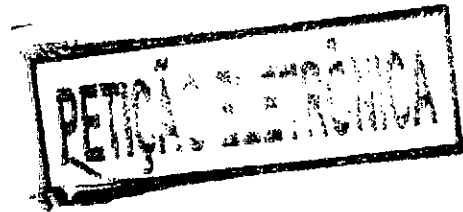


ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 11

Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e
Publicidade – CONTCOP

Requerido: Congresso Nacional

Relatora: Ministra Ellen Gracie



Constitucional. Suposta omissão inconstitucional, por parte do Congresso Nacional, no dever de regulamentação legal do exercício do direito de resposta (artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal); das matérias abordadas nos artigos 220, § 3º, inciso II, 221 e 222, § 3º, todos da Carta Magna, relativas à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão; e da vedação de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social (artigo 220, § 5º, da Lei Maior). Inexistência da alegada omissão inconstitucional, uma vez que as normas apontadas são de eficácia plena. Manifestação pela improcedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, vem, respeitosamente, manifestar-se sobre a presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade – CONTCOP, na qual se sustenta a ocorrência de omissão inconstitucional, por parte do Congresso Nacional, no dever de regulamentação legal do exercício do direito de resposta (artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal¹); das matérias abordadas nos artigos 220, § 3º, inciso II, 221 e 222, § 3º, todos da Carta Magna², relativas à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão; e da vedação de monopólio

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

² “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 3º - 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.”

“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.”

“Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

(...)

§ 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.”

ou oligopólio dos meios de comunicação social (artigo 220, § 5º, da Lei Maior³).

Requer, portanto, a declaração das supostas omissões inconstitucionais apontadas e sua comunicação ao Congresso Nacional, para que *“seja providenciada, em regime de urgência, na forma do disposto nos arts. 152 e seguintes [do Regimento Interno] da Câmara dos Deputados e nos arts. 336 e seguintes [do Regimento Interno] do Senado Federal, a devida legislação sobre o assunto”* (fl. 14 da petição inicial).

Após evidenciar que a petição inicial da presente ação direta *“é praticamente idêntica àquela contida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 10, proposta, anteriormente, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL”*, a Ministra Relatora Ellen Gracie determinou o apensamento dos autos eletrônicos desta ação ao da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 10, para tramitação conjunta.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – DO MÉRITO

II.I – Da alegada ausência de regulamentação do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal

³ *“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*
(...)

De acordo com a tese exposta pelo requerente, o direito de resposta insculpido no artigo 5º, inciso V, da Carta de 1988, padeceria de regulamentação por parte do legislador ordinário, mormente em face do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal declarou como não recepcionado pela ordem constitucional vigente todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250/67 (Lei de Imprensa). Diante de tal contexto, afirma o autor restar prejudicado o exercício do direito de resposta, por ausência de norma indispensável à exequibilidade do referido preceito constitucional.

A alegação, contudo, não merece prosperar.

Registre-se, em primeiro plano, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por parâmetro apenas as normas constitucionais que dependam de alguma providência normativa e material do poder público para que possam se efetivar. Observe-se o ensinamento de Dirley da Cunha Junior⁴:

“Por óbvio, se a norma constitucional não depende de qualquer medida para efetivar-se, podendo ser aplicada imediatamente, ela não é parâmetro para o controle de constitucionalidade por meio da ação em tela. Assim, em conformidade com a classificação apresentada por José Afonso da Silva, só as normas constitucionais de eficácia limitada podem servir de parâmetro para a ação de inconstitucionalidade por omissão.

(...)

Para uma delimitação conceitual de omissão inconstitucional, é preciso que se deixe claro, desde logo, que só haverá essa omissão no domínio das chamadas normas constitucionais de eficácia

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.”

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 5. ed., Bahia: Jus Podium, 2011, pp. 249-250. Grifos apostos.

limitada, pois são as únicas que dependem ora de providências normativas do Poder Legislativo, ora de prestações positivas do Poder Executivo. Vale dizer, a omissão inconstitucional está relacionada com as normas constitucionais de eficácia limitada.”

Nesse sentido, observa-se que o artigo 5º, inciso V, da Constituição Republicana, ao assegurar o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, possui natureza de norma de eficácia plena, prescindindo de regulamentação infraconstitucional para que seja aplicada.

Eis o teor do dispositivo constitucional apontado pelo requerente:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”
(Grifou-se).

Da própria redação do dispositivo transcrito, evidencia-se a desnecessidade de norma infraconstitucional para o fim de conferir-lhe efetividade.

Note-se que essa Excelsa Corte já se pronunciou sobre a matéria, ao tratar dos efeitos jurídicos da decisão proferida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Naquela oportunidade, afirmou que o dispositivo constitucional garantidor do direito de resposta constitui norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, cuja efetividade prescinde de providência normativa do Poder Legislativo. Veja-se:

“11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, ‘de eficácia plena e de aplicabilidade imediata’, conforme classificação de José Afonso da Silva. ‘Norma de pronta aplicação’, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.”

(ADPF nº 130, Relator: Ministro Carlos Britto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 30/04/2009, Publicação em 06/11/2009; grifou-se).

Diante dos argumentos expostos, não se verifica a existência da alegada omissão legislativa inconstitucional quanto à regulamentação do artigo 5º, inciso V, da Constituição da República.

II.II – Da alegada ausência de regulamentação dos artigos 220, § 3º, inciso II; 221 e 222, § 3º, da Constituição Federal

Consoante exposto, o autor alega que a ausência de regulamentação dos artigos 220, § 3º, inciso II; 221 e 222, § 3º, da Carta Magna, igualmente configuraria omissão legislativa inconstitucional.

Observe-se o que dispõem os dois primeiros dispositivos citados, *in verbis*:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não

sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 3º - 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.” (Grifou-se).

“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.”

Verifica-se que o § 3º do artigo 220 da Carta Magna atribui à lei federal a fixação dos meios legais aptos a garantir à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Por sua vez, o artigo 221 do Texto Constitucional informa os princípios reguladores da produção e da programação das emissoras de rádio e televisão.

Entende o requerente restar evidenciada a omissão legislativa em decorrência do apontado descumprimento da determinação constitucional de

que seja editada lei federal reguladora dos meios legais aptos a garantir a aplicação dos mencionados dispositivos da Carta da República.

Todavia, tal omissão não se verifica. Com efeito, existem no ordenamento jurídico vigente diversas normas federais capazes de conferir efetividade ao comando constitucional ora sob exame. Nesse ponto, é importante ressaltar que a Constituição Federal não exige lei *específica* para a regulamentação de seu artigo 220, § 3º, mas simplesmente lei *federal*.

É o caso dos artigos 76 e 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que prelecionam:

“Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.”

“Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.”

Também se aplicam à hipótese os artigos 6º, inciso IV; 37, § 2º; 55, § 1º, e 68, todos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).
Veja-se:

*“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)”*

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”

*“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
(...)”*

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

“Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.”

*“Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:
Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.”*

Além dos dispositivos citados, vale fazer referência à Lei nº 8.389/91, que institui o Conselho de Comunicação Social, na forma do artigo 224 da Lei Maior; à Lei nº 10.359/01, que dispõe sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilite o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada; ao artigo 38 do Código Brasileiro de Telecomunicações, que regulamenta as concessões, permissões e autorizações para a exploração de serviços de radiodifusão; e ao

artigo 8º, inciso II, do anexo I do Decreto nº 6.061/07, o qual estatui que compete à Secretaria Nacional de Justiça, órgão do Ministério da Justiça, “tratar dos assuntos relacionados à escala de classificação indicativa de jogos eletrônicos, das diversões públicas e dos programas de rádio e televisão e recomendar a correspondência com as faixas etárias e os horários de veiculação adequados”.

Percebe-se, portanto, a existência no ordenamento jurídico de leis federais que tratam de mecanismos legais aptos a garantir à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221 da Carta Constitucional, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, inclusive com a tipificação de infrações penais. Diante desse panorama, não se verifica abstenção legislativa justificadora do cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto aos mencionados artigos 220, § 3º, inciso II e 221, da Lei Maior.

Cumprido, ainda, tratar da alegada omissão legislativa inconstitucional referente ao artigo 222, § 3º, da Constituição de 1988. Observe-se a redação do mencionado dispositivo:

“Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

(...)

§ 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.”
(Grifou-se).

A esse respeito, cumpre fazer referência ao Projeto de Lei do Senado nº 280, de 2007, que *“dispõe sobre a produção, programação e provimento de conteúdo brasileiro para distribuição por meio eletrônico e dá outras providências”*.

Referido projeto, em seu artigo 1º, *caput*, preleciona:

“Art. 1.º As atividades de produzir, programar e prover conteúdo brasileiro para distribuição por meio eletrônico, independentemente das tecnologias utilizadas, são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País, nas quais ao menos 51% do capital total e do capital votante pertençam, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos.”

Assim, vê-se que o Congresso Nacional não se encontra inerte quanto à regulamentação do § 3º do artigo 222 da Carta de 1988, pois o citado projeto de lei, em tramitação no Senado Federal, trata especificamente do ponto sensível do dispositivo constitucional apontado pelo requerente, que é a prioridade conferida aos profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

Conforme leciona Gilmar Ferreira Mendes⁵, “o Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador.”

Com efeito, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2495, essa Excelsa Corte assim se pronunciou:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N.º 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CATARINA. Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual dos servidores catarinenses. Ação direta prejudicada.”

(ADI nº 2495, Relator: Ministro Ilmar Galvão, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 02/05/2002, Publicação em 02/08/2002; grifou-se).

Assim, não se verifica a abstenção do Poder Legislativo quanto ao referido § 3º do artigo 222 da Carta Magna, diante da existência de projeto de lei, em trâmite no Senado Federal, disciplinando o tema.

Em suma, não merece acolhimento a pretensão exposta pelo requerente quanto à apontada omissão legislativa inconstitucional em regulamentar os artigos 220, § 3º, inciso II; 221 e 222, § 3º, todos da Constituição de 1988.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1130.

II.III – Da alegada ausência de regulamentação dos artigos 220, § 5º, da Constituição Federal

Sustenta o requerente, por fim, que haveria omissão legislativa inconstitucional por ausência de regulamentação quanto à proibição de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social, determinada pelo artigo 220, § 5º, da Carta Republicana. Transcreva-se a mencionada norma:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.” (Grifou-se).

Afirma o autor que *monopólio* e *oligopólio* não seriam conceitos precisos, mas apenas vagas noções da ciência econômica a depender, portanto, de definição em lei.

Todavia, não há como se reconhecer a existência de omissão legislativa inconstitucional em definir monopólio e oligopólio.

Isso porque, para que se configure abstenção indevida por parte do Poder Legislativo, apta a justificar o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é imprescindível a existência de

determinação constitucional expressa obrigando-o a legislar, o que não se verifica na espécie.

De fato, conforme J. J. Gomes Canotilho⁶, necessário se faz que a norma constitucional possua uma exigência concreta de ação. Nesse sentido, apenas pode haver omissão inconstitucional em face de normas que possuam ordens de legislar (determinação única, como a definição de pequena propriedade rural, para os fins do disposto no artigo 5º, inciso XXVI, da Carta⁷) ou imposições constitucionais (determinação permanente, como a fixação e atualização do salário mínimo, nos termos do artigo 7º, inciso IV, da Lei Maior⁸).

No caso, não há qualquer ordem no sentido de que o legislador defina os institutos do monopólio e do oligopólio. O dispositivo constitucional se restringe a proibir que os meios de comunicação sejam objeto de tais práticas econômicas, sem enunciar a necessidade de qualquer providência legislativa adicional para que o comando detenha efetividade imediata.

Se não há exigência constitucional direcionada ao Poder Legislativo para que conceitue monopólio e oligopólio, não se verifica

⁶ *Apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 5. ed., Bahia: Jus Podium, 2011, pp. 249-250.

⁷ “Art. 5º (...)”

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;” (Grifou-se).

⁸ “Art. 7º (...)”

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;” (Grifou-se).

omissão legislativa inconstitucional. Conforme Dirley da Cunha Júnior⁹, “o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’. Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção indevida, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma ‘certa e determinada’”.

Aplica-se, aqui, semelhante argumentação aventada nesta peça para demonstrar a inexistência de omissão legislativa inconstitucional quanto ao direito de resposta. Com efeito, o § 5º do artigo 220 da Carta Magna também encerra norma de eficácia plena, não havendo qualquer óbice à sua aplicação imediata.

Assim, não deve ser acolhida a pretensão do autor quanto à suposta omissão legislativa inconstitucional em regulamentar o artigo 220, § 5º, da Constituição de 1988.

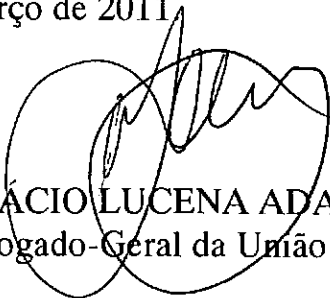
III – DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela improcedência do pedido, diante da ausência de omissão inconstitucional atribuível ao Congresso Nacional no que diz respeito à regulamentação dos artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, inciso II, e § 5º; 221 e 222, § 3º, todos da Carta Magna.

⁹ *Idem*, *op. cit.*, p. 251.

São essas, Excelentíssima Senhora Relatora, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

Brasília, 24 de março de 2011



LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União



GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso



CAROLINA SAUSMIKÁT BRUNO DE VASCONCELOS
Advogada da União