CONSULTA

Pergunta-me a *ABERT — ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO,* se existe fundamento constitucional para a obrigatoriedade de transmissão do programa oficial, denominado "A Voz do Brasil", instituído pelo Decreto-lei 1915 de 27/12/1939 — ao tempo da Ditadura Vargas, em que o Congresso se encontrava fechado, e cujo primeiro nome foi "A Hora do Brasil" —, mantido pelo D.L. 7.582/45 e que, posteriormente, foi incorporado ao Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117 de 27/8/62) pelo artigo 38, alínea "e".

Pergunta, também, caso negativa a resposta à primeira questão, se o ato administrativo da Radiobrás, retirando a flexibilização do horário obrigatório e impondo a obrigatoriedade do dispositivo, não constituiria "ato normativo" inconstitucional, capaz de permitir seu afastamento, via controle concentrado de constitucionalidade.

RESPOSTA

O artigo 2, letra "a", do Decreto-lei nº 1.915 de 27/12/1939, tinha como objeto:

"centralizar, coordenar, orientar e superintender a propaganda nacional, e servir permanentemente, como elemento auxiliar de informação dos ministérios, entidades públicas, na parte que interessava à propaganda nacional",

tendo, o Decreto-lei 7.582 de 25/5/45, criado o Departamento Nacional de Informações em moldes muito semelhantes ao Departamento de Imprensa e Propaganda anterior, extinto no dia de sua promulgação[1]

Por outro lado, o artigo 38, letra "e", da Lei 4.117/62, assim redigidos:

"Art. 38 Nas concessões e autorizações para a execução de serviços de radiodifusão serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas: ... e) as emissoras de radiodifusão, excluídas as de televisão, são obrigadas a retransmitir, diariamente, das 19 às 20 horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Poderes da República, ficando reservados 30 minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso Nacional",

manteve a obrigatoriedade do horário de propaganda oficial para as emissoras de rádio, excluindo as de televisão da imposição forjada na ditadura.

Com o advento da Constituição de 1988, toda esta legislação foi revogada, na medida em que o artigo 220 da Constituição Federal surgiu com a seguinte redação:

"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" [2]

E o § 1º do mencionado comando supremo, veiculou o seguinte discurso:

"Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV."

1 José Luis de Anhada Mello escreve: "I — Em termos de Brasil chega. Não há quase ninguém que ature. É em nome do Brasil para que recue e sinta quando se falar em pretensa nacionalidade.

O que passou passou.

A ditadura que o diga.

Desde jovem, muito jovem, ouço a decantada palavra e a sintonia aberrante "aviso aos navegantes — não há aviso aos navegantes" ...

Nada justifica a obrigatoriedade de uma transmissão, pelo menos quando se vive numa Democracia ainda pisada por medidas provisórias e liminares, com todo o respeito pelo Judiciário, que, aliás, só se manifesta quando provocado.

É algo realmente superado, que através da radiocomunicação se invista contra com notas à respeito do Governo" (A Voz do ? — Liberdade na Voz do Brasil, União das Rádios do Brasil, p. 14).

2 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o dispositivo, esclarece: "No direito anterior, já se distinguia a expressão do pensamento conforme o meio pelo qual ele se explicitava. Entretanto, como esse meio — já de comunicação de massa, embora não usasse a expressão — era, essencialmente, o jornal, falava-se em liberdade de imprensa. Isso tanto se referia à liberdade de criar e imprimir o jornal, como à de exprimir pelo jornal o pensamento.

A distinção entre liberdade de expressão do pensamento (v. supra, art. 5º, liberdade de comunicação tem sua razão de ser em virtude da repercussão desta última. Já era isso que justificava a distinção daquela em relação à liberdade de imprensa. Imagine-se agora o impacto do rádio, do cinema, da televisão, e facilmente se há de compreender que esses meios potencializam o efeito de qualquer expressão do pensamento.

Mas a comunicação social regulada neste Capítulo não abrange apenas a liberdade dos meios de comunicação de massa; igualmente compreende a liberdade dos espetáculos. Esta, com efeito, muito se aproxima da comunicação por meios como o cinema e a televisão, com que, na verdade, se associa.

Justifica-se, portanto, que a Constituição dê tratamento em separado à liberdade de comunicação.

Princípio geral. Embora seja paradoxal dizê-lo, a liberdade de comunicação tem como princípio fundamental a liberdade. É o que significa dizer que ela não sofrerá qualquer restrição" (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 4, Ed. Saraiva, 1995, p. 93/4).

Da leitura do primeiro dispositivo resta inequívoco que nenhuma restrição pode ser imposta à liberdade de imprensa[3]

O constituinte preferiu o discurso repetitivo para escoimar quaisquer dúvidas sobre a impossibilidade de restrições.

Com efeito, ao dizer:

"*a manifestação do pensamento*"

e, a rigor, ao repetir

"*a criação e a expressão*",

adotou "pleonasmo enfático", pois toda a criação reflete uma manifestação de pensamento e toda a forma de expressão é símbolo de manifestação de intelectualidade, mesmo que primitiva.

Até o vocábulo "informação" já está hospedado na expressão ampla "manifestação do pensamento", pois toda a informação leva a outrém uma "manifestação de pensamento", visto que não há informação neutra, mesmo de meros fatos.

Até mesmo uma simples fotografia já contém certo número de informações. O retrato de um cadáver, por exemplo, sob determinado ângulo, pode levar o julgador a determinar as agravantes de um homicídio[4].

Não satisfeito com essa repetição para eliminar quaisquer espécies de dúvidas, o constituinte acrescentou a explicitação

"sob qualquer forma",

o que vale dizer, a liberdade de expressão é a mais absoluta *possível* e não pode ser restringida, nem no tempo, nem no espaço, aduzindo, ainda, *os substantivos*

"processo e veículo"

para espancar, de vez, veleidades exegéticas.[5]

Finalmente, albergou a expressão

"não adotará qualquer restrição"

para deixar cristalino o princípio constitucional de que o Poder Público não pode ferir, macular, agredir a liberdade de imprensa ou de qualquer pessoa, de formar ou informar, livremente, sem patrulhamento do Estado[6].

3 Arnoldo Wald esclarece: "Na realidade, a liberdade de imprensa tem sido ampliada, nos últimos tempos, no sentido de incluir, não só o direito de informar, mas também o de estabelecer a forma como a informação deve ser dada. Abrange, assim, também o direito de recusar a publicação ou retransmissão de informações que são fornecidas de determinada maneira ou com fins específicos, assim como a faculdade de escolher o horário mais adequado para a divulgação de notícias.

Cabe lembrar que a liberdade de imprensa é essencial no Estado de Direito, não admitindo nenhuma restrição que não decorra de texto expresso na Constituição (art. 220 e § 1º). No passado, a sistemática jurídica era outra e as condições do país também explicavam que o Estado poderia colaborar na divulgação da informação, embora não devesse fazê-lo de modo imperativo", concluindo no Estado de Direito levou tempo para se sedimentar em nosso país e algumas excrescências do regime ditatorial continuaram, por longo tempo, convivendo com a plena democracia, sem que houvesse razão para a sua manutenção. Chegou a hora de acabar com elas" (grifos meus) (O Estado, a informação e os meios de comunicação, O Estado de SP, 11/7/96).

4 Pinto Ferreira ensina: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, qualquer que seja a sua forma, processo ou veículo, *não deverá sofrer medidas restritivas, devendo ser observado o que dispõe a Lei Magna"* (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira, 7º vol., Ed. Saraiva, 1995, p. 252).

5 Octávio Bueno Magano preleciona: "Ao implantar-se no Brasil a ditadura de Getúlio Vargas, com adoção de carta constitucional (19367), moldada no modelo fascista da Itália, era natural que para aqui se transplantassem algumas das práticas ali vigentes. Isso explica a instituição do DIP e da Voz do Brasil, com o fito de exaltar a pessoa do ditador; de persuadir o povo das excelências do regime; de tripudiar sobre seus opositores e de impedir a veiculação de matérias tidas como indesejáveis.

A incompatibilidade de tais práticas com os princípios fundantes da Constituição de 1988 é manifesta. *E a obrigatoriedade de que as empresas de radiodifusão saiam do ar para permitir a difusão da Voz do Brasil não apenas contraria os apontados princípios, mas também a proibição expressa do art. 220 da Lei Magna, onde se lê que as entidades veiculadoras de manifestação do pensamento, criação, expressão ou informação, não podem sofrer qualquer restrição"* (grifos meus) (Hábitos do passado, O Estado de São Paulo, 30/5/96).

6 Celso Ribeiro Bastos acrescenta: "Esse programa radiofônico, de retransmissão obrigatória pelas rádios, forma, momentaneamente, durante a uma hora em que se mantém no ar, um autêntico monopólio radiofônico, eis que os consumidores dessa forma de comunicação não têm outra opção senão a de ouvir a voz oficial do governo.

Abriu uma única exceção. Somente são legítimas as restrições impostas pela lei suprema, como decorre da parte final do artigo 220: *"observado o disposto nesta Constituição"*.

A título exemplificativo, o artigo 17 da Constituição Federal, em seu parágrafo 3º, permitiu uma restrição à "liberdade temporal" de imprensa ao impor horário gratuito, de acesso livre pelos partidos políticos, estando o dispositivo assim redigido:

"§ 3º os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da Lei"[7].

Desta forma, o artigo 220 estabeleceu liberdade pessoal, material, espacial e temporal absoluta, isto é, de qualquer pessoa — ou órgão de imprensa — (liberdade pessoal), de expor qualquer idéia (liberdade material), no território nacional (liberdade espacial), em horário que desejar (liberdade temporal), apenas restringindo tal liberdade nos casos expressos expostos no próprio texto, como é o caso do horário gratuito para os partidos políticos.

E o § 1º, com meridiana clareza, declara que:

"Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV",

afastando a possibilidade de lei infraconstitucional criar embaraço à plena liberdade de informação e manifestação de pensamento (liberdade pessoal, material, espacial e temporal) em qualquer veículo de comunicação social, isto é, TV, rádio, revista, jornais etc.[8]

E tal liberdade é principalmente realçada

Tal fenômeno agride o § 5º do art. 220 da Constituição: "os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio".

No art. 221 são arrolados os princípios a que devem obediência as rádios e a televisão. Todos eles resultam feridos por essa emissão sonora de nítida feição burocrática, sem qualquer espírito cultural ou didático. Os quatro mandamentos referidos exigem promoção da cultura nacional e regional, preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Nem mesmo estas últimas são cumpridas, porque a informação obrigatória e sem a faculdade das emissoras transmitirem-na ou não, segundo os seus critérios jornalísticos e éticos, *constitui uma drástica violência a liberdade de informação jornalística consagrada no § 1º do art. 220"* (grifos meus) (voz do Brasil e Democracia, Jornal da Tarde, 16/5/96, p. 2)

7 José Cretella Jr. explica o dispositivo: "Dois dos mais importantes meios de comunicação de nossos dias, o rádio e a televisão, serão franqueados, conforme a regra jurídica ordinária, aos partidos políticos para as transmissões que entenderem necessárias" (comentários à Constituição 1988, vol. II, Ed. Forense Universitária, RJ, 1989, p. 1.135)

8 Escrevi: "O argumento que me impressiona a favor da facultatividade, está no artigo 220 da lei suprema, que determina que a informação não sofrerá "qualquer restrição", observado o disposto na Constituição. O "caput" do artigo está assim redigido: "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" (grifos meus).

Ora, do dispositivo se tiram duas conclusões. A primeira é que a informação, vale dizer, os canais de informação, não sofrerão qualquer restrição. A locução constitucional é clara: dizer "qualquer restrição" é dizer "nenhuma restrição" A segunda, é que a restrição só poderá decorrer da própria Constituição.

Ora, os artigos 220 a 224 da lei suprema não impõem "qualquer restrição", nem tornam "obrigatória" a veiculação, pelo rádio, dos programas de promoção dos atos do governo, Parlamento e Judiciário, o que vale dizer, não impõe, a Constituição, a limitação que implica a obrigatoriedade de edição do programa oficial. Desta forma, a restrição é inconstitucional. A obrigatoriedade de veiculação da "Voz do Brasil" macula o texto maior, sobre retirar a liberdade de livre veiculação de informações, notícias ou programas em horário nobre da emissora. Um segundo aspecto é que a mesma obrigatoriedade não é exigida dos jornais, revistas ou da televisão, com o que o tratamento legal é discriminatório em relação às rádios, ferindo, também, a legislação específica, o princípio da igualdade, um dos cinco fundamentos maiores da Constituição, plasmados no artigo 5º, que são os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à segurança.

A discriminação odiosa em relação à rádio em face dos outros meios de comunicação é inconstitucional e não se justifica (A obrigatoriedade da Voz do Brasil, O Estado de SP, 9/5/96).

pela enunciação dos incisos IV, V, X, XIII e XIV, do artigo 5º, assim redigidos:

"IV. é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V. é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIII. é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV. é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Os primeiros dispositivos são vinculados à responsabilização do veículo por exercício indevido e os dois últimos com preservação do sigilo das fontes.

À evidência, com a clareza desses comandos, o artigo 38, letra "e" da Lei 4.117/62 encontra-se revogado desde 5 de outubro de 1988, visto que não recepcionado pela atual Constituição[9].

A revogação é de tanta clareza, que os próprios parlamentares, conscientes de que a propaganda oficial imposta pelos Poderes agride, violenta, dilacera, diuturnamente, a Carta Magna, apresentaram projeto de emenda constitucional, objetivando "constitucionalizar" a Voz do Brasil, estando o PEC 391 assim redigido:

"PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 391, de 1996 (Do Sr. Benedito Domingos e Outros)

Acrescenta parágrafo ao artigo 223 da Constituição Federal.

(À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO)

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional.

Art. 1º Fica acrescentado ao Art. 223 da Constituição Federal o parágrafo, que será o "§ 6º" com a seguinte redação:

"Art. 223. ...

§ 6º A prestação dos serviços de radiodifusão sonora fica condicionada à cessão gratuita do horário das 19 às 20 horas, diariamente, exceto aos sábados, domingos e feriados, para divulgação de informações dos Poderes da República, na forma da lei."

Art. 2º Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação. JUSTIFICATIVA

O mais antigo programa de rádio da América do Sul, o Programa Oficial dos Poderes da República, conhecido por todos os brasileiros como "A Voz do Brasil", retransmitido por todas as emissoras de radiodifusão sonora do país desde 1938, vem cumprindo, sem dúvida alguma, um importante papel social, fazendo chegar, diariamente, em todas as regiões brasileiras, notícias sobre a atuação dos Poderes da República.

Atualmente, a imprensa vem divulgando que algumas emissoras de rádio têm se manifestado Para que o Programa "A Voz do Brasil" venha a ser extinto, inclusive com o aval

9 Antonio Cláudio Maris de Oliveira explica: *Parece não haver dúvida de que, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, qualquer programação compulsória e de caráter permanente atinge a livre imprensa.*

No caso da Voz do Brasil, ao lado da violação à liberdade de imprensa, nós temos uma discriminação atingindo as emissoras de rádio, as únicas compelidas à divulgação do programa.

A liberdade de imprensa deve ser vista, não só como o pleno exercício do direito de informar por parte dos órgãos que exercem tal atividade, mas também como o direito da sociedade de ser informada. Em verdade, o direito de informar é corolário de um direito que o antecede, que é o direito de ser informado. A imprensa exerce o direito de informar em nome da sociedade, detentora do direito à informação, e para ela.

Claro está que qualquer limitação ao direito de informar atinge o direito de ser informado, pois aquela limitação alcança o próprio conteúdo do direito, que é a informação em si. Informação limitada é informação adulterada, incompleta ou mesmo suprimida.

A Constituição Federal, em seu art. 220, é de solar clareza ao afirmar que nenhuma restrição poderá incidir sobre a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo" (grifos meus) (A Voz do Brasil será mesmo do Brasil?, O Estado de São Paulo, 15/8/96).

de juristas renomados que alegam não ter o referido programa amparo constitucional.

....

A lei que disciplinará a Emenda Constitucional do Programa "A Voz do Brasil" deve assegurar, em caso de situações de calamidade pública, aos Poderes Municipal ou Estadual, a autorização para, em cadeia municipal ou estadual, no horário pré-reservado para "A Voz do Brasil", a divulgação e orientação que se fizerem necessárias às comunidades atingidas.

Por considerar "A Voz do Brasil" um importante canal de comunicação dos atos de Governo (Executivo, Legislativo e Judiciário) com o povo brasileiro que, através do rádio consegue penetrar nas mais longínquas regiões deste país, que veicula um programa de profundo interesse de toda a sociedade, levando informações aos brasileiro que não têm acesso a outras fontes, é que submeto à apreciação de todos os ilustres pares para a aprovação da nossa proposta.

Sala das Sessões, 18/06/1996.

DEPUTADO BENEDITO DOMINGOS (PPB/DF)" (grifos meus).

Reconhecem, pois, tais parlamentares, que a "Voz do Brasil" tisna a lei suprema, torna o Governo Federal violador da Constituição que deveria respeitar, razão pela qual pretendem tornar "constitucional" o que é inconstitucional e criar uma restrição à liberdade de imprensa, isto é, uma "restrição temporal".[10]

Em que pese a sensibilidade jurídica dos senhores parlamentares no diagnóstico da inconstitucionalidade do ato presente de exigir-se a oitiva do Brasil", não perceberam que nem por emenda constitucional seria possível a imposição de uma restrição à "liberdade temporal" da imprensa, na medida em que tal liberdade é "cláusula pétrea", pois uma garantia individual e coletiva do cidadão. Em nenhuma hipótese, portanto, podem os veículos de comunicação social ser transformados em meros programadores oficiais[11].

10 Escrevi: "Inúmeros juristas de ronome denunciaram, pelos meios de comunicação, a manifesta inconstitucionalidade dessa imposição ofensiva à liberdade de expressão, da imprensa e da sociedade, o que levou duas centenas de deputados a pretenderem, através do projeto de emenda constitucional nº 391, "constitucionalizar" o programa.

É de se lembrar que parlamentares eleitos pelo povo, democraticamente, pretendem, açora, restringir direitos da cidadania, impondo constitucionalmente a oitiva, em horário nobre, de propaganda oficial, pois afetando a liberdade dos meios de comunicação de não retransmitir a auto-exaltação dos detentores dos poderes constituídos.

A iniciativa de tais parlamentares, no estilo do ditador Getúlio Vargas, é o "avanço do retrocesso democrático, na feliz expressão de Paulo Mercadante, pois à plena liberdade assegurada pela Constituição protendem impor tal programa de auto-promoção, mesmo nos períodos em que os Poderes não estão funcionando, em virtude de recesso legal ou auto-outorgado, como ocorre na fase pré-eleitoreira.

Um aspecto positivo é, entretanto, de se realçar na iniciativa. É que ela representa o reconhecimento, por parte de tais parlamentares, de que a veiculação da "voz do Brasil" é manifestamente inconstitucional, como vêm alertando todos os juristas do país que se manifestaram a respeito. Por esta razão, pretendem "constitucionalizar" o inconstitucional programa, o que já justificaria seu imediato cancelamento, por violar a lei suprema (O avanço do retrocesso, o Estado de São Paulo, Jornal da Tarde).

11 Canotilho escreve: "Consideram-se limites absolutos de revisão todos os limites da Constituição que não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão; serão simples limites relativos aqueles limites que se destinam a condicionar o exercício do poder de revisão, mas não a impedir a modificabilidade das normas constitucionais, desde que cumpridas as condições agravadas estabelecidas por esses limites.

A existência de limites absolutos é, porém, contestada por alguns autores, com base na possibilidade de o legislador de revisão poder sempre ultrapassar esses limites mediante a técnica da dupla revisão.
Num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites; num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que alteraram as normas de revisão. Desta forma, as disposições consideradas intangíveis pela constituição adquiriram um caráter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional. Assim, os limites de revisão constantes dos arts. 286 e seguintes da Constituição poderiam ser ultrapassados se o legislador de revisão abrogasse, em primeiro lugar, estas normas, e, posteriormente, estabelecesse as alterações julgadas necessárias, de acordo com a lei de revisão sobre normas de revisão.

Com efeito, está o § 4º, inciso IV, do artigo 60, assim redigidos:

"§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

... IV. Os direitos e garantias individuais", não deixando maiores possibilidades de êxito para a tentativa do Congresso de "constitucionalizar" a "inconstitucional Voz do Brasil", de resto, podendo morrer, a tentativa, na própria Comissão de Constituição e Justiça da Câmara de Deputados[12].

Alguns intérpretes mal avisados procuram ver na obrigatoriedade da "Voz do Brasil" apenas o exercício do direito outorgado à União de explorar direta ou através de concessão, permissão ou autorização, a radiodifusão.

Não percebem, tais intérpretes apressados, que tal poder da União diz apenas respeito à autorização para funcionamento, QUE NÃO PODERÁ SER NEGADA SE AS PESSOAS SOLICITANTES TIVEREM CONDIÇÕES LEGAIS PARA CONCORRER À AUTORIZAÇÃO E HOUVER CANAIS DISPONÍVEIS[13].

Em outras palavras, se a autorização — de rigor toda a concessão ou permissão é uma autorização — pudesse implicar o poder de impor restrições e liberdade de comunicação, toda a Constituição estaria ferida de morte, pois, através da negação de autorização ou de imposição de restrições pessoais, materiais, espaciais ou temporais, eliminar-se-ia a liber-

A tese do duplo processo de revisão, conducente à relatividade dos limites de revisão, parece-nos de afastar. Já atrás, ao tratarmos da topologia das normas constitucionais, tínhamos alertado para o facto de as normas de revisão serem qualificadas como normas superconstitucionais. Elas atestariam a superioridade do legislador constituinte, e a sua violação, mesmo pelo legislador da revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria garantia da Constituição. A violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um acto constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional" (grifos meus) (Direito Constitucional, 5ª ed., Livr. Almedina, Coimbra, 1.991, p. 1.137/138).

12 Guido Antonio Andrade escreve: "Assim como o faz a sociedade civil, ferida em seus direitos de cidadania, ao desligar o rádio diante das primeiras notas da protofonia do Guarani. Não fosse o programa obrigatório, o ouvinte, querendo, poderia exercer seu sagrado direito de mudar a estação.

Milhões de brasileiros e brasileiras se manifestam contra esse escolho autoritário, assinando petições contra "A Voz do Brasil". Do lado oposto, não se viu nenhuma iniciativa de peso em defesa do horário obrigatório. Seja por parte de organizações representativas da sociedade civil, de lideranças políticas, comunitárias ou sindicais de porte.

Mesmo parlamentares, supostos beneficiários desse ato de autoritarismo, têm tomado posição contra a obrigatoriedade, que, de resto, já foi objeto de crítica do atual Presidente da República" (A Voz do Brasil contemporâneo, O Estado de SP, 22/8/1996)

13 Escrevi: "Ocorre que por ter, constitucionalmente, a faculdade de explorar os serviços do radiodifusão, assim como os demais serviços de telecomunicações, matéria exclusivamente voltada às atribuições do poder, os arautos da "propaganda oficial" entendem que podem impor restrições à liberdade de imprensa, confundindo matéria tratada num dos títulos de Organização do Estado com aquela dos direitos da cidadania, como se tais direitos — para os quais toda a Constituição é voltada, nos regimes democráticos — pudessem ser diminuídos, restringidos, pisoteados para o endeusamento do Estado.

Em outras palavras, confundiram o mero direito de explorar ou conceder, que é singela atribuição de poderes, com aquele de impor condições à liberdade de expressão, que a Constituição garante sem restrições, exceção feita à hipótese do artigo 17 § 3º

Ora, se tal confusão fosse elevada ao extremo, a luz de tão débil argumento jurídico, poderia o Poder Público impor, a todas ao emissoras de rádio e televisão, veiculação de propaganda oficial 24 horas por dia, não restringindo, mas eliminando a liberdade de imprensa por tais canais.

O argumento filosófico da "reductio ad absurdum" é suficiente para demonstrar a inconsistência do argumento, posto que tanto faz uma restrição à liberdade de imprensa por 1 ou por 24 horas, para que a restrição exista" (Ainda A Voz do Brasil, O Estado de São Paulo).

dade de imprensa, de comunicação, de manifestação do pensamento[14]

Tanto é verdade de que o "ato de conceder", não implica o "ato de restringir", que os senhores parlamentares, não vislumbrando ação legítima e constitucional do Governo Federal ao impor a "Voz do Brasil", apresentaram emenda constitucional objetivando inserir, no *artigo 220, tal obrigatoriedade.*

À evidência, revogada está toda a legislação infraconstitucional que lastreava a "Voz do Brasil", desde 5 de outubro de 1988[15]

Tem o Supremo Tribunal Federal entendido que as leis anteriores ao atual sistema que não foram por ele recepcionadas, encontram-se *revogadas*, razão pela qual não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Ora, se o artigo 38, letra "e", do C.B.T. está revogado, por não ter sido recepcionado pelo artigo 220 da lei suprema, à evidência, qualquer ato normativo que tenha sido ou venha a ser produzido depois de 5 de outubro de 1988, *procurando reviver lei revogada*, é um ato normativo inconstitucional, visto que produzido sem lei a autorizar a sua edição[16].

14 Mário Sérgio Duarte Garcia esclarece "Não é demais reiterar que a lei que impôs a obrigatoriedade do programa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, que, *de forma expressa no seu art 220, garantiu a liberdade do pensamento, a criação, a expressão e a informação, proibido qualquer restrição a manifestações dessa natureza, estabelecendo o seu § 1º que "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social* "É evidente a distonia entre essa disposição constitucional e a obrigatoriedade questionada" (grifos meus) (Resquício do autoritarismo, O Estado de São Paulo).

15 Marilene Talarico Martins Rodrigues lembra que: "A liberdade de imprensa é essencial no Estado de Direito e a nossa Constituição Federal de 1988 adotou não só o Estado de Direito, mas o Estado Democrático de Direito *(art. 1º), sendo um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil a não-intervenção (art. 4º*, IV).

A Liberdade de imprensa é essencial ao Estado Democrático de Direito, não sendo admitida nenhuma restrição que não decorra diretamente do texto constitucional (art. 220 e § 1º).

No passado, as condições do país eram outras e o próprio regime jurídico justificava a obrigatoriedade, pois a História registra que, a partir da instituição no Brasil do chamado Estado Novo e da ditadura de Getúlio Vargas, os direitos e as garantias individuais foram restringidos e a imprensa deixou de ser livre, em face de seu caráter público, conforme se constata do art. 122, inc. 15 da Constituição Federal de 1937, promulgada por Decreto do Presidente da República, com instituição oficial do autoritarismo estabelecendo: (a) censura prévia da imprensa; (b) caráter público da imprensa; (c) obrigatoriedade de inserção de comunicados do governo, nas dimensões estabelecidas em lei) (grifos meus) (Programa ultrapassado, Jornal da Tarde, 8/8/96).

16 Lê-se na ADIN 129-9-São Paulo, a seguinte ementa:

"Rel.: Min. Francisco Resek

Requerente: Assoc. dos Substitutos dos Serviços Notariais e Registrais do Brasil

Requeridos: Gov. do Estado de São Paulo, Assembléia Legislativa do Est. de SP e Tribunal de Justiça do Est. de SP

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — IMPUGNAÇÃO DE LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL E DE ATO REGULAMENTAR EDITADO SOB A ÉGIDE DA NOVA CONSTITUIÇÃO — INIDONEIDADE DO REGULAMENTO DE EXECUÇÃO PARA EFEITO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO — INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DA LEI — INOCORRÊNCIA — HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO — IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURACÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE — AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.

— Regulamentos subordinados ou de execução supõem, para efeito de sua edição, pelo Poder Público, a existência de lei a que se achem vinculados. Falece-lhes, desse modo, a necessária autonomia jurídica para se qualificarem como atos normativos suscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade.

— A regulamentação de lei pré-constitucional por ato estatal editado sob a égide de novo ordenamento constitucional não basta para autorizar, em sede de ação direta, o confronto da espécie legislativa com a Constituição superveniente.

Não se trata de regulamentação atual de lei anterior tida por revogada, mas de hipótese em que a lei anterior, por revogada não vinha sendo cumprida, tendo sido revitalizada por ato presente. Apenas em parte, portanto, aplica-se ao caso a ementa da ADIN 129-9-SP, ou seja, a parte que reconhece estar a lei não recepcionada, revogada à luz do novo ordenamento.

Não há que se falar, na hipótese presente, em ato ilegal, pois um ato é ilegal em face de uma lei. Ora, se o ato é produzido, *sem lei a embasá-lo*, visto que *revogada* pela não-recepção, *tal ato não pode ser ilegal, mas é* inconstitucional se *contrário a dispositivo da Lei Maior*. Não violenta lei, porque esta não existe, mas violenta a Constituição porque é contrário à norma nela contida[17]. E o que é pior, pretende revitalizar lei revogada, quando já a Radiobrás adotara a flexibilização dos horários obrigatórios, permitindo que rádios que prestassem serviços públicos, não fossem obrigadas a veicular a Voz do Brasil das 19 às 20 horas.

Ocorre que a Radiobrás, que vinha "flexibilizando" o horário referente à "Voz do Brasil", pelo comunicado ao Senado Federal e a todas as emissoras de rádio, abaixo transcrito:

Brasília 5/12/1996.

Exmo. Sr. Senador José Sarney — Presidente do Senado Federal

Senhor Senador,

Através do Dr. Fernando César Mesquita, a Pre-sidência da RADIOBRÁS tomou conhecimento da insatisfação do Senado Federal com uma aplicação mais liberal da Lei que obriga a retransmissão da Voz do Brasil.

A Presidência da RADIOBRÁS vinha autorizando a divulgação da "Voz do Brasil" em horários diferenciados para emissoras que nos grandes centros urbanos prestavam serviços a população massacrada pelo trândito. Também essa liberalidade vinha sendo acordada a emissoras que tinham necessidade de

— A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato.

— *A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado.*

O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade "in abstracto orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 — 95/993 — 99/544) — foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988.

— *A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.*

O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer da ação por impossibilidade jurídica do pedido

Brasília, 7/2/1992.

SYDNEY SANCHES — Presidente

CELSO DE MELLO — Relator p/o Acórdão" (grifos meus)

17 Paulo Lucena de Menezes esclarece: "É que a obrigatoriedade de retransmissão imposta, além de ir de encontro a princípios basilares da Constituição Federal (art 1o e art 173), é igualmente repudiada por disposições específicas que protegem *a liberdade de informação (arts. 220 e 221), ao mesmo tempo em que vedam a promoção pessoal das autoridades públicas (art 37, § 1º)* Por tais motivos, a resistência governamental em favor do *status quo*, além de ilegítima, é inconstitucional e, portanto, infrutífera" (grifos meus) (A Voz do Brasil, O Estado de São Paulo, 25/07/96).

transmitir jogos de futebol ou festas religiosas.

Nos últimos tempos os pedidos de liberação se generalizaram e os abusos ficaram evidentes. A ABERT procurou o Presidente da RADIOBRÁS para solicitar uma negociação que nos limites da lei permitisse a liberação da retransmissão da "Voz do Brasil" em horários diferentes.

Alem da comunicação do Dr. Fernando César Mesquita, encontrei os Senadores Pedro Simon, Lúcio Alcântara e Bernardo Cabral, que me relataram a insatisfação dos Senadores com o abuso de certas emissoras em não cumprir a lei da obrigatoriedade da transmissão da "Voz do Brasil".

Diante desses fatos, tomei as seguintes providências e solicitaria a V.Exa. que comunicasse aos demais Senadores:

1) A RADIOBRÁS suspende todas as autorizações de retransmissão da "Voz do *Brasil" em horários diferenciados do previsto na Lei, até que o Senado da República seja procurado pela ABERT, que em nome das emissoras de rádio do Brasil deverá se entender com os Senadores sobre as formas que a RADIOBRÁS deve utilizar para autorizações de liberação da "Voz do* Brasil".

2) A Presidência da RADIOBRÁS entende que o Fórum competente para as emissoras de rádio discutirem a "voz do Brasil" é o Poder Legislativo. A RADIOBRÁS aplica a lei em vigor e administrativamente pode acordar algumas liberações, desde que não haja abuso por parte dos interessados.

3) Tendo o Senado da República assumido a defesa do respeito à Lei, encaminho nesse momento comunicação à ABERT aconselhando esse órgão a buscar entendimento com o Senado da República sobre a questão da "Voz do Brasil". Seria importante que a Câmara dos Deputados pudesse ser associada a esses entendimentos .

4) A RADIOBRÁS passará a cumprir restritamente a lei no aguardo de novas determinações legais que passam ocorrer em função das negociações entre as emissoras de rádio e o Senado da República.

Apresento a V.Exa. os meus protestos de estima e admiração, o meu respeito ao Poder Legislativo e o meu apreço aos Senadores da República.

Respeitosamente,

MAURÍLIO FERREIRA LIMA (Presidente da RADIOBRÁS)" (grifos meus).

afastou a referida "flexibilização" e tornou "obrigatória" a transmissão da "propaganda oficial" do Governo[18]

À evidência, tal comunicação, que também foi encaminhada a todas as emissoras de rádio, *via ABERT* — entidade que congrega mais de 3.000 empresas do setor — restringiu a liberdade de expressão e informação, sendo, pois, um *ato normativo* inconstitucional, pois revigorando lei que não existe, porque revogada em 5 de outubro de 1988[19].

Por esta linha de raciocínio, há de se compreender que tal ato é suscetível de ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, pois além de seu caráter normativo, impõe obrigações que não constam de qualquer lei — a lei de direito pretérito foi revogada — e viola a Constituição Federal em seu artigo 220.

Por esta razão, entendo que cabe a propositura, através de representação a OAB ou à Procuradoria Geral da República, de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 102, inciso I, letra "a", da Constituição Federal, assim redigido:

"Compete ao Supremo Tribunal Federal,

18 Em linguagem candente, após enumerar as inconstitucionalidades da exigência, Rubens Approbto Machado escreve: "Impõe-se a extinção dessa abominável Voz do Brasil, que é desprezada por todas as camadas sociais brasileiras. Tal qual João Sem Terra, conseguiu o impossível: unir contra ela o pobre e o rico, o branco, o negro e o amarelo, o intelectual e o analfabeto. Todos pedem: fim da Voz do Brasil" (em artigo publicado no Estado de São Paulo).

19 Renato Ferrari, na mesma linha, escreve: "O direito de escolha assegura ao cidadão ouvir o que quer e deixar do ouvir o que não quer. O direito de ouvir implica o de não ouvir. A Voz do Brasil contraria esse complexo, açambarcando por determinado tempo a constitucionalidade da comunicação social" (em artigo publicado em O Estado de São Paulo).

precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I. processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e *a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal" (grifos meus).*

Com efeito, tal ato normativo revoga comportamento anterior (flexibilização de horário) e impõe a obrigatoriedade de transmissão a todas as emissoras, tendo a publicidade do ato sido conformada pela comunicação à ABERT das determinações impostas e comunicadas ao Senado Federal.

É de se lembrar que a demonstração da pertinência temática é desnecessária para legitimar a OAB ou a Procuradoria Geral da República, que podem defender qualquer dispositivo constitucional agredido por legislação ou atos infraconstitucionais.

É de se lembrar ainda que a comunicação referida, que revigora lei revogada, o que vale dizer, sem ter qualquer suporte legal, *cria obrigação* que a Constituição não permite, razão pela qual sua ofensa é contra o texto constitucional[20]

Por todo o exposto, entendo ser de manifesta inconstitucionalidade o ato normativo consubstanciado na Comunicação ao Senado e ABERT, atrás transcrita, considerando cabível o veículo da ação direta de inconstitucionalidade para declará-lo inconstitucional[21].

S.M.J.

São Paulo, 12 de Dezembro de 1996.

Ives Gandra da Silva Martins, Professor Emérito das Universidades Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi titular de Direito Constitucional e Direito Econômico.