



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PETIÇÃO DIGITALIZADA

Nº 632-PGR-RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 11

*REQUERENTE : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM
COMUNICAÇÕES E PUBLICIDADE – CONTCOP*

REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

RELATORA : MINISTRA ROSA WEBER

Supremo Tribunal Federal

04/05/2012 13:08 0022795



1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em face da omissão do Congresso Nacional em propor normas regulamentadoras dos artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, inciso II, e § 5º; e 222, § 3º, todos da Constituição Federal, que disciplinam o direito de resposta e a proibição de monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação.

2. A presente ação reproduz, integralmente, os argumentos constantes da ADO 10, razão por que se requer a juntada do parecer respectivo, anexo, que passa a ser a manifestação da Procuradoria Geral da República nestes autos.

Brasília, ~~21~~ de abril de 2012.

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EB



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 6831 PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 10

REQUERENTE : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL

REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

RELATORA : MINISTRA ROSA WEBER

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Omissão do Congresso Nacional em propor leis regulamentadoras dos artigos 5º, V; 220, §3º, II, e §5º; e 222, §3º, todos da CR. Direito de resposta. Proibição de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social. Princípios da programação das rádios e TVs. Comunicação eletrônica. Caracterização parcial das omissões alegadas. Necessidade de disciplina legal da vedação ao monopólio e oligopólio nos meios de comunicação. Dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão e de comunicação. Atuação promocional do Estado na democratização dos meios de comunicação. Mora do Congresso Nacional na disciplina do direito de resposta, diante da decisão do STF na ADPF nº 130, que declarou revogada a Lei nº 5.250/67. Possibilidade do estabelecimento de prazo para a propositura das leis regulamentadoras. Parecer pela procedência parcial do pedido.

1. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade em face da omissão do Congresso Nacional em propor normas regulamentadoras dos artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, inciso II e § 5º; 221, incisos I, II, III e IV; e 222, § 3º, todos da Constituição Federal, que disciplinam o direito de

RO

resposta e a proibição de monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação.

2. O requerente afirma que o direito fundamental de resposta (art. 5º, V¹, da CR) foi prejudicado pela revogação da Lei nº 5.250/67, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nos termos da decisão do STF na ADPF 130. Desse modo, embora tenha previsão constitucional e aplicabilidade imediata, esse direito atualmente não possui regulamentação legal que discipline adequadamente as suas hipóteses de efetivação. Ademais, não restariam contemplados pelo legislador os novos meios de comunicação como a internet.

3. Sustenta que o legislador também se omitiu quanto à regulamentação dos princípios atinentes à produção e programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221, I, II, III e IV², da CR). Assim, deixou de cumprir o comando do art. 220, § 3º, II³, da CR, que determina a utilização de “meios legais” para a promoção do interesse público. Nesse sentido é a Emenda Constitucional nº 36, de 2002, que incluiu o §3º no art. 222, da CR, dispondo que *“os meios de comunicação social eletrônica*

20

¹ Art. 5º (...)

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

² 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.

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.

§ 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.

(...) deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica”.

4. Também argumenta que a ausência de regulamentação dos meios de comunicação permite o abuso do poder econômico (art. 173, §4^o, da CR) por parte dos poucos grupos empresariais que concentram o controle da comunicação de massa, instância central das atividades econômicas e das ações políticas. Defende que o art. 220, § 5^o, da CR não contém norma autoaplicável e que os conceitos de monopólio e oligopólio são típicos da ciência econômica, demandando a estipulação de parâmetros legais que definam as suas hipóteses de caracterização.

5. Requer seja declarada a omissão inconstitucional do Congresso Nacional, e que este seja instado a providenciar, em regime de urgência, a elaboração de leis sobre as matérias em questão, nos termos dos artigos 152 e seguintes, e 336 e seguintes, respectivamente, dos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

6. Por fim, pede que seja esta ação distribuída por dependência à ADO nº 9, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

7. Em sua manifestação, o Presidente da Câmara dos Deputados informou a tramitação do Projeto de Lei nº 3.232/92, que envolve a regulamentação dos dispositivos constitucionais em questão. 

⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4^o - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

⁵ Art. 220 (...)

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

8. O Presidente do Senado Federal posicionou-se pela improcedência da ação, diante da inexistência de omissão inconstitucional do Congresso Nacional na efetivação de normas constitucionais.

9. A Advocacia Geral da União se pronunciou pela improcedência do pedido, considerando ausente qualquer omissão inconstitucional do Congresso Nacional quanto às normas constitucionais suscitadas. Sustenta que o art. 5º, V, da CR contém norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não dependendo de regulamentação legal.

10. Quanto aos artigos 220, §3º, II, e 221, da CR, afirma que já existe a seguinte disciplina legal: artigos 76 e 254 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); artigos 6º, IV; 37, §2º; 55, §1º, e 68, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei nº 8.389/91; e Lei nº 10.359/01. Em relação ao art. 222, §3º, da CR, aponta a tramitação no Senado Federal do Projeto de Lei nº 280, de 2007.

11. Por fim, a AGU considera que o art. 220, §5º, da CR contém uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pois inexistente determinação para que o legislador conceitue as expressões monopólio e oligopólio.

12. A Ministra Relatora determinou a tramitação conjunta desta ação com a ADO nº 11, em razão da identidade de objeto.

13. A presente manifestação terá em conta as duas ações.

14. É o relatório.

15. Preliminarmente, cumpre afastar o pedido de distribuição por dependência à ADO nº 9, pois a Relatora negou-lhe seguimento, sob o

W.O.

fundamento de ilegitimidade ativa das requerentes (Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão – FITERT e Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ). Há, inclusive, manifestação da Procuradoria Geral da República nesse sentido.

16. É inconteste a legitimidade ativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), nos termos do art. 103, VIII, da CR, diante da comprovação da sua representação no Congresso Nacional, na atual legislatura, através de dois senadores e dois deputados federais.

17. Quanto à ADO nº 11, cumpre registrar a legitimidade ativa da requerente, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade (CONTCOP), pois preenche os requisitos aventados na decisão da Relatora na ADO nº 9: *“no âmbito das associações sindicais, apenas estão aptas a deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade as entidades de terceiro grau, ou seja, as confederações sindicais organizadas na forma da lei, excluindo-se, portanto, os sindicatos e as federações, ainda que possuam abrangência nacional”*.

18. No mérito, o pedido é parcialmente procedente.

19. Em democracias jovens, como a brasileira, costuma-se considerar intocáveis determinados temas ligados às liberdades públicas, com o compreensível receio de que a sua regulamentação ocasione eventuais retrocessos. Esse é o exemplo da comunicação social e, consequentemente, da liberdade de expressão⁶. A cada tentativa de

⁶ Como ressalta Daniel Sarmento: *“Os abusos perpetrados pelo regime militar criaram no Brasil um poderoso simbolismo a favor da liberdade de expressão. Ainda hoje, eles alimentam a retórica inflamada de algumas forças políticas e meios de comunicação de massa, que se opõem tenazmente a qualquer ensaio de regulação estatal da esfera comunicativa. A hegemonia destas forças no cenário social tem levado à disseminação da falsa ideia de que qualquer atuação do Estado nesta área seja antidemocrática”*. (grifou-se). SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel

discussão⁷ sobre o tema, imediatamente os grandes veículos de comunicação se levantam para tachá-las de “censura”, invocando um discurso de que se trataria de restrição a um direito fundamental absoluto.

20. Como articulado por esta Procuradoria Geral da República na petição inicial da ADPF 187, o princípio da liberdade de expressão é “um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Ela representa um pressuposto para o funcionamento da democracia, possibilitando o livre intercâmbio de ideias e o controle social do exercício do poder. De mais a mais, trata-se de direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, uma vez que, como ser social, o homem sente a necessidade de se comunicar, de exprimir seus pensamentos e sentimentos e de tomar contato com os seus semelhantes”.

21. Em tese elaborada sobre o tema, o mestre português Jónatas E.M. Machado afirma que:

“se o poder eleitoral constitui a garantia mecânica da democracia, a possibilidade de formação de uma opinião pública autônoma, através de uma ampla liberdade de expressão, constitui a garantia substantiva da democracia. A democracia define-se como um governo de opinião (*government of opinion*) ou um governo através da discussão (*government by discussion*), constituindo o direito à liberdade de expressão como uma *conditio sine qua non* do seu correto funcionamento, sendo a medida da sua tutela jurídica efectiva um barômetro para aferir a sua saúde pública e institucional.”⁸

promocional do Estado. In: *Livres e iguais: estudos em Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 298.

⁷ Assim ocorreu no ano de 2004, quando da tentativa do governo federal em discutir o tema, a partir de uma proposta elaborada pela Associação Nacional dos Jornalistas – ANJ.

⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 261.

22. Portanto, deve ser garantida pelo poder público a possibilidade de livre manifestação de qualquer cidadão, para que se desenvolva um debate ancorado em razões públicas sobre temas de interesse da sociedade. Desse modo, posturas como a da grande mídia, acima mencionada, na verdade caracterizam uma tentativa de se evitar o debate, o que representa uma grave violação à liberdade de expressão.

23. Nesses casos, “*o efeito silenciador vem do próprio discurso*”⁹, como afirma o professor Owen Fiss, da Universidade de Yale, cujo pensamento é assim sintetizado por seus tradutores brasileiros:

“Tal efeito seria fruto, por exemplo, do acesso diferenciado aos meios de comunicação de massa alcançado por determinados grupos hegemônicos, da pressão ou influência exercidas pelo governo sobre as empresas de comunicação, ou de preconceitos difundidos na sociedade contra determinadas categorias de pessoas, geralmente minorias. A tese é a de que, por conta de fatores econômicos ou culturais presentes na estrutura da sociedade, as manifestações expressivas de grupos hegemônicos acabam por 'abafar' aquelas emanadas de estamentos menos favorecidos, condenados à invisibilidade e ao silêncio no grande debate público”¹⁰.

24. Portanto, cabe ao Congresso Nacional, no exercício da soberania popular, dispor a esse respeito e buscar elementos para tanto junto aos setores especializados do governo e da sociedade civil. Assim tem atuado o Conselho de Comunicação Social do Senado Federal¹¹, instalado em maio de 2002, ao promover atividades de estudos e

⁹ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 78.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 11-12.

¹¹ Previsto no artigo 224 da Constituição Federal e regulamentado pela Lei 8.389, de 30 de dezembro de 1991.

discussões sobre a necessidade de regulação do papel dos meios de comunicação e dos limites da sua utilização, tendo em vista as relações ora conflituosas, ora coincidentes, entre os interesses público e privado.

25. Em evento promovido no Senado Federal, em 2004, o referido Conselho abordou o tema “concentração da mídia”¹². Em diversas intervenções, destacou-se o fato de ser comum a existência de marcos regulatórios dos meios de comunicação em praticamente todos os países europeus.

26. Nesse sentido é a Resolução do Parlamento Europeu, aprovada em 16 de setembro de 1992, que:

“1. reputa que os Estados membros e a Comunidade europeia tenham a responsabilidade de garantir e desenvolver o pluralismo nos meios de informação e devam fazê-lo de modo a se criar as condições necessárias ao exercício do direito à informação à liberdade de expressão... 7. convida novamente aqueles Estados membros que não disponham de uma específica normatividade acerca das concentrações no setor da imprensa e dos meios audiovisuais a se dotarem de tal instrumento no mais breve tempo possível”.¹³

27. O mesmo fenômeno se dá, inclusive, nos países de tradição político-cultural liberal, como os EUA, que, no período do *New Deal*, instituiu a *Federal Communications Commission* (FCC). Trata-se da agência reguladora federal responsável pela promoção do interesse público na

¹² Cf. http://www.observatoriodaimprensa.com.br/download/CCS_Concentracao_da_Midia.pdf

¹³ Tradução livre do italiano: “1. reputa che gli Stati membri e la Comunità europea abbiano la responsabilità di garantire e sviluppare il pluralismo nei mezzi d'informazione e debbano fare in modo di creare le condizionale necessarie all'esercizio del diritto all'informazione alla libertà di espressione... 7. invita nuovamente quegli Stati membri che non dispongano di una specifica normativa sulle concentrazioni nel settore della stampa e dei mezzi audiovisuali a dotarsi di tale strumento nel più breve tempo possibile”. Cf. FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 212.

seara da comunicação social, podendo adotar medidas administrativas voltadas à disciplina do funcionamento desse importante setor que intersecciona a política, a economia e a cultura.

28. No contexto latinoamericano, merece destaque a recente experiência da Argentina, país que tanto sofreu com uma ditadura militar longa e sanguinária, e que utilizava como instrumento de governo a censura. Buscando delimitar os parâmetros de uma concepção democrática dos meios de comunicação social o parlamento argentino aprovou, em outubro de 2009, a Lei nº 26.522, denominada *Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual*, que disciplina temas como a propriedade dos meios de comunicação e a vedação às práticas de monopólio e oligopólio.

29. Ao invés de serem vistas como antidemocráticas e restritivas de direitos fundamentais, as medidas de regulação estatal são consideradas como uma forma de expansão da liberdade de expressão e de pluralização do conhecimento. Ao comentar a teoria democrática referente à Primeira Emenda da Constituição dos EUA, Gustavo Binbenojm considera que a *“regulação, aqui, deixa de ser vista como um mal necessário para se erigir em verdadeira condição necessária da fruição das liberdades de expressão e imprensa por todos os cidadãos”*¹⁴.

***A dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão:
o papel promocional do Estado na democratização
dos meios de comunicação***

30. Na sua perspectiva tradicional, os direitos de liberdade são considerados como direitos de defesa, impondo limitações à atuação do

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. Meio de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: *Revista eletrônica de direitos administrativo econômico*. Salvador, nº 5, fev/mar/abr, 2006, p. 5.

Estado, que deve adotar uma postura absenteísta. Assim ocorre com a liberdade de expressão, cujo exercício é incompatível com medidas de censura e patrulhamento. Por outro lado, na evolução da teoria dos direitos fundamentais, assentou-se o entendimento de que os direitos civis também possuem uma dimensão prestacional, que denota uma atuação comissiva do Estado para a sua promoção.

31. Além da dimensão subjetiva, que se refere à titularidade, deve-se considerar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja premissa é a de que:

“(...) além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais encarnam os valores mais relevantes da comunidade, que devem irradiar-se pelo ordenamento jurídico, condicionando e inspirando a interpretação e a aplicação de todo o Direito. Segundo esta concepção, os direitos fundamentais não só limitam, mas também devem impulsionar e orientar a ação de todos os poderes do Estado. Sob esta nova perspectiva, os poderes públicos têm não apenas o dever de absterem-se de violar estes direitos, mas também a obrigação de promovê-los concretamente, e de garanti-los diante de ameaças decorrentes da ação de particulares e grupos privados.”¹⁵ (grifou-se)

32. Nesse prisma, mostra-se necessária uma postura dúplice do Estado¹⁶ na sua atuação perante as situações de monopólio e oligopólio nos meios de comunicação. *A priori*, como destaca Luigi Ferrajoli¹⁷, na

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 274-275.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 281 e ss. Como argumenta Gustavo Binenbojm (*Op. cit.*, p. 3), “Aqui o dilema é ainda mais agudo, pois o conflito se dá entre as dimensões defensiva e protetiva do mesmo direito fundamental, que limita e exige a atuação estatal quase que simultaneamente. Nesse equilíbrio delicado e complexo, qualquer excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa”.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes*. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Ed. Trotta, 2011, p. 101.

formulação de políticas públicas de distribuição da propriedade das empresas de comunicação e na diversificação do conhecimento e das informações difundidos. E, *a posteriori*, na promoção da livre iniciativa (art. 170, IV¹⁸, da CR) e na repressão à concentração e abuso do poder econômico, por meio de medidas corretivas ou sancionatórias, que dependem da edição de lei (art. 173, §4^o¹⁹, da CR).

33. A segunda vertente é a mais invocada quando se trata de limitações aos meios de comunicação, mas a primeira deve ser privilegiada, por ser voltada à expansão das liberdades de expressão (comunicação e imprensa)²⁰. A atuação do poder público nesse mister deve ser pensada em sentido amplo, como política de Estado, de caráter perene e independente em relação à política de governo vigente em cada legislatura, o que somente proporciona intervenções pontuais e insuficientes.

34. Tendo em vista a eficácia irradiante dos direitos fundamentais²¹, cujos efeitos se espraiam por todo o ordenamento jurídico e incidem inclusive nas relações privadas, revela-se legítima a intervenção do Estado na estruturação e no funcionamento do mercado. Principalmente

¹⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IV - livre concorrência;

¹⁹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

4^o - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 100-105.

²¹ A esse respeito explicita Ingo Sarlet: "*Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (Ausstrahlungswirkung) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação de interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.*" SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 147.

quando se trata de coibir os excessos da concentração de poderes em determinados grupos econômicos, de modo a se garantir a diversidade de pontos de vista e a prevalência da autonomia individual na livre formação da convicção de cada um.

35. Nos termos dos artigos 175 e 223 da CR, a comunicação social tem natureza de atividade econômica em sentido amplo, na modalidade de serviço público, sendo-lhe aplicáveis as restrições incidentes sobre as empresas particulares quando concessionárias ou permissionárias. Observadas as garantias inerentes à liberdade de pensamento, o Estado pode figurar como ente regulador, assim como o faz em outras searas (e.g., energia e telecomunicações), oferecendo balizas aos particulares para que se tenha uma maior amplitude de canais de comunicação, propagando-se pontos de vistas diferentes e atingindo-se cada vez mais pessoas.

36. A AGU alega que a norma do art. 220, §5º, da CR também é de eficácia plena, mas a realidade demonstra que isso não basta para que o seu comando seja atendido na prática. Como reconhecido por Daniel Sarmiento, *“este preceito (...) é completamente desprovido de eficácia social no país. A concentração em níveis escandalosos aqui é a regra. (...) E a pressão dos interessados na manutenção do atual status quo (...) tem inviabilizado a regulamentação e aplicação da vedação constitucional ao monopólio e oligopólio na mídia”*²².

37. Como será desenvolvido adiante a respeito da metodologia concretista da Constituição, a mera aptidão para a produção de efeitos não garante que as normas constitucionais tenham a devida efetividade social. Nesse sentido, Edilson Farias ressalta que *“a colaboração do legislador*

²² SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 295.

*ordinário é reclamada para uma melhor eficácia de diversos dispositivos constitucionais concernentes à garantia institucional da comunicação social*²³.

38. No caso em questão, a regulação legislativa é fundamental para viabilizar a devida efetividade da norma do art. 220, §5^o²⁴, sob pena de se incorrer em violação ao princípio da vedação à proteção deficiente de direitos constitucionalmente tutelados, que representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CR). Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.²⁵

39. O referido dispositivo deve ser concebido à luz da unidade da Constituição, por meio de interpretação sistemática com outros dispositivos constitucionais que respaldam a democratização dos meios de comunicação, notadamente os princípios democrático, republicano, do pluralismo e da autonomia individual.

40. A vedação ao monopólio e oligopólio não denota a necessidade de uma postura meramente reativa do poder público, de modo

²³ FARIAS, Edilson. *Op. cit.*, p. 196. Ainda segundo o autor, “Na configuração da garantia institucional da comunicação social é permanente o apelo à lei infraconstitucional para regulamentar as diversas normas constitucionais, principiando pelo citado §1º do art. 220. Logo, princípio básico nesta matéria é a cláusula da reserva de lei. Ou seja, apesar de o texto constitucional revelar alguns contornos da garantia institucional da comunicação social, a completa configuração jurídica desta figura necessita da participação do legislador. Aliás, é da própria natureza das garantias institucionais serem institutos ou instituições que têm boa parte de seus conteúdos definidos pela legislação ordinária”. (p. 196).

²⁴ Como enfatiza Gustavo Binenbojm (*Op. cit.*, p. 13): “Tal norma se harmoniza perfeitamente com o princípio do pluralismo e tem por propósito evitar o controle do ‘mercado de ideias’ por um ou alguns poucos grupos econômicos”.

²⁵ Cf. Martín Borowski. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162/166; Ingo Wolfgang Sarlet. “Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e Deficiência”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 47, 2004, p. 60-122; e Lênio Luiz Streck. “Bem Jurídico e Constituição: Da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*)”. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, p. 303/345.

que aja somente quando caracterizadas essas hipóteses, para então dissolvê-las. A Constituição determina, sistematicamente, uma atuação comissiva do Estado para adotar medidas legais que inibam a criação (prevenção) e desconstituam (repressão) a existência de monopólios e oligopólios.

41. Nesse sentido é expressa a determinação do item 12 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, da Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

“12. Os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis anti-monopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação. Em nenhum caso essas leis devem ser exclusivas para os meios de comunicação. As concessões de rádio e televisão devem considerar critérios democráticos que garantam uma igualdade de oportunidades de acesso a todos os indivíduos.”²⁶ (grifou-se)

42. Nas conclusões da Relatoria da Comissão Interamericana,

“(…) a existência de práticas monopólicas e oligopólicas na propriedade dos meios de comunicação social afeta seriamente a liberdade de expressão e o direito à informação dos cidadãos dos Estados membros, e não são compatíveis com o exercício do direito à liberdade de expressão em uma sociedade democrática. (...)”

A Relatoria para a Liberdade de Expressão recomenda aos Estados membros da OEA que desenvolvam medidas que impeçam as práticas monopólicas e oligopólicas na propriedade dos meios de comunicação social, assim como mecanismos efetivos

²⁶ Disponível na internet em: <http://www2.idh.org.br/casdh.htm>.

00

para efetivá-las. Ditas medidas e mecanismos deverão ser compatíveis com o marco previsto pelo artigo 13 da Convenção e o Princípio 12 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.

A Relatoria para a Liberdade de Expressão considera que é importante se desenvolver um marco jurídico que estabeleça claras diretrizes que apresentem critérios de equilíbrio entre a eficiência dos mercados de radiodifusão e a pluralidade da informação. O estabelecimento de mecanismos de supervisão destas diretrizes será fundamental para garantir a pluralidade da informação que se oferece à sociedade”²⁷. (grifou-se)

43. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu art. 13.3²⁸, trata das restrições públicas e privadas ao direito de expressão. Ao comentar essa norma em cotejo com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva OC-5/85²⁹, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que:

“Tal dispositivo não apenas versa sobre as restrições governamentais indiretas, como também proíbe o abuso dos 'controles... *particulares*' capazes de produzir o mesmo resultado. Por isso, segundo interpretação da Corte Interamericana, a violação da Convenção neste âmbito pode ser produto não apenas do fato de o Estado não ter imposto a si mesmo restrições destinadas a impedir indiretamente 'a comunicação e a circulação de ideias e opiniões', mas também do fato de não ter assegurado que a dita violação não resulte dos 'controles particulares' mencionados no art. 13, 3.”³⁰ (grifo no original)

²⁷ Idem. Tradução livre do espanhol.

²⁸ “Artigo 13º - Liberdade de pensamento e de expressão (...)

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.”

²⁹ CIDH, Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985, Série A, n. 5 – A Associação Obrigatória de Jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos), parágrafo 48.

³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentário. In: Idem; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. 2ª Ed. São Paulo:

44. No Direito Comparado, merece destaque o artigo 12, item 13, da *Ley de Medios Audiovisuales* da Argentina:

“ARTIGO 12.- **Missões e funções.** A Autoridade Federal de Serviços de Comunicação Audiovisual terá as seguintes missões e funções:

(...)

13) Promover e estimular a competição e o investimento no setor. Prevenir e desestimular as práticas monopólicas, as condutas anticompetitivas, predatórias e/ou de abuso de posição dominante no marco das funções designadas a este organismo ou outros com competência na matéria”³¹.

45. A esse respeito manifestou-se o STF, em importante trecho da ementa da ADPF 130:

“(...) O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado 'poder social da imprensa' (...).”³²

46. Assim, cai por terra a alegação da AGU de que não haveria determinação constitucional expressa ordenando a regulamentação legal para a definição dos institutos do monopólio e do oligopólio.

Ed. RT, 2009, p. 141.

³¹ Tradução livre do espanhol.

³² ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJe-208, 06-11-2009.

***Dos princípios relativos à produção e programação
das emissoras de rádio e TV***

47. Há muito é objeto de consenso na Teoria do Direito o *status* normativo dos princípios jurídicos, como forma de positivação de elementos axiológicos ligados à pessoa humana e à sociedade, que são, inclusive, passíveis de concretização direta pela via hermenêutica. Em uma Constituição dirigente, os princípios não são meros adereços simbólicos. Somados aos objetivos fundamentais da República (art. 3º, da CR), trazem diretrizes que impõem comandos de atuação concreta ao legislador ordinário, para regulamentar as normas constitucionais e as tornar efetivas.

48. No caso dos princípios constantes dos incisos I a IV do art. 221, apesar da sua variedade, tem-se como matriz o fundamento da República da promoção do pluralismo (art. 1º, V, da CR).

49. Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *“integrados na mesma Constituição, esses valores não são absolutos, antes se tornam mutuamente relativos, razão por que a sua interpretação/aplicação, (...), ocorre no âmbito de um jogo concertado de restrições e complementações recíprocas, à luz dos cânones hermenêuticos da unidade da Constituição e da concordância prática ou da harmonização”*³³ (grifos no original).

50. Em tese, estes princípios possuem aplicabilidade direta e imediata, podendo orientar a atuação das emissoras de rádio e TV. Entretanto, no que diz respeito ao Estado, justamente para se evitar desvios autoritários, mostra-se necessária a sua disciplina legal, para se fixar as

³³ MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1369.

balizas da fiscalização estatal e as pautas para a formulação de políticas públicas de fomento à cultura nacional e ao interesse público.

51. Nesse sentido afirma Gustavo Binembojm:

“O Estado cumpre papel decisivo e crucial tanto ao respeitar os limites externos da liberdade de expressão, como ao regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a melhoria da qualidade do debate público e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de ideias.”³⁴

52. Há diversos temas relativos a esses princípios que são constantemente postos em debate, mas ainda não receberam disciplina legislativa. Muitos representam demandas relevantes da sociedade civil, que, por conta das barreiras econômico-corporativas da grande mídia, não conseguem espaço para discussão e aprovação no Parlamento. Entre eles, pode-se mencionar os seguintes: *“(i) acordo entre as emissoras para reduzir a violência não deve ser julgado contrário à livre concorrência, mas incentivado legalmente; (ii) cobrança de taxa para anunciar em jornal ou TV e usá-la para financiar programação com finalidades educativas ou culturais; (iii) incentivo fiscal ou financiamento público para a produção de programas educativos dirigidos às crianças; (iv) estabelecimento de critérios para o controle da propaganda comercial nos horários da programação infantil; (v) sagração legal dos direitos do telespectador”*.³⁵

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 18.

³⁵ FARIAS, Edilsom. *Op. cit.*, p. 225.

Da garantia do interesse público perante os meios de comunicação por meio legal (art. 220, §3º, II, da CR)

53. No que tange à norma constitucional do art. 220, §3º, II, não merece prosperar a alegação da AGU de que a existência de previsão legal (*e.g.*, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor) descaracterizaria a omissão do Congresso Nacional.

54. O fato de haver disposições pontuais e esparsas na legislação infraconstitucional a respeito de determinado tema constitucional não é suficiente para afastar a abstenção do legislador em regulamentá-lo. Este é o caso do direito de resposta e dos meios de comunicação em geral, pois as normas legais mencionadas se referem a aspectos específicos da sua projeção no âmbito de relações jurídicas casuísticas (direito de família e relações de consumo).

55. Portanto, tem-se uma omissão ao menos parcial, na medida em que o legislador infraconstitucional persiste sem disciplinar, de modo abrangente e referencial, as formas de garantia do interesse público nos meios de comunicação.

Da comunicação eletrônica (art. 222, §3º, da CR)

56. A mesma sorte não assiste ao requerente quanto ao art. 222, § 3º, da CR, diante da existência do Projeto de Lei nº 280, de 2007, do Senado Federal, que *“Dispõe sobre a produção, programação e provimento de conteúdo brasileiro para distribuição por meio eletrônico e dá outras providências”*.

RP

57. Entre os principais temas abordados pelo PL nº 280/07 constam os da composição e gestão das pessoas jurídicas atuantes como emissoras (art. 1º, *caput*) e, inclusive, da definição do que é considerado conteúdo brasileiro (art. 1º, §7º), com foco no aspecto qualitativo das grades de programação. É prevista, ainda, a atuação de agências reguladoras federais (ANCINE e ANATEL) quanto à fiscalização do cumprimento dessas diretrizes.

58. Nos termos do entendimento do STF, assentado na ADI 2.495, não há inércia do Legislativo neste caso. Ainda mais considerando-se que o referido PL encontra-se aguardando inclusão na pauta de votação, em ordem do dia, desde data recente (16 de setembro de 2011).

***Direito de resposta:
da eficácia plena à efetividade ampliada***

59. Previsto no inciso V do artigo 5º da CR, o direito de resposta é uma das garantias fundamentais de maior relevância no Estado Democrático de Direito.

60. Como reconhecido pelo STF na ADPF 130, a mencionada norma possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, nos termos da tradicional classificação doutrinária de José Afonso da Silva³⁶. Diante da sua pronta e completa aptidão para produzir efeitos, a conclusão é que essa norma não depende de intermediação legislativa.

61. Apesar de lógico, esse resultado hermenêutico é de alcance restrito, por conta das suas limitações quanto à repercussão da norma no

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

âmbito fático. Assim articula a metodologia concretista da Constituição – desenvolvida por autores como Konrad Hesse e Friedrich Müller³⁷ –, que fornece técnicas de interpretação para dar conta das recentes e constantes inovações sociais. Com fundamento no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, mostra-se necessário agregar novos patamares aos canônicos planos de análise das normas jurídicas (existência, validade e eficácia). Propõe-se, assim, um deslocamento do eixo da discussão normativa do plano da eficácia para o da efetividade e, conseqüentemente, da eficiência³⁸.

62. Na atualidade, não basta que uma norma constitucional tenha aptidão para produzir efeitos (eficácia), pois nada garante que estes serão, necessariamente, produzidos no mundo fático. Isso em razão de uma série de fatores (econômicos, políticos, culturais etc.). Portanto, uma vez assentada essa possibilidade de geração de efeitos, é preciso vislumbrar em que medida e qual a melhor forma para que uma norma de eficácia plena possa ser concretizada no plano do real. Para tanto, deve-se pensar nos seus atores e instrumentos de implementação.

63. No caso em questão, é possível afirmar que a efetivação do direito de resposta terá maior grau de intensidade quando este for disciplinado por uma regulamentação legislativa. Ao se delinear as suas hipóteses e modos de incidência será aumentado o nível de concretização da norma constitucional, de modo que sejam produzidos seus efeitos em caráter mais amplo e eficiente.

no.

³⁷ Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991; e MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto; BÂRCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 327-378.

64. A redação constitucional da norma em questão denota duas vertentes: a primeira voltada a proporcionar o contraditório, e a segunda ligada à responsabilidade civil, que prevê a reparação pelos danos correspondentes a violações de direitos da personalidade. Tem-se, assim, uma preocupação do constituinte com a tutela dos aspectos individual e coletivo, especialmente quando garante a possibilidade de espaço para manifestação política e formação de opinião.

65. A dupla dimensão do direito de resposta é bem detalhada por Gustavo Binenbojm:

“O direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões de interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elástico para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta.”³⁹

66. Por outro lado, pode-se considerar que “o direito de resposta tem sido concebido no Brasil em termos estritamente privatísticos”⁴⁰. Afinal, existe regulamentação infraconstitucional quanto à reparação de danos à personalidade (honra, imagem etc.) no Código Civil

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 293.

(art. 927 e ss.) e na legislação especial (e.g., Lei nº 9.610/98). Porém, não há o mesmo tipo de disciplina legal no âmbito da comunicação social, para que se assegurem os espaços e as condições para manifestações midiáticas daqueles que, porventura, tenham seus direitos desrespeitados através desse meio.

67. Isso não seria um problema no entender de alguns ministros do STF. Ao comentar o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 130, o Ministro Lewandowski ressaltou que “*o ordenamento jurídico, notadamente a lei processual, tem instrumentos que garantem, através de medidas cautelares, o direito de resposta de forma proporcional ao agravo*”⁴¹. Consequentemente, como destacou o Ministro Gilmar Mendes, a normatização do direito de resposta passa a depender “*agora não mais de construção legislativa ou de disciplina legislativa, mas dependerá de construção jurisprudencial*”. E mais, o Min. Lewandowski entende que a fixação de regras para questões subjetivas – como o prazo e as condições para o exercício do direito de resposta – dependerá da “*harmonização do tema*” perante “*quatro instâncias recursais*”.

68. A persistir essa anomia infraconstitucional e, consequentemente, tal tendência de definição jurisprudencial dos limites do direito de resposta, além de se esvaziar o papel do Parlamento em relação a um tema que tem faceta eminentemente política, cria-se um cenário de insegurança jurídica. Como a expressão “*proporcional ao agravo*”, constante do art. 5º, V, da CR, é insuficiente para delimitar os contornos do direito de resposta, na ausência de disciplina legislativa detalhada, cabe ao Judiciário delineá-lo nos casos concretos, sem qualquer parâmetro objetivo, podendo oscilar em diversos níveis e ferir a isonomia.

⁴¹ ADPF 130, p. 279.

Ademais, aguardar a homogenização de entendimento, a partir de quatro instâncias recursais, colocaria em risco o exercício desse direito fundamental de vital importância para os cidadãos e a própria democracia.

69. Como noticiado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.232, de 1992, que *“dispõe sobre a liberdade de imprensa, de opinião e de informação, disciplina a responsabilidade dos meios de comunicação, e dá outras providências”*.

70. É cediço que, no entendimento do STF (ADI 2.495), a existência de projeto de lei sobre a matéria afasta, em tese, a omissão do legislador em regulamentar dispositivos constitucionais. Afinal, uma vez deflagrado o processo legislativo, não haveria mais de se falar em abstenção do legislador em suprir as eventuais lacunas normativas no plano infraconstitucional.

71. Todavia, é possível configurar-se a situação de inércia do Legislativo – portanto, uma omissão inconstitucional – mesmo quando já tenha atuado comissivamente, ao propor projeto de lei ou ao dar início à sua tramitação. Tal ocorre nos casos, como o destes autos, em que o processo legislativo se arrasta há tanto tempo – o último movimento no PL nº 3.232/92 se deu em 22 de novembro de 1999⁴² –, que o efeito prático é o mesmo dos casos em que inexistente projeto de lei: a ausência de regulamentação legislativa.

72. Por um lado, não há como se mensurar objetivamente o tempo adequado para a duração de um processo legislativo, dada a

⁴² Informação obtida no site da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19319>. Acesso em 19/09/2011.

natureza política dessa atividade e as suas diversas nuances e variáveis, de acordo com os temas a serem analisados e disciplinados. Por outro lado, mostra-se viável e necessário um juízo de razoabilidade acerca do período de elaboração das normas legais, considerando-se a natureza da matéria e a urgência da sua disciplina perante os anseios da sociedade.

73. Portanto, além da existência de processo legislativo referente à regulamentação do tema, faz-se necessário agregar outro critério para se aferir a caracterização, ou não, de omissão inconstitucional do legislador: o da razoabilidade no tempo da sua tramitação.

74. Este é o caso do direito de resposta, ainda mais após a decisão do STF na ADPF 130, que considerou integralmente revogada a Lei nº 5.250/67 – que detalhava a matéria em sete artigos –, criando o que o Min. Gilmar Mendes denomina “*vácuo jurídico*”⁴³.

75. Poder-se-ia cogitar do afastamento dessa lacuna invocando-se a disciplina normativa do direito de resposta no direito eleitoral⁴⁴, mas ainda assim persistiria a omissão inconstitucional, pois parcial.

76. A legislação eleitoral dispõe sobre as hipóteses de incidência (Lei nº 4.737/65⁴⁵ e Lei nº 12.034/09⁴⁶) e o procedimento (Lei nº

⁴³ ADPF 130, p. 278.

⁴⁴ Cabe ressaltar que o direito eleitoral é caracterizado pela especificidade de ter muitas de suas regras instituídas no âmbito infralegal (e.g., resoluções), complementando-se as normas constitucionais e legais a partir das circunstâncias oriundas do cotidiano dos processos eleitorais.

⁴⁵ Art. 243. (...)

§ 3º É assegurado o direito de resposta a quem fôr, injuriado difamado ou caluniado através da imprensa rádio, televisão, ou alto-falante, aplicando-se, no que couber, os artigos 90 e 96 da Lei nº 4.117, de 27/08/1962. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)

⁴⁶ Art. 57-D. É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores - internet, assegurado o direito de resposta, nos termos das alíneas a, b e c do inciso IV do § 3º do art. 58 e do 58-A, e por outros meios de comunicação interpessoal mediante mensagem eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 1º (VETADO)(Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º A violação do disposto neste artigo sujeitará o responsável pela divulgação da propaganda e, quando comprovado seu prévio conhecimento, o beneficiário à multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco

9.504/97⁴⁷) do direito de resposta nos processos eletivos. Nesse âmbito, considera-se mais importante o sujeito ter espaço para contestar as alegações ofensivas do que receber indenização em pecúnia, tendo em vista o grau de influência da propaganda no convencimento dos eleitores, que pode ter um valor simbólico mais forte que determinados montantes financeiros⁴⁸.

77. Da mesma forma deve-se proceder em relação ao direito de resposta em situações da vida cotidiana, alheias aos pleitos eleitorais, que ocorrem no uso dos meios de comunicação, principalmente através da imprensa. E isso mostra-se salutar, como reconheceu o Relator da ADPF, Min. Ayres Britto, ao afirmar que *“toda matéria que não seja nuclearmente de imprensa, matéria que gravita na órbita da liberdade de imprensa, mas sem se confundir com a liberdade mesma, toda matéria, assim periféricamente ou lateralmente de imprensa, pode ser objeto de lei específica, (...)”*⁴⁹.

78. Por seu turno, o Min. Gilmar Mendes ressaltou a centralidade da perspectiva da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas: *“há um desequilíbrio – e há muitas vezes – na relação entre a imprensa e o Estado. Muitas vezes, isso pode ocorrer. Mas há também uma relação de desequilíbrio, muitas vezes, entre a imprensa e o cidadão; nas mais das vezes é isso que ocorre. O poder da imprensa, hoje, é quase incomensurável”*⁵⁰.

AO.

mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

⁴⁷ O art. 96 da lei nº 9.504/97.

⁴⁸ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 369 e ss.

⁴⁹ ADPF 130, p. 278.

⁵⁰ MENDES, Gilmar F. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 275-276.

79. Diante desse cenário, é possível conceber o instituto do direito de resposta de modo mais amplo, como na visão de Daniel Sarmiento:

“O exercício deste direito teria como pressuposto a constatação da ocorrência de cobertura manifestamente parcial de algum fato ou assunto por qualquer veículo da mídia, omitindo do público informações e pontos de vista relevantes ou os distorcendo. Nestes casos, o direito de resposta funcionaria não como um meio de proteção de direitos da personalidade, mas como um instrumento de garantia do acesso à informação e do pluralismo interno dos meios de comunicação (...)”⁵¹.

80. Na ordem constitucional de 1988, mesmo mantida a sua faceta voltada à tutela dos direitos de personalidade, o direito de resposta assume uma conotação mais social, configurando-se como direito difuso. Assim aponta Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

“Ele deve ser deslocado do particular, ofendido pessoalmente, titular de um direito à indenização, para a sociedade, credora de uma informação verdadeira, imparcial, autêntica. Aceita a concepção, forçoso é admitir que o direito de resposta, integrante do direito de informação, é também um direito difuso, que pode ser exercido por qualquer legitimado com o fim de preservar a verdade de um fato”⁵².

***Das providências a serem tomadas
para sanar a mora legislativa***

81. Apesar de confirmada a mora legislativa e, portanto, a omissão inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal não pode impor ao

⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 294.

⁵² CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

Congresso Nacional um prazo peremptório para que finalize as medidas necessárias ao cumprimento integral da Constituição.

82. A partir da ADI 2.061, a jurisprudência da Corte é no sentido de que os 30 dias para adoção das providências necessárias, em caso de omissão inconstitucional, previsto art. 103, § 2º, da CR, se aplica somente às atribuições administrativas do Chefe do Poder Executivo⁵³.

83. Por outro lado, também é certo que "*a Constituição não pode se submeter à vontade dos Poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e liberdades não serão jamais ofendidos*" (ADI-MC 293, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/1993).

84. Com base nessa compreensão, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o entendimento de que a decisão, nessa hipótese, deve se limitar à constatação da inconstitucionalidade da omissão. Assim, tanto no controle abstrato⁵⁴ quanto no concreto⁵⁵, vem aceitando a possibilidade de uma regulação

⁵³ "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.(ADI 2.061, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29-6-2001).


⁵⁴ Veja-se a ADI 2.240, na qual se declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade de lei estadual que criou Município, em razão de situação fática consolidada, em 09/05/2007. No mesmo sentido, as ADIs 3.616 e 3.689, DJ de 29/06/2007; e ADI 3.489, DJ de 03/08/2007, todas de relatoria do Ministro Eros Grau. Também em 09/05/2007, o Plenário do STF, ao julgar a ADI 3.682, entendeu que a *inertia deliberandi* (discussão e votação) configura omissão passível de inconstitucionalidade. Nesse caso, fixou prazo de dezoito meses para o Congresso Nacional adotar as providências legislativas necessárias ao cumprimento do disposto no art. 18, § 4º, da CR.

⁵⁵ No MI 283, Relator Sepúlveda Pertence, DJ de 14/11/1991, o STF, pela primeira vez, estipulou prazo

normativa provisória, numa espécie de sentença aditiva, e admitido a fixação de prazo para a adoção de providências necessárias ao cumprimento dos deveres constitucionais.

85. Nesse sentido é a decisão proferida na ADI 3.682:

“(…) 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.” (ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ-e 096, DJ 06/09/2007) (grifou-se)



para que fosse preenchida a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação de seus direitos. No MI 232, Relator Moreira Alves, DJ de 27/3/1992, a Corte afirmou que, transcorridos 6 meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei prevista no art. 195, § 7º, da CR, o requerente passaria a gozar da imunidade pleiteada. Mas foi no julgamento dos MI's 670 e 708, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e do MI 712, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ de 6/11/2007, que o Tribunal passou a adotar uma solução normativa concretizadora, propondo como solução para a omissão relativa à lei regulamentadora do exercício de greve dos servidores públicos, a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/89, que trata do exercício do direito de greve na iniciativa privada.

86. Dado o entendimento recente da Suprema Corte brasileira em relação às omissões inconstitucionais, é cabível o estabelecimento de prazo razoável, dentro dos parâmetros acima, para que o Congresso Nacional proponha as leis cabíveis.

Ante o exposto, o parecer é pelo conhecimento das ADOs nºs 10 e 11 e, no mérito, pela procedência parcial do pedido.

Brasília, 24 de abril de 2012.



DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:



ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EB