

Excelentíssima Senhora Ministra Ellen Gracie, DD^a Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 10:

ADO nº 10.

O **Partido Socialismo e Liberdade**, nos autos da **ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 10**, vem, a respeito da manifestação do Senado Federal, formular as seguintes observações:

O Senado Federal assume, surpreendentemente, a posição de Réu

1.— Ninguém ignora no meio jurídico, a não ser aparentemente a Advocacia do Senado Federal, que as ações diretas de inconstitucionalidade não envolvem uma **lide** no sentido técnico-processual, isto é, um conflito de interesses, qualificado pela pretensão de uma parte e a resistência de outra. Nessa espécie de ação, a parte legitimada para promovê-la simplesmente pede que o Supremo Tribunal Federal julgue a compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com o sistema constitucional (Constituição Federal, art. 102, I, *a*).

Por isso mesmo, em ações diretas de inconstitucionalidade não há propriamente **partes**, isto é, **titulares de interesses próprios**. A Constitui-

ção limita-se a designar os órgãos públicos ou as entidades legitimadas a propor tais demandas (art. 103), órgãos e entidades essas que, presumivelmente, atuam no interesse da preservação da ordem constitucional do País.

2.– É exatamente por essa razão que a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual dispôs sobre o processo e julgamento de tais ações, determina que “o relator pedirá **informações** aos órgãos ou às autoridades das quais emanou [ou deveria emanar] a lei ou o ato normativo impugnado”.

É de supina evidência que os órgãos ou as autoridades a quem são pedidas tais informações não são nem podem logicamente ser **partes contrárias ao autor da demanda**, pela boa e cândida razão de que esta não foi ajuizada contra eles.

3.– Ora, manifestando total desconhecimento dessas verdades processuais elementares, o Senado Federal vem a estes autos, não para prestar as devidas informações sobre a real existência de omissão legislativa no concernente à regulamentação das normas constitucionais arroladas na petição inicial, mas simplesmente para **contestar a ação como se fora Réu!**

As únicas informações que o Senado presta a esse juízo referem-se a vinte e dois projetos de lei ou propostas de emenda constitucional apresentadas sobre a matéria de comunicação social. Nenhuma dessas proposições chegou até hoje a ser votada definitivamente na Casa.

Ou seja, em boa matemática, temos a média de um projeto de lei ou proposta de emenda constitucional por ano de vigência da Constituição Federal. Repita-se: nenhum deles aprovado. A diligência produtiva do Senado Federal é realmente admirável!

A rigor, portanto, Vossa Excelência, como Relatora da ação, não deveria levar em mínima consideração o que o Senado Federal veio dizer nestes autos. Ao proponente da demanda, todavia, incumbe o dever de rebater

os sofismas apresentados à guisa de “informação”, para melhor ilustrar o debate.

É o que se passa a fazer.

Direito de Resposta: a Advocacia do Senado Federal desconhece a distinção entre direitos e garantias fundamentais

4.– Não é sem razão que o Título II da Constituição Federal intitula-se *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, e não *Declaração de Direitos*, como nos anteriores textos constitucionais..

As **garantias** são instituições – processuais ou não (como a greve, por exemplo) – que reforçam os **direitos subjetivos** e lhes dão segura efetividade. Na terminologia anglo-saxônica, elas chamam-se *remedies* e, tal como no direito romano, são substantivas e não adjetivas: elas criam os direitos e não apenas os complementam. De onde o conhecido brocardo *remedies precede rights*.

Sem dúvida, nos ordenamentos jurídicos do sistema romano-germânico moderno, como o nosso, as garantias constituem um acessório e não o principal. Há direitos, inclusive fundamentais, que existem sem garantias. E é exatamente o que ocorre agora com o direito de resposta, declarado no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal.

Mas não se pode esquecer que, em matéria de direitos humanos, foi a criação de garantias judiciais que propiciou o seu rápido avanço no mundo moderno. Um direito fundamental despido de garantia específica dificilmente se impõe diante do poder, seja ele político ou econômico.

Ora, enquanto os direitos fundamentais, ainda que não explicitamente declarados na Constituição, podem vigorar em decorrência do regime e dos princípios adotados por ela adotados (art. 5º, § 2º), as garantias não se su-

põem: **elas só existem quando especificamente criadas pelo direito positivo, estatal ou internacional.**

Do que se acaba de dizer, decorrem duas conclusões da maior importância:

1. Em razão do princípio da irrevocabilidade, as garantias fundamentais já criadas, assim como os direitos fundamentais, não podem ser suprimidas pelo legislador;
2. A omissão ou recusa do Poder Legislativo em criar garantias adequadas para os direitos fundamentais declarados na Constituição representa grave ofensa ao sistema constitucional.

5.– Tomemos, por exemplo, a declaração constante do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Suponhamos, como mera hipótese de raciocínio, que inexistisse no ordenamento brasileiro o remédio do *habeas corpus*, tal como definido no art. 5º – LXVIII da Constituição Federal. Não é difícil imaginar quão débil seria a eficácia da declaração de liberdade fundamental que se acaba de citar.

6.– Pois bem, é exatamente o que ocorre hoje com o direito fundamental de resposta, declarado no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 30 de abril de 2009, julgou automaticamente revogada, com a entrada em vigor da atual Constituição, a Lei nº 5.250, de 1967, que regulava a liberdade de expressão atra-

vés dos meios de comunicação de massa. Resultado: o direito de resposta continua a viger, obviamente, tal como declarado no citado dispositivo constitucional. Mas **a sua efetividade é mínima.**

Reproduzimos, a seguir, o que ficou dito nos itens 15 e 16 da petição inicial da presente ação:

“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?”

E mais:

“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?”

Produção e programação de rádio e televisão: proibida a entrada de lei?

7.— Em sua contestação, apresentada à guisa de “informações”, o Senado Federal ofereceu sobre o assunto a seguinte pérola:

“Não se pode perder de vista que os dispositivos do art. 221, do art. 220, § 3º, inc. II, e do art. 222, § 3º da Constituição Federal, estão inseridos no Capítulo da Comunicação Social, orientada pela regra geral do *caput* do art. 220, que, em atenção à garantia da liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX) e à vedação da censura (art. 220, § 2º), proíbe qualquer restrição da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo.”

Estava realmente tardando o emprego do surrado bordão da censura. Reproduzindo curiosamente o estilo consagrado dos grandes veículos de imprensa, rádio e televisão, a Advocacia do Senado Federal – o qual, escusa lembrá-lo, é órgão do Poder Legislativo – sustenta que, para as emissões de rádio e televisão, toda lei reguladora da produção e da programação é instrumento de censura.

8.– Ora, que diz a norma do art. 220, § 3º, inciso II da Constituição, dispositivo citado (por engano?) na mencionada passagem da manifestação do Senado?

“Compete à lei federal:

...

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

Repita-se: **compete à lei federal**. Ninguém medianamente culto em assuntos jurídicos ignora que, no campo do direito público, a competência

constitui um **poder-dever**. Logo, a norma do art. 220, § 3º da Constituição Federal significa, à toda evidência, que o Poder Legislativo federal **tem efetivamente o dever de regular por lei** as matérias indicadas no inciso II desse mesmo dispositivo.

E ele o fez? Não.

9.– No item 32 da petição inicial da presente ação, ressalta-se um triste episódio decorrente dessa ausência de regulação legal da matéria. Por decisão de uma Juíza Federal de Brasília, a Resolução-RDC nº 24, de 15 de junho de 2010, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, teve sua vigência suspensa, pela inexistência de lei federal que regulasse o assunto, tal como preceitua o art. 220, § 3º, II da Constituição Federal.

Tratava-se, no caso, de regular a “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”.

Ou seja, como sempre, o interesse econômico das empresas de comunicação social e dos empresários do setor de alimentos passou à frente do **bem comum do povo**, que os romanos denominavam *res publica*.

Monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social: a ficção de que a lei já existe e é fielmente cumprida

10.– Dispõe textualmente o art. 220, § 5º da Constituição Federal:

“Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.”

Segundo a opinião da esclarecida Advocacia do Senado Federal, essa norma “é de eficácia plena, [...] sem que sua efetividade tenha sido condicionada à lei pelo texto constitucional”. Que ninguém tenha, porém, a má idéia de perguntar ao ilustre Advogado daquela Casa do Congresso Nacional o que se deve entender – legalmente, bem entendido – por monopólio ou oligopólio **direto ou indireto...**

Em complemento a essa preciosa informação dada ao juízo, a Advocacia do Senado Federal acrescenta que tal matéria já é regulada pela Lei nº 8.884, de 1994, que “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”.

11.– Aí, então, o Senado Federal põe as cartas na mesa. A comunicação social, para essa Casa do Congresso Nacional, é uma atividade empresarial como outra qualquer.

Não ocorreu, aos ilustres subscritores da “informação” prestada ao Juízo, que a Constituição Federal contém duas disposições sobre abuso de poder econômico. A primeira está no Título VII – *Da Ordem Econômica e Financeira* (art. 170, inciso IV): o princípio da livre concorrência. A segunda é a que ora nos ocupa, ou seja, a norma do art. 220, § 5º. E onde se encontra esta última? No Título VIII – *Da Ordem Social*.

Como diz o Evangelho, o pior cego é o que não quer ver. A todas as luzes (quando não se é cego), os meios de comunicação social **não são uma espécie de atividade econômica**, mas sim, no preciso sentido etimológico da expressão, um **serviço público**, vale dizer, um **serviço ao povo**.

Por conseguinte, pretender que a legislação reguladora das atividades econômico-empresariais possa ser estendida aos meios de comunicação social é, justamente, esvaziar o seu **conteúdo social**.

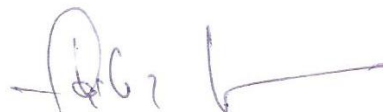
12.– A triste realidade brasileira, assinalada em estudo recente da UNESCO – Comissão das Nações Unidas para a Comunicação, a Ciência e a Cultura (documento anexo à ADO nº 11, apensa à presente), é outra, bem diversa do quadro róseo e ameno, que os magnatas privados da imprensa, do rádio e da televisão procuram apresentar:

“A propriedade de diversas empresas de mídia está nas mãos de grupos políticos instalados nos variados níveis dos Poderes Legislativo e Executivo. A mídia brasileira é dominada por 35 grupos nacionais que, juntos, controlam 516 veículos, sendo que uma única rede de televisão detém 51,9% da audiência nacional.”

Termos em que,

Pede Juntada ao processo eletrônico.

De São Paulo para Brasília, 9 de março de 2011.



Fábio Konder Comparato
OAB-SP nº 11.118