

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE RÁDIO-DIFUSÃO E TELEVISÃO – FITERT –, entidade sindical de âmbito nacional com sede em Brasília (DF) e a FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS – FENAJ –, entidade sindical de âmbito nacional com sede em Brasília (DF), vêm, por intermédio de seus advogados (docs. nº), propor, com fundamento no art. 103, § 2º da Constituição Federal e da Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO,

pelos argumentos que imediatamente passam a aduzir.

I – LEGITIMIDADE AD CAUSAM DAS AUTORAS

1. Ambas as Autoras são entidades de classe de âmbito nacional (Estatutos anexos), apresentando assim a qualificação necessária à propositura da ação, conforme determinado no art. 103, IX, da Constituição Federal.

2. Demais disso, atuam ambas as Autoras no setor de comunicação social; vale dizer, preenchem o requisito da “pertinência temática”, conforme exigido pela jurisprudência dessa Suprema Corte (ADIN 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2/9/1998, Plenário, DJ de 19/9/2003).

II – A COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ESTATAIS É UM PODER-DEVER

3. De acordo com o princípio fundamental do Estado de Direito Republicano, o poder político deve ser exercido para a realização, não de interesses particulares, mas do bem comum do povo (res publica). Segue-se daí que toda competência dos órgãos públicos, em lugar de simples faculdade ou direito subjetivo, representa incontestavelmente um poder-dever.

4. Ao dispor a Constituição da República que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si” (art. 2º), ela reforça o princípio que se acaba de lembrar, pois quando os órgãos

estatais constitucionalmente dotados de competência exclusiva deixam de exercer seus poderes-deveres, o Estado de Direito desaparece.

5. A garantia judicial específica contra essa grave disfunção estatal foi criada, entre nós, com a Constituição Federal de 1988 (art. 103, § 2º), sendo o seu exercício regulado pela Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009.

III – CABIMENTO DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

6. O primeiro país a criar esse novo tipo de remédio judicial foi a República Federal Alemã, com a reconstitucionalização do Estado, efetuada após a Segunda Guerra Mundial.

7. A Corte Constitucional Federal alemã fixou jurisprudência, no sentido de que são pressupostos para o ajuizamento da ação de inconstitucionalidade por omissão do legislador (Verfassungsbeschwerde gegen ein Unterlassen des Gesetzgebers): 1) a completa omissão do legislador, quando uma disposição constitucional só se aplica mediante lei; 2) a edição de normas legais impróprias ou deficientes, na mesma hipótese; 3) toda vez que a omissão do legislador torna inefetiva uma norma declaratória de direito fundamental¹.

8. Essa jurisprudência da Corte Constitucional alemã é de aplicar-se na interpretação do disposto no art. 103, § 2º da Constituição Federal brasileira, a qual admite o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade “por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. A diferença, em relação à Alemanha, reside no fato de que no Brasil constitui fundamento da ação, não apenas a omissão inconstitucional do legislador, mas também a do Poder Executivo, no exercício do seu poder-dever de regulação administrativa.

9. De qualquer modo, os pressupostos acima indicados de cabimento da ação de inconstitucionalidade por omissão, tais como fixados pela jurisprudência constitucional germânica, estão presentes nas matérias objeto desta demanda, como se passa a demonstrar.

IV – O OBJETO DA PRESENTE DEMANDA

IV.a) Omissão legislativa inconstitucional quanto ao direito de resposta

10. Dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso V, constante do Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que “é assegurado o direito de resposta,

proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

11. Tradicionalmente, em nosso País, o exercício desse direito fundamental era regulado pela Lei de Imprensa. Sucede que a última lei dessa natureza, entre nós vigente (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), foi revogada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como decidiu esse Supremo Tribunal Federal, ao julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130, em 19 de abril de 2009.

12. Sucede que, à falta de regulação legal, o direito fundamental de resposta no campo da comunicação de massa acha-se, desde então, gravemente prejudicado.

13. Como cabal demonstração do que se acaba de afirmar, basta transcrever o disposto no art. 30 da revogada Lei nº 5.250, de 1967:

Art. 30. O direito de resposta consiste:

I – na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais;

II – na transmissão da resposta ou retificação escrita do ofendido, na mesma emissora e no mesmo programa e horário em que foi divulgada a transmissão que lhe deu causa; ou

III – a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, pela agência de notícias, a todos os meios de informação e divulgação a que foi transmitida a notícia que lhe deu causa.

14. De nada vale arguir que, nessa matéria, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Constituição Federal, art. 5º, §1º). Ninguém contesta que o direito fundamental de resposta continua a ser reconhecido em nosso ordenamento jurídico. O que se assinala é que, na prática, deixou de existir um parâmetro legal para que os tribunais possam decidir se, quando e como tal direito fundamental é efetivamente aplicado.

15. Se, por exemplo, o jornal ou periódico publica a resposta do ofendido em caracteres bem menores que os da matéria considerada ofensiva, ou em seção diversa daquela em que apareceu a notícia a ser retificada, terá sido dado cumprimento ao preceito constitucional? Analogamente, quando a ofensa à honra individual, ou a notícia errônea, são divulgadas por emissora de rádio ou

televisão, caso a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido for feita em outra emissora da mesma cadeia de rádio ou televisão, ou em programa e horário diversos da transmissão ofensiva ou errônea, terá sido cumprido o dever fundamental de resposta?

16. Há mais, porém. Em quanto tempo está o veículo de comunicação social obrigado a divulgar a resposta do ofendido? Dez dias, um mês, três meses, um ano? É razoável que a determinação dessa circunstância seja deixada ao arbítrio do suposto ofensor?

17. Nem se argumente, tampouco, com o fato de a ausência de norma legal regulamentadora do direito de resposta não impedir o seu exercício por via de mandado de injunção (Constituição Federal, art. 5º, LXXI).

18. Quem não percebe que esse *remedium iuris* excepcional não substitui nem dispensa o normal exercício do poder-dever legislativo? Como ignorar que a eventual multiplicação de decisões judiciais de diverso teor, quando não contraditórias, nessa matéria, enfraquece sobremaneira um direito que a Constituição da República declara fundamental; vale dizer, não submetido ao poder discricionário dos órgãos do Estado?

19. Até aqui, no tocante à revogação da lei de imprensa de 1967.

20. Acontece, porém, que nas décadas seguintes à promulgação daquele diploma legal, passou a ser mundialmente utilizado outro poderosíssimo meio de comunicação de massa por via eletrônica: a internet. Ora, até hoje o legislador nacional não se dispôs a regular o exercício do direito constitucional de resposta, quando a ofensa ou a errônea informação são divulgadas por esse meio. Quando muito, a Justiça Eleitoral procura, bem ou mal, remediar essa tremenda lacuna com a utilização dos poucos meios legais de bordo à sua disposição.

21. Em conclusão quanto a este tópico, Egrégio Tribunal, é flagrante e injustificável a omissão do legislador em regulamentar o direito constitucional de resposta.

IV.b) Omissão legislativa inconstitucional em regular os princípios declarados no art. 221 da Constituição Federal, no tocante à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão

22. Nunca é demais lembrar que as emissoras de rádio e televisão servem-se, para as suas transmissões, de um espaço público, vale dizer, de um

espaço pertencente ao povo. Com a tradicional concisão latina, Cícero definiu: res publica, res populi.²

23. Eis por que, no concernente aos bens públicos, o Estado não exerce as funções de proprietário, mas sim de administrador, em nome do povo. Da mesma forma, nenhum particular, pessoa física ou jurídica, tem o direito de apropriar-se de bens públicos.

24. Em aplicação do princípio de que o Estado tem o dever de administrar os bens públicos, em nome e benefício do povo, dispõe a Constituição Federal que é da competência da União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens” (art. 21, XII, a); competindo ao Poder Executivo “outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal” (art. 223).

25. Fica evidente, portanto, que os serviços de rádio e televisão não existem para a satisfação dos interesses próprios daqueles que os desempenham, governantes ou particulares, mas exclusivamente no interesse público; vale dizer, para a realização do bem comum do povo. E assim sucede porque – repita-se – todo aquele que se utiliza de bens públicos serve-se de algo que pertence ao povo.

26. Nada mais natural, por conseguinte, que na produção e programação das emissoras de rádio e televisão sejam observados os princípios enunciados no art. 221 da Constituição Federal, a saber:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

27. Reforçando esse sistema de princípios, a Constituição Federal determina, em seu art. 220, § 3º, inciso II, competir à lei federal “estabelecer os meios

legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

28. Sucede, porém, que, passadas mais de duas décadas da entrada em vigor da Constituição Federal, nenhuma lei foi editada especificamente para regulamentar o disposto em seu art. 221.

29. Nem se argumente, para contestar a ocorrência dessa omissão legislativa inconstitucional, com a permanência em vigor do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962), promulgado antes do advento do regime militar de exceção. A rigor, a única disposição desse Código, pertinente aos princípios enunciados no art. 221 da Constituição Federal, é a do seu art. 38, alínea h, a qual determina deverem as emissoras de rádio e televisão destinar “um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso”; sem qualquer referência às transmissões com finalidades educativas, culturais ou artísticas.

30. Ora, é altamente duvidoso que a referida norma do Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962 esteja em vigor. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nítida distinção entre o serviço de telecomunicações e o sistema de comunicação social, como se depreende da leitura dos incisos XI e XII, alínea a, do art. 21, bem como do disposto no art. 22, IV. Demais disso, as atribuições anteriormente conferidas ao Conselho Nacional de Telecomunicações (art. 29 da Lei nº 4.117, de 1962) não mais abrangem o setor de comunicação social, em relação ao qual determinou a Constituição fosse instituído, como órgão auxiliar do Congresso Nacional, o Conselho de Comunicação Social.

31. Tampouco vale argumentar, como prova da inexistência de omissão legislativa na regulação do disposto no art. 221 da Constituição Federal, com a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispôs sobre restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Esse diploma legal não se refere ao art. 221, mas sim ao art. 220, § 4º da Constituição Federal.

32. Aliás, para reconhecer a ausência de lei regulamentadora do art. 221, basta atentar para um litígio judicial recente, suscitado a propósito da Resolução-RDC nº 24, de 15 de junho de 2010, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Tal Resolução dispôs “sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas, cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional” (doc. anexo).

33. Como sabido, desde 2005 a Organização Mundial da Saúde tem lançado advertências sobre os efeitos nocivos à saúde, provocados pela obesidade, sobretudo entre crianças e adolescentes.

34. A Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA ingressou com ação ordinária na Justiça Federal de Brasília contra a ANVISA, pedindo que esta se abstinhasse de aplicar aos associados da autora os dispositivos de dita Resolução, em razão de sua invalidade. A MM. Juíza da 16ª Vara Federal do Distrito Federal, em antecipação de tutela, decidiu suspender os efeitos da Resolução perante os associados da autora, com fundamento na ausência de lei específica que autorize a ANVISA a proceder como procedeu (doc. anexo).

35. Em conclusão, passadas mais de duas décadas da entrada em vigor da Constituição Federal, o Congresso Nacional, presumivelmente sob pressão de grupos empresariais privados, permanece inteiramente omissos no cumprimento de seu dever de regulamentar os princípios que regem a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221); bem como igualmente omissos no estabelecer os meios legais de defesa da pessoa e da família, quando tais princípios não são obedecidos (art. 220, § 3º, inciso II).

36. Como se isso não bastasse, em 28 de maio de 2002 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 36, que acrescentou ao art. 222 o atual parágrafo 3º, com a seguinte redação:

§3º – Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

37. A lei específica, referida nessa disposição constitucional, tampouco foi promulgada após mais de 8 anos da promulgação da referida emenda.

IV.c) Omissão legislativa inconstitucional em regular a proibição de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social

38. Dispõe o art. 220, § 5º da Constituição Federal que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”.

39. Se o combate ao abuso de poder econômico representa entre nós um preceito fundamental da ordem econômica (Constituição Federal, art. 173, §

4°), o abuso de poder na comunicação social constitui um perigo manifesto para a preservação da ordem republicana e democrática. Na sociedade de massas contemporânea, a opinião pública não se forma, como no passado, sob o manto da tradição e pelo círculo fechado de inter-relações pessoais de indivíduos ou grupos. Ela é plasmada, em sua maior parte, sob a influência mental e emocional das transmissões efetuadas, de modo coletivo e unilateral, pelos meios de comunicação de massa.

40. Daí a razão óbvia pela qual a publicidade ou propaganda por via desses canais de transmissão de massa constitui, hoje, o nervo central da atividade econômica (publicidade comercial) e da ação política (publicidade institucional dos órgãos públicos, propaganda eleitoral).

41. O Poder Judiciário está aqui, uma vez mais, diante da imperiosa necessidade de proteger o povo contra os abusos dos detentores do poder. Ora, essa proteção, num Estado de Direito, deve fazer-se primacialmente por meio da legislação, acima da força privada e do abuso dos governantes.

42. Diante dessa evidência, é estarrecedor verificar que a norma de princípio, constante do art. 220, § 5º da Constituição Federal, permanece até hoje não regulamentada por lei.

43. Não é preciso grande esforço de análise para perceber, *ictu oculi*, que tal norma não é auto-aplicável. E a razão é óbvia: monopólio e oligopólio não são conceitos técnicos do Direito; são noções, mais ou menos imprecisas, da ciência econômica.

44. Com efeito, para ficarmos apenas no terreno abstrato das noções gerais, pode haver um monopólio da produção, da distribuição, do fornecimento, ou da aquisição (monopsônio). Em matéria de oligopólio, então, a variedade das espécies é enorme, distribuindo-se entre os gêneros do controle e do conglomerado, e subdividindo-se em controle direto e indireto, controle de direito e controle de fato, conglomerado contratual (dito consórcio) e participação societária cruzada. E assim por diante.

45. Quem não percebe que, na ausência de lei definidora de cada uma dessas espécies, não apenas os direitos fundamentais dos cidadãos e do povo soberano em seu conjunto, mas também a segurança das próprias empresas de comunicação social, deixam completamente de existir? Em relação a estas, aliás, de que serve dispor a Constituição Federal que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e na garantia da livre concorrência (art. 170), se as empresas privadas de comunicação social não dispõem de parâmetros legais para agir, na esfera administrativa e judicial, contra o monopólio e o oligopólio, eventualmente existentes no setor?

46. Para ilustração do que acaba de ser dito, é importante considerar a experiência norte-americana em matéria de regulação dos meios de comunicação de massa.

47. Em 1934, na esteira dos diplomas legais editados para combater o abuso de poder econômico (Sherman Act e Clayton Act), foi promulgado o Communications Act, que estabeleceu restrições à formação de conglomerados de veículos de comunicação de massa (jornais e periódicos, estações de rádio, empresas cinematográficas), da mesma espécie ou não, em mais de um Estado. Como órgão fiscalizador, foi instituída a Federal Communications Commission – FCC.

48. Em 1996, no auge da pressão desregulamentadora do movimento neoliberal, o Congresso dos Estados Unidos votou o Telecommunications Act, que eliminou a maior parte das restrições à formação de grupos de controle no setor de comunicações de massa, estabelecidas pela lei de 1934.

49. O resultado não se fez esperar: enquanto em 1983 existiam nos Estados Unidos 50 grupos de comunicação social, menos de 10 anos após a edição do Telecommunications Act de 1996 o mercado norte-americano do setor passou a ser dominado por 5 macroconglomerados de comunicação de massa; os quais diferem entre si unicamente pelo estilo das publicações e transmissões, pois o conteúdo das mensagens divulgadas é exatamente o mesmo.³

50. Ora, o que está em causa na presente demanda não é saber se, no Brasil, já atingimos um grau semelhante de concentração empresarial no campo das comunicações de massa. O que importa e deve ser reconhecido por essa Suprema Corte é que o povo brasileiro, a quem pertence o espaço de transmissão das mensagens de rádio e televisão, já não dispõe, por efeito da escandalosa omissão do Poder Legislativo, do menor instrumento de defesa contra o eventual abuso de poder nesse setor; instrumento de defesa esse que é vital – repita-se – para o regular funcionamento das instituições republicanas e democráticas.

V – O PEDIDO

51. Por todo o exposto, os Autores pedem a esse Egrégio Tribunal, com fundamento no art. 103, § 2º da Constituição Federal, e na forma do disposto na Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, que declare a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre as matérias constantes dos artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, II; 220, § 5º; 211; 222, § 3º, todos da Constituição Federal, dando ciência dessa decisão àquele órgão do Poder Legislativo, a fim de que seja providenciada, em regime de urgência, na forma

do disposto nos arts. 152 e seguintes da Câmara dos Deputados e nos arts. 336 e seguintes do Senado Federal, a devida legislação sobre o assunto.

De São Paulo para Brasília, 18 de outubro de 2010.

Fábio Konder Comparato

OAB-SP nº 11.118

Georghio Alessandro Tomelin

OAB-SP nº 221.518