

O STF E AS CONSEQÜÊNCIAS DE UM COMPORTAMENTO ATIVISTA

Aluno: Paulo Vitor Almeida dos Santos

Orientador: José Ribas Vieira

Introdução

Ativismo Judicial: “uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”. É novamente sob este marco teórico que a pesquisa IC/PIBIC do período de 2009-2010 se guia. Desta vez, não mais buscando identificar e analisar sua presença dentro da Jurisdição Constitucional brasileira, como já foi feito no estudo anterior, mas sim, olhando para os reflexos que a mencionada postura do magistrado exerce sobre o poder judiciário, as demais esferas do poder público e a sociedade como um todo.

Objetivos

A pesquisa adotou como objeto de seu estudo as decisões proferidas pelo STF no período compreendido entre o ano de 2008 e 2010 da pesquisa. Dentre estas foram selecionadas as de maior repercussão dentro do meio acadêmico e da opinião pública, a fim de extrair seu elo comum com o tema do ativismo judicial e posteriormente obter a conclusão de suas conseqüências para os diferentes segmentos jurisdicionados.

Ao fim de toda a caminhada sobre o presente tema foi possível afirmar os consideráveis avanços sobre o objeto analisado. Demonstrou-se que o STF, no seu papel de jurisdição constitucional, surge no cenário atual como um grande ator no cenário das decisões do Estado brasileiro e na repercussão destas em meio à sociedade. Esta mesma corte, através do mecanismo do Ativismo Jurisdicional, adquire um determinante papel, realizando forte interferência na agenda dos grandes temas relevantes para a sociedade.

Metodologia

Primeiramente, fez-se necessário partir da anterior compreensão do STF no seu papel de Jurisdição Constitucional. Baseado no conceito de que essa função busca “a garantia de Direitos Fundamentais e de instituições democráticas” segundo o pensamento de J.J.Gomes Canotilho e ainda, do pressuposto de que a CF de 1988, pelo elenco de seus Direitos Fundamentais contidos no seu artigo 5º, desenhou esse perfil institucional para a Corte Maior, o estudo encontrou, portanto, sua linha teórica.

Para melhor compreender o STF no seu papel de Jurisdição Constitucional, partiu-se do conceito de que essa função busca “a garantia de Direitos Fundamentais e de instituições democráticas” segundo o pensamento de J.J.Gomes Canotilho. Parte, ainda, do pressuposto de que a CF de 1988, pelo elenco de seus Direitos Fundamentais contidos no seu artigo 5º, desenhou esse perfil institucional para a Corte Maior.

Inevitavelmente, a fim de desvendar as conseqüências de um fenômeno que se expõe e se fundamenta na atividade jurisdicional dos tribunais, fez-se necessária uma basilar atenção sobre tais instituições. Sendo assim, o presente trabalho surgiu, primordialmente, de um levantamento de jurisprudências, sob as quais foi possível a observação de aspectos comuns.

O primeiro julgado estudado foi também o mais importante para toda a pesquisa. Sem entrar no mérito e utilizando um argumento técnico, o STF rejeitou o pedido do jornal "O

Estado de S. Paulo" de publicar informações sobre a Operação Boi Barrica, da Polícia Federal, cujo principal investigado é Fernando Sarney, filho do presidente do Senado, José Sarney (PMDB-AP). O tribunal manteve, por 6 votos a 3, a decisão do TJ (Tribunal de Justiça) do Distrito Federal, que 133 dias atrás proibiu o jornal de veicular trechos do inquérito e dos grampos. A Boi Barrica, depois rebatizada de Faktor, investigou a atuação de Fernando Sarney no setor elétrico. Numa ação de reclamação (Rcl-9428, rel. Min. Cezar Peluso, 10.12.2009) "O Estado" alegou que o veto desrespeitara a decisão do STF quando este derrubou a Lei de Imprensa naquele julgamento, o STF afirmou que os meios de comunicação não podem sofrer nenhum tipo de restrição, nem mesmo pelo Judiciário. No julgamento, a maioria dos ministros entendeu que os advogados do jornal utilizaram o mecanismo errado para contestar a proibição. Cezar Peluso, relator do caso, argumentou que a reclamação só poderia ser usada se, para determinar a proibição, o juiz do TJ-DF tivesse utilizado como base a Lei de Imprensa, o que não ocorreu. Conseqüência da revogação absoluta da Lei de Imprensa (5.250/67).

Em julho de 2009, o desembargador Dácio Vieira concedeu uma liminar proibindo o jornal "O Estado de S. Paulo" de publicar notícias sobre a Boi Barrica, utilizando o argumento de que a veiculação de tais informações feriria garantias constitucionais, além de violar a Lei de Interceptações Telefônicas. "A decisão (do TJ-DF), diante do dispositivo constitucional da liberdade de imprensa, utilizou outros dispositivos constitucionais que protegem a honra e a privacidade para limitar a publicação. O relator foi acompanhado pelo presidente do STF, Gilmar Mendes, e pelos ministros José Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e Eros Grau. Mendes e Eros afirmaram que a decisão do TJ não configurava censura, mas uma decisão de caráter individual de um magistrado com base em legislações existentes. Os ministros Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia e Celso de Mello entenderam diferente. Para eles, a proibição de veicular informações é censura prévia. "O poder de cautela do Judiciário é o novo nome de censura", disse Mello.

As conseqüências da decisão revisional julgada pelo STF no dia 30 de abril de 2009, revogando a Lei 5.250/67 refletiram-se nos tribunais inferiores e em seus respectivos julgados. Durante o julgado da ADPF n. 130 o argumento comum dentre os ministros foi o de que a Lei de Imprensa foi criada a partir de uma ótica punitiva e cerceadora da liberdade de expressão. Por isso, não pode sobreviver na atual ordem jurídica. O relator, ministro Britto, considerou impossível a produção e vigência de uma lei orgânica ou estatutária para regular a atividade da imprensa. Carlos Britto explicou que se podem regular temas secundários, que circundam o trabalho jornalístico, como direito de resposta e indenização, mas nunca a liberdade de manifestação e o direito de acesso à informação.

Como os ministros não declararam expressamente o que deve acontecer com as ações judiciais contra jornais e jornalistas que têm base na lei excluída do ordenamento jurídico, ficou a cargo dos juízes decidir o que fazer. Há dois cenários possíveis em relação ao trâmite das ações. Primeiro: até mesmo nos processos baseados exclusivamente na Lei de Imprensa, os juízes poderão fazê-los continuar tramitando com base em dispositivos correlatos do Código Penal, Código Civil ou mesmo em regras constitucionais. Segundo cenário: o juiz arquivaria o processo, por entender que o dispositivo apontado deixou de existir em 1988, com a promulgação da Constituição. não foi recepcionada pela nova ordem democrática.

No REsp 885248/MG os ministros da 3ª Turma do STJ acompanharam, por unanimidade, o voto da ministra Nancy Andrigli e negaram recurso de um homem que se disse ofendido por reportagem do jornal Estado de Minas. Ele queria que o jornal publicasse a sentença que o condenou ao pagamento de indenização por danos morais. De acordo com a Relatora, a publicação integral da sentença no mesmo veículo que promoveu a ofensa à parte não se confunde com o direito de resposta. Enquanto o direito de resposta pode encontrar

respaldo em outros dispositivos legais, a publicação da decisão era prevista pela Lei de Imprensa, que não foi recepcionada pela Constituição de 1988

Ao analisar os dispositivos do Código Civil, a ministra constatou que no que se refere à reparação de danos, não há previsão de publicação da decisão. “De nenhuma dessas normas (artigo 1.547, do CC/16 e artigo 953, do CC/02) se extrai o direito à publicação, na íntegra, da sentença no veículo que promoveu a ofensa. Trata-se, portanto, de providência que tinha, exclusivamente, seu fundamento na Lei de Imprensa, hoje não recepcionada”. Para a ministra, apenas uma nova Lei de Imprensa poderia assegurar a faculdade de pedir a publicação de decisões cíveis ou criminais em processos contra a imprensa. Diferentemente do direito de resposta, que pode ser pedido com base em outros dispositivos legais.

A ministra entende que, embora a publicação da decisão permita uma maior reparação do dano de imagem, não é possível impor a obrigação se não há previsão para tanto. “Abrir-se tal precedente permitira que, no futuro, qualquer ato de injúria, independentemente de sua prática por veículo de imprensa, ou qualquer ato privado que implique lesão ao direito à imagem (como o apontamento indevido de título a protesto, a reprodução indevida de marca etc), fosse punido, pelo juízo cível, com a imposição de pedidos públicos de desculpas, publicação de retratação em pequenos periódicos e assim por diante”, disse. A ministra afirmou, ainda, que “seria temerário permitir, sem lei prévia, que toda essa amplitude fosse extraída da mera interpretação da regra geral contida nos arts. 159 do CC/16, 189 e 944 do CC/02”.

A ministra lembrou, ainda, da discussão que chegou ao Supremo Tribunal Federal sobre a publicação de sentença que condenou a revista *Veja* a indenizar o ex-secretário-geral da presidência da República no governo Fernando Henrique. A época, o ministro Ayres Britto, do STF, concedeu liminar para suspender a publicação da decisão na revista. A ministra diferenciou o direito de resposta da publicação de sentença. Explicou que não era apenas a Lei de Imprensa que previa, em seus artigos 29 e 36, o instituto do direito de resposta. Ela afirmou que o artigo 58 da Lei 9.504/97 também o prevê. “Trata-se do direito conferido ao ofendido de esclarecer, de mão própria, no mesmo veículo de imprensa, os fatos divulgados a seu respeito na reportagem questionada. Consubstancia, assim, uma oportunidade de o particular apresentar a sua versão da notícia ao público.” Ela citou o caso do Reino Unido, em que há previsão, no Defamation Act, de 1996, de elaboração de “um texto de desagravo pelo próprio ofensor, a ser aprovado pelo ofendido”. Já a publicação de sentença, explica, não tem como objetivo assegurar o direito do ofendido de divulgar sua versão dos fatos. A intenção é fazer com que o público saiba da existência e da decisão judicial sobre a questão. “Tanto que, consoante defende a doutrina que se debruçou ao estudo do assunto, a publicação da sentença determinada pela antiga Lei de Imprensa seria cabível, tanto no caso de procedência, como no de improcedência do pedido, a pedido do autor ou do réu”, disse.

A ministra explicou, também, que, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal em entender que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, o direito de resposta era reconhecido pelo STJ como uma sanção de natureza penal, enquanto a publicação de sentença era como uma reparação civil. “É necessário cuidado para que, na prática, não se esvazie o conteúdo da não-recepção da Lei, aplicando-a com roupagem diversa, com fictício fundamento em regras de costumes, em jurisprudência consolidada ou em outra lei, mediante interpretação extensiva”, disse, ainda, a ministra.

Utilizando esses dois julgados como principais argumentos materiais, aliados a outras decisões de tribunais inferiores, a pesquisa avançou sobre seu objeto, realizando a relação a princípio desejada, entre o movimento do Ativismo e as conseqüências de tal comportamento. Ao final, foi possível estruturar organicamente a pesquisa, partindo dos conceitos preliminares, passando então pela comparação entre as distintas doutrinas e, fazendo uso desse embasamento teórico, compreender os elementos materiais da jurisprudência. Sendo

assim, o estudo avançou suficientemente sobre o objeto inicialmente pretendido, mesmo que as indagações não tenham sido satisfeitas por completo

Todavia, devido à busca de traçar importantes considerações sobre tais aspectos e de destacar critérios de avaliação, foi de igual necessidade a realização de um estudo da legislação e de correntes doutrinárias relacionadas ao assunto. Resultou, portanto, em um trabalho interdisciplinar e comparativo, onde o Direito e a Ciência Política buscam um mesmo objetivo.

Para tanto, foi realizada a leitura e extração dos conteúdos de obras sobre o assunto. A respeito do Ativismo, foi possível encontrar diversas fontes, entre elas dois trabalhos de pesquisa científica sobre o tema, além da obra organizada por Vanice R. L. do Valle, onde o orientador da presente pesquisa faz importante participação, contribuindo com um grande estudo sobre o tema.

Através das obras anteriormente citadas foi realizado uma diferenciação entre as classificações ativismo e judicialização. Embora sejam hoje objeto de grandes debates na literatura jurídica e científica-política, esses dois termos por muitas das vezes são colocados de forma discricionária, sem uma efetiva significação.

Certamente, a maior diferença entre esses movimentos encontra-se na sua abrangência. A judicialização da política, ao tratar da absorção do Judiciário de discussões tipicamente políticas, caracteriza-se como um fenômeno mais procedimental, que se realiza no próprio funcionamento do Poder, através do qual é também constatado a presença de instrumentos quase jurídicos em nos poderes legislativo ou executivo.

Ao contrário, o ativismo concentra-se na vontade e valoração dos juízes, que passam a volitivamente buscar participar da criação e da solução dos debates políticos. Nesse sentido, não se limita tal postura ativista a uma instrumentalização do ambiente político em jurídico ou vice-versa. O que ocorre é uma atuação política dos juízes que, aos poucos, se transformam em verdadeiros agentes ativos do cenário político.

Após a diferenciação entre os dois movimentos (judicialização da política e ativismo judicial), conclui-se que apesar da judicialização ser um fenômeno de maior repercussão, devido as suas bases procedimentais, é sob o ativismo que se funda a tradição brasileira. Contrariando a herança européia e até mesmo americana – posteriormente estudada - o Brasil direcionou-se para um momento de grande política judiciária

A partir do paradigma já descrito, o concentrado em revistas, periódicos e livros que abordem tais assuntos figurou-se de vital importância. Através da literatura tanto nacional quanto internacional, alcançou-se uma ampla visão do assunto, permitindo conclusões mais esclarecedoras.

Conclusões

Buscou-se analisar a característica de Tribunal Constitucional guardada pelo STF e se suas decisões efetivamente concretizam a proteção aos direitos fundamentais discutidos em cada caso. Questões como “A revogação total da lei de imprensa realmente promove e amplia o Direito à Liberdade de Expressão?” ou o controle feito sobre o abuso do direito à Liberdade de Expressão, de forma *à priori*, como no caso do jornal O Estado de São Paulo, surgem como pontos centrais da presente pesquisa.

Após todo o processo do estudo descrito anteriormente, foram obtidos consideráveis avanços sobre o objeto analisado. O STF, no seu papel de jurisdição constitucional, surge no cenário atual como o principal protagonista do Estado brasileiro.

Através do mecanismo do Ativismo Jurisdicional e outros comportamentos não tão estudados pelo presente estudo tais como o garantismo, a comunicação institucional e o populismo judicial, adquire, o Tribunal, um determinante lugar, realizando forte interferência na agenda dos grandes temas relevantes para a sociedade.

Sendo assim, apresenta-se sob as mencionadas estruturas o presente estudo. O comportamento jurisprudencial pesquisado demonstra uma nova realidade do Tribunal Constitucional brasileiro. Nesse caso, não se enxerga claramente o valor positivo ou negativo que tal postura do Tribunal vem a assumir. No entanto é cada vez mais urgente a existência de olhares críticos.

Referências

- 1 – CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª ed., 1998. 1522 p.
- 2 – DELGADO, José Augusto. Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga (Org.). **Processo Civil - Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. 658 p.
- 3 – FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 304 p.
- 4 – FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. 391 p.
- 5 – STF. Rcl. n.º 9428, Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, 10 de dezembro de 2009.
- 6 – STJ. REsp n.º 885248/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, Brasília, 15 de dezembro de 2009.
- 7 – VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal - Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. 152 p.