

A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE RESPOSTA

THE REGULATION OF THE RIGHT OF REPLY

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, Mestre e Doutor pelo Instituto Toledo de Ensino – Bauru/SP; pós-graduado em Direito Contratual e Direito das Relações Sociais; professor da graduação e coordenador da pós-graduação em Direito da Associação Educacional Toledo, de Presidente Prudente; professor em Direito Civil e Constitucional da FEMA/IMESA, de Assis, professor da pós-graduação da UEL/PR; autor de vários livros e artigos; membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família e do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania.

RESUMO: O presente trabalho aborda a regulamentação do direito de resposta, prevista na recém publicada Lei 13.188, de 11 de novembro e 2015, que “dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.” Após uma análise pontual da lei e questão, o trabalho aborda a iniciativa legislativa e os recém editados artigos que disciplinam a matéria. Aponta algumas incongruências e lacunas da legislação, bem como busca tecer comentários sobre a disciplina material e processual para a busca do direito de resposta, que, doravante, passa a gozar de rito processual especial, com amplitude e limitações peculiares, cuja proposta é basicamente efetivar-se uma típica tutela ressarcitória pelo equivalente, como adição às possíveis tutelas pelo equivalente monetário.

ABSTRACTThe present work deals with the regulation of the right of reply, referred to the newly published Law 13188, of November 11 and 2015, which "provides for the right of reply or rectification of the offended regarding disclosed, published or transmitted by means of social communication." After a timely analysis of the law and issue, the work addresses the legislative initiative and the newly edited articles governing the matter. Points out some inconsistencies and gaps in the legislation, as well as seeking comment about the material and procedural discipline for the search of the right of reply, which, henceforth, enjoy special procedural rite, with amplitude and peculiar limitations, whose proposal is basically effect a typical ressarcitória equivalent guardianship as addition to possible equivalent monetary guardianship

PALAVRAS-CHAVES: Manifestação de pensamento; imprensa; direito de resposta.

KEY WORDS: Expression of thought; Press; right of reply

SUMÁRIO: Introdução; 2. Liberdade de comunicação assegurada constitucionalmente; 3. Limites aos meios de comunicação nas Américas; 4. A regulagem da mídia no Brasil; 5. Direito de resposta. 6. Considerações finais; Referências bibliográficas

SUMARY: Introduction; 2. Freedom of communication ensured constitutionally; 3. Limits to the media in the Americas; 4. The regulation of the media in Brazil; 5. Right of reply. 6. Final considerations; Bibliographical references

Introdução

A regulamentação do direito de resposta sempre proporcionou acaloradas discussões. De um lado, os meios de comunicação que argumentavam que haveria velada censura e desestímulo à liberdade de manifestação de pensamento; de outro lado, os defensores do direito de resposta que sustentavam que a prerrogativa em questão está prevista constitucionalmente, e que sua regulamentação seria uma forma de suprir a lacuna gerada pelo legislador infraconstitucional

O objetivo deste trabalho foi a análise do texto da Lei 13.188, de 11 de novembro de 2015, que “dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.”

Para tanto, foi-se utilizado o método dedutivo, partindo-se das premissas lançadas no texto legal para chegar-se às conclusões específicas.

No primeiro capítulo, o estudo centrou-se na análise da liberdade de comunicação com o atestado de que há excessos que remetem às propostas de controle.

No segundo capítulo abordou-se a liberdade de comunicação nas Constituições de países americanos, com ênfase à nossa realidade social sulamericana e o exame das regras bolivianas, argentinas, equatorianas e venezuelanas.

Após, o estudo ocupou-se das formas de controle da mídia no Brasil e o impacto do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 130 que reconheceu a “plenitude” da liberdade de imprensa, mas não proibiu, e tampouco poderia, que se regulamentasse os monopólios e oligopólios no setor.

Como derradeiro capítulo, compulsou-se a recém criada lei que assegura o direito de resposta, com análise de questões de índole de direito material e processual.

2. Liberdade de comunicação assegurada constitucionalmente

É truísmo dizer que a liberdade de expressão prevista no art. 5º, IV, da Constituição brasileira compreende o direito de informar¹, de se informar² e de ser informado³. E é exatamente neste direito de informar que reside a liberdade de imprensa.

Não bastasse tal corolário, a liberdade de comunicação social é assegurada constitucionalmente, conforme se depreende do art. 220, da Constituição Federal, donde se extrai que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, em especial as restrições que importem em censura prévia (art. 200, § 2º, CF).

É uma típica liberdade haurida dos movimentos revolucionários burgueses do final do século XVIII. Não sem nexos imputa-se a Thomas Jefferson, um dos expoentes da independência americana, o pensamento de que “se pudesse decidir se devemos ter um governo sem jornais ou jornais sem governo, (...) não vacilaria um instante em preferir o último.”

Desta forma, os meios de comunicação gozam de proteção constitucional e não se lhe conferem nenhum tipo de restrição prévia, em especial nenhuma forma de censura preambular.

Também é truísmo abordar a importância e a proeminência social, senão política, dos meios de comunicação. Há muitos que denominam nosso atual estágio civilizatório de sociedade da informação, notadamente ante o imenso desenvolvimento tecnológico que facilita sobremaneira as intercomunicações. Este é o pensamento de Jorge Kanehide Ijuim, que discorre:⁴

Seria uma limitação intelectual imperdoável negar as possibilidades das Tecnologias de Informação na Comunicação. A eficiência e a agilidade que proporcionam para a comunicação entre pessoas permitem vislumbrar avanços incalculáveis em todos os campos, em especial na educação.

¹ WEICHERT, Marlon Alberto. *Informação*. Disponível em: < <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Informa%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 set. 2011.

² O direito de se informar tem como objeto a liberdade de busca de dados ou documentos. É o direito individual ou coletivo de buscar, perante o Estado ou bancos de dados públicos, informações de interesse pessoal ou coletivo. É, também, o direito individual de buscar, em bancos de dados particulares, informações de interesse particular

³ O direito de ser informado tem por conteúdo o recebimento de informações fidedignas do Estado sobre quaisquer fatos de interesse público, bem como o pleno acesso a elementos mantidos em arquivos públicos, de interesse público ou particular.

⁴ *Comunicação no mundo globalizado, tendências do século XXI*. Disponível em <http://www.uff.br/ciberlegenda/artigoijuimetellaroli.pdf>. Acesso em 20 set. 2011.

A sociedade da informação constitui uma dimensão fundamental da sociedade global, e o sistema tecnológico computador/telecomunicações dá-lhe ainda mais poder para ser um dos vetores de determinação e formação da sociedade⁵.

E isto traz contornos impactantes, pois a sociedade da informação implica na perda da autonomia do Estado para proteger seus cidadãos, uma vez que as dinâmicas comunicativas ultrapassam as fronteiras nacionais, o que dificulta qualquer controle⁶ e aumenta os riscos pelos excessos cometidos, em especial pelas ofensas causadas a outros direitos de personalidade.

São conhecidos os casos de excessos midiáticos que causaram danos indeléveis a pessoas. O caso “escola base” de 1.994⁷ é paradigmático neste sentido.

Outrossim, cada vez mais os meios de comunicação são partidários e tendenciosos. Na eleição para Presidente da República do Brasil, em 2010, o jornal “O Estado de São Paulo” declarou expressamente seu apoio ao candidato José Serra, e recomendou que seus eleitores nele votassem.

Ademais, a mídia explora demasiadamente as tragédias humanas no afã de conseguir audiência e/ou leitores. Afora alguns programas autointitulados cômicos que expõem personalidades, principalmente do mundo político, a situações extremamente constrangedoras.

⁵ GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Editora Medina, 2003, p. 28.

⁶ GONÇALVES, Maria Eduarda. *Op. cit.*, p. 34.

⁷ Em março de 1994, vários órgãos da imprensa publicaram uma série reportagens sobre seis pessoas que estariam envolvidas no abuso sexual de crianças, todas alunas da Escola Base, localizada no bairro da Aclimação, na capital. Os seis acusados eram os donos da escola Ichshiro Shimada e Maria Aparecida Shimada; os funcionários deles, Maurício e Paula Monteiro de Alvarenga; além de um casal de pais, Saulo da Costa Nunes e Mara Cristina França. De acordo com as denúncias apresentadas pelos pais, Maurício Alvarenga, que trabalhava como perueiro da escola, levava as crianças, no período de aula, para a casa de Nunes e Mara, onde os abusos eram cometidos e filmados. O delegado Edelcio Lemos, sem verificar a veracidade das denúncias e com base em laudos preliminares, divulgou as informações à imprensa. A divulgação do caso levou à depredação e saque da escola. Os donos da escola chegaram a ser presos. No entanto, o inquérito policial foi arquivado por falta de provas. Não havia qualquer indício de que a denúncia tivesse fundamento. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2006/11/13/286621871.asp>> Acessado em 20 set. 2011.

Por conseguinte, muitas vozes se levantavam no sentido de imporem-se maiores limites aos meios de comunicação, ou, em última análise, uma forma de proporcionar a reparação dos danos causados aos ofendidos.

3. Limites aos meios de comunicação nas Américas.

Os limites aos meios de comunicação remetem às reflexões sobre os conflitos entre os diversos autores envolvidos: sociedade plural, governo e mídia. Pietro Lora Alarcón⁸ consigna:

Longe estamos de imaginar que nas sociedades nacionais exista plenitude no que respeita ao exercício da liberdade de expressão, pois é evidente que estamos diante de uma delicada relação entre povo, governo e mídia. No entanto, o grau de legítima independência com relação ao Estado que deve caracterizar a atividade jornalística aumenta, em idêntica proporção, a responsabilidade do agente na emissão da informação, especialmente quanto à veracidade e a ausência de qualquer interesse em falsear, recortar ou explorar a verdade em benefício de algo que não seja a coletividade organizada.

A liberdade da mídia e seus excessos, e a tentativa de sua regulamentação, geram um embate crescente na maioria dos países.

Na Bolívia, cuja nova Constituição data de novembro de 1997, o art. 106 determina que “el Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información”. E no subsequente art. 107, II, lê-se:

La información e las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad. Estos principios se ejercerán mediante las normas de ética y de autorregulación de las organizaciones de periodistas y medios de comunicación y su ley.

⁸ *A essência ética do direito à informação. In Revista Brasileira de Direito Constitucional*, no. 09, jan./jul 2007, p. 13.

Vê-se que embora a liberdade de imprensa seja assegurada, impôs-se o dever de “respeito aos princípios da veracidade e responsabilidade”, que serão previstos em regras de auto-regulação em lei.

Quando da aprovação desta lei algumas empresas de mídia bolivianas publicaram seus jornais com as primeiras páginas em branco, como forma de protesto contra aquilo que chamavam de censura. Argumentaram, ainda, que mais de 400 (quatrocentos) rádios particulares seriam fechadas para que houvesse o enquadramento da proporção legal.⁹ E, principalmente, que o governo concentraria a maioria dos meios de comunicação, haja vista que os povos indígenas e as organizações comunitárias, que possuirão 34% das licenças, são influenciados e ligados ao governo.

Na Argentina, o art. 14, da Constitución de La Nación Argentina, assegura que “todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa.”

Embora a Constituição Federal silencie sobre regulamentação dos meios de comunicação, a Argentina adotou essa proposta num contexto de conflito entre governo e a mídia dominante, principalmente durante a administração Cristina Kirchner que se digladiava diretamente com o maior grupo de comunicação daquele país, qual seja, o grupo Clarín, inclusive com a utilização de forças institucionais.

Inicialmente cerca de 200 (duzentos) agentes fazendários adentraram a sede do jornal para colherem provas em uma investigação de suposta sonegação fiscal; paralelo a isso houve denúncia criminal contra a proprietária do grupo por suposta irregularidade na adoção de seus filhos; sindicatos alinhados à ideologia do governo promoveram piquetes contra o grupo Clarín; e o governo reestatizou a programação dos jogos de futebol do campeonato nacional, que antes eram grande fonte de receita do grupo.

Para Pablo Mendelevich¹⁰, do jornal *La Nación*, há distribuição arbitrária das verbas de publicidade pelo governo Cristina, favorecendo os canais midiáticos que lhe sejam alinhados¹¹.

⁹ Disponível em: <<http://www.pernambuco.com/ultimas/nota.asp?materia=20110729160432>>. Acessado em: 20 set. 2011.

¹⁰ Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/11/liberdade-de-imprensa-na-argentina-tema-de-seminario-em-sao-paulo.html>>. Acessado em: 21. Set. 2011;

¹¹ Insta consignar que *La Nación* seria um dos prejudicados.

Em outras frentes, a gestão Cristina suspendeu a licença do provedor de internet do Clarín, anulou a fusão das empresas que formavam a operadora de TV a cabo do grupo e busca retomar o controle da indústria que produz papel-jornal no país – hoje uma sociedade entre estado, Clarín e o grupo do jornal “La Nación”.

Em outra frente aprovou-se uma nova Lei de Serviços Audiovisuais (Lei 26.522/09) que atinge em cheio os interesses do grupo Clarín, por, entre outros fatores, limitar o número de licenças de TV a cabo, um dos principais negócios do conglomerado.

Por sua vez, o grupo Clarín recorrentemente acusa o governo de desmandos e de atos de corrupção. Há, pois, embate declarado.

A Constitución de la Republica del Ecuador é a carta constitucional analisada que mais longamente trata da questão dos meios de comunicação e garante no art. 16 que “todas las personas, em forma individual o colectiva, tienen derecho a una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma”. Nos arts. 17 e 19, lê-se:

Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:

1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelaré que en su utilización prevalezca el interés colectivo.

2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación, en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada.

3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

(...)

Art. 19.- La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente.

Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos.

A Constituição equatoriana também condiciona à lei infraconstitucional a regulamentação dos meios de comunicação, precisamente no art. 384, o que ainda não se deu e provavelmente dar-se-á mediante plebiscito.

Segundo Fernando Gabeira, em seu blog mantido no site do jornal “Estadão”¹², o confronto entre governo e imprensa no Equador tem outra dimensão:

Quatro jornalistas, três diretores e um articulista do jornal O Universo, de Guayaquil, foram condenados a três anos de prisão e devem pagar US\$40 milhões de indenização ao Presidente Rafael Correa. O que o juiz Juan Paredes considerou crime em sua sentença foi um artigo de Emilio Palacio dizendo que o Presidente Rafael Correa mentia.

Na Venezuela, a Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevê nos arts. 57 e 58:

Artículo 57. Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.

Artículo 58. La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Deste modo, assegura-se o direito de liberdade de expressão e se veda a censura. E no tocante aos meios de comunicação, o art. 108 determina:

Artículo 108. Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley.

Neste caso há uma clara tendência a que os meios de comunicação sejam prestados por entes públicos, embora não se vede que empresas particulares a explorem. No entanto, na ordem econômica, o art. 113 da mesma carta constitucional interdita a

¹² Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/fernando-gabeira/2011/07/21/imprensa-sob-ataque-no-equador/>. Acessado em: 23 set. 2011.

formação de monopólios em quaisquer setores das atividades particulares¹³, o que possibilitaria, em tese, legislação contra o monopólio e oligopólio das mídias.

E sob o argumento de vedar-se o monopólio nos meios de comunicação naquele país, publicou-se a Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión, conhecida como Ley Resorte, cuja redação mais recente data de 07 de fevereiro de 2010.

Essa lei considera os meios de comunicação de ordem pública, impõe horários para transmissões, limita comerciais, permite ao Estado obrigar que as empresas privadas transmitam suas mensagens gratuitamente, obrigam programas denominados culturais com participação compulsória de venezuelanos, cria uma Comissão de Programação de Televisão e Rádio para fiscalizar os conteúdos destas mídias. Cria, também, um Diretório de Responsabilidade Social que permite derrogação de concessões de rádio e televisão, entre outras punições.

A imprensa mundial, sobretudo aquela não filiada ao sistema bolivariano implantado na Venezuela, recorrentemente acusa o governo daquele país de perseguir a imprensa livre, inclusive com o uso da censura prévia, conforme relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Cidh) - vértice da Organização dos Estados Americanos (OEA) – que manifestou repúdio à prisão de jornalistas e à inibição de publicações críticas ao governo.¹⁴

É sintomático concluir que os países sulamericanos apresentam embate entre órgãos de mídia e governos, o que tem redundado em tentativas de controle e limites estatais sobre a imprensa.

Mas o conflito não é privativo dos países sulamericanos. Nos EUA, o governo Barack Obama, através de seu porta-voz Robert Gibbs, acusou a emissora americana Fox

¹³ Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

¹⁴ Disponível em <http://www.abert.org.br/site/index.php?/teste/venezuela/comissao-interamericana-de-direitos-humanos-acusa-venezuela-de-censura-previa.html>. Acessado em: 19 set. 2011

News de ser um "braço do Partido Republicano" e anunciou que o governo vai tratá-la do "mesmo jeito que trata um oposicionista"¹⁵, em que pese ainda não ter havido nenhuma tentativa de regulação da mídia naquele país.

4. A regulação da mídia no Brasil

Já se disse que a Constituição Federal assegura “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, em especial as restrições que importem em censura prévia (art. 200, § 2º, CF).

Vigorava no Brasil a Lei de Imprensa (Lei 5250, de 09 de fevereiro de 1967), que regulava “a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”, e que foi declarada não recepcionada pela Constituição pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7. Com essa decisão, vinculativa e *erga omnes*¹⁶, vários imperativos obrigatórios foram infundidos. Neste passo, assentiu-se que¹⁷:

Princípio constitucional de maior densidade axiológica e mais elevada estatura sistêmica, a Democracia avulta como síntese dos fundamentos da República Federativa brasileira. Democracia que, segundo a Constituição Federal, se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do Poder, seja ele político, seja econômico, seja religioso (art. 220 da CF/88) (...) 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.

¹⁵ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/211009/taliba-obama-tv-p-84.shtml>.> Acessado em: 19 set. 2011.

¹⁶ CF, art. 102, § 2.

¹⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=130&processo=130>> Acessado em: 22 set. 2011.

Por conseguinte, o direito à “plenitude da informação” é um pilar democrático e a imprensa uma “instituição” que pode influenciar cada pessoa ou mesmo a opinião pública, inclusive como contraponto às informações oficiais estatais. Aliás, consignou-se que a “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia.

Zagrebelsky¹⁸, com sua proposta de um direito *dúctil*, prega o pluralismo político e social como um dos imperativos absolutos de uma ordem constitucional, ladeado pela necessidade também absoluta de respeitar o enfrentamento entre os diversos autores sociais e políticos como forma de busca de uma concordância prática de interesses.

Nos dizeres de Carlos María Carcova, “as situações de pluralismo jurídico oferecem, hoje, naturalmente uma quantidade de alternativas e variantes que eram simplesmente impensáveis nas décadas deste século”¹⁹. E é por isso que Zagrebelsky²⁰ discursa sobre o pluralismo social e político, a formação de centros de poderes alternativos e concorrentes, a incorporação de entes supraestatais, entre outros fatores, que são os agentes corrosivos da soberania estatal, tal como concebida hobbesianamente.

E é exatamente este pluralismo social e político, atrelado ao fato do Estado não ter a exclusividade (soberania?!) da fonte e dos métodos de informação, que geram a liberdade de comunicação social a quaisquer cidadãos e/ou grupos. A soberania estatal é substituída pela soberania constitucional, que previu expressamente as únicas restrições plausíveis ao direito de imprensa²¹.

E não é só. Também na mesma ADPF no. 130 assentou o STF:

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 exclusão, 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. 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.

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justiça*. Editorial Trota, 2009, p. 12.

¹⁹ *A opacidade do direito*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 62

²⁰ Loc. Cit.

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 14.

Deu-se ao direito de liberdade de imprensa uma característica de sobredireito, que não pode ser cerceado ao argumento de prejuízo aos demais direitos de personalidade. Neste desiderato, a liberdade de imprensa “se antecipa” no tempo em relação aos demais direitos, que, se forem violados, gerarão responsabilização.

Adotou-se o “mecanismo constitucional de calibração de princípios” com a “proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais”.

No entanto, dentro desta “ponderação”, entendeu-se que nada pode obstar a liberdade de imprensa. E aqui cabe ressaltar, sob a ótica de Zagrebelsky²², que a coexistência de valores e princípios díspares exige que nenhum deles tenha caráter absoluto. São apenas absolutos o imperativo do pluralismo e seu enfrentamento (a lealdade em seu confronto). O imperativo teórico da não contradição não pode invalidar a concordância prática. E pela concordância prática não se pode aprioristicamente dar-se a nenhum direito a primazia abstrata de ser superior a outro, o que se resolveria apenas no caso concreto.

A liberdade de imprensa é basicamente um princípio. As regras nos dizem o que devemos e como podemos atuar; os princípios não nos revelam nada neste respeito, mas proporcionam critérios para tomar posições. Os significados dos princípios somente são revelados no caso concreto e quase nunca em abstrato. E neste ponto a decisão do STF, embora pretendesse dar à liberdade de imprensa um caráter de “mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia”, impôs abstratamente este princípio como sobreposto aos demais. Contudo, isto não é ponderação de valores, mas sim hierarquização de direitos. Ponderação de valores é o que realiza a corte alemã. A propósito:

A liberdade de expressão de maneira nenhuma tem sempre precedência sobre a proteção da personalidade [...]. Ao contrário, quando a manifestação de uma opinião tem que ser vista como um crime formal de insulto ou de difamação, a proteção da personalidade vem, rotineiramente, antes da liberdade de expressão [...]. Quando a manifestação de uma opinião está ligada a afirmações de fatos, a devida proteção pode depender da verdade subjacente dos supostos fatos. Se essas afirmações forem provadas falsas, a liberdade de expressão irá rotineiramente ceder à proteção da personalidade [...]. Se não forem falsas, a questão é qual o interesse jurídico que merece proteção no caso concreto. Mesmo nesse caso, deve ser recordado que a

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 24.

presunção em favor da liberdade de expressão se aplica com relação a questões de essencial importância para o público²³.

Para Winfried Brugger²⁴ “essas decisões da Corte Constitucional Federal, em conjunto, demonstram que a Corte alemã não vê a liberdade de expressão como um direito prevalecente que, na maioria dos casos, sobrepõe-se a outros direitos e valores constitucionais contrapostos.”

Retornando-se à decisão do STF, definiu-se “o núcleo duro da liberdade de imprensa e a interdição parcial de legislar.” Assim:

...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”.

Portanto, ao legislador infraconstitucional brasileiro não é dado limitar o exercício da liberdade de imprensa mediante imposição de consequências ou responsabilização, haja vista que há precedência deste direito sobre os demais.

Desta forma, quanto ao mérito da informação ou crítica jornalística não existirá prévio cerceamento, valendo apenas as limitações posteriores previstas nos art. 5º, IV, V,

²³ 90 BVerfGE 241, 248 f. (1994) = Decisões 620, p. 626.

²⁴ *Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano*. in Cd-Rom Revista de Direito Público, 8, São Paulo: IOB, 2011, 1 CD-ROM.

X, XIII e XIV da CF, entre outros. Entretanto, a mesma Constituição Federal, no já citado art. 5º, V, prevê ser “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

Deste modo, a regulamentação do direito de resposta nada mais é do que a implantação em nível infraconstitucional de uma proposta do constituinte. Logo, nada existe de censor ou limitador ao exercício da livre imprensa. Pelo contrário: mostrar-se-á apenas como um limite aos excessos da mídia e a preservação da dignidade dos ofendidos publicamente.

5. Direito de resposta

Reiteradamente o Supremo Tribunal Federal decide que “a crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura.”²⁵ Assim, não se pode impedir a manifestação de informação jornalística. Todavia, o insultado pela informação tem direito de indenizações em caso de informações inverídicas.

No entanto, as indenizações, amiúde, não são suficientes para reparar na plenitude as ofensas propagadas. Sim, pois o simples ressarcimento pelo suposto equivalente pecuniário pode não ter a mesma dimensão que a ofensa. Afora ser desnecessário dizer que para os direitos não-patrimoniais, a velha tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, bem como os meios executivos tradicionais, são completamente inadequados.²⁶

25

Disponível

em

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>> Acesso 21 nov. 2015

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Disponível em <*Ações inibitórias e de ressarcimento na forma específica no anteprojeto de código de modelos de processos coletivos para iberoamerica*. In www.abdpc.org.br/artigos/artigo16.doc> Acesso 15 nov. 2015

Em boa hora, portanto, surge o direito de resposta como típica tutela ressarcitória de forma específica, sem prejuízo das tutelas ressarcitórias pelo equivalente pecuniário que poderão ser apuradas em ação autônoma.

Neste passo, a Lei 13.188-15 dispõe que disciplinará “o exercício do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social” (art. 1º).

Destarte, aquele que se sinta ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, assim considerada matéria de qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação, é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo (art. 2º.)

Todavia, esta lei não contempla os comentários realizados por usuários da internet nas páginas eletrônicas dos veículos de comunicação social como, por exemplo, *feeds* de facebook, twites, mensagens em blogs etc.

Contudo, é plenamente aplicável às mídias eletrônicas como periódicos, jornais, revistas etc. E isso parece evidente, posto que vários jornais e revistas impressas tem sua versão eletrônica. Seria um contrassenso o ofendido ter direito de resposta no jornal impresso e a mesma resposta não ser vinculada no jornal eletrônico.

A nova lei pontuou que ainda que haja a retratação ou retificação espontânea, conferindo-se o mesmos destaque, publicidade, periodicidade e dimensão do agravo, não se impede o exercício do direito de resposta pelo ofendido nem se prejudica a ação de reparação por dano moral.

O direito de resposta ou retificação deve ser exercido no prazo decadencial de 60 (sessenta) dias, contado da data de cada divulgação, publicação ou transmissão da matéria ofensiva, mediante correspondência com aviso de recebimento encaminhada diretamente ao veículo de comunicação social. Se forem vários os veículos que propagaram a notícia, deverá ser encaminhado um pedido para cada veículo de informação.

Além do próprio ofendido, tem legitimidade para a busca da resposta o representante legal do ofendido incapaz ou da pessoa jurídica, bem como o cônjuge, descendente, ascendente ou irmão do ofendido que esteja ausente do País ou tenha falecido depois do agravo.

Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o direito de resposta deve ser exercido contra o veículo de imprensa, sendo parte ilegítima o jornalista ou o radialista envolvido no fato. Estes, em tese, podem ser demandados apenas por reparações e ressarcimentos de danos.

A resposta ou retificação terá o destaque, a publicidade, a periodicidade e a dimensão da matéria que a ensejou, ainda que seja mediante rádio ou televisão, situações em que a resposta demandará a mesma duração da matéria.

Se o veículo de comunicação social ou quem por ele responda não divulgar, publicar ou transmitir a resposta ou retificação no prazo de 07 (sete) dias contado do recebimento do respectivo pedido, restará caracterizado o interesse jurídico para a propositura de ação judicial.

A ação, de rito especial, será instruída com as provas do agravo e do pedido de resposta ou retificação não atendido, bem como com o texto da resposta ou retificação a ser divulgado, publicado ou transmitido. Todavia, é vedado neste pedido cumulá-lo com indenização ou qualquer outro pedido. Os pleitos de reparação ou indenização por danos morais, materiais ou à imagem serão deduzidos em ação própria, salvo se o autor, desistindo expressamente da tutela específica de que trata esta Lei, os requerer, caso em que o processo seguirá pelo rito ordinário.

De outra banda, ao réu mostra-se defeso a reconvenção, o litisconsórcio, a assistência e a intervenção de terceiros.

Recebido o pedido de resposta ou retificação, o juiz, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, mandará citar o responsável pelo veículo de comunicação social para que em igual prazo apresente as razões pelas quais não o divulgou, publicou ou transmitiu a resposta, e no prazo de 3 (três) dias, ofereça contestação.

Se as informações forem verdadeiras, não se depreendendo calúnias ou difamações, não haverá o direito de resposta. Todavia, o agravo consistente em injúria não admitirá a prova da verdade.

O juiz, nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes à citação, tenha ou não se manifestado o responsável pelo veículo de comunicação, conhecerá do pedido e, havendo prova capaz de convencer sobre a verossimilhança da alegação ou justificado receio de ineficácia do provimento final, fixará desde logo as condições e a data para a veiculação, em prazo não superior a 10 (dez) dias, da resposta ou retificação (art. 10).

Como técnica executiva, “juiz poderá, a qualquer tempo, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, bem como modificar-lhe o valor ou a periodicidade, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”, ou adotar qualquer outra medida que entenda pertinente.

A resposta deverá ser inteiramente ligada aos fatos narrados e não se admitirá a divulgação, publicação ou transmissão de resposta ou retificação que não tenha relação com as informações contidas na matéria que se pretende respondida.

O Código Penal também foi alterado por esta lei. Com efeito, a nova redação do art. 143, parágrafo único, agora prevê como efeito extrapenal da sentença condenatória dos crimes contra a honra a eventual retratação caso “o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação”

Todavia, foi vetada a regra que pretendia que em se tratando de veículo de mídia televisiva ou radiofônica, o ofendido pudesse requerer o direito de dar a resposta ou fazer a retificação pessoalmente. Nas razões do veto lançou-se que “ao não definir critérios para a participação pessoal do ofendido, o dispositivo poderia desvirtuar o exercício do direito de resposta ou retificação. Além disso, o projeto já prevê mecanismos para que tal direito seja devidamente garantido.”

Considerações finais

A liberdade de comunicação decorre diretamente da liberdade de expressão e ambas, genérica ou especificamente tratadas, estão asseguradas constitucionalmente.

No entanto, a comunicação social de grande massa é desenvolvida por grupos econômicos que muitas vezes manipulam o cenário político, quer a política usual, quer a política real, social. Esses grupos assumem um papel de destaque no pluralismo político e social por serem grandes formadores de opiniões, muitas vezes como contraponto das versões governamentais e formando opinião contra algumas pessoas.

Embora o direito de resposta estivesse previsto na Constituição, carecia de regramento infranconstitucional. Com o advento da Lei 13.188, de 11 de novembro e 2015, regulamentou-se o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.”

Reiteradamente o Supremo Tribunal Federal decide que “a crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura.”²⁷ Assim, não se pode impedir a manifestação de informação jornalística. Entretanto, o insultado pela informação tem direito de indenizações em caso de informações inverídicas.

Contudo, as indenizações, amiúde, não são suficientes para reparar na plenitude as ofensas propagadas. Sim, pois o simples ressarcimento pelo suposto equivalente pecuniário pode não ter a mesma dimensão que a ofensa, afora ser desnecessário dizer que, para os direitos não-patrimoniais, a velha tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, bem como os meios executivos tradicionais, são completamente inadequados.²⁸

Em boa hora, portanto, surge o direito de resposta como típica tutela ressarcitória de forma específica, sem prejuízo das tutelas ressarcitórias pelo equivalente pecuniário que poderão ser apuradas em ação autônoma.

²⁷ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações inibitórias e de ressarcimento na forma específica no anteprojeto de código de modelos de processos coletivos para iberoamerica*. In www.abdpc.org.br/artigos/artigo16.doc

Referências bibliográficas

- ALARCÓN, Pietro de Jesus. *A essência ética do direito à informação*. In Revista Brasileira de Direito Constitucional, no. 09, jan./jul 2007
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ARGENTINA. *Constitución de la Nación*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>>. Acessado em: 23 set. 2011.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO. Disponível em: <http://www.abert.org.br/site/index.php?/teste/venezuela/comissao-interamericana-de-direitos-humanos-acusa-venezuela-de-censura-previa.html>. Acessado em: 19 set. 2011
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOLÍVIA. *Constituição*. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>>. Acessado em: 24 set. 2011.
- _____. *Lei de Telecomunicações, Tecnologias de Informação e Comunicação*
- BRASIL. Constituição Federal. in Cd-Ron Revista de Direito Público, 8, São Paulo: IOB, 2011, 1 CD-ROM.
- BRASIL. Lei 13.188, de 11 de novembro e 2015, que “dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.”.
- BRUGGER, Winfried. *Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano*. in Cd-Ron Revista de Direito Público, 8, São Paulo: IOB, 2011, 1 CD-ROM.
- CARCOVA, Carlos Manuel. *A opacidade do direito*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 62
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GABEIRA, Fernando. Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/fernando-gabeira/2011/07/21/imprensa-sob-ataque-no-equador/>. Acessado em: 23 set. 2011.
- ECUADOR. *Constitución de la República*. Disponível em: <http://issuu.com/restrella/docs/constitucion_del_ecuador>. Acessado em: 23 set. 2011.
- ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. WEICHERT, Marlon Alberto. *Informação*. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Informa%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 set. 2011.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação. Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Editora Medina, 2003, p. 28.
- IJUIM, Jorge Kanehide. *Comunicação no mundo globalizado, tendências do século XXI*. Disponível em <http://www.uff.br/ciberlegenda/artigoijuimetellaroli.pdf>. Acesso em 20 set. 2011.
- O GLOBO. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2006/11/13/286621871.asp>> Acessado em 20 set. 2011.

MACHADO, Jonatas E. M. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Disponível em <*Ações inibitórias e de ressarcimento na forma específica no anteprojeto de código de modelos de processos coletivos para iberoamerica*. In www.abdpc.org.br/artigos/artigo16.doc> Acessado em: 15 nov. 2015

MENDELEVICH, Pablo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/11/liberdade-de-imprensa-na-argentina-e-tema-de-seminario-em-sao-paulo.html>>. Acessado em: 21. Set. 2011;

PARTIDO DOS TRABALHADORES. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/index.php?/downloads>> Acessado em: 20 ago.2011.

RABAÇA, Clara Elete Gomes. *O regime jurídico-administrativo da concentração dos meios de comunicação social em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 297.

REVISTA VEJA. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/211009/taliba-obama-tv-p-84.shtml>.> Acessado em: 19 set. 2011.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/26491528/Constitucion-Republica-Bolivariana-de-Venezuela>>. Acessado em: 23 set. 2011.

_____. *Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión*. Disponível em: <<http://www.leyresorte.gob.ve/>>. Acessado em: 23 set. 2011.

VILELA, Adolfo Del Abel. *La concentración de los médios de comunicacion social em los derechos español y comunitário*. Madri: Marcial Pors, 2002, p. 274

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justiça*. Editorial Trota, 2009, p. 12.