

Justiça constitucional dos direitos fundamentais no Brasil: Report 2008/09

Leonardo Martins*

I. O CONTEXTO

A justiça constitucional brasileira seguiu historicamente o sistema difuso do controle de constitucionalidade tal qual desenvolvido na justiça constitucional dos Estados Unidos da América. A primeira constituição republicana brasileira, promulgada em 1891, adotou, além do regime presidencialista de governo e a estrutura federativa de Estado, também o modelo norte-americano do controle normativo de constitucionalidade, pelo qual não há reserva de competência a uma só corte constitucional para a realização do controle, podendo e devendo todo juiz de qualquer instância ou tribunal fazê-lo.

Porém, no ano de 1965, na Emenda Constitucional 16 à ainda vigente Constituição democrática de 1946, foi criado um procedimento para o controle normativo abstrato, confiando-se à corte suprema, o Supremo Tribunal Federal (STF), a competência exclusiva para fazê-lo. O procedimento era chamado de «representação de inconstitucionalidade».

Na ordem constitucional instaurada pela vigente Constituição de 1988 subsiste uma combinação dos dois sistemas de controle normativo: o concentrado, no caso dos controles normativos abstratos (decisões com eficácia *erga omnes*), e o difuso, no caso dos controles normativos concretos (decisões com eficácia *inter pars*).

Dentre os principais órgãos judiciais responsáveis pela administração da justiça constitucional no Brasil, merece destaque o STF, composto da reunião de 11 ministros, escolhidos «entre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada» (art. 101 CF). Em sua organização interna, definida exclusivamente por seu Regimento Interno

* Mestre (LL.M.) e Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin. Pós-doutorado pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Comunicação Social da Universität Hamburg e pelo Erich Pommer Institut - Economia e Direito da Comunicação Social da Universität Potsdam (fellow da Fundação Alexander von Humboldt). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

e não lei ordinária,¹ tem-se, como órgãos judicantes, o pleno (reunião dos onze ministros), as duas turmas, compostas por cinco ministros cada, e o presidente. O pleno reúne as competências gerais mais importantes, restando às turmas um rol bastante restrito de competências.

Nada obstante a ausência de uma lei orgânica específica para o STF, suas competências foram definidas pelos três incisos do art. 102 da CF. O primeiro inciso (art. 102, I da CF) define as competências originárias do STF. Em sua primeira alínea, «a», define a competência do STF, confiada por seu Regimento Interno ao pleno do tribunal, para processar e julgar duas ações do controle normativo abstrato e várias ações do chamado «foro privilegiado», principalmente ações penais movidas contra órgãos do primeiro escalão da Administração Pública Federal. O segundo inciso traz duas competências recursais. O terceiro inciso, a competência para processar o recurso extraordinário.

Dentre as vias de se impor judicialmente a eficácia dos direitos fundamentais, destacam-se, no complexo sistema brasileiro, em primeiro lugar, no controle abstrato, a ação direta de constitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de constitucionalidade por omissão (AIO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). No controle concreto, tem-se, pela via principal, o julgamento dos remédios constitucionais *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e mandado de segurança individual ou coletivo julgados em todo o país de acordo com a lei de organização judiciária, e também pelo STF, dependendo de quem os impetre (competências originárias do art. 102 I da CF), e na via recursal (art. 102, II da CF), além do muito importante recurso extraordinário movido contra uma decisão de tribunal federal regional, tribunal de justiça estadual ou tribunal superior que se reputa constitucional. No mais, há ainda a ação popular que cabe a qualquer cidadão (art. 5º, XXXIII CF) e a ação civil pública que cabe a órgão do Ministério Público, ambas com a finalidade de se proteger «interesses difusos e coletivos», também compreendidos como direitos fundamentais pela doutrina brasileira.

O quadro institucional vigente não contribui para uma interpretação judicial dos direitos fundamentais que possa ser considerada juridicamente consistente. Os direitos fundamentais aparecem ainda muito tímida ou retoricamente como parâmetros de julgamento, tanto no controle normativo abstrato, como no controle normativo

¹ Segundo o art. 1º do Regimento Interno do STF: «Este Regimento estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços».

LEONARDO MARTINS

concreto. Algumas decisões, como as que serão abaixo referidas, tiveram grande repercussão política e não resta dúvida que o STF ganhou muito em relevância principalmente nesta primeira década do novo século. Há também uma notória propensão ao ativismo judicial, principalmente em face de muitas inéncias administrativas e legislativas que impedem a concretização da democrática Constituição vigente. Porém, há vozes críticas na doutrina que lembram os riscos do ativismo exacerbado.

Um momento bastante relevante para o objeto do presente estudo foi a inserção, pela Emenda Constitucional 45 de dezembro de 2004, da competência do STF para editar as chamadas «súmulas vinculantes». De acordo com o inserido art. 103-a CF: «O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei». Já foram editadas mais de 20 das tais súmulas vinculantes também na área de direitos fundamentais, como a chamada «súmula das algemas» (v. caso abaixo), que têm sido consideradas por alguns como legislação, em potencial violação ao princípio da separação de poderes.

Em face dos direitos fundamentais, a aludida dificuldade da corte em estabelecer uma jurisprudência juridicamente consistente deve-se, além de ao motivo já mencionado - do exageradamente complexo sistema de controle normativo que leva a hipertrofiadas discussões formais processuais em detrimento do mérito dos julgamentos - também ao fato de a corte não prolatar decisões colegiadamente fundamentadas. A jurisprudência «do» STF se deriva da fundamentação dos votos individuais dos ministros que sequer são publicados em uma única oportunidade. Por isso, as referências às decisões abaixo limitaram-se às fundamentações aos votos dos relatores dos processos, ainda que em votos de ministros não relatores possam ser encontrados fundamentos bastante proveitosos, tendo em vista a identificação da jurisprudência «do» STF.

II. DECISÕES DA NOVA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA (BIÊNIO 2008/09)

As decisões abaixo são representativas da jurisprudência do STF sobre direitos fundamentais em razão da abrangência política do objeto da decisão. Sua atuação já revela por si que houve um avanço no sistema de proteção dos direitos

fundamentais, porque estes até há pouco tempo sequer entravam na pauta de julgamentos do STF. A corte era entendida muito mais como uma corte suprema que resolve definitivamente litígios particulares e estatais interorgânicos do que como corte constitucional.

São, portanto, indicativas do atual momento de proteção dos direitos fundamentais no Brasil. O ativismo judicial do STF resta bastante claro quando se vê que, também em sede de *habeas corpus* - um instrumento do controle normativo concreto o STF extrai decisões generalizantes.

1. Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto)

Provocado pelo Procurador-Geral da República, o STF julgou, por maioria, improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). Trata-se de uma lei que regulamenta o uso pela pesquisa genética de embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização *in vitro*. A ADI questionava justamente a autorização das pesquisas científicas com tais embriões e assim tinha como causa pedir uma suposta insuficiência de proteção legislativa do direito fundamental à vida dos embriões, ainda que a lei tenha autorizado a pesquisa somente com embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos.

Em seu voto, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, sustentou não haver no caso violação ao direito à vida (art. 5º, «caput» CF), como também não ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF). Foi acompanhado por outros cinco ministros. Os demais cinco ministros que decidiram pela procedência total ou parcial do pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei, ora fundamentaram seus votos numa suposta superioridade do direito à vida dos embriões inviáveis (!), ora na necessidade da existência de órgão controlador das pesquisas com embriões humanos, que zelasse pelo que se convencionou chamar de «bioética».

Como fundamentação de seu voto, o relator tratou de enfatizar os benefícios da pesquisa com células tronco-embrionárias para o desenvolvimento de novas terapias que possam ser utilizadas para salvar vidas. Em quase 50 páginas, limitou-se, portanto, a fazer ponderações entre os interesses jurídicos próximos ao que seriam facetas do direito fundamental à vida. Ponderou o direito à vida potencial de células-tronco com o direito à vida de pessoas nascidas enfermas.

Somente no final de seu voto e de maneira muito sintética destinou algumas considerações sobre o direito fundamental à liberdade científica (art. 5º, IX CF).

LEONARDO MARTINS

Em tais considerações, o direito fundamental à liberdade científica aparece com um argumento adicional em reforço à «tese» da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança e não como um legítimo direito fundamental individual, cujo alcance e limites deveriam ter sido investigados pelo STF.

Infelizmente, o STF não considerou a lei com interventora na liberdade científica. O art. 5º da Lei de Biossegurança autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias atendidas determinadas condições e assim suspende o estado mais condizente com a liberdade científica que seria a inexistência da lei. A lei existe com o propósito de zelar pela bioética, um valor caro à ordem constitucional vigente e que pode exigir a imposição de limites à liberdade científica. Assim, parâmetro de controle deveria ter sido, em primeira linha, a liberdade científica. O direito fundamental à vida dos potenciais nascituros poderia representar limites à liberdade científica, que fora claramente atingida pela lei.

Assim, chega-se à conclusão de que o STF prolatou, ao invés de uma decisão judicial fundamentada exclusivamente na Constituição, o posicionamento político-ideológico de cada um de seus membros, com considerações jurídicas por vezes impertinentes. Apesar de tais objeções dogmáticas e metodológicas, a decisão pode ser seguida, em sede de conclusão, e seu significado para o desenvolvimento dos direitos fundamentais em geral é inegável.

2. Prisão por dívida (HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio e HC 92.566, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 349.703, Rel. Min. Gilmar Mendes e RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso)

Trata-se de quatro casos envolvendo o controle concreto em sede originária (HC) e recursal extraordinária (RE), com base no parâmetro constitucional do direito fundamental à liberdade (art. 5º, «caput») protegido precipuamente pelo remédio constitucional *do habeas corpus* (art. 5º, LXVIII CF), mas também pelo recurso extraordinário (art. 102 III «a» CF). Em todos eles, o STF reviu sua antiga jurisprudência sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, autorizada pela legislação brasileira, mas proibida pelo *Pacto de San Jose da Costa Rica*, do qual também o Brasil é signatário, o qual restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia.

Houve grande discussão ensejada pelos casos concretos julgados a respeito da posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil. Prevaleceu a tese do status supraregal, mas infraconstitucional, dos tratados. A questão da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos parece ter chegado a um termo satisfatório,

principalmente após a Emenda Constitucional 45 de 2004 ter inserido o § 3º ao art. 5º CF, segundo o qual, «os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais». O procedimento previsto para que haja «equivalência» dos tratados internacionais sobre direitos humanos é o mesmo que o previsto para se emendar a Constituição em geral. O novo dispositivo mostra, por isso, e *contrario*, que os tratados não recepcionados pelo mesmo procedimento ao qual são submetidas as Propostas de Emenda Constitucional são inferiores à Constituição. Para fazer jus, entretanto, ao espírito internacionalista da Constituição Federal brasileira, evidenciado por vários de seus dispositivos (principalmente: art. 4º, II e art. 5º, II e III), o STF firmou a tese da supralegalidade. Trata-se, claramente, de uma guinada de 90 graus na jurisprudência do STF, que antes considerava tais tratados como tendo o mesmo nível da lei ordinária, sem, porém, adotar a tese da equivalência a normas constitucionais, como desejam os juristas internacionalistas brasileiros.

3. Limites ao uso de algemas (HC 91.952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio)

O uso de algemas em acusados em geral gera notório constrangimento. Tal uso pode, todavia, revelar-se necessário quando houver risco de fuga ou de violência contra os responsáveis pela condução de acusado preso ou terceiros. A lei processual penal não regulamenta o uso das algemas infligido pela autoridade policial a suspeitos, indiciados ou acusados presos. Assim, vários direitos fundamentais substantivos e principalmente garantias constitucionais processuais podem restar violados por tal ação policial. À pauta veem os direitos fundamentais à honra pessoal do art. 5º, X CF que protege aspectos relevantes do direito fundamental matriz à liberdade (art. 5º, *caput* CF), na acepção de autopreservação, e a garantias constitucionais processuais como a presunção de inocência do art. 5º, LVII CF.

Com seu *habeas corpus*, o paciente visava à anulação de decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, em razão de o acusado ter sido mantido desnecessariamente algemado durante toda a sessão de julgamento. O STF concedeu o *habeas corpus* em decisão unânime. Dentre os motivos determinantes, o STF sustentou, por intermédio do voto do relator, não haver uma justificativa para submeter o acusado a uma espécie de humilhação, considerada como violação até mesmo da dignidade da pessoa humana, além da violação do princípio da presunção de inocência, sobretudo por ter o condão de induzir, nos jurados, a percepção de que se estaria diante de um acusado de alta periculosidade.

LEONARDO MARTINS

Trata-se de uma decisão com claríssimas e vultosas consequências. Como já acima aventado, pode o STF editar súmulas vinculantes que fixam uma determinada interpretação de norma infraconstitucional, tendo em vista sua compatibilização com o texto constitucional, notadamente com direitos fundamentais. Do caso resultou a Súmula Vinculante nº 11, segundo a qual: «Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado». Houve discordâncias na doutrina e principalmente na imprensa em geral. A maior parte das objeções se limitou aos pressupostos jurídico-processuais: o STF não teria cumprido o requisito de editar a súmula vinculante após *reiteradas* decisões (art. 103-A CF). Nada obstante, a Súmula Vinculante nº 11 continua vigente.

4. Lei de Imprensa do regime militar (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto)

Como amplamente divulgado pela imprensa e pelos noticiários do rádio e da TV, o STF julgou em sessão plenária, no último dia 30 de abril, a ADPF 130 ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). O autor propugnou pela declaração de não recepção, pela ordem constitucional vigente, da Lei 5.250/67, alcunhada de «Lei de Imprensa», por entendê-la incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Em apertada síntese, o STF fundamentou o julgamento com a classicamente alegada relação de subverniência das liberdades de comunicação social em relação à democracia, o que se depreende de passagens como as seguintes:

A Democracia é princípio dos princípios da Constituição de 1988. Valor dos valores ou valor-continentes por excelência. Aquele que se faz presente na ontologia dos outros valores, repassando para eles a sua própria materialidade. Logo, o cântico dos cânticos ou a menina dos olhos da nossa Lei Fundamental, (...).

(...)

Estou a falar, portanto, que a presente ordem constitucional brasileira autoriza a formulação do juízo de que o caminho mais curto entre a verdade da conduta dos detentores do Poder e o conhecimento do público em geral é a liberdade de imprensa.

Em que medida a Lei 5.250/67 viola as liberdades de comunicação social (art. 5º IX da CF - entre as quais a liberdade de imprensa) e a liberdade de manifestação

do pensamento (art. 5º IV da CF) enquanto direitos fundamentais individuais, não se pode extrair do voto do relator. Na verdade, não resta claro qual o parâmetro específico de julgamento: se o princípio democrático, que então encerraria as liberdades de comunicação social e de manifestação do pensamento, ou se estas. Por isso, o que segue no processo de subsunção de tal discussão abstrata em relação ao objeto da ADPF soa como que criptografado:

Ora bem, a atual Lei de Imprensa (...) não parece mesmo serviente do padrão de Democracia e de imprensa que ressaiu das pranchetas da nossa Assembleia Constituinte de 1987/1988. Bem ao contrário, cuida-se de modelo prescritivo que o próprio STF tem visto como tracejado por uma ordem constitucional (a de 1967/1969) que praticamente nada tem a ver com a atual (...)

Como os excertos acima transcritos revelam, o STF simplesmente não reconhece vários problemas jurídico-dogmáticos pertinentes ao caso. Dois deles são eloquentes o bastante para se objetar peremptoriamente o discurso acima como um discurso de fundamentação jurídica:

Primeiro: Se as liberdades de manifestação do pensamento e de comunicação social, imprescindíveis ao processo democrático (isso não se coloca em dúvida aqui) são protegidas em razão da aludida relação de serviço, isso significa que é lícito ao Estado qualificar o exercício das liberdades, distinguindo exercícios relevantes para a democracia de exercícios não relevantes? Mas isso não representaria sabotar o próprio direito fundamental individual confiando ao Estado, inclusive legislador, o poder de definir o uso indicado das liberdades? O que sobra então para os direitos fundamentais de comunicação social e de livre manifestação do pensamento como «direitos de resistência à intervenção do Estado» (*Abwehrrechte*)?

Segundo: Boa parte dos órgãos de comunicação social brasileiros, fiéis ao nosso perigoso *Zeitgeist*, dedica-se à indústria do entretenimento, que há muito já atingiu a produção jornalística e principalmente a formatação dos telejornais.² Segundo a visão do STF, a indústria do entretenimento não participa da proteção de direito fundamental?

A visão simplista e superficial do STF já se encontra superada há quase 50 anos. A difícil delimitação entre as liberdades em pauta e seus limites constitucionais não se faz com apelos retóricos, por vezes barrocos, ao discurso axiológico e, segundo uma roupagem contemporânea, principiológico. A seguir, apresentam-se

² Vide, por exemplo, um breve essay publicado no site do «Observatório da Imprensa», de Peazê, 2006.

LEONARDO MARTINS

os critérios de julgamento, de forte inspiração no direito comparado alemão, que poderiam ter sido aplicados na decisão do STF.

5. Obrigatoriedade de diploma universitário para o exercício do jornalismo (RE 511.961-1/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes)

Trata-se de uma decisão sobre recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, assistido pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo, contra acórdão do TRF da 3^a Região que aplicou o art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/1969, declarado pelo STF, em decisão não unânime, como não recepcionado pela ordem constitucional vigente. O acórdão do TRF da 3^a região havia dado provimento a recurso de apelação interposto pela União, FENAJ e Sindicato dos Jornalistas contra a sentença de procedência parcial de primeira instância prolatada em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal.

O dispositivo declarado não recepcionado pelo STF determina para o exercício da profissão de jornalista (art. 4º, *caput*), como um de seus requisitos ao lado de «I - nacionalidade brasileira»; «II - folha corrida»; «III. Carteira profissional» e «IV. declaração de cumprimento de estágio em empresa jornalística», o

V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de «a» a «g» no artigo 6º.

O art. 6º elenca atividades jornalísticas principais e acessórias. Dentre as atividades exercidas por jornalistas profissionais empregados, as sete primeiras são reservadas exclusivamente aos jornalistas com diploma em instituição de ensino superior de acordo com o art. 4º, V, quais sejam:

- a) Redator: aquele que, além das incumbências de redação comum, tem o encargo de redigir editoriais, crônicas ou comentários;
- b) Noticiarista: aquele que tem o encargo de redigir matéria de caráter informativo, desprovida de apreciação ou comentários;
- c) Repórter: aquele que cumpre a determinação de colher notícias ou informações, preparando-a para divulgação;
- d) Repórter de Setor: aquele que tem o encargo de colher notícias ou informações sobre assuntos pré-determinados, preparando-as para divulgação;
- e) Rádio-Repórter: aquele a quem cabe a difusão oral de acontecimento ou entrevista pelo rádio ou pela televisão, no instante ou no local em que ocorram, assim como o comentário ou crônica, pelos mesmos veículos;

- f) Arquivista-Pesquisador: aquele que tem a incumbência de organizar e conservar cultural e tecnicamente o arquivo redatorial, procedendo à pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;
- g) Revisor: aquele que tem o encargo de rever as provas tipográficas de matéria jornalística;

A repercussão pública foi, como aludido, bastante negativa. Muitos dos que saudaram a decisão sobre a ADPF 130-DF - que declarou a Lei de Imprensa de 1967 em sua totalidade incompatível com a ordem constitucional vigente e por isso não recepcionada pela Constituição de 1988 com os argumentos mais difusos e eivados de retórica exagerada, salientando, por exemplo, de maneira generalizante e leviana quando se leva em consideração o necessário rigor na realização de qualquer exame de constitucionalidade (incluindo o exame de leis pré-constitucionais quanto à sua recepção) que a Lei de 1967 violara vários «princípios constitucionais», o «próprio espírito democrático» da Constituição de 1988 etc., tendo em vista ter sido aprovada por um Congresso Nacional submisso aos à ditadura militar - são os mesmos que de modo incoerente criticaram a decisão do STF no caso em pauta. Será que não vislumbram no contexto normativo da criação da obrigatoriedade do diploma nenhuma violação do «espírito da Constituição»? Mesmo sabendo que se trata de um «Decreto-Lei» que dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista, i.e., de um estatuto decretado pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, «usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968» (grifo do autor) como se pode ler na epígrafe desta obra legislativa? Também o art. 1º do Decreto-Lei diz a que veio, ao suspender notoriamente os direitos fundamentais envolvidos, na medida em que determina de maneira muito clara que «o exercício da profissão de jornalista é livre, em todo o território nacional, *aos que satisfizerem as condições estabelecidas neste Decreto-Lei*» (grifo do autor). Com isso, os legisladores do Decreto-Lei reconhecem a liberdade da profissão de jornalista somente àqueles que cumprirem as condições por eles estabelecidas. Nada pode ser menos condizente com o espírito e princípios democráticos da Constituição de 1988.

De acordo com a síntese oferecida pelo site de notícias do STF³, o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, ainda não publicado, apresentou, em apertada síntese,

3 Cfr. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109715&caixaBusca=N>; último acesso: 27/09/2009.

LEONARDO MARTINS

os seguintes fundamentos à declaração de não-recepção do Decreto-Lei aplicado pelo acórdão do TRF da 3^a Região, objeto do RE:

No campo do jornalismo não haveria espaço para o controle ao acesso à atividade, porque isso já configuraria censura prévia expressamente vedada pela Constituição. Para ele, «o jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensados e tratados de forma separada». O jornalismo também seria uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. Trouxe à pauta decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Organização dos Estados Americanos que condenaram a obrigatoriedade de inscrição em conselho de ordem de jornalismo, mediante apresentação de diploma, como violação ao direito de expressão concedido a todos os cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal teria fixado entendimento no sentido de que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais. O artigo 5º, XIII da CF abarcaria somente hipóteses nas quais as qualificações que pudessem ser determinadas pelo legislador seriam, ao cabo, exigíveis somente nos casos em que a falta do diploma é um risco de dano à sociedade, como é o caso da medicina, da engenharia e da advocacia. Com efeito, para o exercício da atividade de jornalista, por não implicar tais riscos ou danos a terceiros, não deveria haver tal exigência.

Neste contexto, comparou a carreira de jornalista a outras nas quais o diploma universitário não é condição exclusiva para que o profissional domine a técnica, como é o caso daqueles que trabalham nos ramos de cozinha, desenho, marketing, moda, costura e educação física. Segundo ele, «um excelente chefe de cozinha certamente poderá ser formado numa faculdade de culinária, o que não legitima o Estado a exigir que toda e qualquer refeição seja feita por profissional registrado mediante diploma de curso superior nessa área».

Ainda que a atuação do jornalista possa prejudicar direitos alheios, sem culpa da vítima, como acontece, por exemplo, na publicação de notícias inverídicas, não se trataria de risco inerente à atividade, que pudesse ser evitado com a formação técnica específica. As violações à honra, à imagem ou a outros direitos de personalidade não seriam riscos inerentes ao jornalismo, mas, antes, «o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão, e essas violações não são evitáveis apenas com a formação em um curso de jornalismo».

O relator comparou a publicação de notícias difamatórias ao dano provocado por um cozinheiro que envenena um prato propositalmente, ou ao dano causado por um motorista que atropela deliberadamente um desafeto. «Ainda que o regular

exercício da profissão de motorista coloque em risco a coletividade, o exercício regular da profissão de cozinheiro, como da profissão de jornalista, não o faz. De qualquer forma, nenhuma dessas patologias poderá ser evitada mediante a qualificação profissional, que não tem o condão de conformar o caráter de cada um».

Por fim, haveria uma diferença entre o «jornalismo abusivo» e o «jornalismo despreparado» – este último a ser punido pelo próprio mercado. A autorregulação do mercado de jornalismo seria a forma mais coerente de separar bons dos maus jornalistas.