresentado por Sandra Annenberg. Descreve que, logo no início da apresentação, a jornalista anunciou que a jovem Tayná foi assassinada pelos quatro suspeitos. Ressalta que a ré expandiu a matéria propalada pela emissora afiliada para todo o território nacional. Sobrelevou que a conduta da Globo malferiu seus princípios editoriais.

Quanto à fundamentação jurídica, defende que: **a)** a liberdade de expressão não pode propiciar o discurso de ódio, à vista da ponderação das normas constitucionais e da dignidade da pessoa humana; **b)** há violação ao princípio da presunção de inocência, uma vez que foi atribuída aos suspeitos Sérgio Amorim, Adriano Batista, Paulo Henrique e Ezequial Batista a condição de culpados pelo estupro e morte da jovem Tayná, situação que, muito além de violação à regra constitucional da presunção da inocência, pode comprometer um julgamento imparcial pelo Tribunal do Júri; **c)** artigos 53, 63 e 64 da Lei 4.117/62, que preveem o sancionamento das concessionárias por veicular matérias que violem os valores da sociedade.

Nesse contexto, formula os seguintes pedidos. **Obrigação de fazer em face das concessionárias**, a fim de que: **a)** se abstenham de entrevistar investigados em inquéritos policiais ou processos administrativos, salvo quando autorizados por este e na presença de seu defensor constituído, público ou particular; **b)** se abstenham de exibir imagens de brutal violência, pessoas mortas ou afins entre os horários que compreendem às 7 (sete) e 23 (vinte e três) horas; **c)** se abstenham de utilizar termos como “bandidos”, “criminosos”, “ladrões”, “estupradores”, “homicidas”, “monstros” ou qualquer expressão que indique ou aponte a culpabilidade de indivíduos antes de eventual sentença penal

condenatória com trânsito em julgado; **d)** se abstenham, em todos os horários, de exibir imagens de cadáveres de crianças e adolescentes, ainda que a imagem seja tratada, primando-se, assim, pela proteção integral da criança e do adolescente; **e)** se abstenham de proferir qualquer comentário ou manchete que incite a pena de morte, linchamento, castração ou qualquer outro tratamento desumano ou degradante em prejuízo de quem quer que seja.

Obrigação de fazer em face da ANATEL e da União, para que as rés cumpram com o dever-poder de fiscalização, comunicando qualquer violação aos direitos fundamentais ao Ministério Público Federal e a este Juízo.

Obrigação em face do Estado do Paraná, com o intuito de compeli-lo a se abster de apresentar qualquer investigado ou preso cautelar aos órgãos de imprensa, exceto se estiver representado por advogado constituído ou defensor público e na sua presença.

Pede também a condenação de todos os réus por **dano moral coletivo**, cujo conceito não se assimilaria à mera violação dos direitos individuais dos lesados, mas teria íntima relação com o aspecto sancionatório da indenização. Sugere o valor mínimo de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), tendo em vista que as emissoras faturaram o total de 19 bilhões de reais no ano de 2012 com publicidade. Parte desse montante deveria ser destinado a entidades constituídas com a finalidade combater o abuso policial e assegurar os direitos fundamentais do acusado.

Também formula pedido para que haja a suspensão temporária dos seguintes programas: **a) Rede Paranaense de Comunicação e TV Globo**: não exibição dos programas “Paraná TV” e “Jornal Hoje” por um dia (uma segunda-feira) e não circulação do Jornal Tribuna do Paraná por dois dias (duas segundas-feiras); **b) Rádio e TV Independência (RIC), Rádio e TV Iguaçu (Rede Massa), TV Colombo, Rádio e TV Bandeirantes (TV Band), Rádio e TV Record**: a não exibirem, respectivamente, os seus programas policiais “Balanço Geral”, “Tribuna da Massa”, “Boa Noite Colombo”, “Brasil Urgente Paraná” e “Cidade Alerta” por dois dias (duas segundas-feiras).

O processo foi distribuído inicialmente para a 3ª Vara Federal desta Subseção Judiciária, em razão do processo autuado sob o nº 97.00.13364-9/PR (evento 2).

Os réus foram intimados para se manifestarem sobre o requerimento da tutela de urgência, com esteio no art.2º da Lei 8.437/92 (evento 3).

Com as manifestações, o Juízo da 3ª Vara Federal declinou a competência, por não reconhecer a conexão entre as demandas (evento 45).

Redistribuídos a este Juízo, a tutela de urgência foi indeferida (evento 54), decisão confirmada pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região em agravo de instrumento (evento 134).

A Sociedade Rádio Emissora Paranaense apresentou contestação no evento 83. Suscitou: **a)** a ilegitimidade do Ministério Público Federal, tendo em vista que pretensão veiculada encobre um verdadeiro "messianismo judicial", sem falar da concepção paternalista e, até mesmo, de certo modo "elitismo cultural dirigista"; **b)** ilegitimidade passiva, tendo em vista que a responsabilidade pela edição da Tribunal do Paraná incumbe à pessoa jurídica Editora Estado do Paraná; tampouco pode ser parte legítima pelo conteúdo veiculado no "Jornal Hoje", pois lhe incumbe apenas retransmitir o programa, tudo nos termos do art.7º, art.5º e art.95 da Lei 9.610/1996 (Lei de Direitos Autorais); nesses termos, pugna pelo acolhimento da preliminar, operando-se, pois, a regra prevista no art.339 do novo Código de Processo Civil. No mérito, sobreleva que a única conduta em razão da qual poderia ser responsabilizada se encerrou na afirmação da repórter de que os suspeitos seriam "bandidos"; ressalta, porém, que, na época, não pairava qualquer suspeita de que os investigados teriam sido torturados, e que o uso do vocábulo "bandido" teve por fim manter um contato direto com o telespectador, o qual não compreende, por vezes, a linguagem técnica. Defende que a parte autora pretende, em verdade, amordaçar os canais de comunicação, mediante genuína censura prévia. Ressalta, por exemplo, que não é ilícito entrevistar suspeitos investigados, mesmo porque nem sempre a entrevista os prejudicará. No que toca ao pedido de proibição de divulgação de imagens de brutal violência e de pessoas mortas, em primeiro lugar, destaca que a emissora não promove a transmissão de programas policiaiscos, como outras rés. Além disso, observa que muitos filmes de indicação livre tratam do tema morte, que, aliás, é uma verdade insofismável na existência humana. Também pontua que as imagens divulgadas foram essenciais para que a hipótese de tortura fosse cogitada pelas autoridades. Além disso, sublinha que o conceito "brutal" é subjetivo. Ainda, não seria razoável estipular o momento a partir do qual seria possível atribuir a prática de um crime a alguém, sobretudo porque à imprensa cabe apurar os fatos à vista do contexto e do momento em que praticado o ato, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Em verdade, com o pedido genérico, o Ministério Público pretende revolucionar a cobertura jornalística sobre fatos criminosos, fulminando a liberdade de imprensa. No que toca ao pedido de proibição de exibição de imagens de cadáveres e de crianças e adolescentes, esclarece que não divulgou qualquer imagem de Tayná. Destaca que o pedido também seria genérico, não distinguindo, por exemplo, se as emissoras também não poderiam divulgar imagens em programas de ficção. Ressalta que há imagens de crianças mortas que compõem a pauta da cobertura jornalísticas sobre eventos de notável importância, como a questão dos refugiados. Quanto ao pedido de abstenção de qualquer comentário ou manchete que incite a pena de morte, linchamento, castração ou outros tratamentos desumanos, pontua que há temas como a instituição da pena de morte ou castração química que pululam o debate quanto à

eficácia do sistema penal carcerário. Assim, o pedido também seria genérico e violaria a liberdade de imprensa. Por fim, o pedido para a suspensão da programação, assim como o valor pleiteado a título de dano moral coletivo seriam medidas completamente desarrazoadas.

A Televisão Bandeirantes do Paraná LTDA. apresentou contestação no evento 85. Levantou a preliminar de falta de legitimidade do Ministério Público Federal, uma vez que a pretensão se circunscreveria aos fatos apurados no caso Tayná. No mérito, suscita o exercício regular de um direito, assegurado pelo direito fundamental à liberdade de imprensa. Também argui que o Ministério Público Federal distorceu os fatos no que toca à exibição do programa Brasil Urgente. Ao tachar os agentes do crime de malditos, desgraçados e bandidos, o apresentador não fez alusão a qualquer nome em específico. Muito pelo contrário, ao se referir aos imputados, os qualificou como "suspeitos". Tampouco incitou a pena de morte. De resto, na época do delito, os acusados haviam confessado o crime. Quanto à reportagem, ressalta que o repórter foi conciso e objetivo. Além disso, levanta que já está sendo fiscalizada pela União (Processo de Apuração de Infração nº 53900.037117/2015). Também argui que não exibiu qualquer cena de brutal violência ou de cadáver. Impugna o pedido de dano moral coletivo, porquanto inexistente dano coletivo violado.

Rádio Televisão Iguaçu apresentou contestação no evento 86. Preliminarmente, levantou a inépcia da petição inicial, quanto ao pedido de proibição de veiculação de cenas com imagens de violência, pois esse pedido não teria pertinência com a causa de pedir (execração de presos provisórios). O Ministério Público Federal também não seria parte legítima, uma vez que a peça inicial é inteiramente vocacionada a questionar o caso Tayná, tratando-se, portanto, de direito individual. No mérito, defendeu que deve imperar a liberdade de imprensa, notadamente em virtude do contexto em que noticiados os fatos do caso Tayná. Eventual responsabilidade dos agentes que veicularam a informação haveria de ser apurada nas vias próprias, e não tolhendo a liberdade de imprensa. Muito menos estaria caracterizado o dano moral coletivo. Além disso, o abalo causado às vítimas teria sido perpetrado pelos agentes públicos, e não pela imprensa. Suscita também que houve erro escusável na divulgação da notícia. Ainda, o pedido de suspensão temporária dos programas não estaria acobertado pelo ordenamento jurídico. Ressalta também que seria atribuição do Poder Executivo fiscalizar o contrato de concessão. Por fim, pontua que os pedidos inibitórios implicariam censura prévia, proscrita pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 130.

Globo Comunicação e Participações S/A apresentou contestação no evento 88. Propugnou a inconstitucionalidade dos pedidos formulados pelo Ministério Público. Ressaltou que o Jornal Hoje é transmitido há décadas e não tem por fim divulgar apenas notícias sobre crimes, motivo pelo qual seria descabido o pedido de suspensão de sua transmissão. Pontuou que possui um perfil diferenciado em relação às demais emissoras, porque não exibe programas

de cunho policialesco. Salientou o papel da imprensa e destacou que, segundo o Supremo, qualquer sanção destinada a responsabilizar os canais de comunicação deve se circunscrever a medidas a posteriori. Afirmou que uma confissão sobre um caso tão polêmico como o narrado seria um fato de extrema relevância e interesse público. Assim, se a imprensa tivesse de aguardar o julgamento para noticiar, estaria em silêncio até hoje e a sociedade seria privada de fatos importantes. Defende que o Ministério Público não delimita nenhum direito difuso. Em relação ao pedido de dano moral coletivo, pontuou que sua existência jurídica é duvidosa, à luz da jurisprudência e doutrina. Destacou o entendimento da Corte Superior quanto à "margem de inexactidão" no que toca à divulgação de crimes. Também reiterou que a divulgação de imagens relativas aos crimes é essencial à atividade informativa.

O Estado do Paraná apresentou peça de defesa no evento 91. Suscitou a preliminar de coisa julgada em relação ao pedido formulado em face de si, uma vez que já existe provimento jurisdicional de mérito, transitado em julgado, pelo qual foi o ESTADO DO PARANÁ condenado, dentre outras medidas, a “impedir a filmagem e a entrevista com pessoas sob tutela policial, mesmo que por estes autorizadas, sem a presença de advogado”. No mérito, repisou que o caso teve ampla repercussão na época e que a divulgação de investigação de crimes interessa a toda sociedade. Em relação ao pedido de indenização, destacou que apenas publicou reportagem de cunho imparcial em sítio eletrônico. Sobrelevou que não haveria dano moral coletivo, mas possível dano moral individual, a ser apurado na via própria. Por fim, o valor da indenização requerido seria desarrazoado.

A Anatel apresentou contestação no evento 93. Suscitou a sua ilegitimidade passiva, pois não figura como poder concedente. Afirmou que a ordem para a fiscalização provém da União, cabendo a autarquia apenas a fiscalização quanto aos aspectos técnicos. Em outras palavras, a ANATEL não inicia investigação sem a requisição da União. No mérito, repisou os argumentos já tecidos pelas demais partes.

A União apresentou contestação no evento 95. Em primeiro lugar, argumentou que os pedidos não poderiam ser cumulados, porquanto direcionados a réus diversos, cada qual com causa de pedir não prejudicial às demais. Nesses termos, a Justiça Federal não teria competência para julgar parcela dos requerimentos formulados na peça inaugural. Também levantou a preliminar de coisa julgada. Ainda, a União seria parte ilegítima, porquanto lhe faleceria competência para fiscalizar previamente o conteúdo dos programas veiculados. Por fim, não haveria interesse processual, tendo em vista que a União já promove, por meio do Ministério das Comunicações, processo administrativo para aplicar sanções. Assim, o que o Ministério Público Federal pretende, em verdade, seria delimitar em que termos se dará essa fiscalização, insindicável, pois, na via judicial.

TV Independência LTDA. apresentou contestação no evento 96. Ressaltou que o "Caso Tayná" teve ampla repercussão e que as reportagens foram divulgadas apenas com a intenção de narrar. Sublinha que, assim como a imprensa divulgou a investigação em face dos suspeitos, também transmitiu as investigações sobre a provável tortura praticada contra os acusados. Em síntese: rebate afirmando que não existiu abuso do direito de informar. Levanta que os lesados podem ser individualizados, de modo que não haveria dano moral coletivo. Reitera que o requerimento para a suspensão dos programas não encontra respaldo na Constituição. Repisou que, após o julgamento da ADPF 130, é defeso ao Poder Judiciário proferir qualquer decisão que, por vias transversas, implique censura do conteúdo transmitido pela imprensa, como reconhecido reiteradamente pelo Supremo ao julgar reclamações ajuizadas com esteio no descumprimento da decisão prolatada na ADPF 130.

RCA Company de Telecomunicações de Colombo Ltda. apresentou contestação no evento 99. Primeiramente, arguiu o reconhecimento da nulidade do processo, na medida em que não fora devidamente citada, conforme requerido no evento 71. Em seguida, pugnou pelo reconhecimento de sua ilegitimidade, na medida em que sua atividade econômica se encerra na distribuição de sinais, pois é uma operadora de TV a cabo (Lei 8.977/95). Por essa mesma razão, requereu o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, destacou que, por força do art.23 da Lei 8.977/95, não pode ser responsabilizada. Dada a extensão da transmissão promovida pela ré, não haveria potencial significativo de difusão do dano, motivo pelo qual o pedido de dano moral coletivo seria desarrazoado.

O Ministério Público Federal apresentou impugnação à contestação no evento 103. Em relação à ilegitimidade passiva da Sociedade Rádio Emissora Paranaense, destacou que tanto a Editora o Estado do Paraná, quanto a Sociedade Rádio Emissora Paranaense pertencem ao Grupo GRPCom. Nesses termos, haveria responsabilidade solidária das empresas de um grupo econômico por danos causados à coletividade, aplicando-se, pois, o mesmo raciocínio utilizado no direito do consumidor, trabalhista e tributário. De resto, todos os veículos do mencionado grupo de comunicação carregam a marca do grupo GRPCom, o que, por conseguinte, caracteriza confusão patrimonial e de personalidades jurídicas. No que diz respeito à matéria exibida no Jornal Hoje, argumenta que haveria solidariedade entre a Globo e a Sociedade Rádio Emissora Paranaense, na medida em que a repórter desta participou da reportagem divulgada por aquela. A primeira também teria feito uso de fragmentos da reportagem divulgada pela segunda. No que concerne à preliminar de ilegitimidade ativa, argumenta que, em verdade, a explicitação do "Caso Tayná" teve por fim apenas exemplificar a conduta por parte desses veículos de comunicação, assim como a do Estado do Paraná na condução das investigações. Dessa forma, a pretensão versaria sobre o direito difuso de coibir os programas de vilipendiar a dignidade dos presos provisórios. Quanto à inépcia, argumentou que o pedido de proibição de exibição de cenas de

cadáveres tem por esteio a presunção de inocência, complementando os demais pleitos quanto à proteção aos presos provisórios. Também refutou a preliminar de coisa julgada, pois na ação 97.00.14361-9 o pedido se encerrou na proibição ao Estado do Paraná de permitir que os presos concedam entrevista, ainda que com sua aquiescência, enquanto que, na presente demanda, pretende-se condenar o Estado a se abster de apresentar qualquer investigado ou presos cautelar aos órgãos de imprensa. No que toca à legitimidade da ANATEL, pontua que a autarquia deve responder ao processo, porque lhe compete coletar os dados, conforme reconhecido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Também impugnou o pedido para a decretação da nulidade da citação da RCA COMPANY. No que toca à ilegitimidade desta última pessoa jurídica, argumenta que lhe cabia o dever de implementar mecanismos para fiscalizar o conteúdo propalado pelos programas que transmite, ainda que se trate de operadora de "TV a Cabo", invocando, para tanto, a Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça. Defendeu que, se a companhia auferia lucro com a atividade econômica, deve, por conseguinte, ser responsabilizada. Também questiona as preliminares levantadas para a União.

Citada (evento 73), Rádio E Televisão Record S.A não apresentou contestação, embora posteriormente tenha se manifestado no evento 125.

Este Juízo reputou prescindível a dilação probatória, motivo pelo qual os autos vieram conclusos para a prolação da sentença (evento 129).

É o relatório.

II. DA FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com o intuito de compelir emissoras de televisão a não veicularem matérias com cunho policiaisco que violem a regra constitucional da presunção de inocência e a dignidade do preso provisório.

Passo ao exame da constelação de preliminares suscitadas pelos réus no decorrer do processo.

II.1. Preliminares

II.1.1. Pressupostos processuais

Apesar das inúmeras teorias construídas para fundamentar a natureza jurídica do processo -- cada qual com a sua relevância -- prevalece na doutrina contemporânea que o processo deve ser compreendido como uma relação jurídica, abstraída da relação de direito material e da qual defluem inúmeras situações jurídicas entre autor e réu (ônus, faculdades, deveres, direitos).

A partir dessa premissa, uma das características fundamentais da relação processual é a sua autonomia em relação à relação jurídica de direito material, devendo observar pressupostos próprios de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, conforme expressamente positivado na legislação processual (art. 485, IV do Código de Processo Civil).

Feita essa observação, passo ao exame das preliminares processuais suscitadas pelos réus.

a) Incompetência da Justiça Federal

A União sustenta que o Ministério Público Federal formula pedido em face de ente federado que não conta com a competência comum prevista no art.109 da Constituição, motivo pelo qual haveria cumulação indevida de pedidos e, por consequência, incompetência parcial deste Juízo.

A preliminar deve ser rejeitada, porém.

Embora criticado pela doutrina contemporânea, o conceito de competência foi definido com precisão por Liebman como "medida de jurisdição". Conquanto a jurisdição seja una, a cada órgão judiciário se atribui um plexo de causas a serem julgadas, a fim de que função jurisdicional seja exercida de uma maneira organizada, sistemática e coerente. Ou seja, a partir das regras de competências, limita-se e delimita-se o dever-poder exercido pelos juízes.¹

Partindo-se desse conceito básico, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema misto de competência, mesclando critérios que, ora dizem respeito preponderantemente ao interesse das partes (regras de competência relativa), ora a respeito a interesses coletivos (regras de competência absoluta). Nessa linha, enquanto a competência relativa pode ser derogada e, caso violada, enseja nulidade relativa, as normas que positivam a competência absoluta são cogentes, motivo pelo qual não podem ser derogadas pela autonomia da vontade, nem tampouco violadas, sob pena de nulidade absoluta.

Em relação à matéria de alçada da Justiça Federal, ainda que não se trate de justiça especializada, é uníssono o entendimento de que as regras que preveem a competência dos juízes federais classificam-se como absolutas, porquanto provenientes diretamente da Lei Maior.

Quanto ao conteúdo, se, de um lado, a norma constitucional elenca hipóteses de competência federal em razão da pessoa (art.109, I e VIII da CF), de outro, tipifica também hipóteses de competência da justiça federal em razão da matéria (art.109, II, III, VI-A, VIII e XI da CF).

Independentemente do critério adotado para fixar a competência da justiça federal, todas essas regras devem prevalecer em detrimento de normas infraconstitucionais que fixem critérios para a definição de competência. Por essa razão, por exemplo, não é possível a cumulação de pedidos de competência, ora da justiça estadual, ora da justiça federal, quer por violar a norma constitucional, quer por dicção expressa do art. 327, §1º, II do NCPC.²

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULOS DE CRÉDITO. TÍTULO COBRADO PELA CEF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. TÍTULO COBRADO POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE PEDIDOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO QUE DEVE SER MANTIDO QUANTO AO TÍTULO DE CRÉDITO RECEBIDO POR ENDOSSO PELA CEF.

- 1. Ação declaratória de inexistência de débito, ajuizada em 06.12.2012, da qual foi extraído o presente conflito de competência, concluso ao Gabinete em 28.06.2013.*
- 2. Discute-se a competência para julgamento de ação ajuizada contra a Caixa Econômica Federal - CEF e outras três pessoas jurídicas de direito privado, na qual a autora pleiteia seja declarada a inexigibilidade de títulos de crédito.*
- 3. O pedido formulado pela autora, de declaração de inexigibilidade de dois títulos de crédito, se refere a cada um dos títulos, singularmente considerados. Nessa medida, não é possível vislumbrar a identidade da relação jurídica de direito material, que justificaria a existência de conexão.*
- 4. Hipótese de cumulação indevida de pedidos, porquanto contra dois réus distintos, o que é vedado pelo art. 292 do CPC.*
- 5. A competência absoluta não pode ser modificada por conexão ou continência.*
- 6. O litisconsórcio passivo existente entre a CEF e o endossante não pode ser desfeito, na medida em que se trata de um único título de crédito.*
- 7. Conflito conhecido, com a determinação de cisão do processo, para declarar a competência do juízo estadual, no que tange à pretensão formulada contra o Banco do Brasil S/A e a empresa Ancora Fomento Mercantil Ltda. - EPP, e a competência do juízo federal, quanto à pretensão formulada contra a Caixa Econômica Federal e a empresa Macro Assessoria e Fomento Mercantil Ltda. (CC 128.277/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013)*

Quanto ao processo coletivo, em específico, é entendimento majoritário que, sempre que houver a presença do Ministério Público Federal, a competência será da justiça federal, pois se trata de órgão que, embora independente, pertence à União. A questão se é ou não atribuição do Ministério Público Federal ingressar com a demanda coletiva diz respeito à sua legitimidade -- condição da ação, cuja análise, por conseguinte, é posterior ao exame dos requisitos de validade do processo, dentre os quais a competência. Eis

o precedente do Superior Tribunal de Justiça em que foi consolidada essa posição:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. CRITÉRIOS.

1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição, segundo a qual cabe aos juízes federais processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho". Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal.

3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas que (a) envolvam matéria de competência da Justiça Especializada da União (Justiça do Trabalho e Eleitoral); (b) devam ser legitimamente promovidas perante os órgãos Judiciários da União (Tribunais Superiores) e da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais); (c) sejam da competência federal em razão da matéria ? as fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF, art. 109, III) e as que envolvam disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, XI); (d) sejam da competência federal em razão da pessoa ? as que devam ser propostas contra a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, ou em que uma dessas entidades figure entre os substituídos processuais no pólo ativo (CF, art. 109, I); e (e) as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.

6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa a tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais, a saber: o meio ambiente em área de manguezal, situada em terrenos de marinha e seus acrescidos, que são bens da União (CF, art. 20, VII), sujeitos ao poder de polícia de autarquia federal, o IBAMA (Leis 6.938/81,

art. 18, e 7.735/89, art. 4º).

7. Recurso especial provido. (REsp 440.002/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA

Aliás, esse é o atual posicionamento da Corte Superior, como se infere dos seguintes julgados:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO POLO ATIVO QUE POR SI SÓ ATRAI A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EMBORA, EM TESE, POSSA SE CONFIGURAR HIPÓTESE DE ILEGITIMIDADE ATIVA DIANTE DA FALTA DE ATRIBUIÇÃO DO RAMO ESPECÍFICO DO PARQUET. USO IRREGULAR DE RECURSOS REPASSADOS PELO FNDE AO MUNICÍPIO PARA APLICAÇÃO NO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. PREVISÃO LEGAL DE FISCALIZAÇÃO PELO FNDE E PELO TCU. INTERESSE DE ENTE FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DO MPF E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. PENA APLICADA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA PENA DE MULTA AO DISPOSTO NO ART. 12, II, DA LEI 8.429/1992. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO APENAS NESSE ASPECTO. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Na origem, trata-se de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra ex-prefeito municipal, funcionário público e particular em razão de alegadas irregularidades na gestão de recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Educação, à conta do Programa Nacional de Alimentação Escolar nos exercícios de 1997 a 2000.

O AJUIZAMENTO DE AÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL POR SI SÓ ATRAI A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, PODENDO-SE COGITAR APENAS DE EVENTUAL FALTA DE ATRIBUIÇÃO DO PARQUET FEDERAL

2. Sendo o Ministério Público Federal órgão da União, qualquer ação por ele ajuizada será da competência da Justiça Federal, por aplicação direta do art. 109, I, da Constituição. Todavia, a presença do MPF no polo ativo é insuficiente para assegurar que o processo receba sentença de mérito na Justiça Federal, pois, se não existir atribuição do Parquet federal, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa ou, vislumbrando-se a legitimidade do Ministério Público Estadual, ser remetido a Justiça Estadual para que ali prossiga com a substituição do MPF pelo MPE, o que se mostra viável diante do princípio constitucional da unidade do Ministério Público.

3. O MPF não pode livremente escolher as causas em que será ele o ramo do Ministério Público a atuar. O Ministério Público está dividido em diversos ramos, cada um deles com suas próprias atribuições e que encontra paralelo na estrutura do próprio Judiciário. O Ministério Público Federal tem atribuição somente para atuar quando existir um interesse federal envolvido, considerando-se como tal um daqueles abarcados pelo art. 109 da Constituição, que estabelece a competência da Justiça Federal.

[...]

(REsp 1513925/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 13/09/2017)

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÓRGÃO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS DE SEGURADOS. LESÃO. AÇÕES JUDICIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SISTEMA PREVIDENCIÁRIO. INTERESSE DO INSS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNÇÃO INSTITUCIONAL.

1. As questões relativas à natureza da causa e eventual interesse de ente federal, a fim de determinar a competência da Justiça Federal, são exclusivamente direito, susceptíveis de exame em recurso especial.

2. A competência para o processo e julgamento de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, órgão da União, é a da Justiça Federal.

3. "Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos.

[...]

7. Agravo interno provido para o fim de dar provimento ao recurso especial. (AgInt no REsp 1528630/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 08/09/2017)

Portanto, litigando o Ministério Público Federal, este Juízo é competente para examinar a causa.

No que concerne à cumulação de pedidos de competência de ambas as justiças, muito embora a jurisprudência não o admita nas demandas individuais, é perfeitamente possível essa ampliação do objeto da demanda no processo coletivo, conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça:

Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual. (Súmula 489, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012)

Vale ressaltar que esse entendimento é aplicável também nas hipóteses de conexão, conforme preleciona Daniel Amorim:

Durante certo tempo houve dúvida acerca de como proceder na hipótese de ações coletivas conexas em trâmite na Justiça Federal e na Justiça Estadual. Enquanto a 1.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça entendia no sentido de ser possível a reunião de ações coletivas originariamente em trâmite na Justiça Estadual e na Justiça Federal perante a segunda, aparentemente desprezando as demais regras que determinam a prevenção do juízo, a 2.ª Seção entendia pela inviabilidade de reunião em razão das diferentes competências de Justiça das duas ações coletivas. O primeiro entendimento, pela reunião perante a Justiça Federal, acabou prevalecendo e gerou a Súmula 489/STJ (Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p.240).

Conforme o julgado:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (JUSTIÇA FEDERAL). AÇÃO CAUTELAR (JUSTIÇA ESTADUAL). DANOS AO MEIO AMBIENTE. CONEXÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
1. Hipótese em que o Parquet federal e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, individual e respectivamente, ajuizaram Ação Civil Pública (Justiça Federal) e Ação Cautelar com base na mesma situação jurídica: edificação supostamente irregular em imóvel localizado em área sujeita à proteção ambiental.
2. A concorrência de atribuições administrativas relacionadas às medidas de fiscalização ambiental deu ensejo à propositura de demandas similares nas Justisas Comum e Federal.
3. Havendo, porém, inequívoca conexão entre as causas, impõe-se a reunião no mesmo juízo, para o fim de evitar decisões conflitantes.
4. A competência da Justiça Federal, disciplinada no art. 109, I, da Constituição, é fixada em razão da pessoa. Um dos fatores que a justificam, portanto, é a presença do Ibama, réu na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal.
5. Ademais, o princípio federativo impede que a União ou suas autarquias fiquem sujeitas à jurisdição comum. Precedente do STJ.
6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal. (CC 78.058/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 01/02/2011)

Nesses termos, se compete à Justiça Federal julgar duas ações civis públicas -- uma ajuizada, inclusive, pelo Ministério Público Estadual -- por força

da vis atrativa, não faria sentido tolher o Ministério Público Federal de formular pedidos em face do Estado do Paraná, se houver conexão entre todas as relações processuais. Esse entendimento, aliás, é cristalizado na esfera penal, por força da Súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça.³

Por todas essas razões, rejeito a preliminar.

b) inépcia da petição inicial

Rádio Televisão Iguaçu suscitou a inépcia da petição inicial em relação ao pedido de proibição de veiculação de cenas com imagens de violência. Sustenta que esse pedido não teria pertinência com a causa de pedir (execração de presos provisórios).

A preliminar, entretanto, deve ser rejeitada.

Inepta é a petição basicamente ininteligível, isto é, que não propicia, mesmo que com todo um esforço hermenêutico, a compreensão da relação jurídica processual, a qual se desdobra em "partes", "pedido" e "causa de pedir". A inépcia, então, insere-se no contexto da "aptidão da provocação inicial" - pressuposto de validade do processo (art.485, IV do Código de Processo Civil). Conforme define o Código de Processo Civil:

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I - for inepta;

II - a parte for manifestamente ilegítima;

III - o autor carecer de interesse processual;

IV - não atendidas as prescrições dos [arts. 106 e 321](#).

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;

III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

§ 2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações

contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito.

§ 3º Na hipótese do § 2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.

Vale destacar que o novo Código de Processo Civil consagra a primazia da tutela de mérito (art.4º do NCPC), assim como preceitua que a petição inicial há de ser interpretada, à luz da boa-fé objetiva (art.322, §1º do NCPC). Esse postulados hermenêuticos, portanto, devem ser considerados na análise do cumprimento dos requisitos previstos no art.330 do Código de Processo Civil.

No caso concreto, ao analisar sistematicamente a peça inaugural, observa-se que o pedido quanto à proibição de imagens de violência e de cadáveres de crianças tem por finalidade evitar a espetacularização das investigações e a proteção integral da criança, respectivamente. Logo, esses pedidos estão amparados por causa de pedir, e, se essas causas amparam ou não o pedido, essa é uma questão que diz respeito ao mérito da causa.

Rejeito, por conseguinte, a preliminar.

c) nulidade de citação

RCA Company de Telecomunicações de Colombo Ltda. pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade de citação.

A preliminar, contudo, deve também ser rejeitada.

Conforme enuncia o art.238 do Código de Processo Civil, a citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual. Trata-se de ato processual de importância ímpar no processo, na medida em que se destina a triangularizar a relação processual, viabilizando, por conseguinte, o exercício do contraditório. Por isso, a invalidade do ato citatório é vício gravíssimo, reputado pela doutrina e pela jurisprudência unânime como "transrescisório", isto é, passível de ser alegado a qualquer tempo, inclusive após a coisa julgada soberana. Aliás, para parte doutrina, a nulidade da citação é tão grave que, até mesmo, implica inexistência jurídica do processo.

No caso concreto, porém, deve ser aplicável o art. 239, §1º do Código de Processo Civil, o qual preceitua que:

Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido.

§ 1º O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução.

Vale destacar que não é necessária a apresentação de procuração com poder específico para receber citação para se caracterizar o comparecimento espontâneo, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECLAMO COM BASE NA SÚMULA 83 DO STJ. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA.

1. Configura comparecimento espontâneo a apresentação de instrumento procuratório, ainda que não tenham sido outorgados poderes específicos para o recebimento da citação, na hipótese em que haja indicação da ação. Isso porque nesta ocasião o réu manifesta ciência de que contra ele fora proposta demanda específica.

Precedentes.

2. Nessa situação, encontra-se deflagrado o prazo para apresentação da resposta do réu, sob pena de sofrer os efeitos da revelia.

3. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no REsp 1280911/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 25/02/2016)

Assim, considerando que a ré apresentou contestação (evento 99), rejeito a preliminar, porquanto caracterizado o comparecimento espontâneo.

d) coisa julgada

O Estado do Paraná sustenta que o pedido formulado em face de si não poderia ser conhecido, porquanto compõe objeto da ação 2003.04.01.008945-8/PR, atualmente em fase de cumprimento de sentença.⁴

A preliminar deve ser acolhida.

A Constituição da República alça o respeito à coisa julgada à cláusula pétrea (art.5º, XXXVI c/c art.60, §4º, IV da CF). Apesar disso, não define os seus contornos, papel atribuído ao legislador infraconstitucional, a quem cabe também mitigar os efeitos dessa regra constitucional (ação rescisória, inexigibilidade do título). Portanto, trata-se de regra de notável proeminência no Texto Constitucional, não obstante possa ser flexibilizada por normas de hierarquia inferior em prol de valores de igual envergadura colidentes.

Em relação ao conceito, define-se "coisa julgada" como a qualidade da sentença que torna os seus efeitos imutáveis, conforme prelecionava Liebman. Embora prevaleça, importa ressaltar que críticas pululam na doutrina a respeito

dessa definição. Afinal, é perfeitamente possível que os efeitos da sentença mudem, seja em razão de vontade das partes, seja em razão da natureza jurídica da relação (continuativa, por exemplo). Nessa linha, não se desconsidera a vertente doutrinária que define que é o conteúdo da decisão que faz coisa julgada, ou a linha que propugna que o que transita em julgada é a declaração da norma jurídica individualizada, e não seus efeitos.

No que toca aos requisitos, diante da natureza jurídica da coisa julgada, o Código de Processo Civil em vigor prevê que a *res judicata* será aferida a partir do critério da tríplice identidade dos elementos da demanda:

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

[...]

VII - coisa julgada;

[...]

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

No que diz respeito ao processo coletivo, contudo, o fenômeno processual da coisa julgada deve ser compreendido com as suas devidas nuances, seja em razão da natureza jurídica do bem tutelado (direitos difusos, coletivos e homogêneos), seja em razão da principiologia em que inspirado esse microsistema. Em primeiro lugar, é necessário se atentar que o bem da vida tutelado, na grande maioria das vezes, detém caráter transindividual e indivisível, sendo, por exemplo, utopia pretender circunscrever a tutela judicial a limites geográficos decorrentes da subdivisão da competência jurisdicional. Em segundo, nem sempre deve ser tomado como referência o arquétipo da tríplice identidade dos elementos da demanda para aferir a existência de coisa julgada; por exemplo, em se tratando de substituição processual, não se leva em conta a semelhança/distinção entre os autores da demanda.

Além disso, deve ser levado em conta que a coisa julgada no processo coletivo será ora *secundum eventum probationis* (direitos difusos e coletivos em sentido estrito), ora *secundum eventum litis* (direitos individuais homogêneos).⁵

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o [art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.⁶

No que toca à preliminar arguida, eis o pedido formulado em face do Estado do Paraná:

Diante do exposto, o Ministério Público Federal requer:

[...]

ao Estado do Paraná que abstenha-se de apresentar qualquer investigado ou preso cautelar aos órgãos de imprensa, salvo se este estiver devidamente representado por advogado regularmente constituído ou defensor público e na sua presença.

Para tanto, o autor fundamenta que:

[...] sem nenhum respeito aos princípios constitucionais mais caros à efetivação da proteção das garantias do indivíduo, a Polícia colocou-os sob o olhar

curioso e fumegante das câmeras e filmadoras, deixando Sérgio Amorim da Silva Filho, Adriano Batista, Paulo Henrique Camargo Cunha e Ezequiel Batista à disposição do ódio popular.

Por outro lado, nos autos da ação nº 2003.04.01.008945-8/PR, basta analisar o dispositivo da sentença, que congloba não só o pedido, como também a causa de pedir, para se inferir a similitude de demanda:

[...] e) Condenar, ainda, o ESTADO DO PARANÁ, nos termos do art. 461, do CPC, à obrigação de, por intermédio de suas autoridades policiais, velar pela preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos, conferindo aos presos e indiciados o tratamento constitucionalmente adequado, bem como à obrigação de coibir quaisquer ofensas cometidas por repórteres contra a honra, imagem e moral dos presos e detidos, e impedir a filmagem e a entrevista com pessoas sob tutela policial, mesmo que por estes autorizadas, sem a presença de advogado. No caso de descumprimento da decisão, será fixada multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), nos termos do artigo 461, §§ 1º, 3º. e 4º., do CPC.

Na sentença, o julgador fundamentou que:

Em relação ao ESTADO DO PARANÁ, assistindo-se aos programas, verifica-se que, de fato, a Polícia Civil do Estado do Paraná permitiu o ingresso dos repórteres nas delegacias e trouxe os presos, como que com hora marcada, para as filmagens e entrevistas abusivas, sendo que à polícia judiciária é dado apenas investigar e trazer elementos para a formação da convicção, primeiramente do Ministério Público, e depois do Magistrado. Nas situações transmitidas nos programas, os policiais afirmam o fato e o resultado criminosos, e a culpa daqueles que se encontram aos seus cuidados. Assim, além do direito à imagem e ao silêncio, são desrespeitadas a honra, a moral, a dignidade, a intimidade. Na verdade, são humilhados e julgados diante da televisão, sem assistência de advogado constituído ou defensor dativo e com evidente afronta à competência funcional do Poder Judiciário e ao princípio do juiz natural.

Portanto, é inegável que ambas as demandas narram relações jurídicas idênticas. A propósito, fatos novos como o famigerado "Caso Tayná" se situam no espectro da mesma causa de pedir: violação aos direitos dos presos provisórios, motivo pelo qual não podem caracterizar uma nova ação, operando-se, pois, a eficácia preclusiva prevista no art.508 do Código de Processo Civil.⁷

Em resumo: trata-se do mesmo requerimento e sob os mesmos fundamentos, razão pela qual a preliminar deve ser acolhida, para extinguir a relação processual no que toca ao requerimento de tutela específica formulado em face do Estado do Paraná.

Superadas as preliminares alusivas ao processo, passo ao exame das condições da ação.

II.1.2. Condições da ação

Em primeiro lugar, concebe-se o direito de ação como uma garantia constitucional posta a todos aqueles que sofram lesão ou ameaça de lesão a direito (art.5º, XXXV da CF). Consiste, portanto, num conjunto de situações jurídicas em que se assegura ao titular do direito o poder de acessar o Poder Judiciário. Além da garantia do acesso à jurisdição, o direito de ação decorre, sobretudo, da garantia do devido processo legal (art.5º, LIV da CF).

Sem embargo, para a ciência jurídica, o termo "ação" é polissêmico. Além de direito constitucionalmente positivado, significa também um ato jurídico (compreendido como "demanda"), com importantes efeitos para o processo, como a fixação da competência e a delimitação do objeto de cognição da demanda.⁸

Em relação ao conteúdo do direito de ação, há inúmeras vertentes doutrinárias destinadas a defini-lo. Atualmente, porém, prevalece o conceito de Liebman, segundo o qual o direito de ação compreenderia o direito à obtenção de uma sentença de mérito, quer favorável, quer desfavorável: Teoria Eclética.⁹ Essa teoria não só foi incorporada no Código de 1973 por força da influência de Alfredo Buzaid, como também foi mantida pelo novo Diploma Processual, como se infere da regra prevista no art.485, VI do Texto Legal.

Com base nessa linha, o direito de ação condiciona-se a alguns requisitos, sem os quais o processo será extinto sem resolução do mérito, por decisão não albergada pelo efeito preclusivo da coisa julgada material.

De qualquer forma, não pode ser desconsiderado o fato de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem, reiteradamente, abrandado o uso da teoria eclética em situações nas quais a cognição de matéria alusiva à condição da ação demanda uma profunda análise dos fatos que permeiam a causa. Bastaria, com isso, a análise da relação jurídica abstratamente narrada pela Inicial.

[...]

3 - Nos termos da jurisprudência do STJ, as condições da ação, entre elas a legitimidade ativa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial, dispensando-se qualquer atividade instrutória. Precedentes.

4 - Agravo interno provido. Agravo em recurso especial conhecido. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (AgInt no AREsp 1024576/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 31/05/2017)

Feitos esses esclarecimentos, passo à análise das preliminares alegadas pelos réus.

a) Legitimidade

Sabe-se que a demanda espelha uma relação jurídica de direito material. À vista dessa premissa, concebe-se a legitimidade como uma condição da ação que diz respeito aos *sujeitos* dessa relação; ou seja, como apregoa a célebre frase, resume-se à "pertinência subjetiva da ação". Assim, é necessário que os sujeitos apontados na demanda estejam em situações jurídicas que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo (DIDIER). Eis, portanto, o conceito essencial de parte legítima.

À vista do ordenamento processual brasileiro, parte legítima, em regra, é o titular do direito material invocado em juízo:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Portanto, em linha de princípio, a ninguém cabe demandar em nome de outrem, ressalvadas as situações excepcionais previstas pelo ordenamento jurídico. Nesta última hipótese, observa-se o fenômeno tido pela doutrina como "legitimidade extraordinária", em que um terceiro defende, em seu próprio nome, direito que não lhe pertence.¹⁰

Dentre as hipóteses de legitimidade extraordinária, aquela que ganha mais proeminência no ordenamento jurídico pátrio é, justamente, a que decorre do processo coletivo. Dessa forma, na tutela coletiva, os substitutos processuais atuam, não só em nome de uma titularidade difusa, como também em prol de direitos individuais que pertencem a determinado grupo de pessoas.

As principais hipóteses estão elencadas no art.1º da Lei de Ação Civil Pública e art.82 do Código de Defesa do Consumidor.

Legitimidade do Ministério Público Federal

A partir da promulgação da Constituição de 1988, o Ministério Público arvora-se a instituição permanente e independente dos demais poderes, incumbido do grave dever de zelar pelos interesses sociais e republicanos consagrados no Texto Maior. Nessa linha, se, de um lado, se lhe retira o papel de defesa da Administração Pública, de outro, impõe-se-lhe o poder-dever de promover ação civil pública para a proteção dos direitos coletivos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Em relação ao Ministério Público da União, a Lei Complementar 75/1993 bem explicita a incumbência da instituição no âmbito do processo coletivo:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

[...]

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

Portanto, à vista da ordem constitucional e legal em vigor, é quase que um truísmo afirmar que o Ministério Público detém ampla legitimidade para o ingresso, como substituto processual, de ação coletiva para tutelar direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Afinal, trata-se de interesses de titularidade transindividual e de natureza indivisível. Além disso, a legitimidade também está expressamente tipificada no art.5º da Lei de Ação Civil Pública e no art.82, I do Código de Defesa do Consumidor, os quais, conjuntamente, delimitam a substituição processual no microsistema da tutela coletiva (art. 90 do Código de Defesa do Consumidor c/c art.21 da Lei 7.347/85).

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Ministério Público,

Quanto aos direitos individuais homogêneos, após muita controvérsia, o Supremo Tribunal Federal pacificou, por meio recurso extraordinário com repercussão geral, que a legitimidade do Ministério Público se circunscreve a direitos individuais homogêneos qualificados pelo interesse social:

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA.

1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III).

2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição

processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo.

3. Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (an debeatur, quid debeatur e quis debeat); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o cui debeatur e o quantum debeatur), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios.

4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127).

5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos.

6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º).

7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ).

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

(RE 631111, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)¹¹

No caso concreto, ao contrário do afirmado pelos réus, o Ministério Público Federal deve ser reputado parte legítima. A par dos inúmeros dispositivos legais que consagram a atribuição do órgão para ingressar com a presente demanda, observa-se que a causa de pedir versa não só sobre o "Caso Tayná", como também sobre outras possíveis condutas perpetradas pelas emissoras (daí o porquê, inclusive, da formulação de pedido para a concessão de tutela inibitória). Nesses termos, está perfeitamente delimitado o direito difuso violado: presunção de inocência dos presos provisórios.

Por outro ângulo, a legitimidade do Ministério Público Federal deflui da natureza jurídica do serviço prestado pelas emissoras, concedido pela União, conforme previsto no art.21, XII e "a" da Constituição.

Por fim, eventual abuso no manuseio da demanda ou pretensão manifestamente infundada são argumentos que dizem respeito ao mérito da causa.

Ilegitimidade da Anatel

O Ministério Público Federal alega que a ANATEL seria parte legítima para figurar no polo passivo, na medida em que lhe incumbe promover a fiscalização por força de Convênio celebrado com a União.

A ANATEL, por outro ângulo, sustenta ser parte ilegítima, por apenas ser responsável por operacionalizar a fiscalização. Tem razão.

O contrato firmado entre a União e as demais ré simboliza um genuíno contrato de concessão de serviço público, regido pela Lei 8.987/95. No diploma, preceitua-se que incumbe ao poder concedente:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

Percebe-se, pois, que a Lei atribuiu à União o poder disciplinar para fiscalizar os contratos administrativos de concessão. Da mesma forma, a Lei 9.472/97, editada para organizar os serviços de telecomunicações, previu que:

Art. 211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações.

Logo, a atribuição da Agência Reguladora cinge-se a aspectos técnicos, não debatidos no caso, razão por que não há como atribuir responsabilidade à entidade.

Além do mais, atribuir legitimidade para a ANATEL não soaria razoável, na medida em que, de um lado, deve prestar deferência ao poder concedente e, de outro, estaria vinculada à decisão judicial em sentido contraposto.

Acolho, por conseguinte, a preliminar.

Ilegitimidade da Sociedade Emissora Paranaense

A ré sustenta que a responsabilidade pela edição da Tribuna do Paraná incumbe à pessoa jurídica Editora Estado do Paraná, razão pela qual seria parte ilegítima no que toca à matéria veiculada nesse periódico. Por sua vez, o Ministério Público Federal argumenta que ambas as entidades pertenceriam a um mesmo grupo econômico (GRPCom), razão pela qual a responsabilidade deveria ser solidária. Além disso, haveria confusão patrimonial, pois todos os veículos de comunicação ostentariam a mesma marca.

Por conseguinte, percebe-se que é fato incontroverso que as entidades não detêm a mesma personalidade jurídica.

Pois bem. Em primeiro lugar, deve ser destacado que, *prima facie*, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reputa cabível a desconsideração da personalidade jurídica em face de grupos econômicos, ainda que o artigo 50 do Código Civil estabeleça uma relação apenas entre sócios e sociedade:

PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

- 1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.*
- 2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.*
- 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.*
- 4. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos.*
- 5. Recurso especial não provido.*
(REsp 1259018/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011)

Contudo, ainda assim, é necessário que estejam presentes os requisitos previstos no art.50 do Código Civil (teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica): desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Nesse sentido são os enunciados de Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 146: Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial).

Enunciado 406: A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do

Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.

Vale destacar que não há qualquer dispositivo legal em específico que preveja que se aplica a teoria menor da desconsideração (para cuja aplicação basta a insolvência) em relação aos direitos postos em debate. Afinal, não se trata de relação de consumo (art.28, §5º do CDC), nem tampouco de causa que verse sobre direito ambiental (art.4º da Lei 9.605/98). No caso concreto, portanto, seria imprescindível que o Ministério Público Federal indicasse a presença de alguns dos requisitos previstos no art.50 do Código Civil.

Não o fez. O mero fato de as entidades veicularem a mesma marca não é suficiente para caracterizar confusão patrimonial -- fato jurídico que carrega consigo sempre um quê de ilicitude --, mesmo porque é natural que haja a similitude de marca, título de estabelecimento e de atividade econômica entre entidades que pertençam ao mesmo grupo. Por essa razão, a preliminar há de ser acolhida.

Em relação à transmissão do Jornal Hoje, também deve ser acolhida, pois não a cabe à entidade de retransmissão controlar o conteúdo veiculado pela transmissora, conforme se infere da própria de direitos autorais:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;

III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;

Art. 95. Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação.

Ora, se não cabe à ré interferir na programação da transmissora, não há sequer como cumprir o pedido da tutela específica. Da mesma forma, se não se lhe pode ser exigida conduta diversa, não pode nem, em tese, ser responsabilizada pelo conteúdo propalado pela emissora.

Acolho, portanto, a preliminar.

Ilegitimidade RCA Company

A parte ré sustenta ser parte ilegítima, pois é operadora de TV a Cabo.

O Ministério Público Federal não impugna esse fato. Apenas sustenta que a ré seria responsável, na medida em que auferiu lucro com a retransmissão.

Conforme prevê o art.23 da Lei 8.977/95:

Art. 23. A operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação do serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações:

I - CANAIS BÁSICOS DE UTILIZAÇÃO GRATUITA:

a) canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do serviço de TV a Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo;

b) um canal legislativo municipal/estadual, reservado para o uso compartilhado entre as Câmaras de Vereadores localizadas nos municípios da área de prestação do serviço e a Assembléia Legislativa do respectivo Estado, sendo o canal voltado para a documentação dos trabalhos parlamentares, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

c) um canal reservado para a Câmara dos Deputados, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

d) um canal reservado para o Senado Federal, para a documentação dos seus trabalhos, especialmente a transmissão ao vivo das sessões;

e) um canal universitário, reservado para o uso compartilhado entre as universidades localizadas no município ou municípios da área de prestação do serviço;

f) um canal educativo-cultural, reservado para utilização pelos órgãos que tratam de educação e cultura no governo federal e nos governos estadual e municipal com jurisdição sobre a área de prestação do serviço;

g) um canal comunitário aberto para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos;

h) um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal, para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça;(Alínea incluída pela Lei nº 10.461, de 17.5.2002)

II - CANAIS DESTINADOS À PRESTAÇÃO EVENTUAL DE SERVIÇO;

III - CANAIS DESTINADOS À PRESTAÇÃO PERMANENTE DE SERVIÇOS.

§ 1º A programação dos canais previstos nas alíneas c e d do inciso I deste artigo poderá ser apresentada em um só canal, se assim o decidir a Mesa do Congresso Nacional.

§ 2º Nos períodos em que a programação dos canais previstos no inciso I deste artigo não estiver ativa, poderão ser programadas utilizações livres por entidades sem fins lucrativos e não governamentais localizadas nos municípios da área de prestação do serviço.

§ 3º As condições de recepção e distribuição dos sinais dos canais básicos, previstos no inciso I deste artigo, serão regulamentadas pelo Poder Executivo.

§ 4º As geradoras locais de TV poderão, eventualmente, restringir a distribuição dos seus sinais, prevista na alínea a do inciso I deste artigo, mediante notificação judicial, desde que ocorra justificado motivo e enquanto persistir a causa.

§ 5º Simultaneamente à restrição do parágrafo anterior, a geradora local deverá informar ao Poder Executivo as razões da restrição, para as providências de direito, cabendo apresentação de recurso pela operadora.

§ 6º O Poder Executivo estabelecerá normas sobre a utilização dos canais previstos nos incisos II e III deste artigo, sendo que:

I - serão garantidos dois canais para as funções previstas no inciso II;

II - trinta por cento dos canais tecnicamente disponíveis serão utilizados para as funções previstas no inciso III, com programação de pessoas jurídicas não afiliadas ou não coligadas à operadora de TV a Cabo.

§ 7º Os preços e as condições de remuneração das operadoras, referentes aos serviços previstos nos incisos II e III, deverão ser compatíveis com as práticas usuais de mercado e com os custos de operação, de modo a atender as finalidades a que se destinam.

§ 8º A operadora de TV a Cabo não terá responsabilidade alguma sobre o conteúdo da programação veiculada nos canais referidos nos incisos I, II e III deste artigo, nem estará obrigada a fornecer infra-estrutura para a produção dos programas.

§ 9º O Poder Executivo normatizará os critérios técnicos e as condições de uso nos canais previstos nas alíneas a a g deste artigo.

Percebe-se, pois, que a ré não pode ser responsabilizada pelo programa retransmitido, motivo pelo qual, partindo-se da mesma linha de raciocínio, também não é parte legítima para ocupar o polo passivo da relação processual.

A propósito, não é possível lançar mão de argumentos de autoridade como "obtenção de lucro". Afinal, a solidariedade decorre de lei; não se presume. E no caso, muito além da omissão, há norma expressa que exime a ré de ser responsabilizada.

Cabe destacar que o sistema de concessão de serviço de difusão sonora e de imagens é todo permeado por regras específicas, dada a natureza do bem jurídico tutelado (liberdade de informação). Não é possível, portanto, afastar as regras específicas, tornando algumas entidades como verdadeiras "seguradoras universais". Nessa lógica, se a operadora é compelida a transmitir os canais, não pode ser responsabilizada pelos programas neles veiculados.

Acolho, por consequência, a preliminar.

Ilegitimidade passiva da União

A União sustenta que:

Considerando o exposto, no quanto esta lide diz respeito à União, ou seja, no tocante às pretensões para que a União seja condenada a fazer o que evidentemente não detém poder de fazer, ou ainda, condenada por se omitir em realizar o que não é da sua obrigação e lhe é vedado fazer, por certo esta Ré não está minimamente legitimada para compor o polo passivo da relação processual.

Percebe-se, pois, que a alegação expendida pela União diz respeito ao dever de fiscalização em consonância com o direito fundamental de liberdade de imprensa, matéria que diz respeito ao mérito da causa.

b) interesse processual

O interesse de agir é uma condição da ação que tem por fim evitar a judicialização de questões que não tragam qualquer utilidade para o jurisdicionado. O Poder Judiciário é caro e, por isso, não lhe é franqueado o exercício de atividade consultiva.¹² Partindo dessa premissa, não se analisa se o autor faz jus ao direito pleiteado. Parte-se de um juízo hipotético, a fim de inferir se, procedente o pedido, o autor obterá algum incremento em seu patrimônio jurídico.

O interesse processual subdivide-se em dois critérios: a) necessidade da tutela jurisdicional invocada; b) adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se almeja. Será necessária toda tutela sem a qual o

autor não conseguirá satisfazer sua pretensão, ainda que haja outros meios alternativos de solução de conflitos.¹³ Será adequada toda pretensão pleiteada em consonância com a natureza da lide.

No caso concreto, a União argumenta que, como o Ministério das Comunicações já promove a fiscalização das concessionárias, não haveria interesse processual no pedido formulado pelo Ministério Público Federal nesse tocante.

Contudo, o ponto nodal da peça inicial recai sobre a insuficiência da fiscalização realizada pela União, razão pela qual, abstratamente, existe necessidade e adequação da pretensão veiculada.

Rejeito, pois, a preliminar.

c) impossibilidade jurídica do pedido

A impossibilidade jurídica do pedido era reputada uma condição da ação à vista do Código de Processo Civil anterior. Muitos criticavam a sua existência, sustentando se tratar de genuína matéria de mérito. O próprio criador, Liebman, posteriormente reviu sua posição quanto ao enquadramento da impossibilidade jurídica no quadro das condições da ação. Seja lá como for, não mais se enquadra como "condição da ação", à luz do Código de Processo Civil em vigor.

Portanto, a preliminar invocada pela RCA Company deve ser analisada no mérito da causa.

Analisadas todas as questões preliminares, observados os demais requisitos de desenvolvimento regular do processo e condições da ação, passo ao exame do mérito.

II.2. Mérito

Em relação ao mérito, o que se observa na presente causa é um genuíno conflito entre normas constitucionais, para cujo desfecho não basta um mero juízo silogístico entre fato e norma. Por essa razão, é necessário desbravar os caminhos trilhados pela hermenêutica constitucional, ciência composta por preceitos jurídicos autônomos, alheios à metodologia clássica. Nesses termos, a fim de dirimir o litígio, reputo pertinente abordar três pontos fundamentais ao tema: a) constitucionalismo e hermenêutica constitucional; b) normas constitucionais; c) conflitos entre normas constitucionais.

II.2.1. Constitucionalismo e hermenêutica constitucional

Em seu sentido clássico, o constitucionalismo consiste num movimento jurídico-político destinado a implementar limitações ao poder de

governar. Deflagrado a partir do fenômeno de ascensão da classe burguesa na sociedade europeia do século XVII e XVIII, o constitucionalismo tem por fonte o ideário iluminista, que fundou os alicerces para a edificação de uma teoria de delimitação e limitação do poder estatal.

Sob o aspecto jurídico, o constitucionalismo caracteriza-se a partir de uma constelação de regras fundamentais à limitação do poder dos governantes. Essas normas, por sua vez, sustentam-se com base em três premissas: a) rigidez constitucional; b) supremacia da constituição; c) controle de constitucionalidade das normas.

Com isso, em razão dos traços desse novo modelo constitucional, a hermenêutica constitucional passa também a ganhar novos contornos, distinguindo-se do modelo clássico. Como afirma Bernardo Gonçalves Fernandes:

Compreendendo de forma adequada as transformações que se operaram a partir da Hermenêutica Filosófica na Hermenêutica Jurídica, é possível afirmar a existência nas últimas décadas (em diversos autores) de uma Hermenêutica Constitucional que irá se desenvolver não com o propósito de uma oposição a esta última (Hermenêutica jurídica), mas como um ir além, principalmente por uma série de rupturas advindas do constitucionalismo (desenvolvidas com a afirmação e efetivação da jurisdição constitucional, entre outras, e, sobretudo, com a lógica de que qualquer norma jurídica só pode ser interpretada e, portanto, compreendida e aplicada à luz da Constituição!) (Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional / Bernardo Gonçalves Fernandes. - 3.ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p.128.

Por exemplo, se a Constituição é norma de hierarquia suprema, cujos preceitos -- versem sobre o que versar -- se sobrepõem aos demais, é intuitivo que o Texto Maior deva ser interpretado a partir de critérios que assegurem a máxima eficácia e efetividade das normas nele positivadas. Por isso, ao interpretar as normas constitucionais, não deve o intérprete se contentar com os clássicos métodos hermenêuticos apontados por Savigny e complementados por Ihering, como as únicas ferramentas para descortinar o sentido da Constituição. Da mesma forma, tampouco é possível aplicar apenas os critérios tradicionais de solução de antinomias (cronologia, especialidade e hierarquia). A hermenêutica constitucional passa a se desenvolver a partir de princípios que lhe são singulares. Como explana Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira Souza Neto:

[...] a interpretação constitucional tem especificidades, o que tem levado a doutrina a formular catálogos de princípios específicos de interpretação constitucional. No Brasil, duas listas de princípios lograram ampla penetração: a elaborada pelo jurista alemão Konrad Hesse, que aludiu aos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição e da interpretação conforme à Constituição, e que foi adotada por diversos autores brasileiros; e a

formulada por Luís Roberto Barroso,¹ que elencou os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, da interpretação conforme à Constituição, da razoabilidade e da proporcionalidade (que ele considera fungíveis), e da efetividade (Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012, p.621)

Dentre o rol desses princípios que norteiam a interpretação constitucional, destacam-se os seguintes: (i) **princípio da unidade da constituição**: a Constituição deve ser interpretada como um todo harmônico, que se completa. Um dos principais corolários dessa diretriz é a inexistência de hierarquia formal entre normas constitucionais, muito embora seja possível atribuir, em princípio, uma dimensão de peso substancialmente maior a algumas normas do Texto Constitucional (por exemplo, direitos fundamentais). Vale ressaltar, ainda, que esse princípio hermenêutico não afasta a existência de conflitos entre normas constitucionais; inclusive, outro corolário dessa norma é a concordância prática das normas constitucionais, que impõe ao intérprete buscar uma solução que proteja no máximo possível os bens jurídicos colidentes;¹⁴ (ii) **princípio da força normativa da Constituição**: antes do final da Segunda Guerra Mundial, as Constituições, na prática, revestiam-se de caráter puramente político, carecendo, por conseguinte, de efetividade. O direito, nesse período, era legicêntrico. Hoje o panorama é outro. No Brasil, por exemplo, com a promulgação da Constituição de 1988, o sistema constitucional ganhou novos contornos, a partir de instituição de instrumentos processuais, como o mandado de injunção e a ação de constitucionalidade por omissão, além da ampliação dos legitimados para instaurar o processo objetivo de controle de constitucionalidade. Nesse contexto, diante da reafirmação do caráter jurídico da norma constitucional, é possível definir que, conforme o princípio da força normativa, o julgador deve interpretar a Constituição no sentido que se lhe atribua máxima efetividade; (iii) **princípio da correção funcional**: na interpretação constitucional, deve-se analisar o espaço institucional próprio de cada poder. Como desdobramento, sustenta-se que não cabe ao Poder Judiciário a criação de normas jurídicas.

Outros: (i) **princípios das razões públicas**: não é exagero afirmar que a democracia na atualidade é formada a partir de um verdadeiro caleidoscópio de posicionamentos sobre questões referentes à política, à moral e à economia. A dissidência e a divergência marcam qualquer regime que almeje a liberdade de ideias. Nesses termos, como afirma Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto, a ideia de razões públicas tem por fonte a filosofia kantiana, embora tenha sido desenvolvida pelo filósofo John Rawls. Parte da premissa de que, na esfera política, ao se tratar de temas alusivos aos direitos humanos, só se admitem argumentos dissociados de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas a que cada cidadão adira. Os argumentos, pois, devem ser aceitos por outros cidadãos independentemente de suas convicções religiosas (SARMENTO, NETO, *Ibid.*, p.633);¹⁵ (ii) **princípio da interpretação**

conforme: ao interpretar textos de todo o ordenamento jurídico (não só da Constituição), o intérprete deve atribuir significado compatível com o Texto Maior. A interpretação conforme tem por fim evitar que o Poder Judiciário lance mão de seu papel de legislador negativo com a declaração de inconstitucionalidade, prestando, com isso, deferência à função legislativa e, por consequência, à separação dos poderes. Cabe destacar, porém, que um dos limites à interpretação conforme está, justamente, nos lindes inferidos a partir de uma interpretação literal do texto. Caso contrário, o intérprete se arvoraria na condição de legislador. O princípio da interpretação conforme, ainda, aplica-se não apenas ao Poder Judiciário, como também ao Executivo e Legislativo; **(iii) presunção de constitucionalidade da leis:** a edição de ato proveniente do poder legislativo implica a presunção, por óbvio *juris tantum*, de sua constitucionalidade. Desse princípio decorrem, ainda, os seguintes corolários: a) distribuição do ônus argumentativo a quem pleiteia a invalidade da norma; b) obrigação ao intérprete que busque, sempre que possível, exegese do ato que se harmonize com a Constituição: interpretação conforme; c) imposição aos juízes que só reconheçam a inconstitucionalidade quando essencial aos deslinde da causa. Ainda, no ordenamento, há a regra constitucional da reserva do Plenário (art.97 da Constituição).

Traçadas todas essas premissas gerais, observa-se que, **no caso concreto**, não há dúvida de que os pedidos devem ser aquilatados à vista dos pressupostos específicos da hermenêutica constitucional. Afinal, a controvérsia envolve direitos fundamentais de notável envergadura (presunção da inocência, imagem, liberdade de expressão).

Em seguida, passo a discorrer sobre as normas constitucionais.

II.2.2. Normas Constitucionais

De um lado, é sabido que as normas jurídicas não se assimilam ao texto legal do qual provêm. A norma consiste num enunciado inferido pelo intérprete a partir de uma análise que engloba, não só os textos positivados, como também a realidade que lhes subjaz, sem falar dos valores que permeiam esses comandos legislativos.¹⁶

De outro lado, é notório que o Direito Constitucional é ramo de notável proeminência na ciência jurídica, pois a Constituição figura como uma espécie de ponto de intersecção entre o sistema político e o sistema jurídico (Luhmann). A política estrutura-se à vista da lógica jurídica, a partir da institucionalização, positividade e legitimação do poder; em contrapartida, é com base na legitimação política que o Direito fundamenta o cumprimento de suas normas, dispensando-se, por conseguinte, elucubrações a respeito de sua origem (como sói ocorrer, por exemplo, no Direito Natural).

Logo, diante dessas duas premissas, é possível concluir que a norma constitucional deve ser fruto de um processo hermenêutico que tome

como ponto de partida esse hibridismo entre texto legal, realidade e o forte cariz político da Lei Maior. Em outros termos: não pode ser inferida apenas com base na descrição hipótese de incidência e consequente jurídico, pois se reveste de aspectos que lhe são peculiares. A propósito do tema Bernardo Gonçalves Fernandes enuncia algumas das principais características das normas constitucionais:

A Hermenêutica Constitucional, portanto, deve se situar como um conjunto maior e modelar – já que pretende traçar linhas gerais que irão refletir em todo o restante do direito. Porém, é importante salientar que as normas presentes na Constituição, segundo diversos juristas, seriam dotadas de particularidades que as diferem das demais normas jurídicas. Essas características poderiam, então, ser sistematizadas na forma de quatro argumentos referentes:

- ***à posição privilegiada em termos de hierarquia:*** *que as normas constitucionais ocupam no ordenamento jurídico de qualquer Estado, como discutido no primeiro capítulo de nossa obra. Além do mais, os problemas de interpretação da Constituição acabam por gerar consequências que serão sentidas, necessariamente, pelos demais ramos do direito, ou seja, em todo o ordenamento jurídico;*

- ***à natureza da linguagem das normas constitucionais:*** *os estudos contemporâneos sobre o Direito Constitucional identificam que as normas constitucionais são dotadas de uma estrutura mais complexa que as dos demais ramos do direito, pois uma Constituição não poderia ser reduzida a um mero conjunto de regras jurídicas, como única espécie de normas jurídicas. Ao invés disso, a mesma é formada por uma construção (mais sofisticada) de regras jurídicas e princípios jurídicos;*

- ***ao seu conteúdo específico:*** *além de trazer normas cujo conteúdo se volte para prescrever ordens e proibições, uma Constituição traz, ainda, normas de organização, de natureza instrumental e, por isso mesmo, superiores às demais. Tais normas, fornecem uma estruturação orgânica ao Estado, não se guiando por juízos hipotéticos, ligados a previsões abstratas e não sendo geradoras de direitos subjetivos. Logo, sua interpretação e, consequentemente, seu modo de aplicação diferem-se das normas de condutas. Outra singularidade está na presença das chamadas normas programáticas que não demarcam qualquer conduta específica a ser assumida, mas apontam linhas diretoras; e*

- ***ao caráter político:*** *nesse sentido, as normas constitucionais são políticas quanto à sua origem, quanto ao seu objeto e quanto aos seus resultados de aplicação, uma vez que são resultado da ação de um Poder Constituinte originário. Sendo assim, a Constituição é instrumento de conversão dessa vontade política em poder jurídico. Por isso mesmo, a advertência de Häberle, no sentido de que a interpretação da Constituição não pode fechar-se em uma discussão de especialistas, principalmente se tomados como os magistrados de um Tribunal ou Corte Constitucional. Ao invés disso, a realidade constitucional transporta e ultrapassa as paredes de qualquer Fórum ou edifício, fazendo-se*

presente na dinâmica social, de modo que cada cidadão, em um Estado Democrático de Direito, se faça intérprete em condições de igualdade recíproca, como condição de legitimidade do direito e das decisões jurídicas. (Fernandes, Bernardo Gonçalves Curso de direito constitucional / Bernardo Gonçalves Fernandes. - 3.ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p.297, grifei).

Dentre todas essas características da norma constitucional, a análise da *natureza da linguagem* é a mais importante para o desfecho das questões postas ao debate. Não raro, as normas constitucionais, embora despidas de hierarquia formal entre si, são postas em rota de colisão. Assim, saber a natureza do comando normativo é fundamental para se perquirir qual método adequado para solucionar o conflito de cada espécie de norma.

Em linhas gerais, as normas são divididas entre regras e princípios.

Ao longo do aprimoramento da ciência jurídica, com a superação do positivismo da escola exegetica, os princípios passaram a ganhar destaque no estudo das normas jurídicas, deixando de ser meras exortações morais para conter verdadeiros comandos deonticos. A partir de então, diversas teorias foram concebidas para distingui-los das regras jurídicas.

Um dos pioneiros em formular uma distinção útil entre regras e princípios foi Ronald Dworkin. Sobre a teoria deste jurista, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto discorrem que:

Um marco fundamental no debate sobre a distinção entre princípios e regras é o artigo de Ronald Dworkin, The Model of Rules (I), publicado no seu livro Taking Rights Seriously, editado em 1977. Nesse estudo, Dworkin voltou-se contra o positivismo jurídico, na versão de Herbert Hart, que, ao afirmar a existência de discricionariedade judicial para resolução dos casos difíceis do Direito (hard cases), em razão da “textura aberta” das normas jurídicas, teria ignorado o papel dos princípios.

Para Dworkin, a ausência de uma norma clara e precisa indicando a solução para um determinado caso não confere ao juiz o poder discricionário para decidi-lo, pois ele é obrigado a recorrer aos princípios, que, interpretados de forma adequada, apontarão a solução mais correta para o problema. Para Dworkin, os princípios e regras apresentam uma distinção qualitativa que concerne ao seu modo de aplicação. As regras, segundo ele, são comandos disjuntivos, aplicados de acordo com o padrão do “tudo ou nada”. Se os fatos que a regra prevê ocorrerem, ela deve ser aplicada, com a produção integral das consequências nela estabelecidas, ou então será considerada inválida ou inaplicável ao caso. Depreende-se das lições de Dworkin que, no conflito entre regras, o intérprete deve socorrer-se de critérios formais para resolução de antinomias — cronológico, especialidade, hierárquico —, e, definida a norma aplicável, resolver a questão.

Já os princípios, para Dworkin, seguem uma lógica inteiramente distinta, por possuírem o que ele denominou de “dimensão de peso”. Esta dimensão de peso faz com que, em hipóteses de colisão de princípios apontando soluções divergentes, seja necessário analisar qual a importância assumida por cada um no caso em questão, para definir aquele que deverá prevalecer. Tal análise não é formal, como aquela usada no conflito entre regras, mas substantiva, deixando-se impregnar pela argumentação moral.

Segundo Ronald Dworkin, os princípios (em sentido amplo) dividem-se em duas espécies: princípios em sentido estrito e diretrizes políticas (policies). Os primeiros são relacionados aos direitos, e devem ser observados “não porque isto vá promover ou garantir alguma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque se trata de uma exigência de justiça, de equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”. Já as segundas são “standards que estabelecem um objetivo a ser alcançado, geralmente a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Fiel ao ideário liberal, Dworkin atribui primazia absoluta aos princípios em sentido estrito em relação às diretrizes políticas, afirmando que, em hipóteses de conflito, os primeiros devem sempre prevalecer (Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012, p.545).

Robert Alexy, por sua vez, desenvolveu um método para distinguir as regras e os princípios com base no modo de aplicação de cada qual diante de um conflito normativo. Para o autor, as regras deveriam ser aplicadas integralmente aos fatos jurídicos que lhes correspondem. Nessa linha, se houvesse uma confluência de regras para a solução do caso, das duas uma: ou uma regra consistiria em exceção ou uma das normas deveria ser invalidada e expurgada do ordenamento jurídico. Já os princípios consubstanciariam razões determinantes para uma decisão -- portanto, comandos *prima facie*, passíveis de serem superados na hipótese de colisão com outros princípios. Como afirma Bernardo Fernandes:

É, por isso, que o Alexy afirma existir uma dimensão de peso entre princípios – que permanece inexistente nas regras – nos chamados casos de colisão, exigindo para sua aplicação um mecanismo de “proporcionalidade”. Por isso mesmo, os princípios seriam normas que obrigam que algo seja realizado, na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Alexy, então, afirma que os princípios apresentam a natureza de mandamentos de otimização.

Destarte, em face de uma colisão entre princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha, naquele caso concreto, maior peso relativo, sem que isso signifique a invalidação do princípio compreendido como de peso menor. Para Alexy, nesses termos, teríamos que observar a lei da ponderação: “Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.” Em face de outro

*caso, portanto, o peso dos princípios poderá ser redistribuído de maneira diversa, pois nenhum princípio goza antecipadamente de primazia (precedência incondicionada) sobre os demais (Fernandes, Bernardo Gonçalves Curso de direito constitucional / Bernardo Gonçalves Fernandes. - 3.ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011).*¹⁷

Por fim, é também ilustrativo destacar a posição crítica do jurista Humberto Ávila, que desenvolveu sua própria "teoria dos princípios", estabelecendo novos critérios para a distinção entre regras e princípios, além da formulação de um novo método para superar normas ("defeasibility"). Ávila critica as distinções comumente feitas entre regras e princípios, que formulam premissas *a priori* sobre elementos que só podem ser constatados no plano concreto de aplicação.

Segundo o autor, tanto as regras quanto os princípios podem envolver considerações de aspectos específicos em razão de circunstâncias concretas de aplicação. Ambas as normas também devem ser aplicadas de modo que o "dever-ser" seja realizado completamente. A diferença, todavia, está em que os princípios não determinam diretamente a conduta a ser seguida; apenas estabelecem os fins relevantes. Assim, dependem mais acentuadamente de um ato institucional de aplicação, a fim de se descobrir o comportamento necessário a promover o fim. Já as regras não dependem tanto de um ato institucional de aplicação em casos normais, uma vez que o comportamento já está contemplado na norma. Como afirma Ávila:

"As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade de abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente adjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos; (b) já 'os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estados de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção." (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 2012, p.85).

No caso concreto, observa-se que as normas em conflito (presunção da inocência, liberdade de pensamento e direito à imagem) constituem genuínos princípios, quer no sentido formulado por Dworkin, quer na concepção defendida por Alexy, quer, ainda, à vista das lições expendidas por Humberto Ávila. Trata-se de normas que não pré-estabelecem uma consequência para o enquadramento do fato na hipótese de incidência; vale dizer, que carecem de "pretensão de decidibilidade".¹⁸

Resta, portanto, discorrer sobre o conflito de normas constitucionais e alguns dos principais procedimentos destinados a solucioná-lo.

II.2.3. Conflito entre normas

Discorrido sobre alguns dos principais pontos que permeiam o debate do presente tema, resta tratar de um tópico fundamental para a definição das premissas jurídicas que incidem sobre o caso: método aplicável para solucionar o conflito de normas.

Há muito se sabe que a hermenêutica, como toda ciência do espírito, não pode ser estudada a partir de uma relação apriorística e dicotômica entre sujeito cognoscente (intérprete) e o objeto cognoscível (direito).

Desde o conhecido "giro hermenêutico", irrompido pela lição expendida por Gadamer em sua obra "Verdade e Método", a linguagem passa a ser compreendida como o prisma a partir do qual a interpretação se desenvolve. Passa-se a perceber uma umbilical e inextricável relação intersubjetiva entre sujeito e objeto, a qual impede a formulação de qualquer método imanentista destinado a universalizar uma resposta adequada para a solução de qualquer conflito. Afinal, o sujeito cognoscente se vê imerso em um contexto histórico-linguístico, que forma um horizonte de sentido à luz do qual se compreende os objetos.

Feita essa observação, reputo oportuno abordar algumas das principais visões sobre como deve atuar o intérprete no julgamento dos casos difíceis, notamento os constitucionais.

Uma das teorias com grande profusão no cenário jurisprudencial pátrio -- não raro, aplicada sem a devida profundidade -- é a que defende a técnica da ponderação formulada por Robert Alexy.¹⁹

Como visto, segundo o autor, os princípios são genuínas normas jurídicas, as quais, porém, não carregam consigo um comando deontológico, mas se assimilam a valores, na medida em positivam bens, os quais devem ser satisfeitos na medida do possível -- tangenciando, portanto, a natureza axiológica. Esses comandos *prima facie* não se submetem a um método de invalidação na hipótese de conflitarem entre si, mas são submetidos a um método ponderativo, o qual leva em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Diante dessas premissas, o autor desenvolve um procedimento formal destinado a solucionar o conflito entre princípios: a proporcionalidade.

O "princípio da proporcionalidade" tem por fonte a decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã no caso Luth.²⁰ Trata-se de método formal por meio do qual o intérprete afere qual princípio deve prevalecer no caso concreto, partindo-se de critérios previamente estipulados, quais sejam, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. A respeito desses requisitos Bernardo Gonçalves Fernandes explana que:

Conforme descrito no tópico anterior, a “proporcionalidade” apresenta uma estrutura mais complexa que a razoabilidade, que se divide em três sub-regras que devem sempre ser analisadas em sequência: (1) adequação, (2) necessidade e (3) proporcionalidade em sentido estrito.

Tal procedimento teórico é, na realidade, uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, que, se seguida, conduziria a decisões dotadas sempre de racionalidade. Assim sendo, nas digressões de Robert Alexy encontramos um verdadeiro critério racional da ponderação que será configurado por um método (um caminho).

*Nesse prisma, então, temos de acentuar que, para Alexy, a racionalidade de uma decisão se dá a partir de uma **perspectiva formal**, ou seja, se forem observadas as sub-regras (ou para alguns: máximas) do método (ou critério) da “proporcionalidade”, independentemente do conteúdo concreto da decisão, esta deverá ser considerada racional.*

Passamos, então, a uma análise das sub-regras do mecanismo de proporcionalidade que são estruturadas de maneira a funcionarem sucessiva e subsidiariamente, mas nunca aleatoriamente. Por isso, nem sempre será necessária uma análise de todas as três sub-regras.

No Brasil, difundiu-se o conceito de adequação como aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido (ou seja, se a medida ou meio adotado é apto ao fim visado).[614] Todavia, trata-se de uma compreensão (apesar de majoritária na doutrina equivocada da sub-regra (ou máxima), derivada da tradução imprecisa do termo alemão fördern como alcançar, ao invés de fomentar, o que seria mais correto.²¹

Por necessidade, entende-se uma imposição que é posta ao Poder Público para que adote sempre a medida menos gravosa possível (de menor ingerência possível) para atingir um determinado objetivo. Aqui, um ato que limita um direito fundamental só será considerado necessário se para realizar seu objetivo pretendido não haja outra medida ou ato que limite em menos intensidade (menos gravidade), o direito fundamental a ser atingido.²²

Podemos, assim, concluir que enquanto a adequação exige um exame absoluto do ato, a necessidade demanda um exame comparativo dos atos.

O último passo a ser verificado, a proporcionalidade em sentido estrito, apenas acontecerá depois de verificado que o ato é adequado e necessário. A proporcionalidade em sentido estrito, então, é um raciocínio de sopesamento (balanceamento) que se dá entre a intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância da realização do outro direito fundamental que lhe é colidente e que, por isso, parece fundamentar a adoção da medida restritiva.²³

A proporcionalidade, inclusive, já foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal: 82.424/RS²⁴ e ADI 855²⁵, ganhando notável proeminência no cenário jurisprudencial. Como explana Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira Souza Neto:

No cenário brasileiro, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade vem ocorrendo após o advento da Constituição de 88, sob forte influência da teoria constitucional germânica. É até possível encontrar, antes da Carta de 88, decisões judiciais que invalidaram medidas restritivas de direitos tidas como excessivas.¹¹ Porém, estas decisões, além de raras, não invocavam o princípio da proporcionalidade, nem se pautavam por critérios bem definidos, iguais ou similares àqueles relacionados ao princípio da proporcionalidade. Até porque, o regime político autoritário então vigente não se afeiçoava ao ideário garantista subjacente ao princípio da proporcionalidade. Sob a égide da Constituição de 88, o STF passou a aludir à proporcionalidade no exercício do controle de constitucionalidade com frequência cada vez maior. Inicialmente, a Corte não se valia dos subprincípios acima referidos, limitando-se a destacar o caráter arbitrário ou desarrazoado do ato normativo invalidado.¹² Mas, ao longo da última década, a proporcionalidade tem sido empregada de forma mais analítica, o que tende a ampliar a previsibilidade da atuação do Judiciário no uso deste princípio.

Na Constituição de 88, não existe previsão expressa do princípio da proporcionalidade. O STF tem fundamentado o princípio — tratado pela Corte como idêntico ao princípio da razoabilidade — na cláusula do devido processo legal, na sua dimensão substantiva (art. 5º, XXXIV, CF).¹³ Esta posição tem amplo suporte em nossa doutrina constitucional.¹⁴ Há, contudo, várias outras formulações: há quem sustente que o fundamento da proporcionalidade seja o princípio do Estado de Direito¹⁵ (esta é a posição adotada no direito germânico); a cláusula que consagra a garantia de direitos implícitos decorrentes de nosso regime constitucional (art. 5º, §2º, CF);¹⁶ e ainda a natureza principiológica dos direitos fundamentais e de outras normas constitucionais, que, em razão da sua estrutura, demandariam o uso da proporcionalidade para serem aplicados.¹⁷ Há, ainda, justificativas alternativas, baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana, na proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e na dimensão objetiva dos direitos fundamentais.¹⁸ A discussão sobre a sedes materiae do princípio da proporcionalidade possui, porém, importância secundária. Sob o ponto de vista prático, o fundamental é que se reconheça a vigência e eficácia do princípio em questão em nosso ordenamento. Parece-nos que, na verdade, a proporcionalidade pode ser extraída de diversos preceitos constitucionais diferentes e do próprio sistema constitucional, globalmente considerado (Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento. — Belo Horizonte : Fórum, 2012, p.677-678).

Entretanto, merece ser destacado que, atualmente, há forte resistência na aplicação do princípio da proporcionalidade. Argumenta-se que a

criação de um método apriorístico destinado a solucionar todos os conflitos entre normas constitucionais sujeitas à ponderação, a partir de critérios pré-determinados, tende a arvorar os juízes -- não eleitos democraticamente -- em responsáveis pela última palavra no processo democrático, tudo sob o pretexto de estarem aplicando um método que tem como premissa argumentos supostamente racionais (em verdade, falaciosos). Em outras palavras, sob o manto de um método estruturado para racionalizar a solução do conflito entre normas, abrir-se-ia margem para o fenômeno do decisionismo judicial, dando cabo a uma "ditadura do Poder judiciário". Como assevera Bernardo Gonçalves Fernandes:

Com isso, à luz da tese Alexyana, se desenvolve a “crença” de que usando desse método ora analisado (critério da proporcionalidade), seríamos capazes de assegurar decisões dotadas de racionalidade, evitando-se assim, o decisionismo, bem como a incerteza e a insegurança. Porém, apenas para deixarmos assente, várias críticas já foram e ainda são desenvolvidas à prática da ponderação baseada no “princípio (em nosso entendimento regra, ou para alguns máxima ou mesmo postulado) da proporcionalidade”, entre elas: a) desnaturação do princípio da separação dos poderes; b) limitação da supremacia constitucional pela transformação dos Tribunais Constitucionais em verdadeiras Assembleias Constituintes (poder constituinte originário permanente); c) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição; d) politização do Judiciário, por meio de decisões utilitárias de custo/benefício sociais; e) abertura para decisões dotadas de puro arbítrio; f) abertura para decisões dotadas de preferências pessoais dos juízes (com a diluição da positividade-juridicidade da Constituição); g) irracionalidade metodológica; h) transformação da Constituição em uma ordem concreta de valores que seriam explicitados pelo Poder Judiciário (guardião e tradutor de uma “pretensa” virtude cívica)²⁶

[...]

Para alguns, a crítica passa pela postura do juiz, e a partir dela, seu reflexo na sistemática processual e constitucional, pois, para alguns, o arbítrio que o magistrado visa a conter (inibir) é a armadilha na qual ele cai! E o pior é que apesar do feitiço (proibição do excesso) virar contra o próprio feiticeiro (na medida em que ele, juiz na luta contra o excesso, se torna o excesso ilimitado) o comunitarismo e o instrumentalismo aplaudem! Conforme Souza Cruz, temos, com relação aos subprincípios da proporcionalidade e ao uso dos mesmos, severas críticas. Analisando (1) à adequação; (2) à necessidade e (3) à proporcionalidade em sentido estrito à luz da teoria discursiva do direito, temos como objeções, respectivamente, que:

(1) a exigência da adequação faz com a norma jurídica seja considerada um bem teleológico, num retorno à “jurisprudência dos interesses”. Sem dúvida, nesses moldes a função jurisdicional se confunde totalmente com a função legislativa, na medida em que o juiz passa a ter que examinar se as estratégias de ação previstas em uma norma são adequadas (aptas) a seu fim. Pergunta-se:

será que isso não seria tarefa do legislador político? A quem incumbiria definir sobre meios e sua adequação a fins, no que tange a uma norma jurídica à luz por exemplo de argumentos pragmáticos, éticos ou mesmo morais? Sem dúvida, o subprincípio da adequação nos leva à confusão entre os discursos de justificação (típicos do legislador) com os discursos de aplicação (típicos do judiciário), na esteira desenvolvida pelo jurista Klaus Günther (1993);

(2) a exigência da necessidade também nos remete à assunção do Juiz de poderes legislativos que definitivamente não são de sua alçada, na medida em que o Poder Judiciário deve-se colocar como legislador (travestido de legislador) para a “bizarra” verificação à luz de argumentos políticos e pragmáticos se haveria ou não uma medida menos gravosa a ser tomada, ou seja, uma medida (na opinião dele judiciário!) que fosse melhor! Nesse sentido, a decisão judicial se torna um cálculo utilitarista na lógica do custo-benefício, na qual o que menos pode importar é o caso concreto e suas especificidades. Além disso, é de se perguntar: necessidade ou utilidade de quem? Não há outro meio menos gravoso para quem? Geralmente quando ponderamos interesses estatais/coletivos, em face de direitos privados, os primeiros recorrentemente tendem a prevalecer. Surgem por parte de Tribunais Superiores e das Cortes Constitucionais jargões como “postura responsável” ou o “judiciário não pode quebrar o Estado” ou mesmo “o judiciário não fez a inflação explodir” e até mesmo “o judiciário não pode ser responsável por um apagão e suas consequências trágicas”. Sem dúvida, as normas jurídicas perdem aquilo que lhes caracteriza na sua fundamentalidade, que é seu caráter deontológico, pois transformam-se em objeto de manipulação política (joguete) para a espúria justificação de erros e desmandos (ou de acertos aplausos ou até mesmo omissões!) dos poderes Executivo ou Legislativo.

(3) a exigência da ponderação em sentido estrito nos remete ao que aqui chamamos de balanceamento, na medida em que são verificados o ônus e o bônus de determinada norma jurídica (ou mesmo de ato do Executivo) fazendo com que o julgador assuma uma postura axiológica, na medida em que deve analisar literalmente o que vale mais (em sua ótica através de um exercício de graduação e sopesamento) na situação de aplicação (análise: ônus/bônus). O Direito passa a indicar o que é preferível, ao invés do que é devido, num raciocínio instrumental de meios a fins transformando aqui novamente o juiz em um legislador permanente.²⁷

Lênio Streck, em sua obra, "A Verdade e Consenso" também critica a técnica da ponderação:

Veja-se, entretanto, que a herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje e que a discricionariedade hartiana foi, de algum modo, reapropriada p elas teorias argumentativas, mas sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana, tese que mais tem sido utilizada na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas – embora seus avanços –, não conseguiu fugir do velho problema

engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Esse fato, aliás, é reconhecido pelo próprio Alexy, no posfácio que compõe a edição da tradução para o português, corroborando, assim, aquilo que importantes adeptos de sua teoria da argumentação, como Prieto Sanchís e Manuel Atienza, já afirmavam aceitavam de há muito, isto é, que a ponderação estava umbilicalmente ligada à discricionariedade judicial (STRECK, Lenio. Verdade e Consenso. 4.ed., p.234).

Por outro lado, há autores que defendem a técnica da ponderação como forma de solução de conflitos entre princípios. Seus defensores afirmam que a aplicação do princípio da proporcionalidade requer fundamentação à vista de critérios racionais. Esses critérios são amiúde postos à apreciação dos Tribunais, a partir de uma linha argumentativa tecida nas decisões judiciais. Já a outra opção, teoria da categorização ("limites imanentes"), embora ambiciosa, ainda não logrou definir critérios seguros para se fundamentar a restrição a algum bem jurídico positivado na Constituição, dando azo ainda mais à discricionariedade judicial. Nesse sentido, por exemplo, posicionam-se Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto:

Há, na literatura de teoria constitucional e de filosofia do Direito, diversas posições que negam a existência de conflitos entre normas constitucionais. Uma preocupação central que se extrai dos opositores à ideia de colisão entre normas constitucionais é o temor diante dos riscos de arbítrio judicial no seu equacionamento, em detrimento da democracia e da segurança jurídica. Porém, como se verá, as alternativas apresentadas não resolvem, mas antes agravam, o problema que se propõem a solucionar.

Uma das posições que nega os conflitos é chamada de categorização.⁹ Na categorização, busca-se definir o campo de incidência de cada norma constitucional à luz de todas as demais, de forma a evitar a eclosão de colisões. Nessa concepção, o âmbito de incidência de cada norma constitucional é restringido de antemão, para que sejam evitados os conflitos com outras normas [...] A categorização, por isso, conduz a posições absolutistas em matéria de aplicação de normas constitucionais, e, em especial, de tutela de direitos fundamentais, como a que era sustentada pelo Juiz Hugo Black na Suprema Corte norte-americana.

Na perspectiva da categorização, o legislador só poderia instituir restrições a direitos fundamentais nas hipóteses em que o próprio texto constitucional o autorizasse a fazê-lo. Estes direitos, contudo, apresentariam limites imanentes,¹² que, conquanto não definidos no texto da Constituição, poderiam ser descobertos, por meio de uma interpretação teleológica e sistemática da Lei Fundamental, que levasse em consideração os fins que motivam a proteção de cada direito, assim como todo o universo de outros bens também constitucionalmente protegidos. Os limites imanentes, por já se encontrarem implicitamente contidos nas normas que consagram os direitos fundamentais, poderiam ser “explicitados” pelo legislador ou por decisões judiciais.²⁸

[...]

A categorização e a teoria interna os direitos fundamentais não excluem o risco de arbítrio judicial na definição do campo de incidência de cada norma constitucional. A dimensão constitutiva, criadora, da decisão judicial não é eliminada, mas tão somente escamoteada sob a cortina de fumaça dos limites imanes, pois nada tem de mecânica a tarefa de definir os contornos de cada norma constitucional, levando em consideração todas as demais que compõem o sistema. E a estrutura da argumentação jurídica empregada para a definição destes limites não contém elementos para afastar ou constranger a discricionariedade judicial, como aqueles que foram desenvolvidos ao longo do tempo no campo da ponderação, e que serão examinados adiante. ,

Ademais, ao limitarem a priori o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, restringindo-o excessivamente, estas teorias permitem que certas posições relevantes do indivíduo fiquem completamente desguarnecidas. Como não se considera que estas posições sejam tuteladas pela Constituição nem mesmo prima facie, não se exige, por consequência, qualquer ônus argumentativo adicional para justificação das medidas estatais que as atingirem.

Não bastasse, a negação do conflito entre normas constitucionais não se compadece com a riqueza e a complexidade das situações sobre as quais a Constituição tem de ser aplicada. São tão diversas e multifacetadas estas situações que, por mais criterioso que seja o intérprete, ele jamais conseguirá definir os campos de incidência das normas constitucionais, de modo a impedir qualquer superposição entre eles em casos concretos.²⁹

Assim, a par da miríade de argumentos lançados em torno das lições de Alexy, merece também ser destacada outra teoria que ganhou notável destaque nos estudos dos casos difíceis. Sem dúvida, o filósofo e jurista Ronald Dworkin foi o responsável por uma das mais ambiciosas teorias a respeito do direito e sua integridade.

Dworkin sustenta que o direito deveria ser lido como parte de um empreendimento coletivo, isto é, compartilhado por toda a sociedade, compreendida, então, como "comunidade de princípios".

A partir dessa premissa, Dworkin refuta com tenacidade a discricionariedade judicial, defendida por autores como Kelsen e Hart. Da mesma forma, nega que os juízes possam decidir com base em metas coletivas (argumentos inerentes à discussão política) -- posição refratária, por conseguinte, ao pragmatismo jurídico. A construção da decisão, segundo o autor, proviria de uma interpretação constitucional, suscetível a uma evolução e revisão constante e cuja fonte decorreria dessa comunidade de princípios e que deve ser racionalmente fundamentada.

O professor descreve uma metáfora: romance em cadeia. Explana que cada juiz seria responsável por compor um capítulo de um livro sobre determinado direito. Na obra, o julgador deveria, não só se ater aos capítulos passados -- sem lhes ser servil, porém --, como também dar prosseguimento a narrativa, aperfeiçoando a história e lhe conferindo integridade. Como conclui Bernardo Gonçalves Fernandes:

[a] teoria de Dworkin (embora alguns autores brasileiros insistam em não entender!), nos traz 4 (quatro) pontos que são merecedores de destaque, uma vez que são pertinentes a esse debate: (1) a negativa da discricionariedade judicial; (2) a negativa de que decisões judiciais possam se apoiar em diretrizes políticas; (3) a importância da noção de devido processo para a dimensão da integridade; e (4) a própria noção de integridade, que levanta a exigência de que cada caso seja compreendido como parte de uma história encadeada; não podendo, portanto, ser descartado sem uma razão baseada em uma coerência de princípios.

A propósito, discorri também sobre o tema ao apresentar dissertação de mestrado:

O respeito à integridade – vale dizer, a essa comunidade de princípios – implicará, diante da especificidade de cada situação existencial, de cada contingência real, uma única decisão correta. É no âmbito do juízo de aplicação – próprio da atividade judicial –, diante da unicidade e irrepetibilidade de cada caso concreto e da densificação normativa, que o intérprete – o juiz – poderá oferecer —uma resposta coerente com a Constituição e com o ordenamento como um todo, à luz dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade de uma comunidade (viva) de princípios.³⁰

Muito embora a teoria propugnada por Dworkin tenha dado cabo às lições desenvolvidas por Alexy, é possível dizer que o método defendido por Dworkin é dinâmico, enquanto que o esposado pelo jurista alemão é estático, cartesiano e imanentista. Para melhor explicar, novamente cito Bernardo Gonçalves Fernandes:

[Segundo Dworkin] Cada decisão judicial preenche um momento de nossa histórica institucional, tentando revelar a melhor leitura que nossa sociedade faz de suas práticas sociais. Logo, o magistrado não é uma figura criadora do direito, mas antes disso, um participante que argumenta com o restante da sociedade, tentando convencê-la que sua leitura de fato atinge o objetivo de trazer o direito ao caso à sua melhor luz.[633] Esse convencimento, ainda, não se dá por um argumento que pode ser deduzido de uma fórmula matemática, como acontece com Alexy, mas por uma via hermenêutica afiliada a perspectiva de Gadamer e Wittgenstein. Nesse mesmo diapasão, temos ainda que, para Alexy, a ponderação ainda que justificada de forma racional pelo critério da proporcionalidade não teria como chegar a uma única solução correta para cada caso. Nesses termos, teríamos apenas soluções discursivamente

aceitáveis, já para Dworkin, por meio de uma interpretação construtiva com base na teoria da integridade, há sim a possibilidade de uma única resposta correta a um caso concreto (Ibid., p.154).

Aqui, como se verá, busca-se conciliar ambas as teorias, a fim de superar as dificuldades da técnica da proporcionalidade por meio do direito como integridade.

Traçadas todas as premissas gerais à luz das quais o litígio será solucionado, passo à análise do pedido.

II.3. Tutela inibitória: pedidos formulados no item "f.1" e "f.3" da peça inicial

Antes de mais nada, deve ser destacado que as digressões tecidas no tópico anterior têm plena aplicação prática no caso. Não se trata, portanto, de mero perfume teórico.

No caso concreto, ao analisar esses requerimentos, observa-se uma nítida colisão entre a liberdade de pensamento, comunicação, informação e manifestação (art.5º, IV, IX e XIV da CF), de um lado, e o direito à honra (art.5º, X da CF), à proteção integral à criança (art.227 da CF) e à presunção de inocência (art.5º, LVII da CF), de outro. Colidem, portanto, direitos fundamentais que provêm diretamente da Constituição da República. Logo, o caso deve ser analisado à vista da hermenêutica constitucional, tratada no item "II.2.1".

Da mesma forma, observa-se que as normas apontadas não se revestem de "pretensão de decidibilidade". Isto é, não delimitam uma hipótese de incidência e consequência; apenas enunciam comandos substanciativos, que traçam os fins a serem atingidos. Por conseguinte, consistem em genuínos princípios, à luz dos argumentos expendidos no item "II.2.2."

Nessa linha de raciocínio, a fim de proferir uma decisão intersubjetivamente racional, será proferida uma decisão com base tanto na teoria de Robert Alexy, quanto na de Ronald Dworkin, esboçadas no item "II.2.3", demonstrando-se, pois, que, mais do que antagônicas, ambas as lições podem ser complementares.

a) proporcionalidade

À vista do princípio da proporcionalidade, esses pedidos devem ser julgados improcedentes.

De fato, delimitar em que contornos deve ser veiculada a matéria jornalística é medida *adequada* para evitar que suspeitos sejam taxados de culpado antes de prolação de um julgamento. Do mesmo modo, essa medida

insere-se no espectro da tutela inibitória, muito mais eficaz do que a ressarcitória, motivo pelo qual a medida também é *adequada* para evitar a violação à honra e à imagem dos suspeitos.

Na mesma linha, a suspensão temporária dos programas supera o juízo da *adequação*, pois consiste na mais drástica de todas as medidas. Da mesma forma, a proibição de entrevista sem a aquiescência dos investigados e a presença do defensor é medida hábil a evitar a superexploração de crimes e a violação à presunção de inocência. Também os pedidos formulados nos itens "ii" e "iv" do item "f.3" da peça inicial, de certa forma, contribuem para a proteção integral da criança.

Todos os requerimentos apontados, por conseguinte, são, em tese, medidas *adequadas* para fomentar o direito sindicado na petição inicial.

Em relação à *necessidade*, os pedidos relacionados ao conteúdo e à forma de divulgação da matéria jornalística, em tese, são necessários. Sabe-se que a violação a direitos da personalidade é irreversível; daí por que do aspecto compensatório, e não indenizatório no sentido etimológico da palavra ("tornar indene"), do instituto do dano moral. Nesses termos, a indenização e o direito de resposta são medidas alternativas com menor eficácia. O mesmo raciocínio aplica-se em relação ao pedido no que toca à realização de entrevistas.

Por outro lado, determinar a suspensão de programas de difusão nacional por dois dias em virtude da pretensão do Ministério Público Federal representa um verdadeiro "tiro de canhão em pardais", tendo em vista que os demais pedidos de tutela inibitória já são hábeis a evitar a lesão aos direitos postos ao debate. Portanto, esse pedido deve ser, desde já, rejeitado, porquanto desnecessária a tutela.

Na mesma linha, o pedido de proibição de exibição de imagens de violência é medida *desnecessária* para promover a proteção integral da criança (desde que, é claro, não se trate de violência a criança). Cabe, primordialmente, aos pais, na esfera privada, controlar o conteúdo das informações acessadas por seus filhos. Políticas de conscientização e, em casos mais graves, de repressão são suficientes para evitar que a inocência da criança e do adolescente seja conspurcada por conteúdos violentos difundidos nos veículos de comunicação. Na linha do romance em cadeia de nossa comunidade de princípios, parafraseando o Ministro Dias Toffoli, ao proferir seu voto no julgamento da ADI 2404, "[...] *não é esse o papel do Estado, que não deve atuar como protagonista na escolha do que deve ou não ser veiculado em determinado horário na televisão. Não deve o Poder Público, no afã de proteger suposto bem jurídico maior, intervir, censurar, ou dizer aos pais e aos responsáveis se determinada programação alcança ou não padrões de moralidade.*"

Em resumo, como afirmou o Ministro, "[n]ão deve o Estado substituir os pais na decisão sobre o que podem ou não os filhos assistir na

televisão ou ouvir no rádio. Deve, sim, o Estado dotar os pais, as famílias, a sociedade como um todo, dos meios eficazes para o exercício desse controle, para que eles possam, inclusive, se envolver na discussão e na decisão sobre o que veiculado, seja com a informação sobre a programação, seja por meio de mecanismos eletrônicos de seleção ou dos meios legais para que busquem no Poder Judiciário o controle de qualidade dos programas exibidos."

O mesmo raciocínio, portanto, se aplica ao requerimento formulado no item "iv" do requerimento "f.3".

Resta, portanto, saber se os demais pedidos -- todos relacionados com o conteúdo e com a forma da informação difundida pelas emissoras -- superam o último juízo: a proporcionalidade em sentido estrito.

Pode-se dizer, como visto, que o critério da "proporcionalidade em sentido estrito" representa o "Calcanhar de Aquiles" da Teoria de Alexy, na medida em que é a partir desse subcritério que se abre margem para a discussão sobre a discricionariedade judicial. Para tentar estruturar a operação intelectual formulada pelo intérprete ao lançar mão desse subprincípio, a doutrina, em linha gerais, defende que o julgador deve partir de uma análise comparativa entre o grau de lesão e satisfação da cada bem jurídico colidente. Esse cotejo deve considerar não só a dimensão de peso abstrata de cada princípio -- ainda que não haja hierarquia formal entre normas constitucionais --, como também o peso que cada norma representa para o caso concreto. Não bastasse tudo isso, a confiabilidade das premissas é um fator que não pode ser desconsiderado nessa sinuosa operação intelectual:

A avaliação de possível violação à proporcionalidade em sentido estrito envolve várias operações intelectuais interligadas.⁴⁴ Primeiro, verifica-se o nível de restrição ao bem jurídico negativamente atingido pela medida estatal. Em seguida, afere-se o grau de realização do interesse antagônico, decorrente da medida em questão. Finalmente, comparam-se estes resultados, para se aferir se, sob o ângulo constitucional, a promoção do bem jurídico favorecido iguala ou supera a restrição ao interesse concorrente, numa ponderação inspirada pela axiologia constitucional. Esta comparação deve levar em consideração diversos fatores. Em primeiro lugar, cumpre cotejar o chamado peso abstrato dos bens jurídicos colidentes. Não se trata de instituir uma hierarquia rígida entre os bens ou direitos presentes no nosso ordenamento, que, em caso de colisão, levaria à inexorável derrota daquele situado em patamar inferior. Trata-se, isto sim, de reconhecer que determinados interesses recebem uma proteção maior do ordenamento constitucional do que outros, e que por isso, em hipóteses de conflito, existe uma tendência prima facie de que prevaleçam. O grau de importância de um determinado direito, interesse ou bem jurídico no nosso sistema constitucional deve ser aferido levando em consideração diversos elementos, dentre os quais o eventual tratamento dado a ele pelo texto constitucional, e a sua proximidade em relação aos valores mais fundamentais do ideário do constitucionalismo democrático, notadamente a

dignidade da pessoa humana, a igualdade e o Estado Democrático de Direito. Mas, além do peso abstrato, é preciso também analisar o peso concreto dos interesses em disputa, que diz respeito à intensidade com que estes são afetados pela medida questionada. Isto porque, a medida estatal pode atingir os bens jurídicos em confronto em diferentes graus. Tome-se como exemplo a vida e a liberdade para praticar esportes. É evidente que no nosso sistema constitucional a vida tem um peso abstrato superior à referida liberdade, gozando, portanto, de uma primazia prima facie na comparação a ser realizada. No entanto, dificilmente alguém sustentaria a possibilidade de o legislador brasileiro proibir completamente a prática de esportes radicais, que envolvam algum risco à vida dos seus praticantes, como o voo livre. Aqui haveria uma restrição intensa demais à liberdade, que não seria compensada por uma proteção um pouco maior à vida. O peso concreto da liberdade seria mais elevado nesta hipótese, já que a sua afetação dar-se-ia com intensidade muito superior à correlata proteção do direito à vida.⁴⁵ Deve-se examinar, ainda, a confiabilidade das premissas empíricas em que se assenta a ponderação. Se há incerteza quanto à realização concreta da interferência, exige-se mais cautela na edição da medida restritiva. Se o agente responsável pela edição da medida (legislador, administrador ou juiz) possui apenas dados empíricos pouco confiáveis, o peso abstrato do princípio e o grau de interferência deverão ser ainda maiores. Quanto a este último tópico, que será melhor examinado no capítulo seguinte, cabe apenas ressaltar que, em regra, o Judiciário não dispõe da mesma capacitação ou aptidão institucional, para apreciar as informações técnicas, que o Legislativo e o Executivo. Aliás, uma variável importante na análise da proporcionalidade é o respeito que deve ser devotado à margem de apreciação política ou técnica dos órgãos estatais competentes para a edição da medida em discussão.⁴⁶ Os órgãos estatais — sobretudo o legislador — devem contar com um espaço livre para fazerem as suas próprias valorações subjacentes à ponderação, cuja preservação, diante do controle jurisdicional, se impõe tanto em razão do princípio democrático como por força da separação de poderes. Tais valorações podem envolver aspectos estritamente normativos — como a importância de cada um dos interesses jurídicos em conflito —, assim como dimensões empíricas do caso — como os efeitos de uma determinada medida sobre os bens jurídicos atingidos. Quanto à incerteza atinente a aspectos normativos, recorde-se o caso da lei que disciplinou a pesquisa com células-tronco embrionárias.⁴⁷ Numa sociedade plural como a nossa, existe um amplo desacordo sobre o peso que devem ter nesta questão, de um lado, a liberdade de pesquisa científica e a promoção do direito à saúde dos futuros beneficiários destas pesquisas, e, do outro a tutela da vida do pre-embrião. Neste quadro, caracterizado pela presença de um “desacordo moral razoável”, o legislador deve contar com certa margem de liberdade, fundada no princípio democrático, para fazer a sua escolha, que será válida, desde que não ultrapasse a moldura normativa desenhada pela Constituição. As suas opções, quando situadas no interior desta moldura, não devem ser invalidadas pelo Judiciário por afronta à proporcionalidade em sentido estrito. No que concerne à incerteza atinente a aspectos empíricos, figure-se o caso de uma medida econômica que, no afã de combater a inflação, imponha limites à concessão de crédito por bancos privados. De um lado da

balança, há o legítimo in teresse estatal de controle da inflação, que pode ser associado a diversos objetivos de estatura constitucional, como o de promoção do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF). Do outro, se situam princípios como os da livre iniciativa e da busca do pleno emprego (art. 1º, IV e 170, caput e VII, CF). A aferição da intensidade com que a medida promoverá o objetivo perseguido e restringirá os princípios contrapostos depende de avaliações empíricas complexas, situadas no âmbito da Economia. A escolha feita pelo órgão estatal competente numa hipótese como esta, baseada no seu diagnóstico e prognóstico técnico, deve ser respeitada pelo Judiciário, a não ser quando o seu erro seja evidente, baseado num juízo seguro. O Estado, ao regular a questão, dispõe de uma margem de apreciação técnica que não deve ser subtraída pela jurisdição constitucional, a pretexto de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Em suma, o Poder Judiciário deve adotar uma postura de comedimento no uso do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida só deve ser invalidada quando for patente que a restrição aos direitos ou interesses por ela atingidos não for compensada pela promoção dos interesses favorecidos. Em casos de “empate ponderativo”, ou de incerteza na avaliação jurisdicional, seja quanto aos aspectos normativos, seja quanto à dimensão empírica do problema, a medida questionada deve ser mantida (Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012. -- 1. ed. -- Belo Horizonte : Fórum, 2012, p.689-690).

É nesse ponto sensível que a técnica da proporcionalidade, de Alexy, pode, sim, compatibilizar-se com o direito como integridade, de Dworkin, uma vez que a (re)construção do romance em cadeia sobre os direitos em conflito permitirá o seu sopesamento, não mais a partir de critérios subjetivos do julgador, mas a partir de argumentos racional e objetivamente verificados na comunidade de princípios.

b) direito e integridade

Conforme sustentava Ronald Dworkin, o Direito representa uma obra literária cujos parágrafos são escritos a partir do encadeamento dos precedentes judiciais, cada qual com a sua narrativa, buscando compor, ao fim e ao cabo, um enredo coerente e coeso da comunidade de princípios. Ao proferir uma decisão, a fim de perquirir o conteúdo dos direitos em debate e mesmo sopesá-los, o julgador deve se ater, não só às premissas jurídicas que circundam o passado, como também aos parâmetros necessários para a prolação de uma decisão coerente com a narrativa produzida nessa literatura jurídica, extraindo de todo esse enredo um princípio fundante para o julgado do caso.

Portanto, para arrematar a análise dos pedidos formulados neste item, é necessário discorrer um pouco sobre o entrelaçamento dos parágrafos dessa história.

O direito à liberdade de imprensa simboliza uma poderosa ferramenta posta à disposição da sociedade civil destinada a manter a comunicação entre a esfera privada e o espaço público. Conforme afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, seu âmbito de proteção compreende: a) direito de informar; b) direito de buscar informação; c) direito de opinar; d) direito de criticar.³¹

Trata-se de direito fundamental concebido a partir da eclosão das Revoluções Burguesas, que deram a tônica iluminista do século XVIII (1ª dimensão). Por exemplo, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Cidadão, documento que melhor representa o ideário da Revolução Francesa, positivou que:

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Já no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a liberdade de comunicação alçou-se a direito internacionalmente protegido com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos de Humanos de 1948³² que previu expressamente que:

*Artigo 19 - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.*³³

Além disso, liberdade de expressão também está positivada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos -- tratado internacional incorporado à ordem jurídica brasileira (Decreto 592/1992),³⁴ que consiste no núcleo central da proteção internacional aos direitos civis e políticos:

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Não bastasse, é direito fundamental que também conta com proteção no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, conforme se infere do art.13 do Pacto San José da Costa Rica³⁵:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por

escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou*
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.*

Diante desse cenário e até mesmo em virtude da forte opressão aos aparatos da comunicação social dispensada pelos governos instaurados na ditadura militar, a Constituição foi clara: aboliu, categoricamente, a hipótese de censura prévia.

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 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.

O texto não contém palavras inúteis: a Constituição proscreeu "toda" e "qualquer" forma de censura. Trata-se, portanto, de ponderação formulada pelo próprio constituinte, consagrada em regra que carrega consigo "pretensão de decidibilidade".

Por essa razão, no paradigmático e emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, o Supremo Tribunal Federal declarou a *integral* não recepção da Lei de Imprensa. No julgamento, ficou muito claro que é vedado ao legislador dispor sobre qualquer forma de censura prévia:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE

PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação.

2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da

imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer

cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e

autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "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" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação

Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público".

9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220).

10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.

10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.

10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursão do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso.

11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020)

Também são ilustrativas as anotações dos debates dos Ministros naquele julgamento:

O Tribunal iniciou julgamento de mérito de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT contra a Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa — v. Informativos 496 e 518. O Min. Carlos Britto, relator, julgou procedente o pedido formulado, para o efeito de declarar como não-recepcionado pela Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da lei impugnada, no que foi acompanhado pelo Min. Eros Grau, que se reportou aos fundamentos que expendera no julgamento da medida cautelar. Inicialmente, tendo em conta o disposto nos artigos 220, §§ 1º, 2º e 3º,

e 222, todos da CF, o relator afirmou que, do ângulo objetivo, a imprensa seria uma atividade, enquanto, do ângulo subjetivo ou orgânico, constituir-se-ia num conjunto de órgãos, veículos, empresas e meios, juridicamente personalizados, sendo a comunicação social seu traço diferenciador ou signo distintivo. Disse que a modalidade de comunicação que a imprensa encerraria seria dirigida ao público em geral, ou seja, ao maior número possível de pessoas, com o que a imprensa passaria a se revestir da característica central de instância de comunicação de massa, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e inclusive formar a opinião pública. Por isso, incumbiria à imprensa o direito e também o dever de sempre se postar como o olhar mais atento sobre o dia-a-dia do Estado e da sociedade civil. Sendo, portanto, matriz por excelência da opinião pública, rivalizaria com o próprio Estado nesse tipo de interação de máxima abrangência pessoal. Explicou que foi em razão desse abrangente círculo de interação humana que a Constituição Federal teria reservado para a imprensa todo um bloco normativo (capítulo V do título VIII) e que o estágio multifuncional da imprensa seria, em si mesmo, um patrimônio imaterial que corresponderia a um atestado de evolução político-cultural de todo um povo.

Após fazer distinção entre mídia impressa e mídia radiodifusora e televisiva, ressaltou que, assim binariamente concebida e executada, a imprensa possibilitaria, por modo crítico incomparável, a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade, ou seja, seria ela alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade, o que significaria visualizá-la como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Aduziu que, a título de reforço à manutenção dessa verdadeira relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre, a Constituição estabeleceu, em seu art. 220, § 5º, que os “meios de comunicação social não podem, diretamente ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”, norma de concretização de um pluralismo compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas. Em seguida, o relator, salientando que a decisiva questão seria comprovar que a Constituição levou o tema da liberdade de imprensa na devida conta, afirmou que, em matéria de imprensa, não haveria espaço para o meio-termo ou a contemporização, isto é, ou ela seria inteiramente livre, ou dela já não se poderia cogitar senão como jogo de aparência jurídica. Destarte, o que se teria como expressão da realidade seria, de um lado, um corpo social progressivamente esclarecido por uma imprensa livre — e, ela mesma, plural, haja vista serem vedadas a oligopolização e a monopolização do setor —, e também progressivamente fortalecido nos seus padrões de exigência enquanto destinatário e conseqüentemente parte das reações de imprensa, e, de outro lado, a imprensa que faz de sua liberdade de atuação um necessário compromisso com a responsabilidade quanto à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público, do que decorreria a permanente conciliação entre a liberdade e responsabilidade. O Min. Carlos Britto frisou que a imprensa livre contribuiria para a realização dos mais elevados princípios constitucionais, como o da soberania e da cidadania, e que, pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, manteria

com a democracia a mais arraigada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Por ser visualizada como verdadeira “irmã siamesa” da democracia, a imprensa passaria a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados, até porque essas duas categorias de liberdade individual também seriam tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela própria imprensa.

O relator expôs que o art. 220 da CF radicalizaria e alargaria o regime de plena liberdade de atuação da imprensa ao estabelecer que os direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estariam a salvo de qualquer restrição em seu exercício e que este não se sujeitaria a outras disposições que não fossem nela mesma fixadas. No ponto, considerou que as disposições constitucionais a que se refere o citado art. 220, como de obrigatória observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação, seriam aquelas do art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV (vedação ao anonimato, direito de resposta, direito à indenização por danos material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, e direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação). Asseverou, entretanto, que esses dois blocos de dispositivos constitucionais só poderiam incidir mediante calibração temporal ou cronológica, sendo que, primeiro, garantir-se-ia o gozo dos “sobredireitos” de personalidade — manifestação do pensamento, criação, expressão e informação —, a que se acrescentaria aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Somente depois é que se passaria a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Dessa forma, a fim de se garantir o exercício na totalidade do direito à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral (“sobredireitos” de personalidade), o termo “observado”, referido no § 1º do art. 220 da CF (“Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”), deveria ser interpretado como proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, porém sem que o receio do abuso fosse impeditivo do pleno uso das liberdades de manifestação do pensamento e expressão em sentido lato.

Prosseguindo, o relator enfatizou que esse § 1º do art. 220 da CF iria mais longe ainda no seu decidido objetivo de prestigiar a cronologia posta como de compulsória observância, pois interditaria a própria opção estatal por dispositivo de lei que viesse a constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. Daí, a uma atividade que já era “livre” teria sido acrescido o qualificativo de “plena”, liberdade plena no que diz respeito à essência mesma do jornalismo, ao seu “núcleo duro”, que são as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento e da criação lato sensu, quando veiculada por

órgão de comunicação social. Portanto, a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, haveria de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: o tempo de início e de duração do seu exercício e sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Essa interdição ao poder legislativo do Estado significaria que nem mesmo o Direito-lei teria a força de interferir na oportunidade/duração de exercício, tanto quanto no cerne material da liberdade de informação jornalística (conteúdo/extensão). Desprender-se-ia, ademais, um segundo desdobramento hermenêutico dessa interdição legislativa quanto à medula mesma da liberdade de informação jornalística, qual seja, a de que, no tema, haveria uma necessária “linha direta” entre a imprensa e a sociedade civil, vigorando em nosso ordenamento constitucional uma forma de interação que não poderia passar pela mediação do Estado. Essa interação pré-excluiria, portanto, a figura do Estado-ponte em matéria nuclear de imprensa, tudo sob a idéia-força de que à imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário.

Concluiu o relator, em síntese, que a Constituição Federal se posicionou diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, fixar a precedência das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu as quais não poderiam sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, inclusive de emendas constitucionais, sendo reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de imprensa. Isso estaria conciliado, de forma contemporânea, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão; a posteriori, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo, ainda, do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, entretanto, em situação de maior rigor do que a aplicável em relação aos indivíduos em geral. Além disso, para o relator, não haveria espaço constitucional para a movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa, salientando ele que a lei em questão, sobre disciplinar tais matérias, misturada ou englobadamente com matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias, o teria feito sob estruturação formal estatutária, o que seria absolutamente desarmonioso com a Constituição de 1988, a resultar no juízo da não-recepção pela nova ordem constitucional. Observou, por fim, que a Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num longo período autoritário, o qual compreendido entre 31.3.64 e o início do ano de 1985 e conhecido como “anos de chumbo” ou “regime de exceção”, regime esse patentemente inconciliável com os ares da democracia resgatada e proclamada na atual Carta Magna. Essa impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância, contaminaria grande parte, senão a totalidade, da Lei de Imprensa, quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; e quanto ao seu spiritus rectus ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Após, o julgamento foi suspenso,

para continuação na sessão do dia 15.4.2009.

O Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em argüição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT para o efeito de declarar como não-recepcionado pela Constituição Federal todo o conjunto de dispositivos da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa — v. Informativos 496, 518 e 541. Prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator, que entendeu, em síntese, que a Constituição Federal se posicionou diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, fixar a precedência das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu as quais não poderiam sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, inclusive de emendas constitucionais, sendo reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de imprensa. Afirmou que isso estaria conciliado, de forma contemporânea, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão; a posteriori, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo, ainda, do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, entretanto, em situação de maior rigor do que a aplicável em relação aos indivíduos em geral.

Além disso, para o relator, não haveria espaço constitucional para a movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa, salientando ele que a lei em questão, sobre disciplinar tais matérias, misturada ou englobadamente com matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias, o teria feito sob estruturação formal estatutária, o que seria absolutamente desarmônico com a Constituição de 1988, a resultar no juízo da não-recepção pela nova ordem constitucional. Observou, por fim, que a Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num longo período autoritário, o qual compreendido entre 31.3.64 e o início do ano de 1985 e conhecido como “anos de chumbo” ou “regime de exceção”, regime esse patentemente inconciliável com os ares da democracia resgatada e proclamada na atual Carta Magna. Essa impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância, contaminaria grande parte, senão a totalidade, da Lei de Imprensa, quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; e quanto ao seu spiritus rectus ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Vencidos, em parte, os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que julgavam o pedido improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º; 2º, caput; 14; 16, I, 20, 21 e 22, todos da lei impugnada, e o Min. Gilmar Mendes, Presidente, que o julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei. Vencido, integralmente, o Min. Marco Aurélio, que julgava o pleito improcedente.

ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, 30.4.2009. (ADPF-130) (informativos).

Portanto, ao analisar o julgado, observam-se três premissas muito claras. Primeira: a Constituição qualificou a liberdade de imprensa diante de outros direitos fundamentais colidentes, na medida em que lançou mão do adjetivo "plena", e não apenas "livre". Assim, há uma natural proeminência desse direito. Segunda: é vedado qualquer forma de censura prévia, o que não impede, por outro lado, que haja outros meios destinados a sancionar atos ilícitos perpetrados a partir dos meios de comunicação. Terceira: os preceitos vocacionados a delimitar o âmbito de proteção e a eficácia da liberdade de imprensa encerram-se no texto constitucional, motivo pelo qual não cabe nem ao legislador, nem ao julgador dilatar esse arcabouço normativo.

A propósito, partindo dessas premissas, a Corte Suprema tem sido extremamente rígida no julgamento das reclamações ajuizadas em virtude do descumprimento da decisão proferida na ADF 130, sobretudo no que diz respeito a decisões judiciais que impeçam a imprensa de veicular matéria com determinado conteúdo:

E M E N T A: RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO DA ADPF 130/DF – EFICÁCIA VINCULANTE DESSA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – POSSIBILIDADE DE CONTROLE, MEDIANTE RECLAMAÇÃO, DE ATOS QUE TENHAM TRANSGREDIDO TAL JULGAMENTO – LEGITIMIDADE ATIVA DE TERCEIROS QUE NÃO INTERVIERAM NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – JORNALISMO DIGITAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – DIREITO DE INFORMAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE SE COMPREENDE NA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO – INADMISSIBILIDADE DE CENSURA ESTATAL, INCLUSIVE DAQUELA IMPOSTA PELO PODER JUDICIÁRIO, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, NESTA COMPREENDIDA A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA – TEMA EFETIVAMENTE VERSADO NA ADPF 130/DF, CUJO JULGAMENTO FOI INVOCADO, DE MODO INTEIRAMENTE PERTINENTE, COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO – PRECEDENTES – SIGILO DA FONTE COMO DIREITO BÁSICO DO JORNALISTA: RECONHECIMENTO, em “obiter dictum”, DE QUE SE TRATA DE PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUALIFICADA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL DA PRÓPRIA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

– A liberdade de imprensa, qualificada por sua natureza essencialmente constitucional, assegura aos profissionais de comunicação social o direito de buscar, de receber e de transmitir informações e ideias por quaisquer meios,

inclusive digitais, ressalvada, no entanto, a possibilidade de intervenção judicial – necessariamente “a posteriori” – nos casos em que se registrar prática abusiva dessa prerrogativa de ordem jurídica, resguardado, sempre, o sigilo da fonte quando, a critério do próprio jornalista, este assim o julgar necessário ao seu exercício profissional. Precedentes.

– A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, em razão da prática legítima dessa franquia outorgada pela própria Constituição da República), oponível, por isso mesmo, a qualquer pessoa, inclusive aos agentes, autoridades e órgãos do Estado, qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir informações. Doutrina.

– O exercício da jurisdição cautelar por magistrados e Tribunais não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e de comunicação, sob pena de o poder geral de cautela atribuído ao Judiciário transformar-se, inconstitucionalmente, em inadmissível censura estatal.
(Rcl 21504 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015)

Também: Rcl 28299, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/09/2017 (decisão monocrática); Rcl 26978, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 28/08/2017; Rcl 27040 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 12/06/2017.

Na sequência, outro julgamento paradigmático -- que também compõe um capítulo fundamental do encadeamento desse processo histórico de reafirmação da proeminência da liberdade de imprensa e da proscrição de censura prévia -- é o que pôs termo a uma discussão, que se arrastava por décadas, a respeito da necessidade de autorização prévia para a publicação de obras biográficas. Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de controle concentrado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE

DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO.

1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular.

4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.

9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

Pela leitura da ementa do acórdão, percebe-se que a Corte Suprema considerou incompatível com a Constituição qualquer interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil que, dada a abertura semântica do texto, pudesse implicar censura prévia (como aquela que condiciona a publicação de obras biográficas à autorização das pessoas biografadas). Por mais uma vez, a Corte reafirmou a quase que absoluta vedação de censura prévia no ordenamento constitucional brasileiro.³⁶

Por fim, e não menos importante, vale pontuar o julgado proferido na ADI 2.404. A Corte reputou que é inconstitucional o art.254 do Estatuto da Criança do Adolescente no que toca ao sancionamento das emissoras por transmitirem espetáculos em horários diverso do indicado³⁷:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Classificação indicativa. Expressão que tipifica como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, com pena de multa e suspensão da programação da emissora por até dois dias, no caso de reincidência. Ofensa aos arts. 5º, inciso IX; 21, inciso XVI; e 220, caput e parágrafos, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade.

1. A própria Constituição da República delineou as regras de sopesamento entre os valores da liberdade de expressão dos meios de comunicação e da proteção da criança e do adolescente. Apesar da garantia constitucional da liberdade de expressão, livre de censura ou licença, a própria Carta de 1988 conferiu à União, com exclusividade, no art. 21, inciso XVI, o desempenho da atividade material de “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”. A Constituição Federal estabeleceu mecanismo apto a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado. É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio tênue, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão.

2. A classificação dos produtos audiovisuais busca esclarecer, informar, indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes. O exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia. A submissão ao Ministério da Justiça ocorre, exclusivamente, para que a União exerça sua competência administrativa prevista no inciso XVI do art. 21 da Constituição, qual seja, classificar, para efeito indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão, o que não se confunde com autorização. Entretanto, essa atividade não pode ser confundida com um ato de licença, nem confere poder à União para determinar que a exibição da programação somente se dê nos horários determinados pelo Ministério da Justiça, de forma a caracterizar uma imposição, e não uma recomendação. Não há horário autorizado, mas horário recomendado. Esse caráter autorizativo, vinculativo e compulsório conferido pela norma questionada ao sistema de classificação, data venia, não se harmoniza com os arts. 5º, IX; 21, inciso XVI; e 220, § 3º, I, da Constituição da República.

3. Permanece o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo, regra essa prevista no parágrafo único do art. 76 do ECA, sendo seu descumprimento tipificado como infração administrativa pelo art. 254, ora questionado (não sendo essa parte objeto de impugnação). Essa, sim, é uma importante área de atuação do Estado. É importante que se faça, portanto, um apelo aos órgãos competentes para que reforcem a necessidade de exibição destacada da informação sobre a faixa etária especificada, no início e durante a exibição da programação, e em intervalos de tempo não muito distantes (a cada quinze minutos, por exemplo), inclusive, quanto às chamadas da programação, de forma que as crianças e os adolescentes não sejam estimulados a assistir programas inadequados para sua faixa etária. Deve o Estado, ainda, conferir maior publicidade aos avisos de classificação, bem como desenvolver programas educativos acerca do sistema de classificação indicativa, divulgando, para toda a sociedade, a importância de se fazer uma escolha refletida acerca da programação ofertada ao público infanto-juvenil.

4. Sempre será possível a responsabilização judicial das emissoras de radiodifusão por abusos ou eventuais danos à integridade das crianças e dos adolescentes, levando-se em conta, inclusive, a recomendação do Ministério da Justiça quanto aos horários em que a referida programação se mostre inadequada. Afinal, a Constituição Federal também atribuiu à lei federal a competência para “estabelecer 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” (art. 220, § 3º, II, CF/88).

5. Ação direta julgada procedente, com a declaração de inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90.

(ADI 2404, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em

Da ementa, por conseguinte, infere-se que não é possível ao Estado sancionar as emissoras por não cumprirem com a classificação promovida pelo Ministério da Justiça, pois se trata, diante da nomenclatura utilizada pela Constituição, de classificação "indicativa" (art.21, XVI da CF).³⁸ Entendeu a Corte, no mais, que deveria ser dada interpretação que privilegiasse a liberdade de imprensa e evitasse que houvesse censura prévia aos meios de comunicação. É interessante, para ilustrar, colacionar trechos do voto do Relator:

Como relatado, busca-se, por meio da presente ação direta, a declaração de inconstitucionalidade da norma de proibição contida no art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tipifica como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, com pena de multa e suspensão da programação da emissora por até dois dias, no caso de reincidência.

[...]

Dirige-se o autor contra o preceito que prevê sanção de caráter administrativo ao ato de transmitir, via rádio ou televisão, espetáculo fora do horário autorizado pelo órgão competente. Sustenta que referida penalidade ofenderia os arts. 5º, inciso IX; 21, inciso XVI; e 220, caput e parágrafos, da Carta Magna, os quais traduzem, em suma, preceitos de duas ordens: (i) o direito fundamental à liberdade de expressão, livre de censura ou licença; e (ii) a possibilidade de o Poder Público efetuar a classificação indicativa dos espetáculos e diversões públicas, inclusive as transmitidas por rádio ou televisão, e de informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem e os locais e os horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Senhores Ministros, não há dúvida de que tanto a liberdade de expressão dos meios de comunicação como a proteção da criança e do adolescente são axiomas de envergadura constitucional. Mas, a meu ver, a própria Constituição da República delineou as regras de sopesamento desses dois valores, as quais são suficientes para o deslinde da presente ação, como veremos a seguir. Com efeito, acerca do tema da liberdade de expressão, e seu consectário relativo à liberdade de imprensa, esta Corte, em momento antológico, no julgamento da ADPF nº 130, debruçou-se com percuciência sobre a temática, ressaltando, na ocasião, a plenitude do exercício da liberdade de expressão como decorrência imanente da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação/potencialização de outras liberdades constitucionais. Na mesma sede, foi assentada a regulação estritamente constitucional do tema, imunizando o direito de livre expressão contra tentativas de disciplina ou autorização prévias por parte de norma hierarquicamente inferior, a teor do art. 220 da Carta Federal, segundo o qual 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”.

[...]

Na presente ação, destaca-se a liberdade de expressão em sua dimensão instrumental, ou seja, a forma como se dará a exteriorização da manifestação do pensamento. Com efeito, para que ocorra a real concretização da liberdade de expressão, consagrada no art. 5º, IX, da Carta Maior, é preciso que haja liberdade de comunicação social, prevista no art. 220 da Carta Maior, garantindo-se a livre circulação de ideias e informações e a comunicação livre e pluralista, protegida da ingerência estatal.

[...]

Por outro lado, a criança e o adolescente, pela posição de fragilidade em que se colocam no corpo da sociedade, devem ser destinatários, tanto quanto possível, de normas e ações protetivas voltadas a seu desenvolvimento humano pleno e à preservação contra situações potencialmente danosas a sua formação física, moral e mental.

[...]

É de se indagar, então: como compatibilizar a defesa da criança e do adolescente contra a exposição a conteúdos inapropriados veiculados em diversões públicas e programas de rádio e de televisão com a garantia constitucional da liberdade de expressão?

Como já salientei, a própria Constituição Federal trouxe a solução para a composição desses valores. E não poderia ser diferente, pois, de acordo com o art. 220, caput, da Carta da República, “[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”.

[...]

Daí a importância do estudo e do aprofundamento desse mecanismo. Afinal, qual o sentido da classificação indicativa? Qual o seu alcance e sua finalidade? Esses questionamentos, imprescindíveis para o deslinde da presente ação direta, são fundamentais para o delineamento desse instituto de índole constitucional, mas que, infelizmente, é pouco conhecido e debatido no mundo jurídico e no meio social.

É inequívoca, portanto, a percepção de que o modelo de classificação indicativa é o instrumento de defesa que a Constituição ofereceu aos pais e aos responsáveis contra programações de conteúdo inadequado, garantindo-lhes o acesso às informações necessárias à proteção das crianças e dos adolescentes,

mas sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão, pois não surge com o caráter de imposição.

[...]

Em verdade, por envolver mecanismo de atuação administrativa que interfere na liberdade de expressão, a competência da União para exercer a classificação indicativa dos espetáculos somente se legitima por expressa disposição constitucional.

[...]

Há de se ressaltar uma diferença que a meu ver é fundamental: a submissão do programa ao órgão do Ministério da Justiça não pode consistir em condição para que possa ser exibido, não se trata de licença ou autorização estatal para sua exibição, o que é terminantemente vedado pela Constituição Federal. O exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia.

A submissão ocorre, exclusivamente, para que a União exerça sua competência administrativa prevista no inciso XVI do art. 21 da Constituição, qual seja, classificar, para efeito indicativo, as diversões públicas e os programas de rádio e televisão, o que não se confunde com autorização.

Com efeito, para que a União indique as faixas etárias, os locais e os horários de exibição não recomendados, faz-se necessário que determinado programa seja submetido à classificação, não à autorização, do Poder Público. Isso porque, obrigatoriamente, deverá a classificação ser informada aos telespectadores pelas emissoras de rádio e de televisão.

Entretanto, essa atividade não pode ser confundida com um ato de licença, nem confere poder à União para determinar que a exibição da programação somente se dê nos horários determinados pelo Ministério da Justiça, de forma a caracterizar uma imposição, e não uma recomendação.

Em conclusão: dessa crônica entremeada de parágrafos tecidos a partir polêmicos e fervorosos debates judiciais é possível extrair um princípio básico: não é admissível na ordem jurídica brasileira a censura prévia, quer pela via legislativa, quer pela judicial. Os precedentes enunciados contam também com um fundamento epistemológico: desde o giro linguístico hermenêutico, sabe-se que o ser humano está imerso em relações intersubjetivas que o situam em determinado contexto histórico, sendo, pois, contraproducente pensar um sujeito abstraído das contingências da vida humana. Nessa linha, o que pode ser certo para um -- notadamente para o julgador -- pode não o ser para o outro. Assim, a mordaza prévia dos canais de comunicação, além da severa violação à Constituição, importa conduta altamente antidemocrática, se se partir da perspectiva que se está impondo, de antemão, um certo posicionamento quanto a questões que, no Brasil, são imersas em intensos debates e proselitismo.

c) proporcionalidade em sentido estrito e integridade

A conclusão não poderia ser diferente quando, então, pondera-se o direito à liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais, revelando-se conforme toda a construção histórica da nossa comunidade de princípios a perceptível proeminência *prima facie* daquele.

A liberdade de expressão é o principal vaso comunicante entre Estado e sociedade civil, do qual arfam ideias, dissidências e críticas, tão necessárias ao aprimoramento e à saúde de qualquer democracia efetiva. Como explanou com percuciência o Ministro Luís Roberto Barroso, essa prevalência decorre de cinco fatores: a) papel da liberdade de imprensa na democracia; b) dignidade da pessoa humana; c) processo coletivo de busca da verdade; d) função instrumental ao exercício dos direitos fundamentais; e) preservação da cultura e história; f) aversão históricas a intervenções estatais.

A Carta de 88 incorporou um sistema de proteção reforçado às liberdades de expressão, informação e imprensa, reconhecendo uma prioridade prima facie destas liberdades públicas na colisão com outros interesses juridicamente tutelados, inclusive com os direitos da personalidade. Tal posição de preferência – preferred position – foi consagrada originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que assentou que ela “confere a estas liberdades uma santidade e uma autoridade que não admitem intrusões dúbias. (...) Apenas os abusos mais graves, que coloquem em risco interesses supremos, dão espaço a limitações admissíveis ” 2 . Referida doutrina tem sido admitida no direito brasileiro e já foi adotada em diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 130 e a ADPF 187 3 . Ela também é reconhecida por tribunais internacionais 4 e pelas cortes constitucionais de diversos países, como a Espanha 5 e a Colômbia 6 .

Este lugar privilegiado que a expressão ocupa nas ordens interna e internacional tem a sua razão de ser. Ele decorre dos próprios fundamentos filosóficos ou teóricos da sua proteção, entre os quais se destacam cinco principais. O primeiro diz respeito à função essencial que a liberdade de expressão desempenha para a democracia. De fato, o amplo fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito constituem pré-requisitos indispensáveis para a tomada de decisões pela coletividade e para o autogoverno democrático 7 . A segunda justificação é a própria dignidade humana. A possibilidade de os indivíduos exprimirem de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, assim como de terem acesso às ideias, preferências e visões de mundo dos demais é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial dos indivíduos, consistindo, assim, em uma emanção da sua dignidade.8

Uma terceira função atribuída à livre discussão e contraposição de ideias é o processo coletivo de busca da verdade9. De acordo com essa concepção, toda intervenção no sentido de silenciar uma opinião, ainda que ruim ou incorreta, seria perniciosa, pois é na colisão com opiniões erradas que é possível

reconhecer a “verdade” ou as melhores posições. O quarto fundamento da proteção privilegiada da liberdade de expressão está atrelada à sua função instrumental para o exercício e o pleno gozo dos demais direitos fundamentais. A quinta e última justificação teórica se refere à preservação da cultura e história da sociedade. As liberdades comunicativas constituem claramente uma condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Por fim, além dos fundamentos filosóficos, há uma importante razão de ordem histórica para a atribuição de uma posição preferencial às liberdades expressivas: o temor da censura. Existe uma suspeição, historicamente fundada, em relação a intervenções estatais para regular a expressão. No Brasil, o trauma é particularmente intenso e invoca memórias recentes. A história da liberdade de expressão no país é uma história acidentada. Desde o Império, a repressão à manifestação do pensamento elegeu alvos diversos, da religião às artes. Durante diferentes períodos ditatoriais, houve temas proibidos, ideologias banidas, pessoas malditas. No jornalismo impresso, o vazio das matérias censuradas era preenchido com receitas de bolo e poesias de Camões. Censuravam-se músicas, peças, livros e programas de televisão. Diante desses fundamentos, as múltiplas e até redundantes disposições sobre a liberdade de expressão na Constituição de 1988 refletem a preocupação do constituinte em garantir o florescimento de um espaço de livre fluxo de ideias no cenário de redemocratização do Brasil, após o fim da ditadura militar, e de criar salvaguardas para impedir o retorno dos fantasmas do passado. O reconhecimento de uma posição preferencial às liberdades comunicativas é justamente um dos principais mecanismos dessa proteção (Voto Proferido no julgamento da ADI 4815).

Da mesma forma, no caso concreto, fica claro que a manutenção da liberdade de imprensa tem um peso muito mais relevante do que o peso de afetação dos demais direitos fundamentais em colisão.

Por um lado, franqueia-se ao suspeito indevidamente acusado um pródigo arsenal de instrumentos destinados a proteger seus direitos da personalidade, dentre os quais: a) responsabilidade objetiva do Estado por erro judiciário (art.5º, LXXV da CF e art.37, §6º da CF); b) responsabilidade civil tanto de quem produziu, quanto de quem divulgou a reportagem (Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça)³⁹; c) uso do direito de resposta, proporcional ao agravo (art.5º, V da CF).

Por outro lado, amordaçar os canais de comunicação por meio de uma tutela jurisdicional implica severo abalo à livre profusão de opinião e pensamento, a partir da formação de um precedente funesto, que autoriza segmentos da sociedade civil a lançarem mão de expedientes processuais com o intuito de selar determinado posicionamento quanto a questões polêmicas, arvorando-se na condição do verdadeiros detentores do monopólio da verdade em relação a temas de profunda divergência na sociedade civil. Em outras

palavras: embora, seguramente, não seja este o nobre intuito da parte autora, a mordada aos canais de comunicação pode, sob uma perspectiva de macrojustiça, representar uma verdadeira forma de se instituir uma ditadura de ideias promovida por corporações que se intitulam detentoras de um saber supremo. A propósito, a censura velada foi com acuidade observada pela Ministra Carmen Lúcia ao proferir seu voto no julgamento da ADI 4815:

“[a] cultura do politicamente correto, expressão adotada desde a década de 80 do séc. XX, significando políticas tendentes a tornar a linguagem neutra para se evitar ofensa a pessoas ou grupos sociais discriminados historicamente, também vem sendo levada ao paroxismo, passando a constituir forma de censura da expressão. Adotam-se formas de censura implícita e particular, exercida de forma a tolher ou a esvaziar o direito à liberdade de expressão. Com o politicamente correto, adotam-se formas de censura que mitigam ou dificultam o pluralismo ao qual a liberdade pessoal conduz, porque a censura, estatal ou particular, introduz o medo de não ser bem acolhido no grupo social. O medo e a vergonha fragilizam o ser humano em sua dignidade. Sem dignidade, não se resguarda a identidade, que faz cada ser único em sua humanidade insubstituível”

Portanto, os pedidos formulados neste item devem ser julgados improcedentes, uma vez que não superam o juízo de proporcionalidade.

II.4 Tutela inibitória: pedido formulado no item f4 da petição inicial

O precedente formulado no item b acima (ADI 2.404) já seria suficiente para julgar este pedido improcedente. Afinal, impor que a União fiscalize as concessionárias quanto ao conteúdo exibido não encontra amparo na Constituição.

De qualquer forma, é importante também ressaltar que, com esteio no princípio da conformidade funcional -- um dos princípios hermenêuticos já citados --, não cabe ao Poder Judiciário controlar em que termos será exercido o poder de polícia ou o poder disciplinar pelo Poder Executivo. Ora, fiscalizar é um ato que decorre, genuinamente, da função administrativa, a qual compete primordialmente a Administração Pública. Assim, eventuais falhas devem ser questionadas pelos lesados na via judicial, não sendo razoável que se imponha, desde logo, como deve se dar a fiscalização, sob pena de se desestruturar o equilíbrio entre os poderes.

Em verdade, o exercício do poder fiscalizatório deve ser compreendido como um feixe de poder submetido ao que se conhece como "reserva da administração". A propósito dessa tema Rafael Carvalho Resende de Oliveira discorre que:

A liberdade de conformação do legislador encontra limites no texto constitucional. Entre esses limites, costuma-se apontar, no Direito Comparado, a existência da denominada “reserva de administração” como um verdadeiro “núcleo funcional da administração ‘resistente’ à lei”. Daí a Constituição, em situações específicas, determinar que o tratamento de determinadas matérias fica adstrito ao âmbito exclusivo da Administração Pública, não sendo lícita a ingerência do parlamento.

A reserva de administração pode ser dividida em duas categorias:

a) reserva geral de administração: fundamenta-se no princípio da separação de poderes e significa que a atuação de cada órgão estatal não pode invadir ou cercear o “núcleo essencial” da competência dos outros órgãos, cabendo exclusivamente à Administração executar as leis, especialmente no exercício da discricionariedade administrativa; e

b) reserva específica de administração: quando a Constituição destaca determinadas matérias, submetendo-as à competência exclusiva do Poder Executivo.

*No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência de um verdadeiro princípio constitucional da reserva de administração, com fulcro no princípio da separação de poderes, cujo conteúdo impediria “a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo”. No caso levado ao conhecimento e julgamento da Suprema Corte, entendeu-se pela inconstitucionalidade da declaração pelo Legislativo da nulidade de concurso público realizado pelo Executivo por suposta violação às normas legais, pois uma declaração dessa natureza revelaria o exercício de autotutela que só poderia ser exercida com exclusividade por quem realizou o certame (Enunciado 473 da súmula predominante do STF).*²⁷

Entendemos que o art. 84, VI, “a”, da CRFB, alterado pela EC 32/2001, consagra hipótese de reserva de administração, uma vez que a organização da Administração Pública Federal (por simetria, estadual e local também) deixou de ser tratada por lei e passou para o domínio do regulamento, evidenciando uma verdadeira deslegalização efetivada pelo próprio texto constitucional. A ideia, como se vê, foi retirar do legislador essa matéria, transferindo-a, com exclusividade, para o âmbito do regulamento a ser editado pelo chefe do Executivo. Em consequência, hoje, a atuação legislativa nesse campo é considerada inconstitucional. (Curso de direito administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2014, p.282)

Nessa linha, se a reserva da administração se opõe ao Poder Legislativo, pela mesma razão, deve ser irrogada também perante o Poder Judiciário, vedando-se, por conseguinte, que se imponha judicialmente em que

termos será exercido o poder de polícia/disciplinar. Essa linha de raciocínio já foi utilizada, por exemplo, para afastar a pretensão coletiva de se judicializar a fiscalização do tráfego de automóveis que transportam cargas pesadas:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE CARGA COM EXCESSO DE PESO. PROIBIÇÃO JUDICIAL PARA TRAFEGAR EM RODOVIAS FEDERAIS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE MULTA POR INFRAÇÃO. DISCIPLINAMENTO PELO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DESCABIMENTO. APELOS DESPROVIDOS.

1. O apelo do Ministério Público Federal, ao qual aderiram a União e o DNIT, ataca sentença que inacolhera os pedidos formulados em ação civil pública, que pretende a condenação da apelada para que esta se abstenha de trafegar, com veículos próprios ou de terceiros, em rodovias federais, transportando produtos com excesso de peso/carga, sob pena de aplicação de multa por cada autuação. Almeja, ainda, a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

2. É verdade que a ação civil pública se presta à responsabilização por danos ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico ou histórico, à ordem econômica ou urbanística, à dignidade de grupos raciais ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, podendo ter por objeto condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer/não fazer.

3. Contudo, para o caso sob exame, o Código de Trânsito Brasileiro já estabelece diversas medidas repressoras com o objetivo de se fazer cumprir a regulamentação sobre o transporte de cargas nas rodovias nacionais, inclusive coibir a prática da infração de tráfego de veículo com excesso de peso, por meio de aplicação de multa, da retenção do veículo e do transbordo da mercadoria em excesso, a expensas do proprietário.

4. O entendimento deste Regional sobre o tema vem se firmando no sentido de que não se pode transferir ao Judiciário encargos que cabem a outros órgãos, a exemplo, no caso, da Polícia Rodoviária Federal, como fazer cumprir a regulamentação sobre o transporte de cargas nas rodovias nacionais. Precedentes.

5. Melhor sorte não socorre aos apelantes quanto à postulação de indenização por danos morais coletivos, dado que não restou caracterizado se o suposto prejuízo causado às estradas pelo excesso de peso foi de responsabilidade da ré, pois, sabe-se bem, que esta não é a única a utilizar as rodovias federais.

6. Apelações desprovidas.

(TRF-5 - AC: 08026868220144058400 RN, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 20/01/2016, 2ª Turma)

De resto, pragmaticamente, seria demasiadamente complexo instaurar procedimento de cumprimento de sentença cuja relação jurídica fosse *ad eternum*, transformando o Poder Judiciário em verdadeiro fiscal perene da esfera administrativa.

Este pedido, por conseguinte, também não procede.

II.5. Dano moral coletivo

Desde a promulgação da Constituição da 1988, não mais subsiste qualquer controvérsia a respeito da existência do dano moral no ordenamento jurídico (art.5º, V da CF). Além da previsão constitucional, o instituto está albergado tanto pela legislação consumerista (art.6º, VI do CDC), quanto pelo Código Civil (art.186 do Código Civil).

Em linhas gerais, o dano moral é conceituado como violação a um direito da personalidade.⁴⁰ Trata-se, portanto, de dano de caráter extrapatrimonial. Daí por que de seu caráter reparatório (compensatório) e não indenizatório.

Contudo, em relação ao dano moral coletivo, ainda há forte controvérsia quanto à sua existência jurídica no ordenamento pátrio.

O tema ganhou tônica com a edição do Código de Defesa do Consumidor, o qual, em seu art.6º, preceitua que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Na mesma linha, a Lei 8.884/97 alterou o caput do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, a fim de que constasse a seguinte previsão:

*Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por **danos morais** e patrimoniais causados:*

Diante dessas mudanças na legislação, a que questão que se pôs foi a seguinte: seria possível se falar em dano moral coletivo e, se sim, qual seria, afinal, sua natureza jurídica? Seria, então, uma nova espécie de instituto de responsabilidade, como, por exemplo, um punitive damage? Ou se trataria de simples desdobramento do instituto do dano moral, só que a partir da perspectiva de uma violação a direitos transindividuais?

Primeiramente, vozes na doutrina foram nitidamente refratárias em reconhecer o instituto. Por exemplo, Teori Zavaski defendia que, como o conceito de dano moral atrela-se à noção de dor, sofrimento e angústia, não seria possível reconhecê-lo na hipótese de violação a direito transindividual, sob pena de se criar um *tertium genus* no subsistema da responsabilidade civil, que consiste em nada mais do que uma multa travestida de dano, sem amparo, porém, na legislação, malferindo a regra constitucional prevista no art.5º, I da Constituição.⁴¹

A propósito, esse entendimento reverberou na jurisprudência da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, órgão composto pelo autor na época:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147)

Entretanto, posteriormente, a Terceira Turma da Corte Superior manifestou posicionamento diametralmente oposto ao reconhecer o instituto do dano moral coletivo no famoso julgamento do caso da "pílulas de farinha":

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'.

Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos.

- *Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos.*
- *Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese.*
- *A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação.*
- *Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores.*
- *Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo.*
- *A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal idéia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter.*

Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras.

- *A alegada culpa exclusiva dos farmacêuticos na comercialização dos placebos parte de premissa fática que é inadmissível e que, de qualquer modo, não teria o alcance desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor.*

- A empresa fornecedora descumpre o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema, Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco.

- O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior.

Recurso especial não conhecido.
(REsp 866.636/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/11/2007, DJ 06/12/2007, p. 312)

Em seguida, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em oposição ao entendimento sufragado pela Primeira, manifestou-se favoravelmente a existência do dano moral coletivo. Conforme prelecionou a Ministra Eliana Calmon:

Não aceito a conclusão da 1ª Turma, por entender não ser essencial à caracterização do dano extrapatrimonial coletivo prova de que houve dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), "tudo aquilo que molesta a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado" (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237), pois como preconiza Leonardo Roscoe Bessa:

(...) a indefinição doutrinária e jurisprudencial concernente à matéria decorre da absoluta impropriedade da denominação dano moral coletivo, a qual traz consigo - indevidamente - discussões reativas à própria concepção do dano moral no seu aspecto individual.(apud Dano Moral Coletivo, p. 124)

Na doutrina, já há vários pronunciamentos pela pertinência e necessidade de reparação do dano moral coletivo. José Antônio Remédio, José Fernando Seifarh e José Júlio Lozano Júnior informam a evolução doutrinária:

'Diversos são os doutrinadores que sufragam a essência da existência e reparabilidade do dano moral coletivo: Limongi França sustenta que é possível afirmar a existência de dano moral "à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico". Carlos Augusto de Assis também corrobora a posição de que é possível a existência de dano moral em relação à tutela de interesses difusos, indicando hipótese em que se poderia cogitar de pessoa jurídica pleiteando indenização por dano moral, como no caso de ser atingida toda uma categoria profissional, coletivamente falando, sem que fosse possível individualizar os lesados, caso em que se ria conferida legitimidade ativa para a entidade representativa de classe pleitear indenização por dano moral. A sustentar e esclarecer seu posicionamento, aponta Carlos Augusto de Assis, a título de exemplo: "Imagine-se o caso de a classe dos advogados sofrer vigorosa campanha difamatória. Independente dos danos patrimoniais que podem se verificar (e que também seriam de difícil individualização) é quase certo que os advogados, de uma maneira geral, experimentariam penosa sensação de desgosto, por ver a profissão a que se dedicam desprestigiada. Seria de admitir que a entidade de classe (no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil) pedisse indenização pelo dano moral sofrido pelos advogados considerados como um todo, a fim de evitar que este fique sem qualquer reparação em face da indeterminação das pessoas lesadas. Carlos Alerto Bittar Filho leciona: "quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico". Assim, tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos) ensejam reparação. Doutrinariamente, citam-se como exemplos de dano moral coletivo aqueles lesivos a interesses difusos ou coletivos: "dano ambiental (que consiste na lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica etc.) através de publicidade abusiva e o desrespeito à bandeira do País (o qual corporifica a bandeira nacional). (in Dano moral. Doutrina, jurisprudência e legislação . São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 34-5).

E não poderia ser diferente porque as relações jurídicas caminham para uma massificação e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais. A reparação civil segue em seu processo de evolução iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro para a previsão de reparação de dano a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do já consagrado direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica (cf. Súmula 227/STJ).

Com isso, a jurisprudência de todas as Turmas da Corte Superior passou a admitir a existência do dano moral coletivo. Embora não se tenha ainda

formulado um precedente em sentido técnico, observa-se um conjunto reiterado de decisões que caminham nesse sentido, sendo possível se afirmar, com segurança, que, atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece o instituto, muito embora esse posicionamento possa a ser revisto a qualquer momento:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO ABUSIVO DE ORDEM JUDICIAL. DESOCUPAÇÃO FORÇADA DE ÁREA DENOMINADA PINHEIRINHOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CABIMENTO DE DANOS MORAIS COLETIVOS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, BEM COMO DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS.

[...]

4. Ao contrário do que estabeleceu o Tribunal a quo, a jurisprudência desta Corte orienta-se pela viabilidade de condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública, assim como pela possibilidade de intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas em casos excepcionais, sem que, com isso, haja violação do princípio da separação de poderes. Precedentes: i) AgInt no REsp 1.528.392/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/05/2017; REsp 1.487.046/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/05/2017; REsp 1.473.846/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 24/02/2017; EREsp 1.367.923/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15/03/2017; AgInt no AREsp 1.004.637/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 20/02/2017; REsp 1.635.465/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/04/2017; ii) AgInt no REsp 1.553.112/CE, Rel.

Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 10/03/2017; REsp 1.637.827/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no REsp 1.072.817/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11/03/2016; AgRg no RMS 38.966/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 17/09/2014; REsp 1.367.549/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 08/09/2014.

5. O entendimento adotado pelo julgado recorrido, de que a massa falida Selecta não pode ser responsabilizada por fatos de outros, além de dizer respeito ao mérito da demanda, não pode ensejar a precoce extinção do feito como um todo, mas, no máximo, o reconhecimento da ilegitimidade passiva daquela empresa, devendo o processo prosseguir ao menos quanto aos demais réus.

6. Agravo conhecido para conhecer em parte do recurso especial e, nesta extensão, dar-lhe provimento, determinando o retorno dos autos a origem, para regular prosseguimento do feito. (AREsp 1069543/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017)

Como também afirmou o Ministro Mauro Campbell Marques no julgamento do Recurso Especial 1.397.870:

Há muito, doutrina e jurisprudência discutem a possibilidade do reconhecimento do dano moral coletivo. Durante certo tempo prevaleceu a teoria de que, não tendo a coletividade personalidade, não poderia titularizar direitos imateriais e, conseqüentemente ser indenizada moralmente. Contudo, resta ultrapassado tal entendimento. Hoje, no âmbito desta Corte Superior de Justiça e da mais abalizada doutrina, não há mais espaço para dúvidas. É sim cabível a reparação coletiva do dano moral. Isso se dá pelo fato desse representar a lesão na esfera moral de uma comunidade, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico.

Para um melhor juízo do tema, interessante citar as considerações tecidas por Marcelo Freire Sampaio Costa, in "Dano Moral (Extrapatrimonial) Coletivo", no que ele denominou de tripé justificador do dano moral coletivo, quais sejam: a) dimensão ou projeção coletiva do princípio da dignidade da pessoa humana; b) ampliação do conceito de dano moral coletivo envolvendo não apenas a dor psíquica; c) coletivização dos direitos ou interesses por intermédio do reconhecimento legislativo dos direitos coletivos em sentido lato."

Como bem colocou o ilustre autor, elemento de grande relevância para caracterização do dano moral coletivo foi a ampliação de seu conceito envolvendo não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois essa é apenas a conseqüência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.⁴²

Da mesma forma, posicionou-se o Ministro Luis Felipe Salomão ao proferir voto no julgamento do Recurso Especial 1.293.606:

Registro que, inicialmente, em julgamento com maioria formada por apenas um voto, houve resistência jurisprudencial ao reconhecimento da categoria de dano moral coletivo, ao fundamento de que o dano moral se vincularia necessariamente à noção de dor, sofrimento psíquico, de caráter individual, portanto, razão pela qual haveria incompatibilidade desse tipo de condenação com a noção de transindividualidade (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006).

Há também outros precedentes isolados negando a condenação, ora por força de circunstâncias do caso concreto, ora invocando o julgado acima referido: AgRg no REsp 1.305.977/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013; AgRg no REsp 1.109.905/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010.

Todavia, a maioria ampla dos precedentes admite ao menos a possibilidade teórica de condenação por dano moral coletivo, seja em situação de violação de direitos do consumidor ou do idoso, seja em situação de dano ao meio ambiente ou ao patrimônio público.

Por fim, importa registrar que esse posicionamento também está consubstanciado em enunciado de Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal:

456 - Art. 944: A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Reconhecida a sua existência, resta saber, então, qual a natureza jurídica do instituto.

Como define Flávio Tartuce, “[...] o dano moral coletivo surge como outro candidato dentro da ideia de ampliação dos danos reparáveis. O seu conceito é controvertido, mas ele pode ser denominado como o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (danos morais somados ou acrescidos).” (Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p.365).

A respeito da natureza jurídica do instituto, é interessante colacionar trechos do Voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do RESP 636.021:⁴³

Cinge-se a controvérsia a analisar se a recorrente pode ser obrigada a reparar danos morais designados coletivos ou difusos em razão da divulgação de cenas televisivas impróprias em horário vespertino.

[...]

Nessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor, inserindo grande inovação em nosso ordenamento, trata de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos. Ao falar de interesses individuais homogêneos, indica-se a existência de uma pluralidade de direitos subjetivos individuais que, violados por uma origem comum, aceitam uma tutela jurisdicional coletiva. Por outro lado, os direitos coletivos e difusos são, em verdade, transindividuais e têm objeto indivisível, de forma que a satisfação de um indivíduo significa necessariamente a satisfação de um grupo de pessoas ou de toda a coletividade.

[...]

O dano moral corresponde, hoje em nosso sistema legal, à lesão a um bem não suscetível de avaliação em dinheiro.

Ora, se por um lado, a coletividade não goza de personalidade jurídica e se, por outro, há bens de sua titularidade que são insuscetíveis de valoração econômica, como, por exemplo, o ar, o equilíbrio ambiental e a sobrevivência de uma espécie animal, não há que se falar, em regra, de patrimônio – no sentido tradicional – difuso ou coletivo.

Por tudo isso, deve-se reconhecer que nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extra-patrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos.

[...]

Frise-se, ainda, que o tema dos danos morais coletivos ou difusos não é novo. Pela precocidade na visualização do problema, é sem dúvida relevante a lição de Planiol e Ripert, para quem “o dano coletivo pode ser entendido como aquele que sofre uma coletividade, sem o sofrer seus membros, senão como tais e indiretamente” (Planiol, Marcel; RIPERT, Georges. Tratado Practico de Derecho Civil. Havana: Cultural S.A, 1946, p. 899 – trad. livre).

[...]

Assim, diante das duas inafastáveis premissas aqui estabelecidas, a saber, salvaguarda de interesses transindividuais e ressarcibilidade de danos extra-patrimoniais, a única conclusão possível é que à lesão de um bem difuso, de titularidade de entidades não personificadas supra individuais, que não pode ser reduzido a um preço, corresponde a um dano moral difuso.

Contudo, a Ministra fez a observação de que o dano moral coletivo não pode ser assimilado ao conjunto de danos extrapatrimoniais individualmente considerados:

Para que se coloque um bom termo à questão trazida pela recorrente é importante perceber que o dano moral coletivo representa a violação de um bem uno, indivisível e cuja compensação é questão de direito difuso ou coletivo. Não se trata, assim, de indenizar a lesão que foi cometida de forma similar a vários indivíduos. Isto quer dizer que o dano moral coletivo não se confunde com o dano individual homogêneo de natureza extra-patrimonial.

Como bem reconhece Gabriel A. Stiglitz, “o dano coletivo não resulta da simples soma de uma série de menoscabos individuais. Tem uma entidade grupal autônoma, na medida que afeta simultânea e coincidentemente a comunidade que foi vítima indiscriminada da lesão” (Op. cit., p. 72, em tradução livre). O dano difuso é sofrido pela coletividade sem ser suportado por seus membros senão nessa condição de integrantes do grupo social.

Esse entendimento foi também esposado pela Ministra Eliana Calmon no julgamento já apontado:

O dano moral extrapatrimonial deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo.

O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo (RESP 1.057.274).

Da mesma forma, manifestou-se o Ministro Mauro Campbell Marques:

Dada tal particularidade, urge observar que o dano moral difuso, por não ter a dor psíquica, o sofrimento e o abalo psicológico como elementos necessários à sua caracterização, é absolutamente independente dos pressupostos relacionados ao dano individual, ainda mais se considerarmos que tal medida pode ter como escopo a reconstituição ou reparação do bem jurídico atingido (RESP 1.397.870)

Outra observação interessante foi a formulada pelo Ministro Luis Felipe Salomão no julgamento do Recurso Especial 1.293.606. Conforme o Ministro, o dano moral coletivo não pode ser reconhecido, por exemplo, na hipótese de violação a direito individual homogêneo, cuja natureza equivale a um direito individual:

Quanto à possibilidade de dano moral coletivo decorrente de ofensa a direitos individuais homogêneos, uma observação há de ser feita.

Como afirma com absoluta precisão Mazzilli, 'o mesmo interesse não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo, pois se trata de espécies distintas' (MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 60).

Bem por isso que doutrina mais que autorizada afirma categoricamente ser 'praticamente impossível que a tutela de direitos individuais homogêneos seja acompanhada da reparação pelo dano moral coletivo. Com efeito, se por definição os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, que podem ser tratados no processo coletivamente, é certo que o

dano - moral e mesmo o material - terá que ser apurado individualmente, enquadrando-se na reparação dos danos pessoais, incluindo os morais' (WATANABE, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover [et al.]. 10 ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68).

Vale dizer, a violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos.

Porém, coisa diversa consiste em reconhecer, como antes já afirmado, situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva.

Na mesma linha de raciocínio, é imaginável também que, de danos individuais homogêneos em escala ampliada possam decorrer danos difusos. Tal circunstância ocorre no exemplo doutrinário da poluição de um açude que atinge concretamente diversas pessoas que fizeram uso de sua água (direito individual homogêneo). Contudo, é possível imaginar que, em razão do número de indivíduos contaminados, esse fato pode sobrecarregar o sistema de saúde local, com acréscimo de gastos de recursos estatais e, de resto, um prejuízo difuso à toda coletividade que depende daquele serviço público (direito difuso).

Com os mesmos contornos do exemplo acima citado, são as conhecidas situações de danos ambientais dos quais resultam danos individuais a trabalhadores ou pescadores de determinada localidade. Nesse caso, há na origem um dano ambiental (direito difuso), do qual resulta violação a direitos individuais homogêneos (danos a trabalhadores/pescadores), dos quais, finalmente, pode resultar impacto no sistema previdenciário ou em fundos públicos

Em conclusão: o dano moral coletivo não representa a mera projeção do total de danos morais individualmente causados a certo segmento da sociedade civil. É necessário, pois, que haja uma violação a interesse transindividual (direitos coletivos em sentido amplo).

Por isso, nessa linha de raciocínio, se o dano moral coletivo não se equivale a um mero conjunto de danos morais individualmente causados, infere-se que não é qualquer lesão a direito extrapatrimonial que caracterizará o dano difuso. É imprescindível, portanto, que a lesão seja grave; que promova intranquilidade social. Aliás, essa premissa não passou despercebida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se conclui da análise do Voto do Ministro Massami Uyeda no julgamento do Recurso Especial 1.221.756:

é importante deixar assente que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à

responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. A propósito, "(...) Se a doutrina e a jurisprudência, ao se pronunciarem sobre o dano extrapatrimonial individualmente considerado, ressaltam que as ofensas de menor importância, o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade não são suscetíveis de serem indenizados, a mesma prudência deve ser observada em relação aos danos extrapatrimoniais da coletividade. Logo, a agressão deve ser significativa; o fato que agride o patrimônio coletivo deve ser de tal intensidade e extensão que implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável." (ut BIERNFELD, Dionísio Renz. Dano moral ou extrapatrimonial ambiental. São Paulo. LTr, 2009, p. 120)

De toda sorte, ainda que não seja qualquer lesão motivo suficiente para deflagrar a responsabilização por dano moral coletivo, a aferição dessa espécie de dano, como intuitivo, deve ser *in re ipsa*:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES DE CUIABÁ. INFIDELIDADE DE BANDEIRA. FRAUDE EM OFERTA OU PUBLICIDADE ENGANOSA PRATICADAS POR REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEL. 1. O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. [...]

11. Recurso especial parcialmente provido para, reconhecendo o cabimento do dano moral coletivo, arbitrar a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a incidência de juros de mora, pela Taxa Selic, desde o evento danoso. (REsp 1487046/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 16/05/2017)

Por derradeiro, deve ficar claro que o acolhimento do instituto no ordenamento jurídico brasileiro não importa em reconhecer a existência de um dano genuinamente punitivo, característico do direito norte-americano ("punitive damage"). No Brasil, a responsabilidade civil pressupõe, inarredavelmente, a existência de dano, quer de ordem material, quer de ordem moral. Eis, em síntese, o princípio fundante da responsabilidade civil -- instituto dúctil, que, de fato, se amolda às circunstâncias do caso concreto, adaptando-se as transformações sociais e às novas exigências da sociedade, mas que jamais pode perder seu elemento essencial, o dano. Nesse sentido, é a sólida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC.

DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) para demonstração da legitimidade para vindicar indenização por dano ambiental que resultou na redução da pesca na área atingida, o registro de pescador profissional e a habilitação ao benefício do seguro-desemprego, durante o período de defeso, somados a outros elementos de prova que permitam o convencimento do magistrado acerca do exercício dessa atividade, são idôneos à sua comprovação; b) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; c) é inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo;

[...]

2. Recursos especiais não providos. (REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014)

DIREITO COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DESENHO INDUSTRIAL. IMPORTAÇÃO DESAUTORIZADA. DANOS MATERIAIS SUPORTADOS. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO

1. Na hipótese de violação de direito exclusivo decorrente de propriedade industrial, a procedência do pedido de condenação a perdas e danos, ainda que independa de efetiva comercialização, não dispensa a demonstração de ocorrência de dano material efetivo.

2. O sistema brasileiro de responsabilidade civil não admite o reconhecimento de danos punitivos, de modo que a adoção de medidas inibitórias eficazes para prevenir a concretização de dano material, seja pela comercialização, seja pela mera exposição ao mercado consumidor, afasta a pretensão de correspondente reparação civil.

3. Recurso especial improvido. (REsp 1315479/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 21/03/2017)

Portanto, a partir dessa constelação de premissas, é possível concluir que: a) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a existência jurídica do dano moral coletivo, em que pese à forte dissidência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema; b) o dano moral coletivo reflete uma lesão a direito da personalidade de uma coletividade considerada, caracterizando-se, pois, como uma violação de direito coletivo em sentido amplo (difuso ou coletivo); c) o dano moral coletivo afeta apenas indiretamente os sujeitos individualmente considerados, na medida em que à violação a um direito transindividual atrela-se a ideia de pertencimento do indivíduo a determinado

segmento social; d) o dano moral coletivo caracteriza-se a partir de lesões graves a um bem jurídico tutelado, que promovem intranquilidade social e alterações substanciais na ordem extrapatrimonial coletiva. Apesar disso, é analisado *in re ipsa*; e) o mero ato ilícito, posto que grave, não pode dar ensejo, por si só, à responsabilização civil por dano moral coletivo, pois na ordem jurídica brasileira o dano é pressuposto inafastável da responsabilidade civil.

Nesse contexto, observo que, no caso concreto, a conduta narrada pelo Ministério Público Federal, embora caracterize em tese um ilícito civil, não caracteriza qualquer violação a direito difuso ou coletivo de pessoas que mantêm consigo determinada relação jurídica base. Em verdade, o que se percebe é uma crítica acalorada e, em alguns casos, não polida, a respeito de *determinada* infração e no que toca a *determinados* investigados. Essa conduta, porém, não é passível de violar uma coletividade substancialmente considerada. Diferentemente seria, por exemplo, se os jornalistas dissessem que todo preso provisório deveria ser linchado.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já afastou a pretensão de dano moral coletivo no que toca à exclusão por plano de saúde de cobertura de prótese cirúrgica. Segundo a Corte, ou se trataria de pessoa que recebeu a negativa (dano moral individual) ou se trataria de pessoas que só eventualmente seriam lesadas pela cláusula:

DIREITO COLETIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA RESTRITIVA ABUSIVA. AÇÃO HÍBRIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIFUSOS E COLETIVOS. DANOS INDIVIDUAIS. CONDENAÇÃO. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TESE. NO CASO CONCRETO DANOS MORAIS COLETIVOS INEXISTENTES.

1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.

2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaraçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas

indeterminadas e indetermináveis.

3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva.

4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico).

5. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que desembolsou os valores ilicitamente sonogados pelo plano. Tais prejuízos, todavia, dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese da fluid recovery, prevista no art. 100 do CDC. Acórdão mantido por fundamentos distintos.

6. Recurso especial não provido.
(REsp 1293606/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 26/09/2014)

O precedente enquadra-se com precisão no caso. De um lado, tem-se aqueles que tiveram sua imagem devassada e devastada pelos instrumentos de comunicação social em razão do "Caso Tayná" -- a quem, sempre, se reguarda a via individual para sindicar seu direito. De outro, têm-se pessoas que, num futuro, podem vir a sofrer o mesmo dano. Nessa linha, condenar as rés por dano moral coletivo implicaria das duas uma: ou se trataria de condená-las por dano individual ou se trataria de condená-las por dano hipotético -- inviável, pois, conforme preceitua a legislação civil.

Outra solução deveria ser tomada no caso da exibição de imagens relativas ao corpo da criança. Trata-se de conduta que caracteriza, indubitavelmente, lesão a direito transindividual, consubstanciado na proteção integral da criança, o qual impõe, por corolário, respeito à imagem das vítimas.

Não obstante, conforme se infere da causa de pedir, esse ato teria sido perpetrado pela RCA Company de Telecomunicações de Colombo LTDA, parte ilegítima, conforme decidido.

III. DO DISPOSITIVO

Diante do exposto:

(i) **acolho** a preliminar de coisa julgada no que toca ao pedido formulado em face do Estado do Paraná no que diz respeito à proibição de exibição investigados e de presos provisórios à imprensa, diante da prolação da sentença exarada nos autos do processo nº 2003.04.01.008945-8/PR em trâmite na 3ª Vara Federal desta Subseção Judiciária (art.337, §4º c/c art.485, V do NCPC);

(ii) **acolho** a preliminar de ilegitimidade passiva da Anatel, nos termos do art.337, XI c/c 485, VI do NCPC;

(iii) **acolho** a preliminar de ilegitimidade passiva da Sociedade Rádio Emissora Paranaense S.A. no que diz respeito à matéria publicada no Jornal Tribuna do Paraná, assim como no que toca à exibição do programa Jorna Hoje, nos termos do art.337, XI c/c 485, VI do NCPC;

(iv) **acolho** a preliminar de ilegitimidade passiva da ré RCA Company de Telecomunicações de Colombo LTDA. em relação a todos os pedidos, por se tratar de empresa operadora de "TV a Cabo";

(v) no mérito, nos termos do art.487, I do NCPC, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos;

Diante de aplicação analógica da regra prevista no art.19 da Lei de Ação Popular, consoante entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, a sentença será submetida à remessa necessária.

Sem condenação ao pagamento de despesas processuais ou honorários advocatícios (art.18 da Lei 7.347/85).

Sentença publicada e registrada eletronicamente. Intimem-se as partes.

Documento eletrônico assinado por **THAIS SAMPAIO DA SILVA MACHADO, Juíza Federal Substituta**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **700004043032v397** e do código CRC **a01d7d52**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): THAIS SAMPAIO DA SILVA MACHADO

Data e Hora: 24/11/2017 15:37:32

1. Cabe pontuar que, a despeito dessa subdivisão, todo juiz tem competência para afirmar que não é competente para julgar a causa: princípio da Kompetenz Kompetenz.

2. Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que: I - os pedidos sejam compatíveis entre si; II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

3. COMPETE A JUSTIÇA FEDERAL O PROCESSO E JULGAMENTO UNIFICADO DOS CRIMES CONEXOS DE COMPETENCIA FEDERAL E ESTADUAL, NÃO SE APLICANDO A REGRA DO ART. 78, II, "A", DO CODIGO DE PROCESSO PENAL.
4. https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=97.00.14361-9&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=S&selForma=NU&hdnRefId=f6a70f863750ed2d808f445beae21a8d&txtPalavraGerada=KnSj
5. Cabe destacar, por outro lado, que a coisa julgada diz respeito à pretensão de tutela coletiva. Não prejudica, portanto, as ações individuais ajuizadas que tenham por esteio o mesmo ato ilícito na hipótese de direitos coletivos ou difusos (art.103, §1º do CDC), ou que digam respeito a direito individual homogêneo também debatido em ação coletiva, observada, nesta última hipótese, a restrição prevista no §2º do art.103 do mesmo dispositivo.
6. Muito embora esse artigo esteja inserido no Código de Defesa do Consumidor, prevalece que a classificação dos direitos coletivos é aplicável a todo processo coletivo, seja por força do art.21 da Lei de Ação Civil Pública, seja por força da teoria conhecida como "diálogo das fontes", em que se mesclam regras de diferentes diplomas, a fim de torna um sistema protetivo mais efetivo.
7. Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.
8. Em verdade, a demanda reflete nada mais do que a relação jurídica de direito substancial posta à apreciação do Poder Judiciário (DIDIER). Por exemplo, enquanto, em regra, as partes simbolizam os sujeitos da relação jurídica de direito material, o pedido reflete o objeto e, por fim, a causa de pedir os fatos jurídicos que dão ensejo ao liame entre os sujeitos.
9. Teoria imanentista: o direito de ação se assimilaria ao direito material. Trata-se-ia, portanto, do direito material "em movimento". O titular desse direito, pois, o manteria em face do adversário, e não do Estado. Essa teoria tem relevância apenas histórica. Teoria concretista: desenvolvida por Wach na Alemanha, eis a primeira teoria que faz distinção entre o direito de ação e o direito material. O direito de ação contemplaria o direito à obtenção de uma decisão de mérito favorável ao demandante e, portanto, teria como sujeito passivo, não só o Estado, como também o adversário, a quem caberia cumprir a decisão. Na Itália, Chiovenda defendeu que o direito de ação seria um direito potestativo contra a parte contrária. Essa teoria também tem relevância meramente histórica, pois não esclarece por que a improcedência de uma sentença declaratória negativa implica o reconhecimento do direito contraposto. Teoria abstrata: para essa teoria, há uma separação absoluta entre o direito material e o direito de ação. Não haveria, pois, as condições da ação, as quais seriam aquilatadas no julgamento do mérito do pedido, dando ensejo, inclusive, à coisa julgada. Teoria da asserção: por fim, a teoria da asserção busca equilibrar a teoria abstrata e a eclética. Para essa vertente, a presença das condições da ação deveria ser avaliada à luz dos argumentos expendidos na petição inicial, com base, portanto, numa cognição superficial. Se, entretanto, fosse necessário uma cognição mais aprofundada, as condições da ação seriam avaliadas como mérito da causa. Trata-se de teoria com ampla aceitação no Superior Tribunal de Justiça, muito embora possa ser objeto de críticas, na medida em que altera a natureza de um instituto apenas com base na cognição, além de permitir a manipulação da demanda pelo autor.
10. A legitimidade extraordinária não se confunde com o instituto da representação processual, pertinente ao estudo dos pressupostos processuais, em que um terceiro atua em nome do titular do direito, pois a este não é facultado a prática de atos jurídicos, dentre os quais os atos processuais. Na representação, o representante age em nome do representado.
11. Cabe registrar que esse julgamento deu ensejo à revogação da Súmula 470 do Superior Tribunal de Justiça: "O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado."
12. Daí o porquê, por exemplo, da edição da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal. Súmula 266 do Supremo: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.
13. Trata-se da regra no processo civil quando aplicada nas lides entre particulares, uma vez que é proscrito, em regra, o exercício da autotutela.
14. No que diz respeito à concordância prática e ponderação, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto prelecionam que: "A categorização pode ser associada também à diretriz de busca da concordância prática entre normas constitucionais em tensão. Pelo princípio da concordância prática, diante de um aparente conflito entre preceitos constitucionais que apontem para direções antagônicas na solução de um determinado caso, cabe ao intérprete buscar a sua harmonização no caso concreto. Nesta hipótese, nas palavras de Konrad Hesse, "os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo na solução do problema que todos eles conservem a sua essência", sem o recurso à ponderação de bens ou de valores, que poderia sacrificar a unidade de Constituição.¹⁴ Como ressaltou Virgílio Afonso da Silva,¹⁵ embora seja usual na doutrina brasileira a caracterização da concordância prática como um princípio de interpretação constitucional correlato à ponderação de interesses, na dogmática germânica, em que estas categorias se desenvolveram, as respectivas posições são antagônicas,¹⁶ já que os defensores da concordância prática tendem a rejeitar a ponderação. Isto, na nossa opinião, não exclui a possibilidade de que se busque, num certo sincretismo metodológico, uma combinação entre a concordância prática e a ponderação: primeiro, recorre-se à aquela, para buscar-se a harmonização entre as normas constitucionais em jogo no caso concreto; se a concordância prática se revelar inviável, passa-se à outra fase do processo de concretização, que exigirá a ponderação entre os interesses constitucionais conflitantes" (Ibid., p.721).
15. Entretanto, os próprios autores ressalvam que: "diferentemente do que acreditava Rawls,¹⁷² entendemos que o respeito aos limites da razão pública nem sempre será suficiente para proporcionar o equacionamento de todas as controvérsias morais existentes na sociedade. A observação vale também para o campo da interpretação constitucional. Em temas moralmente complexos, como o aborto, a eutanásia, a legalização da prostituição ou das drogas, existirão argumentos constitucionais em favor das diferentes posições em confronto que não violam a exigência de respeito às razões públicas. Em casos como esses, o princípio das razões públicas não bastará para resolução da questão constitucional, mas se prestará pelo menos para afastar argumentos inadmissíveis do âmbito do debate jurídico. No entanto, há hipóteses em que o uso da razão pública é capaz de solucionar a controvérsia constitucional. É o que ocorre, por exemplo, na interrupção da gestação de feto anencefálico A anencefalia leva à morte do feto em 100% dos casos: ou a morte ocorre durante a gestação, ou no nascimento, ou poucas horas depois desse. Mas mesmo nesses poucos momentos, a vida do anencefalo é puramente vegetativa, em razão da gravíssima má-formação cerebral de que padece." (Ibid., p.634).
16. A norma jurídica não se confunde com o seu texto.³ O texto, dispositivo ou enunciado normativo é o significante, a norma é o seu significado. Em outras palavras, o texto é algo que se interpreta; a norma é o produto da interpretação,⁴ que, além do texto, deve considerar toda uma gama de outros elementos, dentre os quais o âmbito da realidade social sobre o qual a norma incide.⁵ Estas noções importantes de Teoria Geral do Direito são válidas também no campo constitucional (Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012, p.522)
17. O que se percebe, portanto, é que o jurista alemão situa os princípios em um nível axiológico, enquanto que as regras em um espectro deontológico.

18. "Humberto Ávila distingue as regras dos princípios, afirmando que aquelas têm a pretensão de definir, de forma exclusiva, a solução para as hipóteses sobre as quais incidem, com o afastamento de outras razões e considerações. Ele designa esta característica como "pretensão de decidibilidade e abrangência das regras" (Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte : Fórum, 2012, p.549).

19. Ponderação, conforme definem Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto: "No campo jurídico, a ponderação, também chamada de sopesamento, pode ser definida de uma forma mais restrita, como técnica destinada a resolver conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um caso, que busca promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto." (Ibid.,p.737). No entanto, os autores fazem a ressalva de que "a ponderação e proporcionalidade, apesar de envolverem ideias muito próximas, não se confundem, seja porque se emprega a proporcionalidade em hipóteses que não envolvem conflitos entre normas constitucionais, seja porque a ponderação não se resume à aplicação da proporcionalidade. Ademais, do ponto de vista conceitual, é possível realizar a ponderação recorrendo a outros critérios distintos da proporcionalidade, como bem revela a análise da jurisprudência constitucional norte-americana" (Ibid.,742).

20. O caso é bem descrito por Juliana Brina Corrêa Lima de Carvalho em artigo publicado na Revista dos Tribunais: "Lüth havia chamado o público alemão, assim como os proprietários de cinemas e distribuidores de filmes, a boicotarem as obras do cineasta Veit Harlan produzidas após 1945. Lüth fundamentou a necessidade do boicote no fato de Harlan ter sido diretor-artístico de filmes nazistas de propaganda política antissemita, tais como o filme "Judeu doce". O Tribunal de 2.ª Instância de Hamburgo condenou Lüth a omitir cada chamada para o boicote, com fundamento no fato de que esse violaria o § 826 do Código Civil alemão, que proíbe causar, "em um modo que infringe os bons costumes, um dano doloso a outrem".¹ O Tribunal Constitucional Federal, por sua vez, considerou *prima facie* a chamada de Lüth ao boicote como protegida pela liberdade de manifestação de opinião, inscrita no art. 5, I, da Lei Fundamental (Grundgesetz).² Acrescentou, porém, que há três hipóteses, constitucionalmente dispostas no art. 5, 2, da Lei Fundamental, que limitam a liberdade de manifestação.³ A primeira delas é precisamente a existência de "leis gerais" que disponham a respeito. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, nesse sentido, o § 826 do Código Civil alemão, no qual o Tribunal de 2.ª Instância de Hamburgo fundamentara sua decisão, é uma lei geral no sentido disposto no art. 5, 2, da Lei Fundamental, e se constitui como um limite, portanto, à liberdade de manifestação (BverfGE 7, 198, 211 ff). Segundo Alexy (2005b), analisando o caso, na hipótese de se seguir a "construção de regras", a solução da questão esgotar-se-ia na resposta a duas questões: a) a chamada ao boicote deve se subsumir ao conceito de manifestação de opinião?; e b) o § 826 do Código Civil é aplicável ao caso? (Alexy, 2005b, p. 336). O Tribunal Constitucional Federal respondeu afirmativamente à primeira questão, entendendo que se trata de manifestação livre de opinião. Quanto à segunda questão, considerou que o § 826 do Código Civil será aplicável na hipótese em que a chamada ao boicote infringir os bons costumes. O Tribunal de 2.ª Instância de Hamburgo entendera que tal chamada infringia a concepção de direito e de costumes do povo alemão e violava, portanto, o § 826 do Código Civil. Isso porque, segundo tal Tribunal, a chamada ao boicote visava impedir a reaparição de Harlan como criador de filmes, embora esse tivesse sido absolvido em procedimento penal contra ele movido por sua participação no filme "Judeu doce", bem como tivesse passado pelo procedimento de "desnazificação". O Tribunal Constitucional Federal, entretanto, reputara não ser suficiente fazer essas duas subsunções isoladas. No entendimento de tal Corte, sempre que a aplicação de normas de Direito Civil (como o § 826, por exemplo) conduzir à limitação de um direito fundamental (como o direito à livre manifestação), deve-se efetuar uma ponderação entre princípios constitucionais colidentes. No caso Lüth, o resultado da ponderação efetuada pela Corte constitucional apontou no sentido de que ao princípio da liberdade de opinião deve ser conferida primazia em face dos princípios em sentido contrário. Entendeu, portanto, que a cláusula "contra os bons costumes" no § 826 do Código Civil dever ser interpretada de acordo com essa prioridade. Em resumo: Lüth ganhou. O caso Lüth reuniu, pois, três questões que informaram o Direito Constitucional alemão. A primeira diz respeito ao fato de que os direitos fundamentais têm não só o caráter de regras ("construção estreita e exata"), como também o de princípios ("construção larga e ampla"). Nesse viés, para Alexy (2005b), a garantia constitucional de direitos fundamentais não se esgotaria em uma garantia de direitos individuais clássicos de defesa do cidadão contra o Estado, mas personificaria um ordenamento de valores objetivo. Em julgamento posterior, o Tribunal Constitucional Federal expôs seu entendimento acerca do "ordenamento de valores objetivo" como sendo o conjunto de "princípios (...)" que se expressam nos direitos fundamentais". A segunda ideia trazida pelo caso Lüth, refere-se ao fato de que os princípios, como valores jurídicos fundamentais, valem não apenas na relação Estado-cidadão, mas também na relação cidadão-cidadão, em todos os âmbitos do Direito. Produz-se, portanto, um efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o sistema jurídico. Por fim, a terceira ideia resulta da estrutura dos princípios e valores como diretrizes propensas a colidir, de modo que tal colisão somente por meio da ponderação poderia ser resolvida. Reconhece-se um discurso axiológico na argumentação do Tribunal, ao mencionar a irradiação, sobretudo o ordenamento jurídico, de uma ordem objetiva hierarquizada de valores inscrita na Constituição. Robert Alexy (2005; 2008) tenta racionalizar tal discurso, reconstruindo a noção de valor por meio desse conceito de direito fundamental como norma princípio, que implicaria em mandamentos de otimização. Voltaremos à tese do autor mais à frente." (A desconstrução do ativismo judicial fundada na ponderação de princípios e a reinvenção da legitimidade jurídica nos pensamentos de Jürgen Habermas e Chantal Mouffe Revista de Direito Brasileira | vol. 2/2012 | p. 47 - 94 | Jan - Jun / 2012 DTR(2012/44620)

21. Segundo o subprincípio da adequação, será adequada a restrição a princípio que atinja os fins perseguidos pelo Estado ou, ao menos, contribua para alcançá-los. Além disso, os fins devem ser legítimos. Segundo Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto, não é necessário que esses fins estejam positivados na Constituição; basta que não malfirmem o ordenamento constitucional. Os autores citam os seguintes exemplos: seria ilícita a lei que institíssem cargos apenas para inchar o orçamento antes do final do mandato (desvio de poder legislativo). Da mesma forma, não seria proporcional uma lei que impusesse a obrigação dos encarcerados de tomar banho após as visitas íntimas, pois essa medida não previne a contaminação do vírus da AIDS. Por fim, consoante opinião dos autores, o juízo de adequação poderia ser formulado tanto a partir de uma perspectiva que leve em conta o momento em que editado o ato legislativo, quanto a partir de uma perspectiva *ex post*.

22. Em relação ao subprincípio da necessidade, novamente, lança mão das lições desenvolvidas por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto. Segundo os autores, a análise desse critério perpassa por dois requisitos. Primeiramente, analisa-se se medidas alternativas promovem o objetivo visado com a restrição em análise; em seguida, analisa-se se essas medidas alternativas são ou não menos gravosas do que a restrição posta em debate. Nesse caso, o juízo é, eminentemente, relacional, na medida em que se parte de dois referenciais. De resto, não podem ser desconsiderados fatores como a qualidade e quantidade da restrição, assim como critérios quanto à extensão material, geográfica e temporal da restrição. Cabe, ainda, replicar a observação feita pelos autores: "Portanto, verifica-se que a comparação entre o grau de severidade da medida estatal com possíveis alternativas não se esgota, no mais das vezes, em simples cálculo matemático, envolvendo valorações por vezes complexas, que não são isentas de certa dose de subjetividade. Neste quadro, é recomendável que o Judiciário respeite a margem de apreciação dos órgãos estatais responsáveis pela medida questionada, sobretudo quando se tratar do controle de atos legislativos. Como regra geral, ele deve se

limitar à invalidação daquelas medidas que sejam patentemente excessivas, evitando imiscuir-se em demasia na esfera das decisões políticas e técnicas dos demais poderes estatais, em homenagem aos princípios da separação dos poderes e da democracia" (Ibid.,p.685).

23. Conforme definem Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto: "O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito demanda que a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto. Ele determina que se verifique se o grau de afetação a um direito ou interesse, decorrente da medida questionada, pode ou não ser justificado pelo nível de realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida. Trata-se, em suma, de uma análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada — seus efeitos negativos e positivos —, realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores." (Ibid., 686).

24. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao descrimem com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escolhe sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.(HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

25. EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente.(ADI 855, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01 PP-00108)

26. Ibid., p.153.

27. Id.

28. "A categorização tem íntima relação com a chamada "teoria interna" dos direitos fundamentais, que nega a existência de conflitos reais entre eles. Para os adeptos da teoria interna, é tarefa do intérprete delimitar cuidadosamente o campo de incidência dos direitos fundamentais, buscando precisar os seus limites iminentes, de forma a evitar tais conflitos. Os direitos, nessa perspectiva, têm um campo de incidência — ou suporte fático — bastante restrito, mas, por outro

lado, não se sujeitam a ponderações, constituindo sempre mandamentos definitivos. Esta teoria se opõe à concepção dominante na matéria, denominada de “teoria externa” dos direitos fundamentais, que atribui a tais direitos uma hipótese de incidência ampla, mas os vê como mandamentos *prima facie*, sujeitos a restrições legislativas, mesmo que não autorizadas expressamente pela Constituição, e ainda a ponderações de interesse realizadas pelo Poder Judiciário. A categorização pode ser associada também à diretriz de busca da concordância prática entre normas constitucionais em tensão. Pelo princípio da concordância prática, diante de um aparente conflito entre preceitos constitucionais que apontem para direções antagônicas na solução de um determinado caso, cabe ao intérprete buscar a sua harmonização no caso concreto. A categorização pode ser associada também à diretriz de busca da concordância prática entre normas constitucionais em tensão. Pelo princípio da concordância prática, diante de um aparente conflito entre preceitos constitucionais que apontem para direções antagônicas na solução de um determinado caso, cabe ao intérprete buscar a sua harmonização no caso concreto.” (Ibid., p.720).

29. Ibid., p.721-722.

30. Acesso em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35663/r%20-%20d%20-%20thais%20sampaio%20da%20silva.pdf?sequence=1>.

31. E M E N T A: LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - DIREITO DE CRÍTICA - PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER - AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO “ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI” - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA – DOUTRINA - JORNALISTA QUE FOI CONDENADO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS - INSUBSISTÊNCIA, NO CASO, DESSA CONDENAÇÃO CIVIL - IMPROCEDÊNCIA DA “AÇÃO INDENIZATÓRIA” – VERBA HONORÁRIA FIXADA EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE, UNICAMENTE NO QUE SE REFERE AOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender.

Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. - Mostra-se incompatível com o pluralismo de idéias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). (AI 705630 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/03/2011, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-02 PP-00400 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 435-446)

32. <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>

33. Como afirma Paulo Henrique Gonçalves Portela, “A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada em 1948, por meio de resolução da Assembleia Geral da ONU. Do ponto de vista técnico-formal, a Declaração é uma mera resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, com caráter de recomendação, juridicamente não-vinculante. Com isso, os preceitos contidos na Declaração não seriam, em princípio, obrigatórios, ao menos à luz de um entendimento calcado em noções mais antigas do Direito, de caráter mais formalistas e menos ligadas a valores, dentro das quais, a propósito, a proteção da dignidade humana não tinha o destaque que hoje se reveste. Entretanto, na atualidade, é majoritário o entendimento de que os dispositivos consagrados na Declaração são juridicamente vinculantes, visto que os preceitos contidos em seu texto já foram positivados em tratados posteriores e no Direito interno de muitos Estados. Além disso, o prestígio adquirido pela Declaração tem feito com que suas normas sejam consideradas materialmente regras costumeiras, preceitos de *soft law*, princípios gerais do Direito ou princípios gerais do Direito Internacional. Em todo caso, a importância prática da Declaração é evidenciada inclusive por ementas do STF, que revelam seu emprego para fundamentar julgados naquela Corte.” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 4.ed., p. 809.)

34. “O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi assinado em 1966 (Decreto 592, de 06/07/1992). É, portanto, um tratado, cujos preceitos são juridicamente vinculantes e cujo objetivo principal é detalhar direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e contribuir para sua aplicação.” (Portela, p.814)

35. É quase que um truismo, atualmente, falar que os tratados de direitos humanos, mesmo que incorporados sob o rito comum, detêm o status de supralegalidade: EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubstância da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

36. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (Vide ADIN 4815)

37. Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação:Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

38. Art. 21. Compete à União: [...] XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

39. "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrentede publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação."

40. "[a] par dos conceitos que se utilizam de critério excludente para definir o dano moral, e que retiram de seu alcance o prejuízo ao patrimônio, a doutrina se divide, ainda, entre os que identificam o dano moral com a própria alteração negativa do ânimo do indivíduo, com o sofrimento, a tristeza experimentada pela vítima, com a vergonha, e também aqueles que reconhecem essa espécie de dano na violação de um bem ou interesse integrante de uma categoria jurídica, sem vinculá-lo, no entanto, à dor, à modificação do estado da alma." (REsp 1245550/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 16/04/2015)

41. Acesso em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf?sequence=1>

42. Eis a ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA. VENDA CASADA. SERVIÇO E APARELHO. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.1. Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia.2. Inexiste violação ao art. 535, II do CPC, especialmente porque o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa e as questões de fato e de direito invocadas foram expressamente abordadas, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam, notadamente no que concerne a alegação de falta de interesse de agir do Ministério Público de Minas Gerais.3. É cediço que a marcha processual é orquestrada por uma cadeia concatenada de atos dirigidos a um fim. Na distribuição da atividade probatória, o julgador de primeiro grau procedeu à instrução do feito de forma a garantir a ambos litigantes igual paridade de armas. Contudo, apenas o autor da Ação Civil Pública foi capaz de provar os fatos alegados na exordial.4. O art. 333 do Código de Processo Civil prevê uma distribuição estática das regras inerentes à produção de prova. Cabe ao réu o ônus da impugnação específica, não só da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como também da impropriedade dos elementos probatórios carreados aos autos pela ex adversa. Nesse ponto, mantendo-se silente o ora recorrido, correto o entendimento de origem, no ponto em que determinou a incidência do art. 334, II, do CPC e por consequência, ter recebido os documentos de provas do autor como incontroversos.5. O fato de ter as instâncias de origem desconsiderado a prova testemunhal da recorrida - porquanto ouvida na qualidade de informante - não está apto a configurar cerceamento de defesa, pois a própria dicação do art. 405, § 4º, do CPC, permite ao magistrado atribuir a esse testemunho o valor que possa merecer, podendo, até mesmo, não lhe atribuir qualquer valor.6. Não tendo o autor sido capaz de trazer aos autos provas concretas de sua escorregadia conduta comercial, deve suportar as consequências desfavoráveis à sua inércia. Fica, pois, afastado possível violação aos arts. 267, VI, 333, II e 334, II do CPC.7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa.9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 08/03/2012.10. Esta Corte já se manifestou no sentido de que "não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012).11. A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. No momento em que oferece ao consumidor produto com significativas vantagens - no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes - e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por ela comercializado, realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei.12. Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tabula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor.13. Recurso especial a que se nega provimento.(REsp 1397870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014)

43. Vale ressaltar, porém, que esse entendimento não prevaleceu, pois a maioria se manifestou pelo acolhimento do recurso especial para anular o acórdão recorrido por violação ao art.535 do CPC de 1973:AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - REPRISE DE NOVELA EM HORÁRIO VESPERTINO - ALEGAÇÃO DE NÃO SUPRESSÃO SUFICIENTE DE CENAS DE SEXO E VIOLÊNCIA - REJEIÇÃO DE REQUERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PROVA SOB O FUNDAMENTO DE QUE MATÉRIA PREJUDICADA - INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL - ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - RECURSO ESPECIAL PROVIDO - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.Acolhida a alegação de que não apreciada pelos Embargos de Declaração a alegação de que havia necessidade de realização de prova pericial nos termos em que requerida, anula-se o Acórdão dos Embargos de Declaração, para que outro Acórdão seja proferido pelo Tribunal de Origem, permanecendo as demais matérias preliminares e de fundo por ora sem julgamento - Prevalência dos votos dos Min.HUMBERTO GOMES DE BARROS E ARI

PARGENDLER, nos termos do voto deste último, seguido pelo voto do Min. SIDNEI BENETI, vencida a Min.NANCY ANDRIGHI, que não conhecia do Recurso Especial.Recurso especial provido.(REsp 636.021/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 06/03/2009)