

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O PSOL – PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, partido político inscrito no CNPJ sob nº 06.954.942/0001-95, com representação no Congresso Nacional e com sede na cidade de Brasília – DF, na SCS, Quadra 01, Bloco E, Lote 30, Edifício Ceará, Salas 1203/1204, CEP 70.303-900 (doravante denominado “PSOL” ou “ARGUENTE”), neste ato representando por seu Presidente Sr. **AFRÂNIO TADEU BOPPRÉ**, brasileiro, casado, professor, portador da Cédula de Identidade RG nº 1.167.813 SSP/SC, inscrito no CPF/MF sob o nº 446.517.169-20, residente e domiciliado na cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, na Rua Almirante Lamego, 910, Bloco B, apartamento 303, CEP 88015-600, com fundamento no Artigo 102, §1º da Constituição Brasileira e no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, por seus advogados ao final assinados (anexo 2), que receberão intimações na Rua Rego Freitas, 454, conjunto 92, 9º andar, República, CEP 01220-010, São Paulo - SP, vem oferecer

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR**

com o objetivo de reparar lesão aos preceitos fundamentais abaixo indicados, causada pelos seguintes atos do Poder Público: (i) a outorga e a renovação, pelo Poder Executivo, de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados; (ii) a

aprovação, pelo Poder Legislativo, da outorga ou da renovação de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, (iii) a diplomação, pelo Poder Judiciário, de políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão, (iv) o empobrecimento, pelo Poder Legislativo, de políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão; e (v) a omissão do Poder Executivo em fiscalizar as concessões, permissões e autorizações de radiodifusão de forma a evitar a continuidade da prestação do serviço de radiodifusão por pessoas jurídicas cujos sócios ou associados tenham sido eleitos a cargos públicos ao longo do período da concessão, permissão ou autorização.

A satisfação dos requisitos processuais da ação e da medida liminar, da procedência do pedido, de sua relevância jurídica e do perigo da demora serão demonstrados no relato a seguir, que seguirá o seguinte sumário:

SUMÁRIO

I. QUESTÕES PRELIMINARES	3
I.1. Legitimidade ativa.....	3
I.2. Atos questionados	4
I.3. Preceitos fundamentais violados	11
I.4. Subsidiariedade	14
II. DO MÉRITO	20
II.1. Observação preliminar: Radiodifusão e imprensa	20
II.2. A função da imprensa na democracia	23
II.3. A autonomia da imprensa perante o Estado. Impossibilidade da participação dos exercem o poder estatal como sócios ou associados de veículos de imprensa. Violação dos artigos 220, 223 da Constituição e do regime constitucional da comunicação social.	27
II.4. Violação do direito à informação	34
II.5. Prejuízo à realização de eleições livres. Violação à democracia, à cidadania, à isonomia, ao pluralismo político e à soberania popular.....	35
II.6. Prejuízo ao controle público do poder estatal. Violação da democracia e da soberania popular.....	36
II.7. Violação dos artigos 54, I, “a” e 54, II, “a” da Constituição, da probidade administrativa e da isenção e independência dos membros do legislativo.	37
II.7.1. Violação do artigo 54, I, “a” da Constituição – contrato com empresa concessionária de serviço público.....	37
II.7.1.1. Radiodifusão é serviço público	38
II.7.1.2. Sócio/associado mantém contrato com sua sociedade/associação	38
II.7.1.3. O significado do termo “contrato que obedece a cláusulas uniformes”. ..	44
II.7.1.4. A interpretação adequada do termo “contratos que obedecem a cláusulas	

uniformes” no contexto do artigo 54, I, “a”: contratos de adesão.	47
II.7.1.5. O contrato de sociedade e o contrato de associação, no contexto do artigo 54, I, “a”, não são contratos que obedecem a cláusulas uniformes.	49
II. 7.1.6. Conclusão.....	51
II.7.2. Violação do artigo 54, I, “a” da Constituição – contrato com pessoa jurídica de direito público.	51
II.7.2.1. A norma do artigo 54, I, “a” alcança as pessoas jurídicas das quais os deputados ou senadores participem como sócios ou associados.	52
II.7.2.2. Contratos precedidos de licitação não obedecem a cláusulas uniformes.	55
II.7.2.3. Conclusão.....	68
II.7.3. Violação do artigo 54, II, “a” da Constituição.....	69
II.7.4. Jurisprudência.....	74
II.7.5. Conflito de Interesses.....	77
II.7.6. Conclusão: violação dos artigos 54, I, “a” e 54, II, “a” da Constituição, da proibidade administrativa e da isenção e independência dos membros do legislativo.	79
II.8. Violação à democracia	79
II.9. Uso político das outorgas de radiodifusão.....	80
II.9.1. Moeda de barganha.....	80
II.9.2. Uso da radiodifusão para o favorecimento de seus sócios ou associados	81
II.9.3. Voto para renovação de outorgas dos próprios parlamentares	84
II.10. Conclusão.....	84
II.11. Não violação à liberdade de expressão dos políticos que exercem mandato eletivo	86
III. DO PEDIDO	87
III.1. Pedido de Medida Liminar	87
III.2. Pedido Principal.....	88
III.3. Pedido alternativo	91

I. QUESTÕES PRELIMINARES

I.1. Legitimidade ativa

1. Em conformidade com os termos do artigo 2º da Lei nº 9.882/1999 e do artigo 103, VIII da Constituição Brasileira, o PSOL possui plena legitimidade para promover a presente ação constitucional, uma vez que é partido político devidamente constituído e possui representação no Congresso Nacional, composta por 3 deputados federais – Chico Alencar e Jean Wyllys, do Rio de Janeiro, e Ivan Valente, de São Paulo – e 2 senadores – Randolfe Rodrigues, do Amapá, e Marinor Brito, do Pará.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (doravante denominado “STF”) reconhece que não é necessário provar a pertinência temática para o reconhecimento da legitimidade de partidos políticos em ações constitucionais. Vide, a esse respeito, as ADIs 1096 e 1407 relatadas pelo Ministro Celso de Mello:

STF, ADI 1096 MC, Ementa: PARTIDO POLÍTICO - PERTINENCIA TEMATICA - INEXIGIBILIDADE (...) O reconhecimento da legitimidade

ativa das agremiações partidárias para a instauração do controle normativo abstrato, sem as restrições decorrentes do vínculo de pertinência temática, constitui natural derivação da própria natureza e dos fins institucionais que justificam a existência, em nosso sistema normativo, dos Partidos Políticos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu o vínculo de pertinência temática a condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa ad causam do Autor, somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal¹.

STF, ADI 1407 MC/DF, Ementa: PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. - Os Partidos Políticos, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podem, em sede de controle abstrato, arguir, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática².

3. Por fim, os advogados que subscrevem esta ADPF foram constituídos pelo presidente do PSOL, em conformidade, portanto, com as exigências deste Tribunal³ e do Estatuto do partido (anexo 3).

I.2. Atos questionados

4. A Lei nº 9.882/1999 contempla duas modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O caput do Artigo 1º dispõe sobre a arguição autônoma, cujo objeto é evitar ou reparar lesão a preceitos fundamentais, resultantes de ato do Poder Público. Por meio dessa ação, pode-se impugnar atos de qualquer natureza – administrativos, normativos e jurisdicionais – de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal. O parágrafo único do artigo 1º, por sua vez, dispõe sobre a arguição incidental, que serve para suscitar a jurisdição constitucional objetiva para resolver controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição⁴. No caso da ação incidental (e apenas

¹ STF, ADI 1096 MC/RS, Relator Ministro Celso de Mello DJ 22.09.1995, Ementa.

² STF, ADI 1407 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 24.11.2000, Ementa.

³ A jurisprudência do STF reconhece a legitimidade do presidente do partido para “constituir advogado com poderes específicos para propor ação direta de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, independentemente de prévia decisão a respeito do Diretório Nacional ou de sua Comissão Executiva”. Cf. STF, ADI 2381 MC-ED, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 24.05.2002, Ementa. Vide também STF, ADI 1.722-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 19.9.2003; e STF, ADO 10, Relatora Ministra Ellen Gracie, Despacho de 16.11.2010.

⁴ Cf. STF, ADPF 3/CE, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 18.05.2000, Ementa: “(...) 2. A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de

neste caso), deve-se comprovar a controvérsia judicial relevante mediante a indicação de decisões judiciais divergentes sobre a lei ou o ato normativo impugnado⁵.

5. A arguição aqui proposta é de caráter autônomo, com fundamento no caput do Artigo 1º da Lei nº 9.882/1999, e questiona os seguintes atos do Poder Público:

(i) A outorga e a renovação, pelo Poder Executivo, de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão⁶ a pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados;

(ii) A aprovação, pelo Poder Legislativo, da outorga ou da renovação de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão⁷ a pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados,

(iii) a diplomação, pelo Poder Judiciário, de políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão;

(iv) o empossamento, pelo Poder Legislativo, de políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão; e

(v) A omissão do Poder Executivo em fiscalizar as concessões, permissões e autorizações de radiodifusão de forma a evitar a continuidade da prestação do

descumprimento de preceito fundamental. No art. 1º estatuiu: 'art. 1º - A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público'. Trata-se, nesse caso, de Arguição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição. 3. Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art. 1º da Lei nº 9.882/99, 'in verbis': 'Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;' 4. Cuida-se aí, não de uma Ação autônoma, qual a prevista no 'caput' do art. 1º da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição."

⁵ Cf. voto do Ministro Cezar Peluzo na questão de ordem da ADPF 54 (STF, ADPF 54-QO/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 31.08.07) e voto do Ministro Eros Grau no agravo regimental da ADPF 92 (STF, ADPF 93-AgR/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 20.05.2009).

⁶ Cf. artigo 223, caput da Constituição Brasileira: Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

⁷ Cf. §1º, § 2º e § 3º do Artigo 223 da Constituição Brasileira: Art. 223. § 1º - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem. § 2º - A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. § 3º - O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

serviço de radiodifusão por pessoas jurídicas cujos sócios ou associados tenham sido eleitos a cargos públicos ao longo do período da concessão, permissão ou autorização.

O anexo 4 traz cópias de atos e documentos que comprovam a existência dos atos questionados. Nesse anexo, apresenta-se uma lista não exaustiva de políticos titulares de mandato eletivo (deputados e senadores da atual legislatura) que são sócios de pessoas jurídicas concessionárias, autorizatárias ou permissionárias de radiodifusão. Para comprovar essa informação e os atos impugnados, o anexo 4 contém:

(i) cópias de páginas do Sistema de Acompanhamento de Controle Societário – Siacco, da Anatel⁸, que apresentam deputados e senadores da atual legislatura como sócios de pessoas jurídicas concessionárias, autorizatárias ou permissionárias de radiodifusão;

(ii) cópias de páginas do Tribunal Superior Eleitoral que apresentam a declaração de bens de deputados e senadores que declaram possuírem quotas ou ações de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão;

(iii) cópias de portarias do Ministério das Comunicações e de decretos do Presidente que outorgam ou renovam concessões, permissões ou autorizações para pessoas jurídicas que possuem deputados e senadores entre seus sócios ou associados, conforme apontam os dados do Siaco e do TSE; e

(iv) cópias de decretos legislativos do Congresso Nacional que aprovam a outorga ou renovação de concessões, permissões ou autorizações para pessoas jurídicas que possuem deputados e senadores entre seus sócios ou associados, conforme apontam os dados do Siaco e do TSE.

A ADPF é um instrumento de controle de constitucionalidade abstrato, isto é, destina-se à análise de questões jurídicas objetivas, à proteção objetiva do ordenamento. Não se presta a analisar situações jurídicas individuais.

Nesse sentido, esclarecemos que esta ADPF não pretende discutir (i) a

⁸ O Siaco é indicado pelo próprio Ministério das Comunicações como base para consulta aos dados de sócios das prestadoras de radiodifusão, conforme informa o site do Ministério das Comunicações. Disponível em: <http://www.mc.gov.br/radiodifusao/dados-de-outorga>. Acesso em: 12.12.2011.

constitucionalidade ou qualquer irregularidade de concessões, permissões ou autorizações de radiodifusão específicas nem (ii) a constitucionalidade ou qualquer irregularidade de mandatos ou de políticos específicos. O que se pretende é que o STF analise (i) a constitucionalidade da outorga e do controle de concessões, permissões e autorizações a pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, e (ii) a constitucionalidade da diplomação e do empossamento de políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão, verificando se tais atos violam preceitos constitucionais fundamentais.

As informações elencados pelo Anexo 4, relativas a pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão e a pessoas físicas (deputados e senadores) sócios de tais pessoas jurídicas, servem apenas e tão somente para comprovar a existências dos atos impugnados por esta ADPF. Por isso, aliás, os documentos apresentados não são exaustivos.

6. Os atos ora impugnados constituem atos administrativos, em sentido amplo, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁹ pois são atos realizados no exercício da função de execução das normas jurídicas (função administrativa)¹⁰.

Note-se que (i) os decretos e portarias do Poder Executivo que outorgam ou renovam as concessões, permissões e autorizações de radiodifusão, bem como (ii) os decretos legislativos do Poder Legislativo que aprovam as outorgas ou renovações de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão não têm caráter normativo. Não são gerais e abstratos¹¹. Ao contrário, são concretos e específicos: outorgam, renovam ou aprovam concessões, permissões e autorizações específicas para cada pessoa jurídica que irá prestar o serviço. Note-se também que a doutrina é consensual em afirmar que os atos administrativos não são exclusivos do Poder Executivo¹². Podem também ser

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 380-382; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 183.

¹⁰ “Pelo critério objetivo, funcional ou material, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.” In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, cit., p. 186. Sobre as funções estatais, vide Eros Roberto Grau: “Donde a seguinte taxionomia: função normativa – a de produção das normas jurídicas (= textos normativos); função administrativa – a de execução das normas jurídicas; função jurisdicional – a de aplicação das normas jurídicas.” In: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 242.

¹¹ Atos normativos são estatuições primárias (na medida em que valem por força própria) que contêm preceitos abstratos e genéricos e são emanados em decorrência do exercício de poder originário ou de poder derivado. Cf. GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 242. Vide também BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 57-58.

¹² Vide, por toda a doutrina, MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 380; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, cit., p. 186.

emanados pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, como é o caso dos segundo, terceiro e quarto atos impugnados por esta ação.

7. Importa notar que a ADPF é adequada para o questionamento de atos do Poder Público em geral – atos administrativos, normativos e jurisdicionais –, e não apenas os de cunho normativo. Como afirma Daniel Sarmento:

“Pela própria redação do *caput* do art. 1º é possível notar a enorme abrangência da ADPF, que pode ser utilizada não apenas com o objetivo de censurar atos normativos, mas também atos administrativos e até mesmo atos jurisdicionais, agora sujeitos também ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade. As hipóteses são as mais diversas: contratos administrativos, editais de licitação e de concurso, decisões dos tribunais de contas, entre inúmeros outros atos estatais.”¹³

Em conformidade com este entendimento está a jurisprudência do STF.

STF, ADPF 3 QO/CE, Ementa: “2. (...) A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. No art. 1º estatuiu: “Art. 1º - A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” **Trata-se, nesse caso, de Arguição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição**”. (grifou-se)¹⁴

STF, ADPF 1/RJ, Voto do Ministro Néri da Silveira: “Distinguindo-se, da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, segundo a disciplina que lhe conferiu a Lei nº 9.882/1999, em seu art. 1º, – a lesão à Constituição, em um ou mais de seus preceitos fundamentais, que se pretenda reparar ou evitar, **pode resultar de ato não-normativo do Poder Público**, sendo também cabível quando relevante for o fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. (...)”

Podendo, dessa forma, na arguição regulada na Lei nº 9.882/1999, ter-se como objeto **'ato do Poder Público' federal**, estadual, distrital ou municipal, **normativo ou não**, desde que apontada lesão ou ameaçada de ofensa a preceito fundamental, dele resultante (...)” (grifou-se)¹⁵

¹³ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91. No mesmo sentido, vide BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 325; 330; TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 62; BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental e Legislação Regulamentadora. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 78;

¹⁴ STF, ADPF 3 QO/CE, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 18.05.2000, Ementa.

¹⁵ STF, ADPF 1/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 03.02.2000, p. 12.

STF, ADPF 93/DF, Voto do Ministro Marco Aurélio: “O preceito legal [artigo 1º da Lei 9.882/1999] revela caber a arguição de descumprimento de preceito fundamental **contra ato, gênero, do Poder Público que, de alguma forma, possa ser considerado como a colocar em plano secundário direitos fundamentais**”. (grifou-se)¹⁶

A ADPF é, portanto, um meio adequado para questionar os atos administrativos indicados por esta ação.

8. Entendimento contrário a este, de que a ADPF serve apenas para questionar atos normativos, contraria a finalidade desta ação. A ADPF “vem completar o sistema de controle de constitucionalidade”¹⁷ de maneira a permitir a análise de questões não passíveis de apreciação pelas outras formas de controle constitucional concentrado. A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade já servem para questionar atos normativos. A ADPF as complementa permitindo a impugnação de quaisquer atos do Poder Público – administrativos, normativos e jurisdicionais –, bem como de atos normativos pré-constitucionais, desde que não haja outro meio eficaz de sanar a lesividade.

9. Importa esclarecer também que a ADPF serve para questionar atos comissivos e omissivos do Poder Público. Segundo Alexandre de Moraes:

“Caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitarem lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela **conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos**.” (grifou-se)¹⁸

Cabe, portanto, a impugnação, por esta ADPF, do ato de omissão do Poder Executivo em fiscalizar as concessões, permissões e autorizações de radiodifusão, como acima indicado.

¹⁶ STF, ADPF 93, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 20.05.2009, p. 17.

¹⁷ Como afirma o Ministro Gilmar Mendes, “Pode-se dizer que a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade, de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de normas – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, ao lado dos instrumentos de omissão, especialmente da ação direta por omissão –, poderão ser objeto de exame no âmbito desta nova ação.” In: STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, p. 8.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 19. No mesmo sentido, Daniel Sarmento: “Com efeito, cumpre notar, em primeiro lugar, que a lesão a preceito fundamental da Constituição pode resultar de ato omissivo ou comissivo dos Poderes Públicos.” in: SARMENTO, Daniel, Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cit., p. 101; Também nesse sentido ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 216.

10. A outorga de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas ligadas a políticos é uma prática antiga no Brasil.

Em 1980, 103 políticos de 16 estados controlavam, direta ou indiretamente, emissoras de rádio e televisão¹⁹. Em 1981, os políticos controlavam ao todo 188 canais de rádio e televisão²⁰. A prática foi mantida no período de redemocratização. No período de 15 de março de 1985 a 05 de outubro de 1988, o então presidente José Sarney e o então Ministro das Comunicações Antônio Carlos Magalhães distribuíram 91 outorgas de radiodifusão diretamente a deputados e senadores constituintes²¹. Dos 559 constituintes, 146 parlamentares, ou 26,1% do total, eram controladores de empresas prestadoras do serviço de radiodifusão²².

O governo de Fernando Henrique Cardoso, segundo a Folha de São Paulo, distribuiu 357 outorgas para a prestação de serviço de radiodifusão educativo, entre as quais ao menos 23 foram direta ou indiretamente para políticos²³. O Governo Lula, por sua vez, havia distribuído, até agosto de 2006, 110 outorgas de emissoras educativas, entre as quais ao menos 7 canais de TV e 27 de rádio foram distribuídos a fundações ligadas a políticos²⁴.

Segundo o site Donos da Mídia, no mandato de 2005-2008, 147 prefeitos eram proprietários de emissoras de rádio ou TV²⁵. Na legislatura de 2007-2010, 20 dos 81 senadores (24,69% da casa), 48 dos 513 deputados federais (9,35% da casa) e 55 deputados estaduais eram proprietários de emissoras de rádio ou TV²⁶. Lima e Lopes²⁷ apontam que das 2205 rádios comunitárias autorizadas pelo Ministério das

¹⁹ Cf. matéria do Jornal do Brasil intitulada “No ar, a voz do dono”, de 7 de dezembro de 1980. LIMA, Venício A. de; LOPES, Cristiano Aguiar. **Coronelismo Eletrônico de Novo Tipo**. Projeor – Instituto para o Desenvolvimento do Jornalismo. Junho de 2007. Disponível em: <<http://donosdamidia.com.br/artigos>>. Acesso em: 10.04.2010, p.8

²⁰ Cf. matéria do Jornal do Brasil, intitulada “Rádio e TV dão ao PDS vantagem sobre as oposições”, de 29 de novembro de 1981. AMORIM, José Salomão David. A radiodifusão no Brasil: 1974-1981. In: **Comunicação & Política**. vol. 1, no 2. Rio de Janeiro, Cebela, 1983, p. 57-59.

²¹ MOTTER, Paulino. O uso político das concessões das emissoras de rádio e televisão no governo Sarney. In: **Comunicação & Política**, Vol. I, no 1, agosto-novembro, 1994, p. 89- 115.

²² MOTTER, Paulino, O uso político das concessões das emissoras de rádio e televisão no governo Sarney, cit., p. 89- 115.

²³ LOBATO, Elvira. **FHC distribuiu rádios e TVs educativas para políticos**. Folha de São Paulo, 25.08.2002. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/asp280820025.htm>>. Acesso em: 10.04.2010.

²⁴ LOBATO, Elvira. **Governo Lula distribui TVs e rádios educativas a políticos**. Folha de São Paulo, 18.06.2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u79613.shtml>>. Acesso em: 10.04.2010.

²⁵ Projeto Donos da Mídia. Disponível em <<http://donosdamidia.com.br/levantamento/politicos>>. Acessado em 10.04.2010.

²⁶ Projeto Donos da Mídia. Disponível em <<http://donosdamidia.com.br/levantamento/politicos>>. Acessado em 10.04.2010.

²⁷ LIMA, Venício A. de; LOPES, Cristiano Aguiar, *Coronelismo Eletrônico de Novo Tipo*, cit., p. 40.

Comunicações de 1999 a 2004, 1106 (50,2%) tinham vínculos políticos²⁸.

11. Segundo o mapeamento que fizemos no Sistema de Acompanhamento de Controle Societário – Siacco, da Anatel, e no site do TSE (anexo 4), 41 deputados (7,99%) e 7 senadores (8,64%) são sócios ou associados diretos de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão. Se considerados os parentes de primeiro grau e as participações indiretas, esse número pode chegar a 52 deputados (10,15%) e 18 senadores (22%)²⁹, como indica o levantamento da Transparência Brasil.

I.3. Preceitos fundamentais violados

12. Segundo José Afonso da Silva, a noção de preceitos fundamentais abrange os direitos fundamentais e “todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados e do Distrito Federal, e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais”³⁰.

Há um razoável consenso na doutrina de que (i) os fundamentos da República estabelecidos pelo artigo 1º da Constituição Brasileira, (ii) os direitos e garantias estabelecidos pelo artigo 5º e por outros artigos da Constituição, como o artigo 220, (iii) os princípios que disciplinam a atividade da Administração Pública estabelecidos pelo artigo 37 da Constituição e (iv) os princípios protegidos pelas cláusulas pétreas do art. 60, §4º da Constituição constituem preceitos constitucionais fundamentais³¹. Não

²⁸ Os dados sobre o controle de outorgas de radiodifusão por políticos descritos no ponto 10 também foram apresentados em ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988. São Paulo, 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 238-240.

²⁹ TRANSPARÊNCIA Brasil. **Projeto Excelências**. Disponível em: <<http://www.excelencias.org.br/@casa.php?bc=concessao&casa=0>>. Acesso em: 19.03.2011.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 562.

³¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, cit., p. 306; MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto, In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p.128-129; SARMENTO, Daniel, Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cit., p. 101. Na jurisprudência, vide STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, p. 11 e 57; STF, ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 30.04.2009, p. 41.

Em seu voto na ADPF 33, o Ministro Gilmar Mendes afirma: “É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétreia do art. 60. Da mesma forma, não se

obstante, doutrina e jurisprudência admitem a inviabilidade de se estabelecer previamente um rol restritivo dos preceitos fundamentais da Constituição Brasileira. Entende-se, como aponta o Ministro Gilmar Mendes, que a lesão a preceito fundamental não ocorre apenas quando se “afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio”³². Nesse sentido, a identificação das regras e princípios constitucionais que constituem preceitos fundamentais requer a análise e a interpretação do texto constitucional e das conexões de conteúdo entre suas normas³³.

13. No que se refere à presente ação, conforme será demonstrado abaixo, (a) o controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados e (b) a participação, direta ou indireta, de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão violam os seguintes preceitos fundamentais da Constituição Brasileira:

- (i) a liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX e artigo 220 da Constituição³⁴);
- (ii) o direito à informação (artigo 5º, inciso XIV da Constituição³⁵);
- (iii) a divisão entre os sistemas estatal, público e privado de radiodifusão estabelecida pelo Artigo 223 da Constituição³⁶, cujo objetivo é assegurar o direito

poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, da Constituição: princípio federativo, a separação de poderes, o voto direto, universal, secreto e periódico.” In: STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, p. 11.

³² STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 15.

³³ Diz o Ministro Gilmar Mendes: “É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios [sic] basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...)”

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.” In: ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 15.

Concordando com o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma que: “Primeiro, eu não teria, ao que me recorde, nenhuma reserva a fazer ao voto no que diz respeito ao conceito do que seja preceito fundamental – que, para mim, (...) envolve regras e, sobretudo princípios – mas, em relação ao qual, evidentemente, se deixou uma margem de concretização ao Tribunal para, em cada caso, verificar ou não a presença de um preceito fundamental em causa.” In: STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, p. 57.

No mesmo sentido manifesta-se o Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 30.04.2009, p. 41.

³⁴ Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; 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.

³⁵ Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

³⁶ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o

- da sociedade civil e da imprensa de conduzir a atividade de radiodifusão nos sistemas público e privado de radiodifusão com autonomia perante o Estado;
- (iv) o direito à realização de eleições livres (artigo 60, § 4º, inciso II da Constituição³⁷);
- (v) a soberania popular (parágrafo único do artigo 1º e artigo 14 da Constituição³⁸);
- (vi) o pluralismo político (artigo 1º, inciso V da Constituição³⁹);
- (vii) o princípio da isonomia (art. 5º, caput da Constituição⁴⁰);
- (viii) o direito à cidadania (artigo 1º, inciso II da Constituição⁴¹);
- (ix) os impedimentos e incompatibilidades inerentes ao exercício de mandato eletivo estabelecidos pelos artigos 54, I, “a”⁴² e 54, II, “a”⁴³ da Constituição e, conseqüentemente, a isenção e independência dos membros do Poder Legislativo e a probidade administrativa;
- (x) o direito de fiscalizar e controlar o exercício do poder estatal, inerente à democracia; e
- (xi) a democracia, afirmada no preâmbulo e no artigo 1º da Constituição⁴⁴.

14. Como base no que se argumentou acima, é inegável que os preceitos indicados nos itens “i”, “ii”, “iv”, “v”, “vi”, “vii”, “viii”, “x” e “xi” são preceitos fundamentais. Os preceitos indicados nos itens “iii” e “ix” também são fundamentais pois, como se demonstrará nesta ação, são normas que conferem densidade normativa à liberdade de

serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

³⁷ Art. 60. (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

³⁸ Art. 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

³⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: V - o pluralismo político.

⁴⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito (...) à igualdade (...).

⁴¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: II - a cidadania.

⁴² Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes.

⁴³ Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: II - desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada.

⁴⁴ Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (...)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

expressão, no primeiro caso, e à proibição administrativa, ao direito de realização de eleições livres e à democracia, no segundo caso.

I.4. Subsidiariedade

15. O §1º do artigo 4º da Lei 9.882/1999 estabelece que “[n]ão será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Cogitar-se-ia de interpretar esta norma de forma restritiva, de maneira que a ADPF seria cabível apenas após a exaustão de todos os meios processuais eficazes para sanar a lesividade dos atos impugnados. Não obstante, a doutrina⁴⁵ e a jurisprudência do STF admitem amplamente que a subsidiariedade da ADPF não deve ser interpretada de forma literal e absoluta. A mera existência de meios processuais ordinários não constitui óbice à apresentação de ADPF. Tal como afirmou o STF:

STF, ADPF 17 AgR/AP. Ementa: “(...) A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional.”⁴⁶.

16. O STF considera que, por ser a ADPF um instrumento de controle objetivo de constitucionalidade, a subsidiariedade deve ser considerada em relação aos outros instrumentos de controle objetivo. Outro meio eficaz será, nessa medida, aquele capaz de sanar a lesividade de forma objetiva, ampla, geral, imediata e com efeitos erga omnes, tal qual a ADPF⁴⁷. É o que sustenta o Ministro Gilmar Mendes:

STF, ADPF 33/PA: “À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer meio eficaz à eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.**

⁴⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, cit., p. 314-319; TAVARES, André Ramos, Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei, cit., p. 42-48; MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110-116.

⁴⁶ ADPF 17 AgR/AP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 05.06.2002, Ementa.

⁴⁷ STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005. Ementa: (...) 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, Parágrafo 1º, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial.

Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. (...)

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

(...) ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interpretação de uma pleora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias.

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, **em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre as partes).**

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento.” (grifou-se)⁴⁸

No mesmo sentido o Ministro Cezar Peluso, em voto proferido no julgamento de medida cautelar na ADPF 79:

STF, ADPF 79 MC/PE: “Da mesma forma, o princípio da subsidiariedade para o cabimento da ADPF não oferece obstáculo à presente ação.

É que este SUPREMO vem entendendo que **a subsidiariedade exigida pelo art. 4º, § 1º da L. 9.882/99 não pode ser interpretada com raciocínio linear e fechado.**

A subsidiariedade de que trata a legislação diz respeito a outro **instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude que a própria ADPF.”** (grifou-se)⁴⁹

17. Junto à análise da subsidiariedade, a relevância pública da questão a ser resolvida na ação constitui, segundo o STF, requisito implícito ao cabimento da ADPF⁵⁰.

⁴⁸ STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, p. 32-39.

⁴⁹ STF, ADPF 79 MC/PE, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 29.07.2005.

⁵⁰ STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005. Ementa: (...) 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. Na doutrina, vide

De acordo com sua própria jurisprudência, o STF sempre será competente para analisar questões de grande relevância ao interesse público e que reclamem a interpretação objetiva da Constituição⁵¹. É o que diz o Ministro Marco Aurélio:

ADPF 46/DF: “(...) Eis o importante papel, no que tange à paz social, atribuído ao Supremo, que não pode ficar a reboque da definição do alcance da Carta da República. Digo mesmo que a Corte há de estar sempre propensa a examinar os grandes temas nacionais, contando, para tanto, com a competência de julgar os processos objetivos.”⁵²

O Ministro Cezar Peluso:

ADPF 79 MC/PE: “Da mesma forma, a ADPF vem sendo manejada também para abordar questões jurídicas fundamentais e de importância federal ou estadual transcendente.

Foi o que aconteceu no julgamento de questão de ordem na ADPF 54, relativa a seu cabimento para suscitar o debate em torno do problema do aborto do feto anencefálico (relator Ministro Marco Aurélio, DJ 4.5.2005).

A mesma posição do Tribunal começou a ser confirmada no início do julgamento da ADPF 46, relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, pela qual se discute a constitucionalidade do monopólio dos serviços postais pelos Correios.”⁵³

E o Ministro Gilmar Mendes:

ADPF 33/PA: “É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista, especialmente, o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal sempre poderá, ao lado de outros requisitos de admissibilidade, emitir juízo sobre a relevância e o interesse público contido na controvérsia constitucional.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, §1º da Lei nº 9.882, de 1999, parece solver, com superioridade, a controvérsia em torno da aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.”⁵⁴

18. Outrossim, a ADPF deve se referir ao ordenamento constitucional objetivo. Não se destina à proteção de posições jurídicas singulares, exceto quando sua decisão implicar a resolução de questões objetivas do ordenamento constitucional. Segundo o Ministro Gilmar Mendes:

ADPF 33/PA: “(...) **o ajuizamento da ação e a sua admissão estarão vinculados**, muito provavelmente, **ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à**

MENDES, Gilmar Ferreira, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Comentários à Lei n. 9.882, cit., p. 116-117; BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, cit., p. 318.

⁵¹ Cf. STF, ADPF 46/DF, Relator Originário Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Eros Grau, DJ 05.08.2009; STF, ADPF 54 QO/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 27.04.2005.

⁵² STF, ADPF 46/DF, Relator Originário Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Eros Grau, DJ 05.08.2009, p. 42-43.

⁵³ STF, ADPF 79 MC/PE, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 29.07.2005.

⁵⁴ STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, p. 40.

proteção judicial efetiva de uma situação singular.” (grifou-se)⁵⁵

No mesmo sentido, manifesta-se Luís Roberto Barroso:

“Seja como for, na argüição incidental, mesmo que estejam em jogo direitos subjetivos, haverá de estar envolvida uma situação que afete o ordenamento constitucional de maneira objetiva.” (grifou-se)⁵⁶

19. Há, portanto, três requisitos relacionados à regra da subsidiariedade: (i) a inexistência de outro meio de controle de constitucionalidade concentrado capaz de sanar a lesividade com a mesma efetividade, imediaticidade e amplitude que a própria ADPF, (ii) a relevância pública da questão jurídica objeto da ação e (iii) a necessidade de a ADPF referir-se ao ordenamento constitucional objetivo.

20. Os atos questionados por esta ADPF poderiam ser impugnados, individualmente, por meio processual ordinário que questionasse cada concessão, permissão e autorização. Não obstante, tal meio não seria capaz de sanar a lesividade com a mesma efetividade, generalidade e imediaticidade que a ADPF. Não resolveria a controvérsia relativa ao ordenamento constitucional objetivo, isto é, a alegada inconstitucionalidade (i) da prática do Poder Executivo e do Poder Legislativo de outorgar, renovar e aprovar concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam políticos que exerçam mandato eletivo como sócios ou associados, (ii) da prática do Poder Judiciário de diplomar políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão, (iii) da prática do Poder Legislativo de empossar políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão e (iv) da omissão do Poder Executivo em fiscalizar as concessões, permissões e autorizações de radiodifusão de forma a evitar a continuidade da prestação do serviço de radiodifusão por pessoas jurídicas cujos sócios ou associados tenham sido eleitos a cargos públicos ao longo do período da concessão, permissão ou autorização.

No que se refere aos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade⁵⁷, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) não são adequadas para analisar os atos do Poder Público ora questionados, pois servem para a análise de atos normativos⁵⁸ (artigo

⁵⁵ STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, p. 35.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, cit., p. 318.

⁵⁷ Como acima explicado, para o STF a subsidiariedade deve ser considerada em relação aos outros instrumentos de controle concentrado.

⁵⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, cit., p. 257-258; 280.

102, I, a da Constituição) ao passo que os atos ora questionados, tal qual demonstrado acima, constituem atos administrativos⁵⁹. Ademais, a ADI não seria adequada para impugnar os atos omissivos, nem a ADO seria adequada para impugnar os atos comissivos ora questionados.

Conclui-se, assim, que a ADPF constitui o meio adequado para a análise dos atos ora impugnados e que não há outros meios capazes de sanar a lesividade com a mesma efetividade, imediatividade e amplitude que a própria ADPF.

21. A questão apresentada nesta ação é altamente relevante ao interesse público. Conforme será demonstrado nesta ação, a radiodifusão é o meio de comunicação mais influente do país, essencial para a atividade da imprensa, para o equilíbrio entre os partidos políticos, para a realização de eleições livres, além de ser objeto de intensa disputa política. Pesquisadores do campo da comunicação afirmam que o controle de radiodifusão por políticos é responsável pela manutenção da influência política e pela perpetuação no poder dos políticos radiodifusores⁶⁰. Segundo o jornalista Alberto Dines:

“Todas as distorções e aberrações da mídia eletrônica brasileira germinam nesta questão: os meios de comunicação não podem estar nas mãos do poder político. Além de autônomos, esses veículos devem ser entregues a empresas e entidades profissionais para garantir um mínimo de competência e seriedade na difusão da informação. O grande problema da concentração da mídia brasileira começa aqui: o parlamentar se autoconcede uma emissora e depois vai negociá-la com uma grande rede de TV ou rádio”⁶¹.

Resta claro, assim, que o deslinde da questão jurídica objetiva que constitui objeto desta ação tem forte alcance político, social e econômico.

Não por acaso, a controvérsia em torno da constitucionalidade do controle de outorgas de radiodifusão por políticos é assunto relevante para o governo e amplamente retratado pela imprensa. Em 29 de março de 2010, o Ministério das Comunicações declarou por meio da Secretaria de Serviços de Comunicação Eletrônica que:

⁵⁹ Sabe-se que a jurisprudência recente do STF (ADInMC 4.048-DF, rel Gilmar Mendes, dj 14.05.2008) entendeu que a Corte “deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, **independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto**” (grifou-se). Não obstante, a ADPF, que tem por objeto o julgamento de ato (gênero) do Poder Público (artigo 1º, caput da Lei 9.882/1999), é mais adequada para o questionamento de atos administrativos do que a ADI, cujo objeto é o julgamento de atos normativos (artigo 102, I, a da Constituição).

⁶⁰ Cf. SANTOS, Suzy dos; CAPPARELLI, Sérgio. Coronelismo, Radiodifusão e Voto: a nova face de um velho conceito. In: BRITTOS, Valério Cruz e BOLAÑO, César Ricardo Siqueira (orgs). **Rede Globo – 40 anos de poder e hegemonia**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 77-101; LIMA, Venício A. de; LOPES, Cristiano Aguiar, Coronelismo Eletrônico de Novo Tipo, cit., p. 3; 2-10.

⁶¹ VIANNA, Andrea. **No ar, suas excelências**. Congresso em foco, 29.11.2005. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/Noticia.aspx?id=2395>>. Acesso em 17.02.2011.

“A Constituição não veda a propriedade. O parlamentar só não pode ser gerente ou diretor de meio de comunicação. (...) Não há previsão legal para esse impedimento”⁶².

Essa afirmação também foi feita pela imprensa⁶³. Em outros momentos, a imprensa afirmou erroneamente que a Constituição proíbe o controle de outorgas por políticos, mas que tal proibição carece de regulamentação para ser eficaz⁶⁴.

Já ao final de 2010, o Poder Público manifestou uma posição distinta. O então Ministro Chefe da Secretaria de Comunicação Social, Franklin Martins, afirmou a inconstitucionalidade do controle de outorgas de radiodifusão por políticos:

“Criou-se terra de ninguém. Todos sabemos que deputados e senadores não podem ter televisão, tem TV e usam de subterfúgios dos mais variados”⁶⁵.

Na mesma linha, em janeiro de 2011, o Ministro das Comunicações Paulo Bernardo afirmou:

“Tem já uma restrição que está colocada na Constituição”⁶⁶. “A Constituição (...) menciona que políticos não deveriam ser donos de radiodifusão (...) É o Congresso que autoriza as concessões. Então, me parece claro que o congressista não pode ter concessão, para não legislar em causa própria. Os políticos já têm espaço garantido na televisão, nos programas eleitorais. E há também a vantagem nas disputas eleitorais, e o poder político e econômico”⁶⁷.

Inobstante as diversas opiniões, a prática ora questionada é levada a cabo há

⁶² MILITÃO, Eduardo. **Ministério diz que parlamentar pode ser dono de TV**. Congresso em Foco, 29.03.2010. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_canal=21&cod_publicacao=32376>. Acesso em 17.02.2011.

⁶³ Em reportagem da Folha de São Paulo, os repórteres Felipe Bätchold e Sílvia Freire afirmam que: “A lei permite que ocupantes de cargos no Executivo ou Legislativo sejam sócios de empresas de rádio e TV e proíbe que estejam à frente da gestão das emissoras, o que é pouco fiscalizado.” In: BÄTCHOLD, Felipe; FREIRE, Sílvia. **61 políticos eleitos são proprietários de rádios ou TVs**. Folha de São Paulo, 17.10.2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1710201025.htm>>. Acesso em: 15.02.2011.

⁶⁴ A Folha de São Paulo afirma em capa da edição de 07.01.2011: “O veto, que está na Constituição, mas não foi regulamentado, consta de anteprojeto de lei que o governo levará a discussão pública.” In: Folha de São Paulo. **Político não deve ganhar TV e rádio, diz Ministro**. 07.01.2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/inde07012011.shl>>. Acesso em: 17.02.2011.

⁶⁵ Tavares, Mônica; Éboli, Evandro. **Em seminário, Franklin Martins critica concessão irregular de TVs para deputados e senadores**. In: O Globo. Publicado em 09.11.2000. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/11/09/em-seminario-franklin-martins-critica-concessao-irregular-de-tvs-para-deputados-senadores-922983317.asp>>. Acesso em: 17.02.2011.

⁶⁶ OLIVEIRA, José Carlos de. **Parlamentares comentam declaração de ministro sobre concessão de emissoras**. Rádio Câmara, 07.01.2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/radiocamara/?lnk=2000-PARLAMENTARES-COMENTAM-DECLARACAO-DE-MINISTRO-SOBRE-CONCESSAO-DE-EMISSORAS-343&selecao=MAT&materia=115568&programa=41>>. Acesso em 17.02.2011.

⁶⁷ LOBATO, Elvira. **Ministro defende proibição de que políticos tenham TV**. Folha de São Paulo, 07.01.2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0701201102.htm>>. Acesso em 21.02.2011.

décadas pelo Poder Público, como acima se demonstrou⁶⁸.

22. Por fim, o objeto desta ADPF refere-se ao ordenamento constitucional objetivo. Não se pretende discutir a constitucionalidade ou qualquer irregularidade de concessões, permissões ou autorizações de radiodifusão específicas nem a constitucionalidade ou qualquer irregularidade de mandatos ou de políticos específicos.

O que se pretende é que o STF declare que (i) a outorga de concessões, permissões e autorizações a pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados e (ii) a participação, direta ou indireta, de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão violam o ordenamento constitucional objetivo.

Em seguida, nos termos do Artigo 10 da Lei 9.882/1999⁶⁹, pretende-se que o STF comunique as autoridades e órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados “as condições e o modo de interpretação e aplicação” dos preceitos fundamentais aqui invocados.

II. DO MÉRITO⁷⁰

II.1. Observação preliminar: Radiodifusão e imprensa

23. Os meios de radiodifusão fazem parte da imprensa, tal como reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência nacional e internacional⁷¹. Daí que os meios de radiodifusão sujeitam-se às normas constitucionais que se referem à imprensa, tal qual

⁶⁸ Não se quer demonstrar com essa diversidade de opiniões a existência de controvérsia judicial. A controvérsia judicial só seria necessária caso esta ação fosse uma arguição incidental, prevista pelo parágrafo único, inciso I do artigo 1º da lei 9.882/1.999, ao passo que esta constitui arguição autônoma, baseada no caput do artigo 1º da lei 9.882/1.999 (Cf. STF, ADPF 3/CE, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 18.05.2000). Sabe-se que a posição do STF é a de que a controvérsia judicial deve ser comprovada mediante a indicação de decisões judiciais divergentes – cf. voto do Ministro Cezar Peluzo (STF, ADPF 54-QO/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 31.8.07) e do Ministro Eros Grau (STF, ADPF 93-AgR/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 20.05.2009).

O que é necessário para ambas as modalidades de ADPF é demonstrar a relevância da questão objeto da ação. Este é o objetivo desta seção: evidenciar o alcance político, social e econômico da questão e a necessidade de sua resolução de forma objetiva pelo STF.

⁶⁹ Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

⁷⁰ Os argumentos que compõem o mérito da presente ação derivam de pesquisa de Bráulio S. R. de Araújo registrada em artigo que foi submetido para publicação.

⁷¹ Cf. FISS, Owen, A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública, cit., p. 99; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, cit., p. 247; STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 30.04.2009, p.26-28; Tribunal Constitucional Federal Alemão, BVerfGE 12, 205, 2 BvG 1,2/60, 28 de fevereiro de 1961.

os outros órgãos de imprensa (v.g. jornais e revistas).

Ademais, a radiodifusão destina-se à veiculação de produção cultural voltada a diversas finalidades, tais como educação, arte, cultura, informação e entretenimento. Assim como as atividades informativas, a produção cultural constitui atividade própria da sociedade civil e requer autonomia perante o Estado de forma a evitar o dirigismo estatal da cultura. Esta autonomia é garantida pela Constituição pelo direito à liberdade de expressão artística (artigos 5º, IX e 220). Destarte, os argumentos acerca do regime constitucional e da autonomia da imprensa perante o Estado aplicam-se plenamente à atividade de radiodifusão.

24. No Brasil, a radiodifusão é o principal órgão de imprensa, pois é o meio de comunicação com maior poder de influência no país.

Trata-se do único meio de comunicação efetivamente universalizado do país⁷². Para uma grande parcela da população que não tem recursos para acessar fontes de informação e produtos culturais de conteúdo diversificado, constitui a principal, senão a única, fonte de entretenimento e informação⁷³. Além de fonte de acesso, os veículos de

⁷² Dados do Comitê Gestor da Internet no Brasil indicam que televisão e rádio são os únicos meios de comunicação efetivamente universalizados no Brasil, presentes em 98% e 86% dos domicílios do Brasil, respectivamente. A Internet tem alcance limitado – 24% dos domicílios brasileiros possuem acesso à internet mas apenas 22% destes possuem conexões com velocidade igual ou superior a 1 mbps. Cf. CGI – COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil: TIC Domicílios e TIC Empresas 2009**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010. A circulação média de jornais no Brasil, em 2009, foi de 5,73 jornais para cada 100 habitantes. Cf. ANJ – Associação Nacional de Jornais. **Leitura de jornais no mundo: 2007-2009**. Disponível em: <http://www.anj.org.br/sala-de-imprensa/noticias/Leitura%20de%20Jornais%20no%20Mundo%20%28Circulacao%20Media_Populacao%20Adulta%202013%20Copias%20por%20Mil%20Habitantes%29.pdf>. Acesso em 26.03.2011. É comum o argumento de que a telefonia fixa foi universalizada após a privatização do setor em 1998. De 1994 a 2009, o número de linhas de telefone fixo instaladas cresceu de 13,3 milhões para 59,6 milhões, número superior à meta de 55 milhões estabelecida no plano de universalização elaborado quando da privatização. Contudo, conforme Dantas e Rodrigues, diferentemente do critério adotado pelo governo para analisar o cumprimento da meta (número de linhas instaladas), o critério que deve ser levado em conta são as linhas efetivamente utilizadas. Essas totalizavam, em 2009, 41,5 milhões de linhas. A capacidade ociosa do sistema, que em países desenvolvidos não ultrapassa 10%, no Brasil é de 30%. Trata-se, portanto, de uma universalização potencial e não efetiva. RODRIGUES, Diogo Moyses. **A convergência tecnológica das telecomunicações e os direitos do consumidor no Brasil**. São Paulo: Idec, 2009, p. 54-57; DANTAS, Marcos. **A lógica do capital informação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002, p. 22. A telefonia celular apresenta franca expansão, tendo chegado em 2009 ao número de 174 milhões de aparelhos em funcionamento no país, o que corresponde a uma densidade de 90,5% (Cf. <<http://www.teleco.com.br/estatis.asp>>, acesso em: 29.09.2010). Entretanto, de acordo com a pesquisa do CGI (2010, p. 321-322), apenas 59% das pessoas possuem celular e 90% dos aparelhos são pré-pagos, o que limita consideravelmente sua utilização. Cf. CGI – COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil: TIC Domicílios e TIC Empresas 2009, cit., p. 321-322. A análise desta nota também se encontra em ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de, A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988, cit., p. 110.

⁷³ Dados do IPEA e do Ministério da Cultura sobre o consumo cultural indicam que a maior parte dos gastos com cultura das classes mais baixas (C, D e E) direciona-se à compra de eletrodomésticos, restando poucos recursos para o consumo de produtos culturais de conteúdo diversificado, como cinema, espetáculos ao vivo, DVDs, CDs, jornais, revistas e livros. Sem poder de compra para adquirir conteúdo cultural diversificado, o

radiodifusão são responsáveis pela produção de parcela relevante das notícias e produtos audiovisuais⁷⁴.

Na radiodifusão, o poder de fala é concentrado. Apenas um pólo é capaz de produzir e enviar o conteúdo da comunicação (pólo ativo), ao passo que o outro é capaz apenas de receber esse conteúdo (pólo passivo)⁷⁵. Trata-se, ademais, de uma atividade prestada sobre o espectro de radiofrequências, um bem público escasso⁷⁶, que permite a veiculação de conteúdo por um número limitado de canais.

Ainda que a recepção das informações pelos espectadores possa passar por mediações distintas, é indiscutível que quem controla um canal de radiodifusão (o pólo ativo da comunicação), exerce forte e nítido poder de influenciar a opinião pública. Não é por outra razão que a televisão é o meio que recebe a maior parcela (60,92%) do investimento publicitário direcionado aos meios de comunicação⁷⁷⁷⁸.

consumo cultural das classes mais baixas, que correspondem à maior parcela da população (88%), concentra-se na radiodifusão aberta, que tem baixo custo de acesso – pode ser consumida gratuitamente por aqueles que possuem eletrodomésticos (televisão e rádio) em seus domicílios. Esses dados evidenciam que a radiodifusão constitui a principal, senão a única, fonte de entretenimento e informação da maior parcela da população. Cf. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Brasil; Ministério da Cultura. **Economia e Política Cultural: acesso, emprego e financiamento**. Frederico A. Barbosa da Silva, autor – Brasília: Ministério da Cultura, 2007. 308 p, Coleção Cadernos de Políticas Culturais; v. 3, p. 37-40.

⁷⁴ Estudo do CPqD demonstra que a produção audiovisual concentra-se nas empresas centrais (cabeças de rede) das grandes redes de televisão. Cf. CPqD. **Cartografia Audiovisual Brasileira de 2005: Um estudo quali-quantitativo de TV e cinema**. Campinas: CPqD, 2006, p. 531-538.

⁷⁵ Em outros meios de comunicação como a internet e o telefone os participantes da comunicação estão aptos a produzir, enviar e receber o conteúdo da comunicação. Cf. LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: 34, 1999, p. 63.

⁷⁶ Conforme reconhecido pelo artigo 157 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997): Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.

⁷⁷ De acordo com Dados do Projeto Intermeios, o faturamento publicitário bruto dos meios de comunicação em 2009 foi de R\$22,3 bilhões de reais, divididos conforme a seguinte porcentagem: Televisão – 60,92%, Jornal – 14,08%, Revista – 7,69%, Rádio – 4,43%, Internet – 4,27%, TV por Assinatura 3,69%, Mídia Exterior – 2,96%, Guias e Listas – 1,6% e Cinema – 0,37%. Cf. PROJETO INTERMEIOS. **Resumo do Faturamento Bruto por Meio**. 06.05.2010. Disponível em: <www.projetointermeios.com.br>. Acesso em: 17.04.2010. A respeito do poder de influência da televisão, vide também pesquisa da consultoria Delloite: “Apesar de o computador ter surgido como um centro de entretenimento, a publicidade na televisão ainda é considerada universalmente a que mais exerce influência em todas as faixas etárias. Um segundo nível de influência constante também surge entre os meios tradicionais como revistas, jornais e fontes online” in DELLOITE Services LLP. **Estado da Democracia na Mídia**. Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.telaviva.com.br/News.asp?ID=126207>>. Acesso em: 01.04.2010. Por fim, note-se que o poder de influência da televisão no mercado de comunicação brasileiro é notado pela Rede Globo, líder do mercado de radiodifusão: “O mercado brasileiro de televisão é único no mundo. Não existe nenhum outro país em que a televisão aberta, assim definida como aquela que chega livremente aos telespectadores, atinja 99,67% dos lares e seja capaz de captar, a cada ano, 60% de todas as verbas publicitárias” Rede Globo, em proposta apresentada ao Clube dos Treze para aquisição dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de Futebol. In SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, **Parecer referente ao Processo 08012.006504/1997-11**. . 09.04.2008. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 09.04.2010.

⁷⁸ A análise sobre o poder de influência da radiodifusão apresentada neste item 24 também se encontra em ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de, A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988, cit., p. 110-112.

II.2. A função da imprensa na democracia

25. “Na história política da humanidade”⁷⁹, como ensina Comparato, “a imprensa surgiu como um meio de controle do poder, ou seja, como um instrumento de fiscalização e denúncia dos governos, em defesa dos direitos e liberdades individuais”⁸⁰.

Em meados do século XVII, surgiram na Europa os primeiros jornais, frutos da comunicação privada comercial⁸¹. Logo, as autoridades passaram a utilizar a comunicação impressa como forma de controlar a informação e de dar ciência ao público de suas decisões e normas acerca de assuntos como comércio, política e manufatura. Os escritórios de correspondências foram progressivamente transformados em instrumentos oficiais de comunicação da autoridade com o povo e as publicações da sociedade civil foram submetidas à censura⁸².

Paulatinamente, cresceu o interesse daqueles que participavam cotidianamente da produção econômica (a nova camada de burgueses) de participarem ativamente da regulamentação de suas atividades ao invés de se sujeitarem passivamente às decisões da administração⁸³. Instrumento central para atingir essa finalidade foi a imprensa.

A sociedade civil passou a fazer uso dos meios de comunicação para acompanhar e assim fiscalizar os atos do poder público, bem como para transmitir às autoridades suas demandas, críticas e expectativas⁸⁴. A esfera pública e a imprensa assumiram posição antagônica à administração⁸⁵. Surgiu assim a imprensa moderna, com a função de fiscalizar o poder e transmitir a ele as demandas da sociedade civil. Paralelamente,

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Controle público e social dos meios de comunicação. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. v.41. n.128. p. 27-32. out./dez. 2002, p. 27.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder, Controle público e social dos meios de comunicação, cit., p. 27.

⁸¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 34-35.

⁸² Cf., por todos, HABERMAS, Jürgen, Mudança Estrutural da Esfera Pública, cit., p. 35-37; 39-40; 216.

⁸³ HABERMAS, Jürgen, Mudança Estrutural da Esfera Pública, cit., p. 37-40.

⁸⁴ O testemunho de Tocqueville sobre a democracia na América constitui um bom exemplo do exercício dessa função pela imprensa nos Estados Unidos: “Reduzida a esses recursos, a imprensa ainda exerce imenso poder na América. Faz circular a vida política em todas as porções desse vasto território. Seu olho sempre aberto a todo momento põe a nu as engrenagens secretas da política, e força os homens públicos a comparecer um após o outro, diante do tribunal da opinião pública. É quem reúne os interesses em torno de certas doutrinas e formula o símbolo dos partidos; é através dela que estes falam sem se ver, entendem-se sem pôr-se em contato. Quando um grande número de órgãos da imprensa consegue marchar no mesmo passo, sua influência torna-se a longo prazo quase irresistível, e a opinião pública, tocada sempre no mesmo ponto, termina cedendo à sua insistência.” TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. In: WEFFORT, Francisco C. **Federalistas**. São Paulo : Abril, 1973, p. 227.

⁸⁵ A esfera pública, antes considerada como esfera de atuação do poder público, dissociou-se deste e passou a constituir a zona de contato entre administração e a esfera privada, o fórum no qual as pessoas privadas se dirigiam para obrigar o poder público a se legitimar perante a opinião pública. Para que isso ocorresse, a sociedade civil refuncionalizou o instrumento através do qual a administração “já tinha transformado a sociedade uma coisa pública em sentido estrito: a imprensa”. Cf. HABERMAS, Jürgen, Mudança Estrutural da Esfera Pública, cit., p. 39-40.

desenvolveram-se as condições que conferiram maior liberdade à imprensa: a progressiva queda da censura e reconhecimento do direito à liberdade de expressão dos cidadãos⁸⁶.

26. A atividade da imprensa consiste em acompanhar e divulgar (i) as informações referentes ao exercício do poder público, (ii) as demais informações socialmente relevantes, v.g. as relativas ao comércio, indústria, serviços e mercado de trabalho, e (iii) as opiniões de atores representantes de distintos setores sociais.

Sua função na democracia é controlar e fiscalizar o poder público e a iniciativa privada e comunicar ao governo as demandas, expectativas e cobranças da sociedade civil. Ao lado da participação direta nos poderes estatais, a imprensa constitui a principal forma de participação da sociedade civil no exercício do poder público.

Em razão de seu poder de influenciar a opinião pública e de controlar do poder público, a imprensa é caracterizada como “o quarto poder”.

“Quarto Poder. Os meios de informação desempenham uma função determinante para a politização da opinião pública e, nas democracias constitucionais, têm capacidade de exercer um controle crítico sobre os órgãos dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário. A imprensa independente, portanto, enquanto se posiciona em competição cooperativa com os órgãos do poder público, foi definida como o Quarto poder.”⁸⁷⁸⁸

27. A Constituição Brasileira reconhece o papel fundamental da imprensa na democracia. O direito à liberdade de expressão (artigo 5º, IX e 220 da Constituição) constitui, segundo o Ministro Gilmar Mendes, verdadeira garantia institucional de nossa Constituição⁸⁹. Além dele, a Constituição estabelece uma gama de normas que tutelam a atividade da imprensa: a liberdade de pensamento (artigo 5º, IV), o direito de resposta (artigo 5º, V), o direito à informação e o direito de sigilo da fonte (artigo 5º, XIV e XXXIII),

⁸⁶ O direito de liberdade de expressão foi progressivamente reconhecido ao longo dos séculos XVII e XVIII com a superação da censura prévia na Inglaterra em 1695, com o reconhecimento da liberdade de expressão nos Estados Unidos pela Constituição de Virginia (Virginia's Bill of Rights, artigo 12), de 12 de junho de 1776, e pela da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 1791, e na França, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, posteriormente incluída na Constituição de 1791 (artigo 11). Nesse sentido, Habermas relata que “Só com o estabelecimento do Estado burguês de Direito e com a legalização de uma esfera pública politicamente ativa é que a imprensa crítica se alivia das pressões sobre a liberdade de opinião”. In: HABERMAS, Jürgen, *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, cit., p. 216.

⁸⁷ ZANONE, Valério. Quarto Poder. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 1 ed. Vol. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 1040.

⁸⁸ A história e a função da imprensa apresentadas nos pontos 25 e 26 acima também foram relatadas em ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de, *A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988*, cit., p. 21-23.

⁸⁹ Diz o Ministro Gilmar Mendes: “O certo é que a dimensão objetiva ou institucional é elemento imprescindível de compreensão do significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. Não se pode negar que a liberdade de imprensa, além de uma pretensão subjetiva, revela um caráter institucional que a torna uma verdadeira garantia institucional.” in STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Brito, d.j. 30.04.2009, p; 223.

além de todo um bloco normativo com o nome “Da Comunicação social” (capítulo V do Título III).

28. A doutrina e a jurisprudência também reconhecem o papel fundamental da imprensa na democracia e sua proteção constitucional. Para José Afonso da Silva:

“Exatamente porque a imprensa escrita, falada e televisada (como propriamente se diz) constitui poderoso *instrumento de formação da opinião pública* (mormente com o desenvolvimento das máquinas interplanetárias destinadas a propiciar a ampla transmissão de informações, notícias, ideias, doutrinas e até sensacionalismos) é que se adota hoje a ideia de que ela desempenha uma *função social* consistente, em primeiro lugar, em 'expressar às autoridades constituídas o pensamento e a vontade popular, colocando-se quase como um quarto poder, ao lado do Legislativo, do Executivo e do jurisdicional', no dizer de Foderaro. É que ela 'constitui uma defesa contra todo excesso de poder e um forte controle sobre a atividade político administrativa e sobre não poucas manifestações ou abusos de relevante importância para a coletividade'." (destaques do original)⁹⁰

Para Dworkin:

“a influência da imprensa decorre em grande parte da justificada crença do público de que uma imprensa livre e poderosa serve para impor bem-vindas restrições às atitudes de segredo e desinformação por parte do Estado. A intenção mais básica dos autores da Constituição era a de criar um sistema equilibrado de restrições ao poder: o papel político da imprensa agindo dentro de uma imunidade limitada em relação aos seus próprios erros, parece agora um elemento essencial desse sistema – pelo fato mesmo de a imprensa ser a única instituição dotada de flexibilidade, do âmbito e da iniciativa necessárias para descobrir e publicar as mazelas secretas do Executivo, deixando a cargo das outras instituições do sistema a tarefa de saber o que fazer com essas descobertas”⁹¹.

Para Benkler:

“A importância da imprensa para o processo político não é nada novo. Ela conferiu à imprensa o apelido de “o Quarto Estado”, (...) que vem sendo utilizado por pelo menos cento e cinquenta anos. Na teoria da liberdade de expressão americana, a imprensa é frequentemente descrita como cumpridora da “função de cão de guarda”, que decorre da noção de que os representantes públicos devem ser vigiados para garantir que eles conduzam lealmente os negócios públicos”⁹².

Na jurisprudência internacional, o Tribunal Federal Constitucional Alemão afirma com precisão a relevância da imprensa para a democracia em sua clássica decisão

⁹⁰ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, cit., p. 247.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 300.

⁹² Tradução livre do original: “The importance of the press to the political process is nothing new. It earned the press the nickname “the Fourth Estate” (a reference to the three estates that made up the prerevolutionary French Estates-General, the clergy, nobility, and townsmen), which has been in use for at least a hundred and fifty years. In American free speech theory, the press is often described as fulfilling “the watchdog function,” deriving from the notion that the public representatives must be watched over to assure they do the public’s business faithfully.” In: BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom**. New Haven e London: Yale University Press, 2006, p. 236.

do Caso Spiegel-Urteil⁹³:

“Uma imprensa independente, não dirigida pelo poder público, não submetida à censura, é elemento essencial do Estado livre; especialmente a imprensa política livre, publicada periodicamente, é imprescindível para a democracia moderna. Se o cidadão deve tomar decisões políticas, tem ele [antes não somente] que ser amplamente informado, mas também deve poder conhecer as opiniões que outros formaram e ponderá-las em si. A imprensa mantém esta discussão constantemente viva; obtendo as informações, ela mesma toma posição e atua como poder orientador na discussão pública. Nela se articula a opinião pública; os argumentos são esclarecidos em discurso e réplica, ganham contornos definidos e, assim, facilitam ao cidadão o julgamento e a decisão. **Na democracia representativa, a imprensa apresenta-se, ao mesmo tempo, como constante órgão de ligação e de controle entre o povo e seus representantes eleitos na Câmara Federal e no Governo.** Ela resume, de maneira crítica, as opiniões e reivindicações que constantemente surgem na sociedade e em seus grupos, coloca-as em debate e as apresenta aos órgãos estatais politicamente ativos, que, dessa forma, podem constantemente medir suas decisões, também em relação a questões isoladas da política diária, com base no parâmetro das opiniões realmente defendidas em meio ao povo. **Tão mais importante é a “tarefa pública” que cabe, assim, à imprensa, pelo fato desta tarefa não poder ser cumprida a contento pelo poder público organizado.** As empresas da imprensa devem poder se organizar livremente no espaço social. Elas trabalham segundo princípios de economia privada e sob formas de organização de direito privado. **Há, entre elas, concorrência intelectual e econômica na qual o poder público por princípio não pode intervir.**” (grifou-se)

Entre nós, no julgamento da ADPF 130, o Supremo Tribunal Federal deu grande destaque à íntima relação entre democracia e imprensa e à relevância desta para a concretização dos direitos fundamentais.

“2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome 'Da Comunicação Social' (capítulo V do Título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de 'atividades' ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa *de per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. **Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação de contingência.** (...)”

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de revitalizar por muitos modos a Constituição, retirando-a mais vezes do papel. **A**

⁹³ BverfGE 20, 162. SPIEGEL-URTEIL. Reclamação Constitucional contra decisão judicial. 05.08.1966. In: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 439-440.

Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. (...)

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. (...)" (grifou-se)⁹⁴

II.3. A autonomia da imprensa perante o Estado. Impossibilidade da participação dos exercem o poder estatal como sócios ou associados de veículos de imprensa. Violação dos artigos 220, 223 da Constituição e do regime constitucional da comunicação social.

29. Sem prejuízo da dimensão positiva e objetiva da liberdade de expressão, que consiste na garantia constitucional objetiva da existência de condições equilibradas para que os cidadãos e a diversidade de grupos sociais possam se comunicar, e que implica o dever-poder do Estado de atuar positivamente sobre o sistema de comunicação e de regulamentá-lo de forma a garantir a existência dessas condições⁹⁵, para desempenhar seu papel na democracia, a imprensa precisa ter autonomia perante o Estado. Segundo Owen Fiss, os cidadãos:

“dependem de várias instituições para informá-los sobre as posições dos vários candidatos a cargos governamentais para relatar e avaliar as políticas em andamento e as práticas do governo (...) na sociedade moderna, a imprensa organizada, **incluindo a televisão**, talvez seja a instituição principal que desenvolve esta função e, **para cumprir essas responsabilidades democráticas, a imprensa necessita de um certo**

⁹⁴ STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 30.04.2009, Ementa. Vide também as páginas 39-40; 92; 108; 331; e 292.

⁹⁵ Para Konrad Hesse, a liberdade de expressão não constitui apenas liberdade negativa: “Ao sentido negativo ou de defesa se acrescenta uma significação positiva não menos importante: trata-se, também, de que a pessoa faça uso dessa liberdade. Só mediante uma tal atualização podem-se tornar realidade a autodeterminação do indivíduo e sua participação responsável na vida política, social, econômica e cultural e pode cobrar vida a ordenação de uma sociedade constituída em liberdade. Isso se faz especialmente evidente com o direito à liberdade de expressão, constitutivo por autonomasia para um ordenamento estatal livre e democrático, porque só o permanente debate de argumentos permite que a luta entre opiniões que constitui seu elemento vital; em tal sentido, esse direito fundamental pode adotar o caráter de direito de acesso ou participação.” (grifo nosso). Cf. HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34-35. Nesse sentido, Habermas entende a liberdade de expressão como o direito do cidadão de participar “com igualdade de condições no processo de comunicação pública (...) só através da garantia da estrutura do Estado é que se assegura uma igualdade de chance de acesso à esfera pública; uma mera garantia de não intromissão do Estado não basta mais para isso.” In HABERMAS, Jürgen, Mudança Estrutural da Esfera Pública, cit., p. 264-265. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu a dimensão objetiva do direito à liberdade de expressão na decisão do caso Spiegel-Urteil citado acima (BverfGE 20, 162. SPIEGEL-URTEIL. Reclamação Constitucional contra decisão judicial. 05.08.1966). Entre nós, na ADPF 130 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 30.04.2009), o STF também reconheceu essa dimensão, particularmente nos votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Menezes Direito e Gilmar Mendes. A doutrina brasileira também reconhece o conteúdo positivo e o caráter objetivo do direito à liberdade de expressão. Vide a esse respeito BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos EUA e no Brasil. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 01.06.2010, p. 13-17; e ARIENTE, Eduardo Altomare. **Direito à Comunicação no Brasil**. 208f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 67-74, em especial, p.72-73.

grau de autonomia em relação ao Estado.” (grifou-se)⁹⁶.

30. A independência, isto é, a necessidade de se evitar conflitos reais ou potenciais de interesse entre a imprensa e partidos, governo ou iniciativa privada, é norma ética afirmada pelos principais códigos de ética da imprensa, nacionais e internacionais⁹⁷. Em nossa Constituição, o caput do Artigo 220 garante a autonomia da imprensa ao afirmar que “[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”.

31. Para manter sua autonomia, os órgãos de imprensa não podem ter entre seus sócios, associados ou controladores aqueles que exercem o poder estatal. Afinal, se a função da imprensa é fiscalizar os que exercem os poderes estatais, então estes não podem ser controladores dos veículos da imprensa – não pode a imprensa ser controlada por quem ela deve controlar. A importância da imprensa para a democracia é tal que não pode haver conflito de interesses real nem potencial no interior de seus órgãos⁹⁸.

⁹⁶ FISS, Owen. **A Ironia da Liberdade de Expressão**: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 99.

⁹⁷ Código de Ética da Associação Nacional de Editoras de Revistas (ANER) 1. Manter a independência editorial, trabalhando exclusivamente para o leitor.

Preceitos da Associação Nacional de Jornais (ANJ). 1. Manter sua independência.

Cânones do Jornalismo adotado pelo Comitê de Ética da American Society of Newspaper Editors (ASNE), em 1922, nos Estados Unidos. III. Independência. A liberdade de todas as obrigações, exceto a da fidelidade ao interesse público, é vital. 1. A promoção de qualquer interesse privado contrário ao bem-estar geral, por qualquer razão, não é compatível com o jornalismo honesto. (...) 2. Partidarismo em comentário editorial que sabidamente se afasta da verdade constitui violência ao melhor espírito do jornalismo americano; em colunas noticiosas é subversivo de um princípio fundamental da profissão.

Declaração de Princípios da ASNE, de 1975. Artigo III. Independência. Os jornalistas devem evitar impropriedade e a aparência de impropriedade, bem como qualquer conflito de interesses ou a aparência de conflito. Não devem aceitar nada nem buscar nenhuma atividade que possa comprometer ou parecer comprometer sua integridade.

Código de Ética da Sociedade dos Jornalistas Profissionais Sigma Delta Chi, de 1996. (...) Atuar com independência. Os jornalistas devem estar livres de obrigação com qualquer interesse que não o direito do público de saber. Os jornalistas devem: • Evitar conflitos de interesses, reais ou potenciais; • Permanecer livres de associações e atividades que possam comprometer a integridade ou prejudicar a credibilidade. • (...) evitar (...) envolvimento político [e] cargo público (...). • Negar tratamento preferencial a anunciantes e grupos de interesses especiais, e resistir a sua pressão para influenciar a cobertura noticiosa. (grifo nosso)

Código de Ética dos Editores-Chefes da Associated Press, de 1995. Independência. O jornal e seu pessoal devem estar livres de obrigações com as fontes e produtores de notícias. Mesmo a aparência de obrigação ou de conflito de interesses deve ser evitada. (...) O envolvimento em política, manifestações e causas sociais que possa gerar conflito de interesses, ou a aparência de tal conflito, deve ser evitado. Também deve-se evitar que membros do quadro de pessoal do jornal trabalhem para pessoas ou instituições por eles cobertas. Investimentos financeiros por parte dos membros do quadro de pessoal ou de outros interesses externos que possam criar a impressão de um conflito de interesses também devem ser evitados.

In: BUCCI, Eugênio. **Sobre ética e imprensa**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 213-231.

⁹⁸ Faz-se referência aqui ao controle e à participação societária e não ao controle público e à regulamentação dos meios de comunicação. Como se mencionou no item 29 acima, a dimensão positiva e objetiva do direito à liberdade de expressão confere legitimidade para que o Estado brasileiro atue positivamente sobre o sistema de comunicação, regulamentando-o, de forma a promover condições equilibradas para que os cidadãos e a diversidade de grupos sociais possam se expressar. Como amplamente reconhece a jurisprudência, **a restrição à intervenção estatal sobre a expressão não serve de abrigo à formação de monopólios privados de informação e opinião**. Vide a esse respeito a jurisprudência da Suprema Corte Americana no caso Associated Press vs. United States: “**Seria realmente estranho, no entanto, se a grande preocupação**

32. Quando a imprensa é controlada pelos que exercem o poder estatal, como ocorre atualmente no Brasil nos casos de controle de meios de radiodifusão por políticos com mandato eletivo, ela perde sua autonomia. Deixa de ser instrumento de fiscalização para tornar-se instrumento de manipulação⁹⁹. Os políticos controladores da imprensa passam a ter o poder de filtrar e restringir as informações a serem divulgadas e assim limitar, na medida de seus interesses, a fiscalização do exercício do poder e a comunicação da reflexão pública ao Estado. Ademais, passam a poder utilizar o poder de influência da imprensa para manipular a opinião pública a favor de seus projetos, de seus correligionários ou para se autopromoverem. Sobretudo, sem a imprensa, o público perde importante instrumento de participação no exercício do poder¹⁰⁰.

33. A participação, direta ou indireta, dos que exercem o poder estatal como sócios ou associados de órgãos da imprensa é, portanto, inconstitucional. Viola a autonomia da imprensa tutelada pela Constituição no caput do artigo 220 e impede que a imprensa cumpra suas funções na democracia (fiscalização do poder público e comunicação da reflexão pública ao Estado). Em outras palavras, no que se refere ao objeto desta ação, o controle de outorgas de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados é inconstitucional. Trata-se de uma intervenção do Estado (dos que exercem o poder estatal) que restringe indevidamente a liberdade de expressão pelos meios de radiodifusão. Viola o caput do artigo 220 e impede que a imprensa cumpra suas funções na democracia¹⁰¹.

34. Não se está com isso a afirmar que os parlamentares não possam utilizar ou mesmo participar como sócios ou associados de meios de comunicação para se comunicar com o público. Não obstante, os veículos da imprensa devem ser distintos dos veículos de comunicação dos que exercem o poder estatal.

para a liberdade de imprensa que levou à adoção da Primeira Emenda fosse compreendida como um comando de que o governo não tivesse poder para proteger essa liberdade. A Primeira Emenda, longe de oferecer um argumento contra a aplicação do Sherman Act, aqui fornece poderosas razões para o contrário. Que a Emenda baseia-se na premissa de que a maior disseminação possível das informações de fontes diversas e antagônicas é essencial para o bem-estar do público, que uma imprensa livre é uma condição de uma sociedade livre. **Certamente um comando de que o próprio governo não deve impedir o livre fluxo de ideias não proporciona a grupos não governamentais um refúgio caso eles imponham restrições sobre a liberdade constitucionalmente garantida. Liberdade para publicar significa liberdade para todos e não para alguns. Liberdade para publicar é garantida pela Constituição, mas a liberdade de se associar para impedir outros de publicar não é**". In: Associated Press vs. United States, 326, U.S. 1; p. 20, tradução livre, grifou-se.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen, Mudança Estrutural da Esfera Pública, cit., p. 209-212; 253-259.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen, Mudança Estrutural da Esfera Pública, cit., p. 212.

¹⁰¹ A análise sobre a autonomia da imprensa e sobre a inconstitucionalidade do controle de órgãos da imprensa pelo Estado feita nos itens 29 a 33 acima também se encontra em ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de, A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988, cit., p. 296-297.

Entre os meios de comunicação não escassos (v.g. meios impressos e internet), por exemplo, não há restrições a que políticos mantenham seus veículos de comunicação. O que existe, como apontamos acima, são normas de auto-regulação (códigos de ética) que exigem que os órgãos que se pretendam de imprensa mantenham sua independência, isto é, evitem qualquer tipo de relação que lhes possa colocar sob a influência de parlamentares ou partidos. Trata-se de uma forma de distinguir os veículos da imprensa dos veículos de comunicação oficial de políticos ou partidos.

A radiodifusão, por outro lado, exige regulamentação pois é um meio de comunicação escasso e cujo mercado tem fortes barreiras de entrada em razão do alto investimento necessário à entrada e à permanência em tal mercado – são altos os custos de produção e transmissão de programas audiovisuais. Diferentemente da mídia impressa ou da Internet, na radiodifusão não há espaço nem condições financeiras para que todos aqueles que desejem possam divulgar seu conteúdo ou controlar um veículo de comunicação (canal de radiodifusão)¹⁰².

35. Essa regulamentação foi estabelecida pelo artigo 223 da Constituição Brasileira¹⁰³, que dividiu o serviço público de radiodifusão em três sistemas: público, estatal e privado. Ela reservou o sistema estatal como espaço de comunicação daqueles que exercem o poder de Estado. Os outros sistemas – privado e público – não podem ser controlados por atores estatais. No caso das emissoras de radiodifusão públicas regulamentadas pela lei 11.652/2008, ainda que elas sejam exploradas por pessoas jurídicas de direito público (Poder Executivo ou por entidades da administração indireta), devem manter autonomia perante o Governo¹⁰⁴, princípio fundamental do sistema

¹⁰² Nesse sentido, a primeira decisão fundamental sobre radiodifusão do Tribunal Constitucional Federal Alemão afirma: “É aqui que o status especial da radiodifusão se torna importante pelo que ele difere da imprensa. É claro que é incorreto que editoras de jornais, impressoras de jornais e jornais podem ser criados e operados em qualquer número. No entanto, a diferença entre a imprensa e a radiodifusão é que dentro da imprensa alemã como um todo, existe um número relativamente grande de publicações independentes que competem um com o outro em sua direção, viés político ou postura religiosa, enquanto que na área da radiodifusão, razões técnicas e o investimento financeiro extremamente alto necessário para a transmissão de programas implicam que o número de tais empresas de radiodifusão devem permanecer relativamente pequeno. Esta situação especial na área de radiodifusão exige precauções especiais a fim de concretizar e manter a liberdade de radiodifusão garantida pelo art. 5 da Lei Fundamental.”. In: BVerfGE 12, 205, 2 BvG 1,2/60, 28 de fevereiro de 1961. 1 Rundfunkurteil (Deutschlandfernsehen case). Tradução livre do autor. Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=652>. Acesso em 16.03.2011.

¹⁰³ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, **observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.** (grifo nosso)

¹⁰⁴ Cf. Lei 11.652/2008. Art. 2º A prestação dos serviços de radiodifusão pública por órgãos do Poder Executivo ou mediante outorga a entidades de sua administração indireta deverá observar os seguintes princípios: (...) VIII - autonomia em relação ao Governo Federal para definir produção, programação e distribuição de conteúdo no sistema público de radiodifusão; e IX - participação da sociedade civil no controle da aplicação dos princípios do sistema público de radiodifusão, respeitando-se a pluralidade da

público de radiodifusão mundo afora¹⁰⁵.

Não podem, portanto, os políticos titulares de mandato controlar canais de radiodifusão nos sistemas público e privado sob pena de desrespeitarem a distinção constitucional entre os sistemas de radiodifusão e de excederem o espaço que lhes foi concedido pela Constituição para o exercício da radiodifusão.

36. A divisão do serviço de radiodifusão em três sistemas não foi estabelecida em vão pela Constituição. Considerando a escassez da radiodifusão, a norma do artigo 223 estabeleceu os parâmetros pelos quais o Estado e os particulares realizarão tal atividade. A divisão do serviço em três sistemas volta-se justamente a proteger a autonomia da imprensa, proibindo que os políticos titulares de mandato eletivo controlem frequências de radiodifusão que façam parte dos sistemas público e privado sem deixar de lhes reservar, ao mesmo tempo, um espaço no espectro de radiofrequências (sistema estatal) para que possam se comunicar com o público.

Conclui-se então que (i) o controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados e (ii) a participação, direta ou indireta, de políticos titulares

sociedade brasileira.

¹⁰⁵ É o que afirma o Comitê de Ministros do Conselho da Europa na Declaração adotada em 27.09.2006 sobre a garantia de independência do serviço público de radiodifusão nos Estados membros: “O Comitê de Ministros do Conselho da Europa, (...) Considerando que a independência editorial e autonomia institucional do serviço público de radiodifusão, inclusive através de um quadro de financiamento apropriado, seguro e transparente, devem ser garantidas por meio de uma política coerente e de um quadro jurídico adequado e asseguradas pela efetiva implementação de tal política e quadro legal; (...) I. Reitera a sua firme adesão aos objetivos de independência editorial e autonomia institucional das organizações de serviço público de radiodifusão nos Estados membros”. A mesma posição é afirmada pelo Comitê de Ministros na Recomendação 96/10 aos Estados membros sobre a garantia de independência do serviço público de radiodifusão, adotada pelo Comitê de Ministros em 11 de setembro de 1.996, na Recomendação 2007/2 aos Estados membros acerca do pluralismo da mídia e da diversidade de conteúdo da mídia, adotada pelo Comitê de Ministros em 31 de janeiro de 2007 e na Recomendação 2007/3 aos Estados membros sobre o mandato dos meios de comunicação de serviço público na sociedade da informação, adotada pelo Comitê de Ministros em 31 de janeiro de 2007. Documentos disponíveis, respectivamente, em: <<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1041345&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>>; <<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=558125&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>>; <<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1089699&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>>; e <<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1089759&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>>. Acesso em: 17.03.2011. Tradução livre do autor.

Na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, vide o caso Manole e outros v. Moldova, (Application no. 13936/02), de 17.09.2009, em que a Corte afirma: “Tendo decidido criar um sistema de radiodifusão público, o Estado se colocou sob uma forte obrigação positiva de garantir um serviço audiovisual plural por meio do estabelecimento de um quadro legal que garanta a independência da TRM [emissora pública em questão] contra a interferência e o controle político” (grifou-se). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=853825&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>. Acesso em: 16.03.2011. Tradução livre do autor.

de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão violam os artigos 220 e 223 da Constituição e o regime constitucional da comunicação social, preceitos fundamentais da Constituição.

37. O artigo 223 da Constituição veicula preceito fundamental pois regulamenta atividade central para a democracia. Confere assim densidade normativa ao direito de liberdade de expressão e ao direito à informação, preceitos fundamentais da Constituição Brasileira¹⁰⁶. É o que reconhece o Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADPF 130:

“O que faz de **todo o capítulo constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato**. Comunicando-se, então, a todo o segmento normativo prolongador a natureza jurídica do segmento prolongado; que é a natureza de “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”, tal como se lê no título de nº II da nossa Constituição. E para a centrada tutela de tais direitos e garantias é que se presta a ação de descumprimento de preceito fundamental (...). **Em suma, a virginal fundamentalidade de um preceito constitucional é repassada, logicamente, para outro ou outros preceitos constitucionais que lhe sejam servientes, ainda que esses outros preceitos façam parte de um conjunto normativo diverso.**” (grifo nosso)¹⁰⁷

38. O argumento ora apresentado encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Em sua primeira decisão fundamental sobre a radiodifusão (BVerfGE 12, 205), o Tribunal afirma que o direito constitucional à liberdade de expressão confere proteção objetiva à autonomia da imprensa e que o controle direto ou indireto da imprensa pelo Estado ou por parte dele colide com esta garantia:

“Art. 5 da Lei Fundamental contém mais do que apenas o direito básico individual do cidadão contra o Estado, para que esse respeite a esfera de liberdade dentro da qual o cidadão pode expressar sua opinião sem restrição. Em particular, por meio do art. 5(1), segunda sentença, da Lei Fundamental, a autonomia institucional da imprensa também é garantida, desde a obtenção de informações até a disseminação de notícias e opiniões (BVerfGE 10, 118 [121]). **Conflitaria com essa garantia constitucional se o Estado, direta ou indiretamente, (...) controlasse a imprensa ou parte dela.** O exercício de influência por parte do Estado só seria compatível com esta garantia constitucional de liberdade de imprensa se tal exercício não alterasse substancialmente o conceito de liberdade de imprensa por conta da concorrência com a riqueza de jornais e revistas

¹⁰⁶ Sobre o caráter de preceito fundamental das normas que conferem densidade normativa a outros preceitos constitucionais fundamentais, vide STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, p. 15.

¹⁰⁷ Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 30.04.2009, p. 41.

independentes do Estado” (grifou-se) ¹⁰⁸.

O Tribunal reconhece que, independentemente do caráter peculiar da radiodifusão frente aos outros meios de imprensa, a radiodifusão é um meio de comunicação indispensável, que exerce grande influência sobre a população, não apenas pelo conteúdo jornalístico como também pelos outros tipos de programas audiovisuais. Por essa razão, diz o Tribunal, “a liberdade institucional para a radiodifusão não é menos importante do que para a imprensa”:

“O significado da art. 5 da Lei Fundamental no que tange à radiodifusão não pode ser avaliado sem levar em conta o conteúdo do art. 5 acima descrito [vide citação acima]. Independentemente do status especial do sistema de radiodifusão, que será tratado a seguir, **a radiodifusão é, assim como a imprensa, um dos indispensáveis meios de comunicação de massa modernos, através do qual a influência é exercida sobre a opinião pública e contribui para moldar esta opinião pública. A radiodifusão é mais do que apenas um ‘meio’ para a formação da opinião pública, é um ‘factor’ que se impõe na formação da opinião pública.** Esta participação na formação da opinião pública **não é de forma alguma limitada a programas de notícias, comentários políticos, ou séries a respeito de problemas políticos do presente, passado ou futuro; a formação de opinião ocorre na mesma medida em programas de ficção, apresentações musicais e transmissões de programas de comédia, e inclusive na maneira em que um programa é apresentado.** Através da seleção e estruturação dos programas, a programação de cada emissora irá apresentar uma certa tendência, particularmente no que respeita à decisão sobre o que deve ou não ser transmitido, o que não é de interesse para o telespectador ou ouvinte, o que pode ser ignorado sem danos à formação da opinião pública, e qual forma e conteúdo deve tomar aquilo que é transmitido. **Fica claro a partir dessa perspectiva que a liberdade institucional para a radiodifusão não é menos importante do que para a imprensa, e que a radiodifusão também é um indispensável meio de comunicação de massa moderno e fator de formação da opinião pública ao menos tão importante quanto a imprensa**” (grifou-se)¹⁰⁹.

Após considerar a escassez do meio no qual a radiodifusão é prestada, as barreiras de entrada e de permanência deste mercado, o Tribunal afirma que podem exercer a radiodifusão tanto pessoas jurídicas de direito público com autonomia perante o Estado (sistema público) quanto pessoas jurídicas de direito privado (sistema privado), desde que se garanta em ambos os casos um sistema que represente a pluralidade de vozes presentes na sociedade. O que não pode ocorrer, pois é proibido pelo direito constitucional à liberdade de expressão, é o controle direto ou indireto de um canal público ou privado de radiodifusão pelo Estado ou pelos que exercem o poder estatal:

¹⁰⁸ BVerfGE 12, 205, 2 BvG 1,2/60, 28 de fevereiro de 1961. 1 Rundfunkurteil (Deutschlandfernsehen case). Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=652>. Acesso em 16.03.2011.

¹⁰⁹ BVerfGE 12, 205, 2 BvG 1,2/60, 28 de fevereiro de 1961. 1 Rundfunkurteil (Deutschlandfernsehen case). Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=652>. Acesso em 16.03.2011.

“O Art. 5 da Lei Fundamental exige, pelo menos, que este moderno instrumento de formação da opinião pública não seja posto à mercê do Estado ou um determinado grupo social.(...)”

(...) a Constituição Federal não exige que os organismos de radiodifusão só podem ser empresas públicas. As empresas privadas também podem ser operadores de transmissões desta natureza (...).

Por outro lado, art. 5 da Lei Fundamental proíbe o Estado de dominar, direta ou indiretamente, uma empresa pública ou privada de radiodifusão.” (grifou-se) ¹¹⁰

Esta decisão alemã está, portanto, de acordo com o que se argumenta nesta ADPF. A radiodifusão realiza atividade de imprensa e exerce grande poder de influência sobre a opinião pública. Por ser imprensa, a radiodifusão requer autonomia para exercer suas funções. O controle da radiodifusão pública ou privada pelo Estado ou por aqueles que exercem o poder estatal viola a autonomia dos meios de radiodifusão e os impedem de realizar suas funções na democracia. Viola, assim, o direito constitucional à liberdade de expressão.

II.4. Violação do direito à informação

39. O sistema democrático “pressupõe que os cidadãos estejam aptos a compreender, debater e questionar os atos de governo e os temas de interesse público”¹¹¹. Para isso, garante aos cidadãos o direito à informação, isto é, o direito de terem acesso às informações acerca do exercício do poder estatal e dos temas de interesse público. Binenbojm define o direito à informação como “um direito difuso da cidadania de ser adequadamente informada sobre assuntos de interesse geral”¹¹². Ayrton Seelaender, por sua vez, o define como:

“a salvaguarda jurídica do interesse dos que se encontram sob o poder, de que se lhes participe como tal poder está sendo utilizado. Consiste, dessa forma, em um direito subjetivo à recepção de informações – em um ‘direito à informação verídica sobre os acontecimentos públicos’”¹¹³.

As concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão controladas por políticos que exercem mandato eletivo podem limitar, na medida do interesse de seus

¹¹⁰ BVerfGE 12, 205, 2 BvG 1,2/60, 28 de fevereiro de 1961. 1 Rundfunkurteil (Deutschlandfernsehen case). Disponível em: <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=652>. Acesso em 16.03.2011.

¹¹¹ BUCCI, Eugênio. Direito de livre expressão e direito social à informação na era digital. In: **Faculdade Cásper Líbero**, Ano XI, no 22, 2008, p. 101.

¹¹² BINENBOJM, Gustavo, Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa, cit., p. 15.

¹¹³ SEELAENDER, Ayrton Cerqueira Leite. O direito de ser informado – base do paradigma moderno do direito de informação. In: **Revista de Direito Público**, São Paulo, v.25, n.99, jul/set. 1991, p. 152.

sócios e associados, a divulgação de opiniões e de informações (vide os exemplos de casos concretos em que isso ocorreu na Seção II.9). Impedem assim que os meios de comunicação cumpram seu dever de divulgar todas as informações e pontos de vista socialmente relevantes. Por essas razões, (i) o controle de concessões, autorizações e permissões de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados e (ii) a participação, direta ou indireta, de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão violam o direito à informação fixado pelo artigo 5º, inciso XIV da Constituição.

II.5. Prejuízo à realização de eleições livres. Violação à democracia, à cidadania, à isonomia, ao pluralismo político e à soberania popular.

40. A restrição à divulgação de informações pela imprensa limita o volume de informações dos candidatos disponíveis ao público. Prejudica assim a avaliação de candidatos, programas e governos e, conseqüentemente, a capacidade de escolha dos eleitores no momento da eleição.

41. De outra banda, como se viu acima, o poder de influência conferido pela radiodifusão pode ser utilizado pelas prestadoras de radiodifusão para o favorecimento pessoal de seus sócios ou associados ao longo do mandato eletivo e ao longo do processo eleitoral, v.g., influenciando a opinião pública (i) a favor de seus sócios ou associados, se forem candidatos, (ii) a favor de candidatos apoiados por seus sócios ou associados ou (iii) contra candidatos que façam oposição a seus sócios ou associados. Vide exemplos de casos concretos em que isso ocorreu na Seção II.9.

42. Ambas as práticas constituem influência indevida de poder que se vale de um serviço público e de um bem público escasso (espectro de radiofrequências) para deturpar o processo eleitoral a favor de determinados candidatos, controladores das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão.

A democracia pressupõe que os cidadãos estejam aptos a avaliar criticamente e escolher os candidatos. Não pode, como destacou o Ministro Menezes Direito, ser um mero processo de homologação dos detentores de poder:

“A democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto; este, muitas vezes, pode servir de mera chancela, objeto de manipulação. A democracia é valor que abre as portas à participação política, de votar e de ser votado, como garantia de que o voto não é mera

homologação do detentor do poder. Dito de outro modo: os regimes totalitários convivem com o voto, nunca com a liberdade de expressão.”¹¹⁴

Pressupõe também que os cidadãos tenham condições isonômicas de disputar as eleições. A dinâmica social produz normalmente desigualdades – há, de fato, cidadãos com maior poder econômico ou que exercem função, cargo ou emprego que lhe conferem maior poder de influência no processo eleitoral. Não obstante, não pode o próprio Estado criar tal desigualdade ao favorecer determinados partidos ou políticos através da outorga de concessões, permissões e autorizações de um serviço público (radiodifusão). Tal prática viola os princípios da isonomia e do pluralismo político. A esse respeito, afirma a Deputada Federal Luíza Erundina:

“Como você detém um cargo público e ainda dispõe do privilégio das concessões? Isso permite que algumas lideranças e partidos tenham um espaço de comunicação de massa que outros não têm. Compromete o princípio de igualdade de direitos e a própria democracia.”¹¹⁵

43. A participação, direta ou indireta, de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão e o controle de outorgas de radiodifusão por pessoas jurídicas que tenham em seu quadro de sócios ou associados políticos que exercem mandato prejudicam, portanto, a realização de eleições livres (princípio tutelado pelo artigo 60, § 4º, inciso II da Constituição e pelas demais normas constitucionais que tutelam a ordem democrática). Violam assim os seguintes preceitos constitucionais fundamentais: a democracia (afirmada no Preâmbulo e no artigo 1º da Constituição Brasileira), a cidadania (artigo 1º, inciso II da Constituição), a isonomia (art. 5º, caput da Constituição), o pluralismo político (artigo 1º, inciso V da Constituição) e a soberania popular (parágrafo único do artigo 1º e artigo 14 da Constituição).

II.6. Prejuízo ao controle público do poder estatal. Violação da democracia e da soberania popular.

44. Por impedir que a radiodifusão cumpra suas funções de imprensa (dentre as quais, a de fiscalizar o poder público) e por permitir que as prestadoras de radiodifusão filtrem, restrinjam ou manipulem as informações e a opinião pública na medida dos interesses de seus sócios ou associados, o controle de outorgas de radiodifusão por pessoas jurídicas ligadas a políticos que exercem mandato eletivo prejudica ou impede o controle e a fiscalização do exercício do poder público, pressuposto da ordem

¹¹⁴ STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 30.04.2009, p. 91.

¹¹⁵ Reuters. **Câmara tenta dar fim a coronelismo eletrônico.** 13.01.2009. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/01/13/camara-tenta-dar-fim-coronelismo-eletronico-664456598.asp>>. Acesso em: 17.02.2011.

democrática e da soberania popular. Viola, portanto, esses preceitos constitucionais fundamentais – a democracia (afirmada no Preâmbulo e no artigo 1º da Constituição Brasileira) e a soberania popular (parágrafo único do artigo 1º e artigo 14 da Constituição).

II.7. Violação dos artigos 54, I, “a” e 54, II, “a” da Constituição, da proibidade administrativa e da isenção e independência dos membros do legislativo.

II.7.1. Violação do artigo 54, I, “a” da Constituição – contrato com empresa concessionária de serviço público.

45. O artigo 54 da Constituição estabelece as proibições e incompatibilidades constitucionais inerentes ao exercício de mandato eletivo. A alínea “a” do inciso I deste artigo dispõe o seguinte:

Art. 54. Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou **empresa concessionária de serviço público**, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes.¹¹⁶

Ao proibir que deputados e senadores mantenham contrato com empresas concessionárias de serviço público, o artigo 54, I, “a” proíbe que deputados e senadores sejam sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias do serviço público de radiodifusão. Para demonstrar essa afirmação, é preciso evidenciar que: (i) a radiodifusão é serviço público, (ii) a relação entre deputados e senadores e as pessoas jurídicas concessionárias de radiodifusão tem caráter contratual e (iii) o contrato não se enquadra na exceção prevista pela norma, isto é, não obedece a cláusulas uniformes.

¹¹⁶ A proibição prevista pelo Artigo 54, I “a” não é nova em nossa ordem constitucional. O artigo 23 da Constituição de 1891 determinava que “Nenhum membro do Congresso, desde que tenha sido eleito, poderá celebrar contratos com o Poder Executivo nem dele receber comissões ou empregos remunerados”. O artigo 33, 1 da Carta de 1934 estabelecia que “Nenhum Deputado, desde a expedição do diploma, poderá celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal”. De maneira semelhante dispunha o artigo 44, “a” da Constituição de 1937: “Art 44 - Aos membros do Parlamento nacional é vedado: a) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal”. A Constituição de 1946 foi a primeira a incluir a ressalva relativa aos contratos que obedecem a cláusulas uniformes. Seu artigo 48, I, “a” fixava que “Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica ou sociedade de economia mista, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes”. A Carta de 1967 incluiu as empresas concessionárias de serviço público na regra. O artigo 36, I, “a” da carta fixava que “Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes”. Por fim, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 determinava em seu artigo 34, I “a” que “Os deputados e senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes”.

II.7.1.1. Radiodifusão é serviço público

46. A radiodifusão é serviço essencial à coesão e à interdependência social, reconhecido pela Constituição como serviço público nos termos dos Artigos 21, XII, “a”¹¹⁷ e 223¹¹⁸. Em conformidade com a Constituição, a jurisprudência¹¹⁹ e a doutrina¹²⁰ reconhecem amplamente a radiodifusão como serviço público. Lembre-se, por toda a doutrina, Eros Roberto Grau:

“Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima) [...] Além de promover a universalização da identidade sócio-cultural brasileira, a comunicação social viabilizada pelas empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens é, em última instância, instrumental da concreção da soberania nacional. [...] Tem-se nitidamente, assim, que a atividade desenvolvida pelas empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens é explicitamente definida pela Constituição como indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social -, ou, em outros termos, explicitamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade. Não há dúvida portanto, quanto a este ponto: no Brasil, na vigência da Constituição de 1988, a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço público.”¹²¹

II.7.1.2. Sócio/associado mantém contrato com sua sociedade/associação

47. O caráter jurídico da relação entre sócio e sociedade bem como da relação entre associado e associação é contratual. Conforme amplamente reconhecido pela doutrina brasileira e internacional¹²² e pelo ordenamento jurídico brasileiro¹²³, constitui-

¹¹⁷ Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens.

¹¹⁸ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

¹¹⁹ STF ADI 3.944/DF. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. DJ 05.08.2010; STF HC 104.530/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 28.09.2010; STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 30.04.2009, p.26; TSE, Acórdão n. 556, Recurso Ordinário n. 556/AC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 20.09.2002.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136; 139; MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, cit., p. 680; 683.

¹²¹ GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit., p. 136; 139.

¹²² Vide, por todos, GOMES, Orlando. **Contratos**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 391-392; ASCARELLI, Tulio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 285; 372-452; WALD, Arnoldo. **Comentários ao Código Civil: Livro II – Do Direito de Empresa**. Arts. 966 a 1195. vol. XIV. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 86-90; SZTAJN, Rachel. **Contrato de Sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30; 32-33; SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades. In: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, vol. 41, n. 128, p.15-26. out./dez. 2002, p. 26; MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XLIX. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 11; 15; 16; 23; 24; 28.

¹²³ O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a natureza contratual do ato de constituição da sociedade e da associação no Código Civil, em seus artigos 53, 54 e 981.

se sociedade e associação mediante contrato. Nesse sentido, o artigo 981 do Código Civil Brasileiro estabelece que:

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Trata-se de um tipo específico de contrato, denominado pela doutrina de “contrato plurilateral”. O contrato plurilateral caracteriza-se por possibilitar a participação de mais de duas partes¹²⁴ que unificam seus interesses em torno de uma finalidade comum. Assim, ao contrário do contrato de permuta, que promove a composição de interesses contrapostos, o contrato plurilateral é um contrato de comunhão de escopo¹²⁵. Nele, as partes coordenam seus interesses em busca de um fim comum¹²⁶ estabelecendo, para tanto, direitos e obrigações de cada uma para com todas as outras¹²⁷. O contrato plurilateral possui função instrumental¹²⁸: é o meio utilizado pelas partes para atingir a finalidade comum que desejam. Trata-se de contrato de execução continuada¹²⁹, no qual a execução da obrigação das partes não resolve o contrato, como ocorre nos contratos de permuta; ao contrário, “constitui a premissa para uma atividade ulterior”¹³⁰, cuja realização constitui objeto do contrato. O contrato permanece, pois, válido, servindo como substrato que regulamenta e organiza as relações entre as partes envolvidas para a realização de sua atividade-fim¹³¹.

48. Cogitar-se-ia de admitir que o contrato plurilateral constitui vínculo contratual apenas entre os sócios da sociedade e não entre a própria sociedade e seus sócios. A base para tanto seria a afirmação de que o contrato plurilateral é celebrado apenas entre os sócios, sem a participação da sociedade. Segundo esse entendimento, a sociedade teria origem a partir da atribuição a ela de personalidade jurídica, o que ocorre em momento posterior ao da celebração do contrato. Não haveria assim qualquer vínculo

¹²⁴ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 387-389. A pluralidade de partes não corresponde à pluralidade de sujeitos. Ambos os tipos contratuais, de permuta e plurilateral, permitem a participação de pluralidade de sujeitos, entretanto, enquanto no primeiro tipo, essa pluralidade sempre se apresenta agrupada em, no máximo, duas partes, no contrato plurilateral admite-se a participação de mais de duas partes.

¹²⁵ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 394.

¹²⁶ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 394-395.

¹²⁷ “Todas as partes de um contrato plurilateral são titulares de direitos e obrigações. (...) Cada parte, pois, tem obrigações, não para com 'uma' outra, mas para com 'todas' as outras; adquire direitos, não para com 'uma' outra, mas para com 'todas' as outras” In: ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 389; Vide também Orlando Gomes: “O contrato de sociedade origina, para os sócios, direitos e obrigações. Cada sócio obriga-se a satisfazer determinadas prestações na expectativa de que outros realizem também as que se obrigaram.” GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 396.

¹²⁸ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 395-398.

¹²⁹ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 398-399.

¹³⁰ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 395-396.

¹³¹ “Concluindo uma sociedade, as partes querem organizar-se para a realização de uma atividade ulterior: esta constitui o objetivo da sociedade (...)” In: ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 396.

contratual entre sociedade e seus sócios. Esse raciocínio valeria também para a relação entre associação e seus associados.

49. Essa interpretação, não obstante, não é adequada. Desconsidera a distinção entre a constituição da sociedade (celebração do contrato) e a atribuição de personalidade jurídica. Não é capaz, ademais, de explicar o caráter jurídico do vínculo entre sócio e sociedade e entre associado e associação, isto é, o fundamento dos direitos e obrigações existentes entre sócio e sociedade e entre associado e associação.

Em primeiro lugar, destaca-se que a personalidade jurídica não constitui a sociedade e a associação – quem o faz é o contrato. A partir da celebração do contrato, a sociedade ou associação já existe e apresenta-se como um feixe de relações entre seus sócios ou associados¹³². Há, inclusive, sociedades e associações não personificadas, tais como a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação, disciplinadas pelos artigos 986 a 996 do Código Civil. A personalidade jurídica não decorre do contrato plurilateral de sociedade ou de associação, mas sim de procedimento próprio previsto pelo ordenamento¹³³ que, no caso brasileiro, corresponde à inscrição do ato de fundação em registro correspondente, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo¹³⁴. Conforme Pontes de Miranda:

“A sociedade é efeito do contrato de sociedade. O contrato de sociedade é para que se faça a sociedade, relação jurídica que dêe se irradie. O vínculo dos sócios é recíproco. Todos têm o dever de atividade ou

¹³² “A sociedade existe desde o momento da sua constituição, quando os sócios firmam o contrato no qual estão previstas as regras sobre a sua estrutura, os poderes dos administradores, os direitos e deveres dos sócios. A mera constituição da sociedade pela formalização em um contrato, todavia, não implica a formação de um novo sujeito de direito, independentemente dos seus sócios e com patrimônios autônomo e separado. (...) Por outro lado, é importante estabelecer a diferença do que deva ser entendido por sociedade e por pessoa jurídica. Na sociedade, as partes estabelecem no contrato social o modo pelo qual irão regular as relações entre os sócios, **ensejando relações de natureza contratual entre as partes**, mas a sociedade enquanto pessoa jurídica, só surge quando esta sociedade adquire personalidade jurídica.” (grifou-se) WALD, Arnoldo, Comentários ao Código Civil, cit., p. 86-87; 89-90.

¹³³ “Mas é o caso de observar ser, a constituição da pessoa jurídica (ou do patrimônio separado), uma consequência particular decorrente da ordem jurídica. Esta consequência pode-se prender à observância de determinadas condições, ou, ao contrário, decorrer diretamente da conclusão do negócio, tutelando, no entanto, terceiros quanto à constituição de um patrimônio separado; não pressupõe, em absoluto, a diferente natureza do negócio inter partes. Não é, por isso ilógico poder, este negócio, ser um contrato, assim como não é ilógico poder, a manifestação consensual das partes, ter efeitos de direito real.” ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 382-383. Vide também a esse respeito WALD, Arnoldo, Comentários ao Código Civil, cit., p. 88-90.

¹³⁴ Conforme Código Civil:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

contribuição para que se obtenha o fim comum. Cada sócio tem direito a que os outros cumpram, de modo que, se não há somente dois sócios, a pluralidade surge.

(...)

O contrato de sociedade não é contrato a favor da sociedade futura. É constitutivo da sociedade. Os figurantes criam-na, dão-lhe os pressupostos para o registro e a personificação e para que, desde a criação, tenha direitos e deveres perante eles e os possa exercer.

(...)

Para que as sociedades tenham personalidade, é preciso que satisfaçam exigências legais, quase sempre que se registrem. A sociedade que consta de contrato de sociedade, porém ainda não se personificou, tem trato especial, de que falaremos com minúcias.

(...)

O que se regula, nas associações e nas sociedades, é a vontade diferente, unitária, que se criou, ou que as manifestações de vontade criaram. A personificação é plus. O que importou foi o fato de ser necessária, para determinado fim, solidariedade humana.”¹³⁵

Em segundo lugar, a personalidade jurídica é apenas mais um elemento que caracteriza a sociedade e associação; não é um atributo específico dessas entidades. Elas não são as únicas figuras a quem o ordenamento reconhece a personalidade jurídica; há também as fundações, organizações religiosas e os partidos políticos, conforme artigo 44 do Código Civil¹³⁶.

Em suma, a existência de sociedade e associação decorre de contrato e independe de atribuição de personalidade jurídica. Não se pode dizer que a sociedade e a associação surgem em momento posterior ao da assinatura do contrato.

50. Logo, não se deve sobrestimar o valor da pessoa jurídica¹³⁷. A atribuição de personalidade é técnica que se destina a disciplinar e limitar a responsabilidade das partes pelos atos que praticam como sócios e dotar de autonomia o patrimônio destinado à sociedade¹³⁸. Para tanto, constitui-se novo centro de atribuição de direitos e obrigações (personalidade jurídica) e patrimônio separado¹³⁹. Ao constituí-los, a personalidade

¹³⁵ MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito Privado, cit., p. 15; 16; 23; 24; 28.

¹³⁶ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos.

¹³⁷ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 381.

¹³⁸ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 383-384; COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2008, p. 344.

¹³⁹ “O que não se pode perder de vista é o fato de ser a personalização uma técnica jurídica utilizada para se atingirem determinados objetivos práticos – autonomia patrimonial, limitação ou supressão de responsabilidades individuais – não recobrando toda a esfera da subjetividade, em direito. Nem todo sujeito de direito é uma pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los.” COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima, cit., p. 344. Dizem ainda os autores: “Na atribuição de direitos e obrigações a uma pessoa jurídica, o que há, afinal, é uma particular disciplina dos efeitos de atos humanos em que o sujeito (auctor) não é o agente (actor). Ascarelli tem, pois, toda razão ao sublinhar que as relações em que é parte uma pessoa jurídica são sempre, em última análise, relações entre homens e dizem respeito, unicamente, a interesses humanos. Trata-se de evidência esquecida por muitos juizes e doutores. Aliás,

jurídica confere unidade a uma realidade anteriormente fragmentada, qual seja, a dos sócios e associados e seus patrimônios individualmente considerados.

A unificação da pluralidade de sócios e patrimônios tem função interna e externa. Internamente, os direitos e obrigações que anteriormente cada sócio ou associado detinha para com os demais tornam-se direitos e obrigações do sócio ou associado para com a sociedade ou associação¹⁴⁰; externamente, os direitos e obrigações dos sócios ou associados para com terceiros tornam-se direitos e obrigações da sociedade ou da associação para com terceiros. É o que diz Ascarelli:

Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos jurídicos para disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios. A ordem jurídica, admitindo a constituição do patrimônio separado da pessoa jurídica, **unifica, em substância, a coletividade que se apresentava ainda amorfa no momento da constituição**; isso, porém, não impede que, através dessa unificação, se realize, essencialmente, uma disciplina particular das relações dos sócios entre si e para com terceiros. **As obrigações que, em matéria de constituição, assume cada sócio para com os outros sócios, tornam-se obrigações para com a 'sociedade', na qual o direito unifica a coletividade dos sócios, através da personalidade jurídica**; os limites da responsabilidade dos sócios para com terceiros resultam justamente da distinção entre o patrimônio social e o particular dos sócios; os bens dos sócios, como tais, são distinguidos dos seus bens individuais, através da constituição de um patrimônio separado; os interesses dos sócios 'como sócios' e 'como sócios daquela sociedade' são distinguidos dos interesses individuais dos sócios, através da personalidade jurídica e do patrimônio separado. (grifou-se)¹⁴¹

No mesmo sentido, Orlando Gomes¹⁴²:

Obrigam-se as partes reciprocamente. Embora se associem para fim comum, os sócios contraem obrigações e adquirem direitos uns contra os outros como a obrigação de integralizar a cota com que concorrem para a formação do capital social e o direito à participação nos lucros. **Os efeitos do contrato se produzem em relação aos sócios individualmente considerados em conjunto, vale dizer, à pessoa jurídica constituída pela relação contratual.** Os primeiros traduzem-se em obrigações recíprocas. (grifou-se)

Por fim, diz Marcos Bernardes de Mello¹⁴³:

como saliente um eminente civilista, o interesse, que se diz da 'essência' do direito subjetivo refere-se sempre a indivíduos, ainda que indiretamente por intermédio da pessoa jurídica." COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima, cit., p. 350-351.

¹⁴⁰ Evidência de que os direitos e obrigações de cada sócio ou associado para com os demais tornam-se direitos e obrigações do sócio ou associado para com a sociedade ou para com a associação está na possibilidade dos sócios e associados proporem ações contra a sociedade ou associação para a satisfação de direitos e para a exigência de obrigações. Vide, v.g., as ações mencionadas pelo Artigo 287 do Lei 6.404/1976.

¹⁴¹ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 383-384.

¹⁴² GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 393.

¹⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 200-201.

(...) na sociedade comum (sociedade ainda não personificada, de que trata o Código Civil, arts. 986 e s.), enquanto mantiver essa forma, **há relações dos sócios entre si**, considerando-se que os bens e dívidas constituem patrimônio especial do qual todos eles são titulares em comum (Código Civil, art. 988). A comunhão que se estabelece cria, ao menos, relações jurídicas de solidariedade ativa e passiva entre os sócios, em razão das quais respondem todos, ilimitadamente, pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, bem assim têm direito aos créditos e outros bens que integram o patrimônio especial.

Na sociedade, simples ou empresária, **não há relações jurídicas dos sócios entre si, especificamente, mas relações de cada um com o todo, a sociedade. Os direitos e deveres são com a sociedade, não com os outros sócios. O sócio que não integralizou o seu capital é devedor da sociedade, não dos outros sócios. O direito aos lucros é contra a sociedade, não os demais sócios. As prestações e contraprestações são com a sociedade, porque não há reciprocidade de direitos e deveres dos sócios entre si.** (...) Por isso é que o defeito na manifestação de uma das vontades não contagia o negócio como um todo (desde que não lhe seja essencial, como seria numa sociedade de dois). Se um incapaz participa da constituição de sociedade com mais três pessoas, a sua incapacidade alcança, apenas, a sua participação, não afetando o contrato, que continua íntegro. (grifou-se)

51. Assim, ainda que as partes celebrem o contrato em momento anterior à constituição da pessoa jurídica e que a sociedade ou associação não conste no contrato como parte formal, é o contrato plurilateral que constitui a sociedade ou a associação e que fundamenta o vínculo entre sócio e a sociedade, entre associado e associação. Tem, pois, este vínculo, caráter jurídico contratual. É o que confirma a jurisprudência do STF e do STJ:

STF, AI 745221/PR, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJ 11/02/2010. Decisão. (...) 15. **Como é cediço, o que concretiza a sociedade é o contrato social.** (grifou-se)

STJ. EREsp 1104363/PE, Embargos de Divergência em Recurso Especial. 2009/0227065-4, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 29.06.2010, DJe 02.09.2010. Ementa. (...) 2. **A constituição de qualquer sociedade, inclusive da anônima, tem natureza contratual (CC/16, art. 1.363; CC/2002, art. 981).**

Se o surgimento posterior da personalidade jurídica impedisse que o contrato regulasse a relação entre a sociedade e os sócios e a relação entre associação e associados, então seria necessária a celebração de novo contrato para disciplinar essa relação¹⁴⁴, o que evidentemente não ocorre¹⁴⁵ – ainda que se concluam outros contratos, o contrato plurilateral que dá origem à sociedade e à associação permanece a disciplinar

¹⁴⁴ De toda forma, as relações entre sócio e sociedade e entre associado e associação seriam contratuais.

¹⁴⁵ Não é adequada, portanto, a interpretação de que ao invés de contrato, a sociedade e a associação constituem-se mediante ato de fundação. Se assim fosse, não haveria como explicar a existência de direitos e obrigações entre sócio e sociedade. Haveria de se admitir a existência de contrato que, ainda que não constituísse a sociedade ou associação, disciplinasse os direitos e obrigações entre sócios e sociedade, entre associados e associação. Negar-se-ia a constituição por contrato para, depois, readmitir-se a existência e a necessidade de contrato. Cf. ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 384-385.

as relações entre sócio e sociedade e entre associado e associação.

Outrossim, tendo em vista que o ordenamento, a doutrina e a jurisprudência brasileiros reconhecem o caráter contratual da sociedade e da associação, não é possível alegar seja outro o vínculo entre sócio e sociedade e entre associado e associação que não o vínculo contratual.

Em suma, as relações entre sócio e sociedade e entre associado e associação têm caráter jurídico contratual. Sócio e associado mantêm contrato, respectivamente, com sua sociedade e associação.

Isto posto, resta demonstrar que o contrato entre deputados e senadores e empresa concessionária de serviço público (contrato plurilateral) não se enquadra na exceção prevista pelo Artigo 54, I, “a”, ou seja, que não é contrato que obedece a cláusulas uniformes.

II.7.1.3. O significado do termo “contrato que obedece a cláusulas uniformes”.

52. O termo “contrato que obedece a cláusulas uniformes” expressa distintos conceitos jurídicos¹⁴⁶. Como observa Eros Grau:

Não fora virtualmente ambígua e imprecisa a linguagem jurídica, bastar-nos-iam os conceitos jurídicos, sendo prescindíveis as definições ou 'conceitos estipulativos ou legais'. Mas não é bem e apenas assim, contudo. **Muitas vezes o ordenamento jurídico alberga conceitos que, embora diversos, são expressados por um mesmo termo.** Nesta hipótese, sob o mesmo termo conceitual – o que torna ainda mais complexo e desafiador, para o intérprete, o problema da ambigüidade dos termos e expressões jurídicos – sob o mesmo termo conceitual, dizia eu, repousam, plasmados pelo ordenamento distintos conceitos jurídicos. **A distinção entre tais conceitos é evidente, visto que, embora destacados de um núcleo conceitual comum, as coisas, estados ou situações a que são aplicados sujeitam-se a diversos regimes jurídicos**

¹⁴⁶ O próprio adjetivo “uniforme” possui distintos significados. Pode referir-se ao próprio objeto que o acompanha, caracterizando-o em sua singularidade. Designa, nesse caso, objeto que possui forma única, invariável, inalterável, que não muda, é sempre o mesmo. Nesse sentido, o termo “contrato que obedece a cláusulas uniformes” corresponde a contrato de forma única, invariável, inalterável. Pode também caracterizar o objeto que o acompanha em relação a outros objetos. Designa então uma pluralidade de objetos que possuem a mesma ou aproximadamente a mesma forma entre si, que são iguais, idênticos ou semelhantes. Nesse sentido, o termo “contratos que obedecem a cláusulas uniformes” designa uma pluralidade de contratos cujas cláusulas, por serem pré-determinadas, possuem a mesma ou aproximadamente a mesma forma entre si, são iguais, idênticas ou, ao menos, semelhantes; são uniformes. Cf. Dicionário Aulete, verbete “uniforme”. Disponível em: <http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete_digital>. Acesso em: 17.01.2011; Dicionário Houaiss, verbete “uniforme”. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm>>. Acesso em: 17.01.2011; Dicionário Michaelis, verbete “uniforme”. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/>>. Acesso em: 17.01.2011.

ou a diversas normas jurídicas. (grifou-se)¹⁴⁷

53. A doutrina associa o termo “contrato que obedece a cláusulas uniformes” a diversos tipos contratuais, quais sejam, o contrato normativo, o contrato formulário, o contrato preliminar, o contrato tipo, o contrato aberto, o contrato de adesão e o contrato precedido de licitação.

Contrato normativo designa acordo no qual as partes estabelecem as cláusulas de contratos futuros a serem celebrados pelas partes entre si ou entre cada uma das partes e terceiros¹⁴⁸. Em geral, todas as partes contribuem e consentem com a predeterminação das cláusulas¹⁴⁹. Note-se que não é o contrato normativo que possui cláusulas pré-determinadas, uniformes, mas sim os contratos futuros celebrados pelas partes. Note-se ademais que o contrato normativo não necessariamente predetermina todo o contrato futuro, pode referir-se apenas a determinadas cláusulas. Exemplos típicos de contrato normativo são o contrato coletivo de trabalho e o contrato celebrado entre empresas para determinar regras gerais de contratação com terceiros com o objetivo de disciplinar a concorrência entre as empresas contratantes¹⁵⁰.

O contrato tipo é aquele que “contém (...) o esquema concreto dos futuros contratos individuais”¹⁵¹. Diferencia-se do contrato normativo pois já fornece modelo pronto de contrato a ser celebrado “de sorte que os contratantes nada mais têm a fazer que subscrevê-los”¹⁵² ao passo que, nos contratos normativos, “as disposições são assentadas em abstrato”¹⁵³. Exemplo de contrato tipo é o estipulado entre grupo de industriais e fornecedores de matéria-prima¹⁵⁴.

O contrato de formulário, segundo Orlando Gomes, é constituído por “cláusulas habituais que, por isso mesmo, podem ser impressas”¹⁵⁵. No contrato preliminar, por sua vez, “o conteúdo do contrato definitivo é pré-regulamentado, mas por mútuo consentimento e sem cunho de generalidade”¹⁵⁶.

O contrato aberto caracteriza-se por permitir o ingresso e o egresso, numa

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 237-238.

¹⁴⁸ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 437-439; GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 28.

¹⁴⁹ GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 119.

¹⁵⁰ ASCARELLI, Tulio, Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, cit., p. 437-450.

¹⁵¹ GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 127.

¹⁵² GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 127.

¹⁵³ GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 127.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 127.

¹⁵⁵ GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 28.

¹⁵⁶ GOMES, Orlando, Contratos, cit., p. 119.

relação contratual, “de outros sujeitos que não as partes iniciais, como sucede no contrato de associação”¹⁵⁷. Nesse tipo de contrato, como descreve Orlando Gomes, quem ingressa na relação contratual

“não tem liberdade para negociar as condições do vínculo que lhe interessa constituir; limita-se a aderir às cláusulas formuladas em artigos do seu estatuto. Livre também não é, para negociar o conteúdo da relação, quem deva participar de um contrato em cuja celebração não tomou parte, nele ingressando depois de concluído”¹⁵⁸.

54. O contrato de adesão, para Orlando Gomes, é aquele em que:

“uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”¹⁵⁹.

O contrato de adesão responde à exigência de racionalização da atividade econômica. Sua função é reduzir os custos de transação¹⁶⁰ e conferir maior fluidez à circulação das mercadorias e serviços. Quando as contratações são feitas em massa, as empresas em geral predeterminam e, por conseguinte, uniformizam as cláusulas contratuais de forma a reduzir o diálogo negocial¹⁶¹ e assim reduzir custos de transação, v.g. os relacionados à elaboração, negociação, e alteração de contratos¹⁶². O objetivo do contratante é celebrar uma série de contratos com cláusulas uniformes (uniformidade), por ele predeterminadas (predeterminação unilateral) e que não estão abertas à negociação pela outra parte (rigidez). Rejeita-se o modo tradicional de contratação pois ele implica custos que o contratante não deseja suportar. Para Gomes:

¹⁵⁷ GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 120. Vide também ASCARELLI, Tulio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 394.

¹⁵⁸ GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 28.

¹⁵⁹ GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 109.

¹⁶⁰ Custos de transação são aqueles incorridos pelas empresas ao atuarem no mercado, v.g. os relacionados à elaboração, negociação, celebração, monitoramento, alteração e execução de contratos. Sobre a noção de custos de transação vide COASE, Ronald. **The Problem of social cost, The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990, p. 114; WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University, 1996, p. 379; HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy**. St. Paul: West Group, 1999, p. 372.

¹⁶¹ O diálogo negocial é o processo de negociação das cláusulas contratuais no qual as partes valem-se de seu poder econômico ou político visando obter os termos mais vantajosos possíveis. Grau e Forgioni assim o definem: “O diálogo negocial (ou seja, as tratativas cujo ápice encontra-se na estipulação do contrato) ganha vida nesse contexto em que as partes procuram sorver a maior vantagem individual possível da contratação. No entanto, a pretensão de uma encontra resistência na da outra, que também deseja ter seu interesse satisfeito da melhor forma. Se o processo negocial não for marcado por distorções significativas, os contratantes tendem a encontrar um 'meio termo' Assim, o jogo negocial esculpe o contrato, amoldando-o aos interesses das partes cujos exacerbados egoísmo e oportunismo resultaram neutralizados (ou amenizados).” In: GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. *Os Contratos e as Cláusulas Uniformes*. 2003. In: GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. **O Estado a Empresa e o Contrato**. São Paulo, Malheiros, p. 25-51, 2005, p. 46.

¹⁶² Sobre a função e as características do contrato de adesão, vide GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula, *Os Contratos e as Cláusulas Uniformes*, cit., p. 37-38; GOMES, Orlando. **Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 1; GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 117-120.

“O escopo do pré-constituinte é, com efeito, 'tornar possível uma pluralidade de contratações uniformes’”¹⁶³.

O traço distintivo do contrato de adesão reside, para Gomes, “na possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito de direito que faz a oferta ao público”¹⁶⁴. Destaca-se também o aspecto da generalidade e da abstratividade¹⁶⁵.

II.7.1.4. A interpretação adequada do termo “contratos que obedecem a cláusulas uniformes” no contexto do artigo 54, I, “a”: contratos de adesão.

55. Face à variedade de conceitos atribuídos pela doutrina, para interpretar adequadamente o termo “contrato que obedece a cláusulas uniformes” no contexto do artigo 54, I, “a”, é preciso analisar o âmbito da norma, ou seja, seu contexto, sua função e suas finalidades¹⁶⁶.

56. São objetivos do artigo 54, I, “a”: (i) proteger a normalidade e legitimidade das eleições e a probidade administrativa contra influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta¹⁶⁷, (ii) garantir a isenção e a independência dos membros do corpo legislativo¹⁶⁸, e (iii) impedir o favorecimento do parlamentar¹⁶⁹.

A exceção que permite aos titulares de mandato eletivo celebrar contratos que obedecem a cláusulas uniformes deve se conformar às finalidades da norma. Não as pode impedir, contrariar, prejudicar ou dificultar.

57. No contexto do Artigo 54, I “a”, a modalidade contratual que se adequa à expressão “contrato que obedece a cláusulas uniformes” é o contrato de adesão.

¹⁶³ GOMES, Orlando, *Contratos*, p. 119.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 118.

¹⁶⁵ GOMES, Orlando, *Contratos*, cit., p. 119; GOMES, Orlando, *Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos*, cit., p. 10-11.

¹⁶⁶ GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 73-80; 97-98.

¹⁶⁷ Depreende-se este objetivo do disposto pelo parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Brasileira, que estabelece os objetivos que devem ser atendidos pelas hipóteses de inelegibilidade. CB. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

¹⁶⁸ Cf. BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 76.

¹⁶⁹ Para Grau e Forgioni, “A ratio do preceito é impedir o favorecimento do parlamentar, bem como garantir a independência de sua gestão” In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula, *Os Contratos e as Cláusulas Uniformes*, cit., p. 41. No mesmo sentido, BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 4, tomo I. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 222-223.

A Administração e as concessionárias de serviço público, quando exercem atividade econômica em sentido estrito ou prestam serviço público, celebram grande volume de contratos com os administrados, nos quais estes figuram como consumidores. Nesses casos, a Administração e as concessionárias fazem uso do contrato de adesão, pelas mesmas razões e objetivos descritos acima – reduzir os custos de transação e conferir maior fluidez à circulação das mercadorias e serviços. É o que ocorre em contratos de serviços bancários, energia elétrica, saneamento básico, serviço de transporte, dentre outros.

O contrato de adesão, como visto acima, é pré-determinado unilateralmente, rígido e uniforme. As contratações são gerais e abstratas. O contrato é o mesmo independentemente da pessoa com quem se contrata. Nele, restringe-se ao máximo o diálogo negocial, o que reduz o poder de influência dos contratados. Resta assim pouca margem para a individualização de contratos em função de poder econômico ou de poder de função de particulares. Ademais, o contrato de adesão não confere ao contratante poder de influência relevante, tal como o faz, v.g., o contrato de radiodifusão.

Por essas razões, a celebração ou manutenção de contratos de adesão por políticos titulares de mandato eletivo com pessoas jurídicas da Administração direta ou indireta ou com concessionárias de serviço público não traz prejuízo à probidade administrativa, à normalidade e a legitimidade das eleições, não permite o favorecimento pessoal, nem prejudica a isenção e a independência dos parlamentares. Sequer faz sentido, aliás, proibir que políticos titulares de mandato eletivo celebrem esse tipo de contrato, pois tal proibição impedi-los-ia de ter acesso a serviços comuns e relevantes a todos os cidadãos, tais como energia elétrica, transportes, saneamento básico, telefonia e serviços bancários.

Conclui-se que, no contexto do Artigo 54, I, “a”, o termo “contratos que obedecem a cláusulas uniformes” refere-se aos contratos de adesão¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Nesse sentido, manifesta-se José Afonso da Silva acerca da interpretação da exceção contida no artigo 54, I, “a”: “Incompatibilidades negociais. As que vedam, desde a diplomação: firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes (art. 54, I, “a”). A caracterização de “contrato de cláusulas uniformes”, não alcançado pelas incompatibilidades, é controvertida em doutrina; **típicos são os chamados “contratos de adesão”**, tais como o de seguro, o de transporte, o de fornecimento de gás, luz e força, o de prestação de serviços telefônicos, certos contratos bancários e alguns de direito marítimo.” (grifou-se) SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 422. No mesmo sentido, FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 10; CRETELLA JR. José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 2647-2648. Esta observação está

Em conformidade com essa interpretação está a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, que, desde 2002, é pacífica em afirmar que o termo “contratos que obedecem a cláusulas uniformes” refere-se aos contratos de adesão¹⁷¹. Na principal e mais citada decisão (“leading case”) acerca da matéria (Acórdão n. 12.679), o Ministro relator Sepúlveda Pertence afirma:

“Contrato de cláusulas uniformes [no sentido em que utilizado na Constituição (art. 54, I, a) ou na regra de inelegibilidade] é o chamado contrato de adesão (...)” (grifou-se)¹⁷²

II.7.1.5. O contrato de sociedade e o contrato de associação, no contexto do artigo 54, I, “a”, não são contratos que obedecem a cláusulas uniformes.

58. O contrato de sociedade e o contrato de associação, no contexto do Artigo 54, I, “a”, não são contratos que obedecem a cláusulas uniformes.

Não são contratos de adesão pois:

em conformidade com o argumento acima, exceto pelo fato que não entendemos que a caracterização de “contrato de cláusulas uniformes” é controversa. Conforme o que foi argumentado, a expressão, no contexto do Artigo 54, I, “a”, refere-se apenas aos contratos de adesão.

¹⁷¹ Cf. os seguintes acórdãos do TSE: (i) Acórdão n. 12.679, Recurso n. 10.130/RO, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 21.09.1992; (ii) Acórdão n. 556, Recurso Ordinário n. 556/AC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 20.09.2002; (iii) Acórdão n. 22.229, REspe n. 22.229/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 03.09.2004; (iv) Acórdão n. 22.239, REspe n. 22.239/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 03.09.2004; (v) Acórdão n. 22.240, REspe n. 22.240/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 03.09.2004; (vi) Acórdão n. 21.966, AgR no REspe n. 21.966/CE, Relator Ministro Luiz Carlos Madeira, DJ 08.09.2004; (vii) Acórdão n. 24.651, REspe n. 24.651/ES, Relator Ministro Luiz Carlos Madeira, DJ 06.10.2004; e (viii) AgR no REspe n. 34.097/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2008.

¹⁷² TSE, Acórdão 12.679, Recurso n. 10.130/RO, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 21.09.1992, p. 9-11. Vale também citar o voto do Ministro do TSE Eduardo Alckmin no Recurso Ordinário RO 336/AL:

“As inelegibilidades estabelecidas pela Lei Complementar n. 64/90 tem como finalidade a proteção da probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida regressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (CF, art 14, §9o).

No caso específico da alínea “i”, ora em exame, parece claro que o objetivo da lei é impedir que seja candidato quem esteja sendo beneficiado, ainda que de forma lícita, pela contratação feita por órgão público ou sob seu controle, ressalvada a hipótese de cláusulas uniformes.

Os contratos de cláusula uniforme são também referidos pelo art. 54, I, “a” da Constituição Federal (...).

O que se extrai de tais dispositivos é que a lei pretende assegurar, num e noutro caso, a impossibilidade de qualquer auferimento de vantagens ou benefícios que os referidos contratos podem propiciar. A exceção abarca somente os contratos que qualquer pessoa pode firmar, desde que assim o deseje, pois nesta hipótese não há como se vislumbrar real possibilidade de se beneficiar um só interessado.

No entanto, não se pode equiparar tais contratos aos designados em lei como de cláusulas uniformes, ou seja, que todo o interessado pode firmar se assim o desejar, como, por exemplo, o de serviços telefônicos, o de financiamento bancário, enfim contratos de adesão.” (grifou-se) In: TSE, Acórdão n. 336, RO n. 336/AL, Relator Ministro Costa Porto, Relator designado Ministro Néri da Silveira, DJ 25.09.1998, p. 17-18.

(i) Não há predeterminação unilateral das cláusulas. Ao contrário, todas as partes podem participar da elaboração e negociação do contrato. O consentimento não se manifesta por mera adesão a cláusulas contratuais pré-definidas;

(ii) Sem predeterminação, não há uniformidade. As cláusulas são construídas, em conjunto, pelas partes contratantes;

(iii) Não há rigidez. As cláusulas podem ser alteradas pelas partes no momento da negociação. Após a celebração do contrato, as cláusulas permanecem passíveis de alteração de acordo com o procedimento previsto pelo próprio contrato;

(iv) O contrato de sociedade e o contrato de associação não são gerais e abstratos. São contratos singulares, adaptados à necessidade de cada sociedade ou associação; e

(v) Sua função não é reduzir os custos de transação e incrementar o fluxo de bens e serviços. O contrato de sociedade e o contrato de associação voltam-se a organizar o interesse das partes para a realização de um fim comum.

Os outros tipos contratuais associados pela doutrina à noção de “contratos que obedecem a cláusulas uniformes” não correspondem ao Artigo 54, I, “a”. Ainda assim importa acrescentar, apenas para fins argumentativos, que o contrato de sociedade e o contrato de associação não são contratos de formulário, não são contratos preliminares, não são contratos tipo, nem são contratos precedidos de licitação. Não são também contratos normativos.

O contrato de sociedade e o contrato de associação são, de fato, contratos abertos. Permitem, em geral, o ingresso e o egresso, na relação contratual, “de outros sujeitos que não as partes iniciais, como sucede no contrato de associação”¹⁷³. Nesses casos, quem ingressa na relação contratual não tem liberdade para negociar as condições do vínculo nem o conteúdo da relação contratual; limita-se a aderir às cláusulas formuladas pelas partes iniciais.

¹⁷³ GOMES, Orlando, *Contratos*, p. 120. Vide também ASCARELLI, Tulio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 394.

Não obstante, essa uniformidade é limitada subjetivamente – aplica-se apenas às partes que aderem após o início da vigência do contrato – e temporalmente – aplica-se apenas no momento do ingresso; após a adesão, a nova parte pode alterar o contrato, observadas as regras definidas pelo próprio contrato. Ela em nada atende aos objetivos do Artigo 54, I, “a”. Não se trata, portanto, de uniformidade suficiente nem adequada para que se considere que o contrato de sociedade e o contrato de associação, no contexto do Artigo 54, I, “a”, obedecem a cláusulas uniformes.

II. 7.1.6. Conclusão

59. Considerando que:

(i) o Artigo 54, I, “a” estabelece que “Deputados e Senadores não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com (...) empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes”;

(ii) radiodifusão é serviço público;

(iii) as relações entre sócio e sociedade e entre associado e associação são contratuais, isto é, sócios e associados mantêm contratos com suas respectivas sociedades e associações; e

(iv) o contrato entre sócio e sociedade, bem como o contrato entre associado e associação não obedecem a cláusulas uniformes,

conclui-se que Deputados e Senadores não podem, desde a expedição do diploma, ser sócios ou associados de sociedades e associações prestadoras do serviço de radiodifusão.

II.7.2. Violação do artigo 54, I, “a” da Constituição – contrato com pessoa jurídica de direito público.

60. Em paralelo à conclusão acima e sem prejuízo da mesma, outro trecho do artigo 54, I, “a” também proíbe a participação, direta ou indireta, de deputados e senadores como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão.

O artigo 54, I, “a” da Constituição dispõe que:

Art. 54. Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com **pessoa jurídica de direito público**, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes.

Ao proibir que deputados e senadores firmem ou mantenham contrato com pessoa jurídica de direito público, o artigo 54, I, “a” proíbe que deputados e senadores sejam sócios de empresas prestadoras de radiodifusão, que necessariamente firmam e mantêm contratos de concessão ou de permissão de serviço de radiodifusão com o Poder Executivo.

Para demonstrar essa afirmação, é preciso evidenciar que: (i) a norma do artigo 54, I, “a” alcança não só a pessoa física mas também as pessoas jurídicas das quais os deputados ou senadores participem como sócios ou associados, e (ii) os contratos de prestação de serviços de radiodifusão não obedecem a cláusulas uniformes.

II.7.2.1. A norma do artigo 54, I, “a” alcança as pessoas jurídicas das quais os deputados ou senadores participem como sócios ou associados.

61. A norma do artigo 54, I, “a” alcança as pessoas jurídicas das quais os deputados ou senadores participem como sócios ou associados.

Interpretação contrária a essa, como a do Ministério das Comunicações¹⁷⁴, admite que o Artigo 54, I “a” proíbe apenas que deputados e senadores, como pessoas físicas, firmem ou mantenham contratos com pessoa jurídica de direito público. Essa interpretação não é adequada pois torna a norma do artigo 54, I, “a” inócua, incapaz de atingir suas finalidades, além de esvaziar-lhe o objeto.

Conforme visto acima, os objetivos do Artigo 54, I, “a” são (i) proteger a normalidade e legitimidade das eleições e a probidade administrativa contra influência do

¹⁷⁴ “Desta feita, **considerando que os contratos são celebrados sempre com uma pessoa jurídica (empresa) e nunca com a pessoa física do deputado ou senador**, a atuação do Ministério restringe-se às hipóteses em que os parlamentares participem efetivamente do controle diretivo da empresa ou ainda que exerçam função, cargo, emprego remunerado, o que é vedado pela alínea ‘b’ do aludido dispositivo constitucional, bem como pelas demais normas de regência da radiodifusão”. Informações prestadas pelo Ministério das Comunicações ao Ministério Público Federal no âmbito do Procedimento Administrativo nº 1.00.000.011221/2005-71, 2005, fls. 53-57, apud Ministério Público Federal, Ação Civil Pública Nº 2007.34.00.026697-833, 18.07.2007, p. 13. Disponível em: <http://www.prdf.mpf.gov.br/imprensa/arquivos_noticias/Acao%20Projor%20Concessao%20Nelson%20Proenca%20Emissoras%20Reunidas.pdf>. Acesso em: 12.12.2011.

poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta, (ii) garantir a isenção e a independência dos membros do corpo legislativo, e (iii) impedir o favorecimento do parlamentar.

O serviço de radiodifusão confere a seus concessionários, permissionários e autorizatários forte, nítido e indiscutível poder de influência, que pode ser utilizado para o favorecimento pessoal ao longo do exercício do mandato eletivo e ao longo do processo eleitoral. Quem controla esse poder são justamente os sócios ou associados das concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão¹⁷⁵. Permitir que deputados e senadores sejam sócios ou associados de empresas concessionárias de serviço público impede, assim, a realização das três finalidades do Artigo 54, I, “a” acima identificadas. Permite que os parlamentares usem o poder da radiodifusão para turbar o processo de eleições, para legislar em causa própria e para se autofavorecer. Esta permissão contraria, portanto, a norma do artigo 54, I, “a”. Torna-a inócua, sem efeito.

Note-se ainda que os contratos mais relevantes que os parlamentares podem celebrar com a Administração podem apenas ser celebrados através de pessoas jurídicas. É o caso, justamente, da radiodifusão, que não pode ser exercida por pessoas físicas, apenas por pessoas jurídicas¹⁷⁶. Por outro lado, a maior parte dos contratos que políticos celebram individualmente com a Administração ou com concessionárias de serviço público enquadra-se na exceção prevista pelo artigo 54, I, “a”, pois são contratos de adesão. Admitir que a proibição de contratar prevista pelo Artigo 54, I “a” alcança apenas os deputados e senadores e não as sociedades ou associações das quais sejam sócios ou associados esvazia, portanto, o objeto da norma. Retira de seu alcance justamente os contratos que ela visa atingir.

Como ensina Carlos Maximiliano, deve-se interpretar a norma jurídica de forma a realizar as finalidades a que almeja: “O fim inspirou o dispositivo; deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo”¹⁷⁷. Em sua clássica lição:

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de

¹⁷⁵ Vale notar que o poder de influência conferido pela posição de sócio ou associado é maior que o poder de influência conferido por meio de contrato. De fato, ambos os poderes tem gradações. Assim como poder de sócio ou associado será maior quanto maior for sua participação na sociedade ou associação, o poder de contratante será maior quanto mais relevante for o contrato para a outra parte. Cf. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto, O Poder de Controle na Sociedade Anônima, cit., p. 145-238.

¹⁷⁶ Cf. art. 7º do Decreto 52.795/1963, Art. 7º da Lei 9.612/1998, Art. 1º da Lei 11.652/2008 e Art. 8º do Decreto 5.371/2005.

¹⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 151-152.

que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.”¹⁷⁸

É inconcebível admitir-se que o texto constitucional contenha disposição despicienda – *verba cum effectu accipienda sunt*¹⁷⁹, isto é, as palavras devem ser interpretadas para terem seu efeito.

A interpretação ora questionada torna o Artigo 54, I, “a” inócuo, incapaz de atingir suas finalidades. Retira-lhe, ademais, seu objeto. Não é, portanto, adequada.

Conclui-se, destarte, que a norma do artigo 54, I, “a” alcança as pessoas jurídicas das quais participem os deputados e senadores como sócios ou associados. Em conformidade com este entendimento, Gilberto Bercovici e Airton Seelaender afirmam:

“Aqui, naturalmente, devemos utilizar o princípio da razoabilidade e as regras da experiência para chegar a uma inferência óbvia: para não virar letra-morta e dispositivo constitucional totalmente inútil, o artigo 54, I, ‘a’ tem de abranger os contratos de concessão de serviço público firmados e mantidos por empresas de congressistas.

O legislador constituinte não temia que as pessoas físicas dos congressistas se vinculassem à Administração Pública, iluminando pessoalmente as cidades, retirando pessoalmente o lixo das casas, operando pessoalmente estações de TV e usinas hidrelétricas. Temia que tal vínculo surgisse, como é óbvio, **intermediado por empresas de que os parlamentares fossem sócios**, por pessoas jurídicas que encarnassem os interesses econômicos dos deputados e senadores.

Ler de outra forma o dispositivo seria condená-lo à inocuidade, ignorando a sua finalidade intrínseca e a sistemática do texto constitucional.

Do exposto se depreende que, como resta evidente, **a parte inicial do artigo 54, I, ‘a’** não se restringe, como a ressalva constante da parte final, à pessoa física do parlamentar. Abrange, igualmente, a pessoa jurídica de que este participe, seja como dirigente (artigo 54, I, ‘b’), seja como mero empregado (artigo 54, I, ‘b’) 60, seja com mais razão ainda como sócio com direito a dividendos ou como sócio controlador.

A leitura conjunta das alíneas ‘a’ e ‘b’ do artigo 54, I da Constituição bem o demonstra.

Para que o texto constitucional se torne um todo coerente, é preciso reconhecer que a intermediação por pessoa jurídica não descaracteriza a vedação constante da alínea ‘a’. Realmente, por que a Constituição proibiria o parlamentar de ser um mero *empregado*, sem nenhum direito legalmente reconhecido aos lucros decorrentes da prestação dos serviços, e lhe permitiria ser um sócio, que, de uma forma ou outra, se beneficiaria desses lucros? Por que a Constituição proibiria um parlamentar de prestar um pequeno serviço pessoalmente, como *pessoa física*, e permitiria que uma empresa de que ele fosse sócio, eventualmente até acionista controlador, ganhasse fortunas, só pelo uso do biombo de uma *pessoa jurídica*?

Impõe-se reconhecer, pois, que o artigo 54, I, ‘a’ impede a pessoas jurídicas que tenham parlamentares como sócios que firmem ou mantenham contrato de concessão de serviços públicos de radiodifusão com entes da

¹⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., p. 151-152.

¹⁷⁹ Ulpiano, *Digesta* 2.7.5.2.

II.7.2.2. Contratos precedidos de licitação não obedecem a cláusulas uniformes.

62. Afirma-se ainda que a Constituição Brasileira não proíbe que deputados e senadores participem de pessoas jurídicas prestadoras de serviços de radiodifusão pois o contrato de concessão ou de permissão de radiodifusão, por ser precedido de licitação, obedece a cláusulas uniformes e por isso enquadra-se na exceção prevista pelo Artigo 54, I, “a”. É o que declarou o Ministério das Comunicações:

“No que tange ao caso específico das vedações constitucionais atinentes aos deputados e senadores previstos no art. 54, I, “a” e “b” da CF, é de entendimento da Consultoria Jurídica deste Ministério [das Comunicações] não serem impeditivas para que os congressistas participem da composição societária das empresas de rádio e TV, ressalvando a impossibilidade de serem diretores, nos termos do já citado Parágrafo único do art. 38 da Lei 4.117/62. **Com efeito, verifica-se que a impossibilidade dos membros do Poder Legislativo de firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público (União) comporta uma ressalva no que diz respeito aos contratos que obedecem a cláusulas uniformes. Assim, considerando que todos os contratos de concessão ou permissão são regidos por cláusulas uniformes, idênticas para todas as licitações, não há, a princípio, impossibilidade dos congressistas participarem da composição dessas empresas, desde que não ocupem qualquer cargo, função ou emprego de natureza remuneratória, o que, salvo melhor juízo, não se amolda à figura do cotista não diretor.**

(...)

Quanto à participação de parlamentar na gerência ou na sociedade de entidades detentores de outorga de radiodifusão, o Ministério das Comunicações entende que somente é possível **na qualidade de sócio** conforme anteriormente explicitado (...)” (grifou-se)¹⁸¹

Essa interpretação não é correta pois os contratos precedidos de licitação não obedecem a cláusulas uniformes.

63. Parte da doutrina afirma que contratos precedidos de licitação obedecem a cláusulas uniformes porque sua forma de contratação (licitação) impossibilita o diálogo negocial, predetermina e, por conseguinte, uniformiza as cláusulas contratuais.

¹⁸⁰ BERCOVICI, Gilberto; SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. Concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados – inconstitucionalidade. Parecer Jurídico, Anexo 1 desta ADPF, p. 32-33.

¹⁸¹ Informações prestadas pelo Ministério das Comunicações ao Ministério Público Federal no âmbito do Procedimento Administrativo nº 1.00.000.011221/2005-71, 2005, fls. 53-57, apud Ministério Público Federal, Ação Civil Pública Nº 2007.34.00.026697-833, 18.07.2007, p. 13. Disponível em: <http://www.prdf.mpf.gov.br/imprensa/arquivos_noticias/Acao%20Projor%20Concessao%20Nelson%20Proenca%20Emissoras%20Reunidas.pdf>. Acesso em: 12.12.2011.

As cláusulas de contrato precedido de licitação seriam uniformes (i) pois, dada a ausência de diálogo negocial, seriam erigidas independentemente de pressões negociais exercidas pelos contratantes, e (ii) porque, pré-determinadas, seriam as mesmas (uniformes) independentemente de quem fossem os participantes da licitação¹⁸². A inexistência de diálogo negocial e a uniformidade das cláusulas, alega-se, evitariam privilégios, influências ou desfavorecimentos provocados pelo abuso de poder ou de função. Atenderiam, assim, aos objetivos do Artigo 54, I, “a” da Constituição. É o que afirma Dallari:

“No procedimento administrativo da licitação não existe negociação.

(...)

A licitação a todos iguala, evitando privilégios, influências e favorecimentos, dado o caráter objetivo do julgamento das propostas.

Normalmente, o contrato administrativo tem seus termos e condições fixados em lei e predeterminados pela licitação que o precedeu. Evidentemente existem situações em que o contrato precisa versar sobre especificações ou particularidades não constantes nem da lei nem da licitação, mas tais casos devem ser excepcionais, pois é evidente que não se pode contratar nada diferente do que foi licitado.

A Constituição Federal ao cuidar das inelegibilidades, deixa perfeitamente claro que elas são estabelecidas para assegurar a normalidade e a legitimidade dos pleitos, protegendo-os contra a influência do poder econômico e o abuso de poder.

Portanto, é preciso verificar e comprovar em cada caso se houve, concretamente, influência do poder econômico ou abuso de poder.

Em síntese, a celebração ou manutenção de contrato administrativo precedido de regular licitação não configura infringência da proibição contida no art. 1o, II, “i” da Lei Complementar no 64/90, nem incide na proibição constante do art. 54, I, “a” da Constituição Federal, porque o contrato administrativo precedido de licitação se enquadra perfeitamente na ressalva contida nos mesmos dispositivos.

Contrato administrativo precedido de licitação pode ser entendido como contrato regido por cláusulas uniformes.”¹⁸³

¹⁸² Cf. DALLARI, Adilson de Abreu. Contrato regido por cláusulas uniformes. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Volume 192, p. 82-90, abril/junho 1993; GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula, Os Contratos e as Cláusulas Uniformes, cit., p. 47.

¹⁸³ DALLARI, Adilson de Abreu, Contrato regido por cláusulas uniformes, cit., p. 86; 89-90.

Ao analisar cláusula de estatuto social, Grau e Forgioni atribuem à noção de cláusulas uniformes sentido análogo ao atribuído por Adilson de Abreu Dallari. Dizem os autores: “Daí a conclusão que cumpre ser adotada: ao fazer referência a 'contratos que obedecem a cláusulas uniformes', o estatuto social da Sociedade X refere precisamente aqueles forjados na ausência de negociações. Aqui, cláusulas uniformes significam condições negociais que vêm a luz de forma uniforme, ou seja, independentemente de pressões negociais exercidas pelas partes contratantes, uma sobre a outra. A condição contratual é uniforme justamente porque seria a mesma, ainda que os partícipes da negociação fossem outros, não relacionados entre si. Por essa razão, afirmamos que, no contexto do estatuto social da Sociedade X, contratos que obedecem a cláusulas uniformes são aqueles nos quais (i) a forma de contratação; e/ou (ii) o contexto fático no qual inserido o contrato impossibilitam o diálogo negocial, e conseqüentemente, a individualização das cláusulas derivadas do processo de negociação” In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula, Os Contratos e as Cláusulas Uniformes, cit., p. 47.

Ressalte-se, entretanto, que Grau e Forgioni excluem expressamente a atribuição deste sentido à noção de cláusulas uniformes contida no Artigo 54, I, “a” da Constituição Brasileira. Afirmam que a noção “cláusulas uniformes” é termo que exprime distintos conceitos jurídicos, que deve ser interpretado de acordo com sua respectiva função e, concluem: “**Temos como inadequada a interpretação do texto do art. 12 do estatuto social da Sociedade X encetada desde a mesma pré-compreensão assumida na interpretação dos textos do art. 54 da Constituição do Brasil** ou do art. 1º da LC n. 64, de 1990. **Estamos, aqui, diante de um mesmo termo – cláusulas uniformes – ao qual correspondem distintos conceitos. (...) Trata-se, aí, de distintos conceitos porque diversas as suas funções**” (grifou-se) In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI,

64. Essa interpretação, não obstante, não é adequada para o contexto do Artigo 54, I, “a” pois:

(i) O contrato administrativo proveniente de licitação não possui cláusulas uniformes. As cláusulas contratuais não permanecem as mesmas independentemente de quem seja o vencedor da licitação. A Administração não predetermina todo o conteúdo do contrato. A minuta oferecida no edital de licitação é sempre incompleta. O particular que contrata com a Administração formula, em suas propostas técnica e de preço, cláusulas contratuais essenciais à execução do serviço. O contrato final incorpora as cláusulas formuladas pelo particular vencedor da licitação. Trata-se, portanto, de contrato individual, singular e determinado em conjunto pela Administração e pelo particular vencedor da licitação;

(ii) Consequentemente, o processo de licitação não elimina o diálogo negocial, apenas o parametriza¹⁸⁴. A parametrização reduz, mas não elimina o risco de abuso de poder ou de função; e

(iii) A identificação, por esta interpretação, dos objetivos e comandos do artigo 54, I, “a” é insuficiente. Considera apenas o risco de abuso de poder ou de função nos momentos da realização da licitação e da celebração do contrato. Ocorre que o artigo em questão proíbe também que contrato celebrado com a Administração confira a particular poder de influência que permita o favorecimento pessoal ao longo do exercício do mandato eletivo e ao longo do processo eleitoral. Isso porque, como se viu acima, também são objetivos do artigo 54, I “a” garantir a isenção e a independência dos membros do corpo legislativo e impedir o favorecimento dos parlamentares. Resta claro, portanto, que o contrato precedido de licitação não atende a todos os objetivos do artigo 54, I, “a” e não se enquadra na exceção prevista pelo mesmo artigo.

65. O contrato de prestação de serviços de radiodifusão é exemplo que demonstra que contratos precedidos de licitação não obedecem a cláusulas uniformes.

Paula, Os Contratos e as Cláusulas Uniformes, cit., p. 43-44.

¹⁸⁴ Se não houvesse processo negocial e Administração impusesse todos os termos do contrato, preço e técnica inclusive, a licitação desfiguraria-se-ia. Não haveria como escolher o vencedor nem selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração pois não haveria distinção entre as propostas. Nesse sentido, diz o Ministro Sepúlveda Pertence: “Ocorre que jamais poderão as cláusulas do edital esgotar o conteúdo total do contrato a celebrar, pois, do contrato, não teria objeto a licitação”. TSE, Acórdão 12.679, Recurso n. 10.130/RO, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 21.09.1992, p. 10.

A licitação e o contrato de radiodifusão são regulamentados pelo Regulamento dos Serviços de Radiodifusão (Decreto 52.795/1963). A licitação dá-se na modalidade concorrência, do tipo técnica e preço. Na proposta técnica, os concorrentes devem indicar (i) o tempo total diário proposto para transmissão de programas jornalísticos, educativos e informativos de caráter geral, (ii) o tempo total diário proposto para o serviço noticioso de caráter geral, observando tempo mínimo de 5% fixado pelo artigo 38, alínea “h” do Código Brasileiro de Telecomunicações e pelo Artigo 28, §12, alínea c” do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão , (iii) o tempo total diário proposto para transmissão de programas culturais, artísticos e jornalísticos, produzidos e gerados no município ao qual pertence a localidade objeto da outorga, (iv) o prazo, em meses, para início da execução do serviço em caráter definitivo, a partir da vigência da outorga¹⁸⁵. Na proposta de preço, os concorrentes devem indicar o valor que se propõe a pagar pela outorga, observando o preço mínimo indicado pelo edital¹⁸⁶. O edital pode ainda prever outros requisitos para o exame das propostas, considerando características específicas do serviço¹⁸⁷.

O vencedor da licitação é determinado mediante a atribuição de pontuação e peso a cada um dos itens das propostas técnicas e de preço¹⁸⁸. As condições formuladas pelo vencedor da licitação em suas propostas técnicas e de preço, ressalte-se, são incorporadas ao contrato celebrado ao fim da licitação¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Cf. Decreto 52.795/1963, Art 16. As propostas serão examinadas e julgadas em conformidade com os quesitos e critérios estabelecidos neste artigo: §1º Para a classificação das propostas, serão considerados os seguintes quesitos: a) tempo destinado a programas jornalísticos, educativos e informativos - máximo de quinze pontos; b) tempo destinado a serviço noticioso - máximo de quinze pontos; c) tempo destinado a programas culturais, artísticos e jornalísticos a serem produzidos e gerados na própria localidade ou no município à qual pertence a localidade objeto da outorga máximo de trinta pontos; d) prazo para início da execução do serviço objeto da outorga, em caráter definitivo máximo de quarenta pontos.

¹⁸⁶ Cf. Decreto 52.795/1963, Art 16. § 6º Será desclassificada a proposta que contiver oferta de pagamento de valor inferior ao mínimo fixado em edital.

¹⁸⁷ Cf. Decreto 52.795/1963, Art 16. §2º Considerando características específicas do serviço, poderão ser previstos no edital outros quesitos para fins de exame das propostas, cuja pontuação não devesse ser superior à vinte pontos, situação em que as pontuações estabelecidas no § 1º serão proporcionalmente reduzidas de modo que seja mantido o total de cem pontos.

¹⁸⁸ Cf. Decreto 52.795/1963: Art 16. §5º A classificação das proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada da valoração obtida pela aplicação do disposto nos §§ 1º a 4º deste artigo [referentes à proposta técnica] e da valoração da proposta de preço pela outorga, de acordo com os pesos preestabelecidos no edital, observado o que segue: (...) (grifou-se).

¹⁸⁹ Cf. Decreto 52.795/1963: Art 16. §9º Do contrato de concessão ou da portaria de permissão constará, como condição obrigatória na execução do serviço, o cumprimento do indicado pela entidade vencedora nos itens de sua proposta, relativos às alíneas do § 1º deste artigo, bem assim os preceitos estabelecidos no art. 28. (...) § 11. Do contrato de concessão ou da portaria de permissão constará, como condição obrigatória na execução do serviço, o cumprimento do indicado pela entidade vencedora nos itens de sua proposta, relativos às alíneas do caput deste artigo, bem assim os preceitos estabelecidos no artigo 28.

Vide a esse respeito também a Cláusula Décima Sexta da minuta de contrato de concessão retirada do Edital de Concorrência 002/2009: “Cláusula Décima Sexta - Fazem parte integrante do presente Contrato, como se nele estivessem transcritos, os seguintes anexos: Anexo 1: Edital de Concorrência no ___ /___- CEL/MC; Anexo 2: Proposta Técnica; Anexo 3: Proposta de Preço pela Outorga.” (grifou-se) A minuta do contrato de radiodifusão é padronizada. Em geral, a mesma minuta integra os editais de concessão de radiodifusão.

Ressalte-se ainda que as obrigações relativas à programação e ao prazo para início dos serviços em caráter definitivo não são condições de habilitação. Não basta que o concorrente atenda aos requisitos estabelecidos pelo artigo 28, §3º e alíneas “c”, “d” e “e” do §12 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão¹⁹⁰; os requisitos não se tornam cláusulas contratuais. As diferentes propostas são consideradas para a determinação do vencedor e integram-se ao contrato como obrigações dos concessionários. As distintas licitações produzem contratos individualizados constituídos pelas cláusulas pré-definidas pela Administração e pelas cláusulas formuladas pelo vencedor da licitação.

Sem prejuízo de outras particularidades, os contratos são distintos, no mínimo, no que se refere (i) ao prazo para início da execução dos serviços em caráter definitivo, (ii) ao tempo de programação para transmissão de (a) programas jornalísticos, educativos e informativos de caráter geral, (b) serviço noticioso de caráter geral, (c) programas culturais, artísticos e jornalísticos, produzidos e gerados no município ao qual pertence a localidade objeto da outorga e (iii) ao preço pago pela concessão. Sobre o caráter não uniforme do contrato de prestação de serviços de radiodifusão, vide relevante testemunho do Ministro Nelson Jobim em julgamento do TSE que analisou o caráter uniforme dos contratos de concessão de radiodifusão:

“Examinei atentamente a matéria, principalmente o memorial trazido pelo eminente advogado, que, na tentativa de demonstrar a uniformidade, nos dá notícia do contrato celebrado com a Sociedade Acreana de Comunicação Fronteira Ltda., que é a hipótese, e traz ainda um contrato entre a União Federal e Tropical Comunicações Ltda.

Encontrei a seguinte distinção fundamental na Cláusula III do contrato da sociedade Acreana (fl. 72):

'CLÁUSULA TERCEIRA - 'A concessionária é obrigada a (...) b) submeter à aprovação do Ministério das Comunicações o projeto de instalação da emissora no prazo de 06 (seis) meses (...)'.

No Contrato da União Federal com Tropical Comunicações Ltda.:

'(...) submeter à aprovação do Ministério das Comunicações o projeto de instalação da emissora no prazo de 2 meses, contados da data de publicação desse extrato'.

Na letra c do contrato Acreano:

'c) iniciar a execução do serviço, em caráter definitivo, no prazo de 24 meses (...)'

Já no contrato celebrado entre a União e Tropical Comunicações Ltda.:

'(...) iniciar a execução do serviço em caráter definitivo no prazo de 6 (seis) meses (...)'

Além do mais, a sociedade Acreana, na letra f da Cláusula Quarta, diz (fl.

¹⁹⁰ Decreto 52.795/1963. Art. 28. As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações: (...) 3 Iniciar a execução do serviço, em caráter definitivo, no prazo máximo de 36 (trinta e seis) meses, a partir da vigência da outorga. (...) 12 - na organização da programação: (...) c) destinar um mínimo de 5% (cinco por cento) do horário de sua programação diária à transmissão de serviço noticioso; d) limitar ao máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do horário da sua programação diária o tempo destinado à publicidade comercial; e) reservar 5 (cinco) horas semanais para a transmissão de programas educacionais.

74):

'CLÁUSULA QUARTA – (...) f) destinar o percentual de 70% do horário de sua programação diária a temas, autores e intérpretes nacionais (...).'

Já o outro contrato anexado diz: “destinar o percentual de 80% do horário de sua programação diária a temas, autores e intérpretes nacionais'.

Verifico, nessas condições, que uma coisa é o contrato conter cláusulas com redações semelhantes e espaços, mas na hora da contratação há peculiaridades específicas de cada organismo, e a prova foi trazida exatamente na comparação desses dois.

Isso conheço muito bem, porque na questão relativa à contratação, o que nós tínhamos no Congresso Nacional? Encontrava-me lá e sabia o que se passava: havia uma espécie de discricionariedade genérica do Ministério das Comunicações e certas disputas mínimas que se estabeleciam eram arbitradas pela entidade representativa dos órgãos de comunicação.

E tanto isso é verdade que foi juntado no próprio memorial em contrato de data um pouco anterior, mas que mostra que as obrigações são distintas. Ou seja, é a mesma obrigação, mas com prazos distintos. Não são cláusulas uniformes, mas distintas. Quando se tem uma obrigação de colocar 80% de programação nacional num contrato e na outra 70%, essa cláusula é uniforme? Existe uma mesma obrigação no sentido de que se tem que colocar, mas o conteúdo da obrigação é completamente distinto. Logo, não temos a mesma situação posta nos dois contratos. Acompanho o relator”¹⁹¹.

Por fim, como visto acima, o serviço de radiodifusão confere a seu concessionário um forte, nítido e indiscutível poder de influência que permite o favorecimento, pela pessoa jurídica prestadora de radiodifusão, de seus sócios e associados. Destarte, o processo de licitação pode até reduzir o risco de abuso de poder ou de função ao longo da licitação e no momento da assinatura do contrato, mas não evita que ele ocorra ao longo do processo eleitoral e ao longo do exercício do mandato. Não se preserva a isenção e a independência dos parlamentares nem se evita o favorecimento pessoal.

66. Concluí-se, assim, que o contrato de prestação de serviços de radiodifusão, ainda que precedido de licitação, não obedece a cláusulas uniformes:

(i) Suas cláusulas não são predeterminadas unilateralmente pela Administração (razão pela qual o contrato de concessão também não se equipara ao contrato de adesão). A minuta oferecida no edital de licitação é incompleta. O concessionário não manifesta seu consentimento por mera adesão. Ao contrário, formula, em suas propostas técnica e de preço, cláusulas contratuais essenciais à execução do serviço. O contrato final é individual, singular, particularizado conforme o resultado de determinada licitação;

(ii) O diálogo negocial é reduzido, parametrizado, mas não eliminado;

¹⁹¹ TSE. Acórdão n. 556, Recurso Ordinário n. 556/AC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 20.09.2002. p. 23-24.

(iii) O risco de abuso de poder ou de função no momento da licitação e da celebração do contrato é reduzido, mas permanece ao longo do processo eleitoral e ao longo do exercício do mandato, pois o contrato de concessão confere forte poder de influência ao concessionário; e

(iv) Não se preserva a isenção e a independência dos parlamentares nem se evita o favorecimento pessoal.

67. Em conformidade com essa interpretação está a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral que, como se afirmou acima, desde 2002, é pacífica em afirmar que contratos precedidos de licitação não obedecem a cláusulas uniformes¹⁹². Trata-se do que Joaquim Barbosa chama de “moderno entendimento” do TSE acerca da noção de contrato de cláusulas uniformes¹⁹³.

A principal e mais citada decisão (“leading case”) acerca da matéria foi tomada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no Acórdão nº 12.679 de 1.992¹⁹⁴. Ao analisar se um candidato que mantinha contrato de execução de obras de prestação de serviços com o Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de Rondônia era inelegível ou estava coberto pela exceção relativa à cláusulas uniformes, o Ministro concluiu (i) que contrato proveniente de licitação e contrato de cláusulas uniformes são conceitos incompatíveis e, (ii) que a expressão contrato que obedece a cláusulas uniformes refere-se ao contrato de adesão. Diz o Ministro:

“O que resta, pois, a examinar é se o contrato original se enquadra ou não na ressalva legal à inelegibilidade do empresário.

(...)

Sustenta (...) com razão, o memorial, que a própria Lei de Inelegibilidades, na Alinea questionada, admite a existência de contrato de obra pública, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens, “que obedeçam a cláusulas uniformes”, pois, do contrário, seria inócua a ressalva legal discutida.

Não obstante, a mim me parece que contrato por licitação e contrato de cláusulas uniformes – ao menos, no sentido em que utilizado na Constituição (art. 54, I, a) ou na regra de inelegibilidade –, são conceitos que lurent de se trouver ensemble.

¹⁹² Cf. os seguintes acórdãos do TSE: (i) Acórdão n. 12.679, Recurso n. 10.130/RO, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 21.09.1992; (ii) Acórdão n. 556, Recurso Ordinário n. 556/AC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 20.09.2002; (iii) Acórdão n. 22.229, REspe n. 22.229/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 03.09.2004; (iv) Acórdão n. 22.239, REspe n. 22.239/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 03.09.2004; (v) Acórdão n. 22.240, REspe n. 22.240/PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 03.09.2004; (vi) Acórdão n. 21.966, AgR no REspe n. 21.966/CE, Relator Ministro Luiz Carlos Madeira, DJ 08.09.2004; (vii) Acórdão n. 24.651, REspe n. 24.651/ES, Relator Ministro Luiz Carlos Madeira, DJ 06.10.2004; e (viii) AgR no REspe n. 34.097/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2008.

¹⁹³ Entendimento manifesto em seu voto no TSE, AgR no REspe n. 34.097/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2008, p. 9.

¹⁹⁴ TSE, Acórdão 12.679, Recurso n. 10.130/RO, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 21.09.1992.

Contrato de cláusulas uniformes é o chamado contrato de adesão, que, na lição de Orlando Gomes (*Contratos*, 11^a ed., p. 118), é aquele no qual ‘uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se com a simples adesão no conteúdo preestabelecido da relação jurídica’.

Derivam eles, nota Darcy Bessone (*Do Contrato*, 1960, p. 82), ‘da adesão, sem prévia discussão, a um bloco de cláusulas elaborado pela outra parte’. Na licitação, é certo, a administração pública pré-ordena no edital uma série de cláusulas, às quais, atendendo ao convite, o concorrente presta adesão prévia.

Ocorre que jamais poderão as cláusulas do edital esgotar o conteúdo total do contrato a celebrar, pois, do contrato, não teria objeto a licitação.

Veja-se, no ponto, o precioso testemunho doutrinário de Caio Mário (*Instituições de Direito civil*, 6^a, III), igual ao do invocado pelo recorrido, quando observa que, ‘no contrato de licitação, a oferta traz a convocação dos interessados para apresentar suas propostas, nas quais, obrigados embora a submeter-se a certas condições fixas, pormenorizam as suas proposições quanto ao preço, prazo, etc, ficando o anunciante com a liberdade de escolher aquela que seja a de sua conveniência e até de não aceitar nenhuma’ (fl. 216).

O que se tem, portanto, é que, na formação do contrato administrativo, por licitações, suas cláusulas advém, parcialmente, da oferta ao público substantivada no edital, que já contém estipulações prévias e unilateralmente fixadas, aos quais há de aderir o licitante para concorrer, mas, de outro lado, também aquelas resultantes da proposta do concorrente vitorioso, relativa aos pontos objeto do contrato, que, de sua vez, o Poder Público aceita adjudicar-lhe o contrato.

No contrato por licitação, por conseguinte, não há jamais o que é o caráter específico do contrato de adesão: provir a totalidade do seu conteúdo normativo da oferta unilateral de uma das partes a que simplesmente adere globalmente o aceitante: ao contrário, o momento culminante do aperfeiçoamento do contrato administrativo formado mediante licitação não é o de adesão do licitante às cláusulas pré-fixadas no edital, mas, sim o da aceitação pela Administração Pública de proposta selecionada como a melhor sobre as cláusulas abertas ao concurso de ofertas.” (grifou-se)¹⁹⁵

Em outra oportunidade (Recurso Ordinário 556/AC, de 2.002, também relatado por Sepúlveda Pertence), o TSE pronunciou-se especificamente sobre o contrato de radiodifusão. Trata-se de julgamento sobre a inelegibilidade de sócio de empresa concessionária de televisão. Após reconhecer que (i) no ordenamento brasileiro, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são serviços públicos, (ii) que a empresa em questão era concessionária do serviço de radiodifusão e (iii) que a concessão foi precedida de licitação, o Ministro Relator decidiu pela inelegibilidade do candidato pois considerou que o contrato de prestação de serviços de radiodifusão não obedece a cláusulas uniformes. Disse o Ministro:

No sistema brasileiro, ‘os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens’ são serviços públicos, que incumbe à União ‘explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão’ (CF, art.

¹⁹⁵ TSE, Acórdão 12.679, Recurso n. 10.130/RO, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 21.09.1992, p. 9-11.

21, XII, a).

A Sociedade Acreana de Comunicação Fronteira Ltda. é concessionária do serviço de 'radiodifusão de sons e imagens (televisão)', na capital do Acre, que explora pela TV Rio Branco, de sua propriedade (cf. Decreto de 15.12.87, f. 69).

A concessão – como é imperativo constitucional (CF, art. 175) – foi obtida mediante licitação (cf. Edital, f. 68).

Estou, assim, em que incide sobre os que exerçam cargo de direção, administração ou representação de empresa concessionária de serviço público a inelegibilidade do art. 1º, II, i, e VI, da LC 64/90, salvo desincompatibilização, até seis meses antes do pleito.

(...)

Não aproveita às concessionárias de serviço público, precisamente porque sujeita a concessão à licitação, a ressalva final da alínea i referida, que exclui da inelegibilidade as hipóteses de que o contrato administrativo 'obedeça a cláusulas uniformes'.

O Tribunal o assentou na decisão invocada pelo recorrente AC 12.679 (REspe 10.130), 21.09.92, de que fui relator (...).

Essa continua a ser minha convicção, de resto, não contrariada pelos acórdãos do TSE que, no voto de Minerva, arrolou o II. Presidente do Tribunal a quo, Desemb. Miracele Borges (f. 307), que cuidam, todos eles, de hipóteses diversas: o REspe 17.340, Maurício Corrêa, de empresa jornalística que, obviamente, não é concessionária, e, no REspe 18.572, Zveiter, de contrato administrativo que se reputou obediente a cláusulas uniformes”¹⁹⁶.

Disse ainda o Ministro Pertence:

“Quero apenas chamar a atenção do Tribunal, ressaltando ser a mesma questão da incompatibilidade dos membros do Congresso Nacional, tradicional, histórica, para evitar que eles – santa ingenuidade – não se comprometam com favores do Poder Executivo. E por isso só se lhe permite o art. 54, I a, da Constituição Federal:

‘Art. 54 (...)

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes’.

E tudo o que se disse aqui foi que, àquela época, além de existirem cláusulas não uniformes, existia ainda a distinção do presidente da República. O oposto, *data vêniam*, a todo conceito razoável deste contrato de cláusulas uniformes que se subtrai do regime de incompatibilidade parlamentar em no caso, subtrai-se da inelegibilidade.

E mais, vê-se que a incompatibilidade parlamentar incide inclusive em contratos com concessionárias de serviço público.

Seria paradoxal que a concessionária, que no caso se equipara à administração pública, para gerar a incompatibilidade constitucional,

¹⁹⁶ TSE, Acórdão n. 556, Recurso Ordinário n. 556/AC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 20.09.2002, p. 3-6. Vale também citar o voto do Ministro do TSE Antônio de Pádua Ribeiro no Recurso 11.408: “Confesso que não consigo divisar a possibilidade de contrato decorrente de licitação pública ser considerado como contendo cláusulas uniformes. Esses contratos relativos à cláusulas uniformes – segundo até hoje tenho entendido por tal conceito – são aqueles contratos a que se sujeitam as pessoas de um modo geral; é o que acontece com um deputado que vai obter um financiamento na Caixa Econômica Federal, de um banco qualquer, e aquele financiamento é aberto a todos os funcionários públicos, dentro de certos limites, seguindo certas cláusulas; contrato de venda de imóveis do Poder Público, que obedece cláusulas de praxe. **Mas, contrato decorrente de licitação pública – a meu ver – é, pela própria natureza, um contrato individualizado, um contrato personalizado, um contrato em que há a subsunção dos fatos decorrentes da concorrência àquelas cláusulas que corporificam a parte jurídica decorrente da adjudicação de obras e serviços públicos**”. In: TSE, Acórdão n. 11.408, Recurso n. 11.408, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 14.02.1995, p.5.

ela própria, porque inocente signatária de um contrato de cláusulas uniformes que os melhores autores equiparam, sim, ao contrato de adesão, e que aberto a qualquer um.

O financiamento hipotecário da Caixa Econômica submete a apresentação de determinados documentos e garantias, mas em tese está aberto a qualquer cidadão, e coisas desse jaez. Mas vir trazer a margem de discricionariedade dada ao chefe do governo para conceder serviço de radiodifusão, *data vênia*, agrava apenas o problema. Nisso está a origem de um tema que é o da Ciência Política Brasileira: o coronelismo eletrônico. Fico afora dessas considerações de maior espectro constitucional e vou à documentação:

A 19.1.88, a Dra. Esmeralda Eudóxia Fonçalves Teixeira, chefe da Seção de Assuntos Jurídicos do Ministério das Comunicações – Dentel, assina o seguinte documento (fl. 70):

‘Tendo em vista a publicação do extrato do Contrato celebrado entre a União Federal e a Sociedade Acreana de Comunicação Fronteira Ltda. (...) para estabelecer uma estação de radiodifusão Sons e Imagens, na cidade de Rio Branco, Estado do Acre, encaminhe-se este processo à Diretoria Regional do DENTEL em Rio Branco, para cumprir o disposto no número 3 Roteiro do Capítulo III do Manual de Orientação Jurídica.

Em decorrência do que consta da proposta da entidade, deverá ser observado o seguinte:

a) prazo para apresentação do projeto de aprovação de locais 06 (seis) meses. (fls 95). [Certamente do processo de licitação]

b) percentual de equipamentos utilizados

Trasmissor 100%

Sistema Irradiante 100%

Estúdio 100%.

c) prazo para entrada em funcionamento definitivo 24 meses

d) percentual de tempo de programação diária referente a temas nacional 70%,

e) tempo (Diário) destinado ao serviço noticioso 05%.’

Há cláusulas uniformes? *Data vênia*, Ministro Luiz Carlos Madeira, contrato de concessão que mereça o nome terá, certamente, muito mais que seu núcleo, um imenso rol de cláusulas uniformes. Trata-se das célebres cláusulas regulamentares do serviço público.

Conta-se que o jurista Francisco Campos, certa vez, precisando alugar um apartamento para morar, pediu à imobiliária que lhe mandasse um contrato de locação. E a imobiliária como sói, encaminhou-se uma chorumela de algumas dezenas de páginas. O célebre jurista respondeu assinando o seguinte: imóvel, rua tal, nº tal, apartamento tal, Locador Sr. Fulano de Tal, locatário Sr. Francisco Alves da Silva Campos. Aluguel tanto, prazo tanto. O resto é lei.

Concessão de serviço público é quase isso. Mas se há alguma seleção, seja ela habilitante, seja selecionadora, *data vênia*, não há cláusula uniforme. Tanto mais quando, depois de tudo isso, sustenta o eminente Ministro Madeira que ainda paira a discricionariedade presidencial para, entre as habilitadas, **conceder o serviço hoje mais disputado politicamente e economicamente no país, que é exatamente a concessão dos serviços de radiodifusão e de televisão.**

Mantenho o meu voto.” (grifou-se)¹⁹⁷

68. A única decisão posterior à 2002 citada como dissídio quanto ao tema das cláusulas uniformes (Acórdão n. 21.968/CE, de 2004, relatado pelo Ministro Caputo

¹⁹⁷ TSE, Acórdão n. 556, Recurso Ordinário n. 556/AC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 20.09.2002, p. 25-27.

Bastos¹⁹⁸) não invalida o mencionado acima quanto ao caráter pacífico do posicionamento do Tribunal a partir de 2002.

De uma banda, não se trata, no caso, de contrato precedido de licitação, mas de contrato celebrado mediante dispensa de licitação. De outra, o argumento central do TSE para concluir que o motorista contratado pela Administração Pública não era inelegível foi a regra da proporcionalidade e não a uniformidade das cláusulas. O Tribunal considerou que o serviço era de pequeno porte (“um singelo caminhão e seu dono”, nas palavras do Relator¹⁹⁹) e não oferecia ao candidato poder de influir no processo eleitoral. Por isso, com base na regra da proporcionalidade, entendeu que não havia ameaça suficiente à democracia a justificar restrição ao direito de ser eleito²⁰⁰. O próprio Relator afirma que a natureza do contrato não foi determinante para a decisão:

“O objetivo [da norma do Artigo 1º, II, “i” da Lei Complementar 64/90] é resguardar a lisura dos pleitos eleitorais coibindo-se a interferência do poder econômico ou da máquina administrativa, em detrimento da isonomia que deve prevalecer entre os candidatos.

Na espécie, todavia, não vislumbro como um simples motorista de transporte escolar possa influir, de maneira indiscutível, no possível resultado das eleições do mencionado município cearense, **independentemente da natureza do contrato firmado**” (grifou-se)²⁰¹.

Por fim, note-se que essa decisão não se aplica a contratos de radiodifusão pois (i) a licitação para radiodifusão se dá na modalidade de concorrência, por preço e técnica, e não na modalidade convite, por menor preço, e (ii) o argumento central para considerar o candidato elegível (inexistência de poder de influência) não se aplica à radiodifusão, que confere a quem a exerce forte e indiscutível poder de influência.

69. No que tange às decisões anteriores a 2002 que manifestaram entendimento distinto acerca da noção “contratos que obedecem a cláusulas uniformes”, além de representarem uma posição superada do TSE²⁰², não se aplicam ao contrato de prestação de serviços de radiodifusão.

No Recurso n. 11.408²⁰³ e no Recurso Especial Eleitoral n. 18.572²⁰⁴, o TSE

¹⁹⁸ TSE, Acórdão n. 21.968, REspe n. 21.968/CE, Relator Ministro Caputo Bastos, DJ 19.09.2004.

¹⁹⁹ TSE, Acórdão n. 21.968, REspe n. 21.968/CE, Relator Ministro Caputo Bastos, DJ 19.09.2004, p. 8.

²⁰⁰ No mesmo sentido, TSE, Acórdão n. 18.912, Recurso Especial Eleitoral n. 18.912/MG, Relator Ministro Fernando Neves, Relator designado Ministro Maurício Corrêa, DJ 24.10.2000. Em particular o seguinte trecho do Voto do Ministro Néri da Silveira (p. 10): “É mero transporte escolar em lugar pequeno. Tornar inelegível o candidato nessas circunstâncias me parece que é emprestar ao dispositivo de lei, realmente, uma extensão com a devida vênia, além do que ele pretende”.

²⁰¹ TSE, Acórdão n. 21.968, REspe n. 21.968/CE, Relator Ministro Caputo Bastos, DJ 19.09.2004, p. 5.

²⁰² Conforme voto do Ministro Joaquim Barbosa no TSE, AgR no REspe n. 34.097/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2008, p. 8.

²⁰³ TSE, Acórdão n. 11.408, Recurso n. 11.408, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 14.02.1995.

entendeu que contrato firmado mediante licitação da modalidade convite, do tipo menor preço, “reveste-se de características de contrato de adesão, de cláusulas uniformes”. Os dois casos expressam posição superada pelo TSE, que de qualquer forma não se aplica à radiodifusão pois não se referem a serviço público e porque a licitação para radiodifusão não se dá na modalidade convite, e no tipo menor preço, mas na modalidade de concorrência, por preço e técnica.

No Recurso Ordinário 336²⁰⁵, o TSE decidiu ser inelegível presidente de empresa contratada informalmente, sem instrumento escrito, pelo Governo do Estado de Alagoas para veiculação de textos publicitários. Concluiu não haver, no caso, contrato de cláusulas uniformes. Trata-se, na verdade, de decisão favorável à causa que aqui se defende. Os Ministros consideraram que a norma do Artigo 1º, II, “i”, da Lei Complementar 64/90, assim como a do Artigo 54, I, “a” da Constituição Brasileira têm por objetivo “assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições”²⁰⁶ e impedir “qualquer auferimento de vantagens ou benefícios que os referidos contratos podem propiciar”²⁰⁷. A maioria entendeu que não se pode admitir que contratos informais tenham cláusulas uniformes pois sem licitação e sem instrumento escrito estão ainda mais sujeitos ao poder de influência²⁰⁸. Reconheceram o poder de influência das empresas de radiodifusão (“poder de mídia”) que se manifesta, no caso, pela determinação do preço de contratos de publicidade. Em particular, diz o Ministro Maurício Corrêa:

“Querer intuir daí que há contrato de natureza uniforme com quem reproduz os programas da Rede Globo em Alagoas, retransmitidos pela TV Gazeta e, pela Rádio Gazeta, é ir longe demais. **É óbvio que os preços são impostos por quem domina o mercado. Então, não se trata de cláusulas uniformes.** O poder de barganha da TV Gazeta é muito maior do que o de qualquer outro órgão. **Isto é público e notório e, para mim, basta a simples revelação de que contratos dessa natureza são impostos por quem detém esse poder na mídia, para não gerar cláusulas de uniformidade.**” (grifei)

Reconheceram ademais que o preço é cláusula essencial. Não obedece a cláusulas uniformes contrato no qual a outra parte influi sobre o preço, como ocorre no contrato precedido de licitação.

Não obstante, o RO 336 é frequentemente citado como dissídio em razão da

²⁰⁴ Acórdão n. 18.572, REspe n. 18.572/MG, Relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ 19.10.2000.

²⁰⁵ TSE, Acórdão n. 336, RO n. 336/AL, Relator Ministro Costa Porto, Relator designado Ministro Néri da Silveira, DJ 25.09.1998.

²⁰⁶ Trecho do voto do Ministro Costa Porto. TSE, Acórdão n. 336, RO n. 336/AL, DJ 25.09.1998, p. 4.

²⁰⁷ Trecho do voto do Ministro Eduardo Alckmin. TSE, Acórdão n. 336, RO n. 336/AL, DJ 25.09.1998, p. 18.

²⁰⁸ Cf. voto do Ministro Eduardo Alckmin (p. 19) e voto do Ministro Eduardo Ribeiro (p. 14). TSE, Acórdão n. 336, RO n. 336/AL, DJ 25.09.1998.

definição do Ministro Néri da Silveira, que admite que contratos precedidos de licitação possuem cláusulas uniformes²⁰⁹. Trata-se de posição superada pelo TSE, conforme o diz o Ministro Joaquim Barbosa²¹⁰:

O outro julgado citado, o Acórdão nº 18.912, rel. Min. Fernando Neves, de 24.10.2000, **além de refletir posicionamento superado desta Corte**, o excerto de voto citado, do ministro Néri da Silveira, alinhou-se igualmente ao princípio da proporcionalidade, em razão da peculiaridade do caso, porquanto se tratava, como no acórdão anterior, de motorista autônomo e não de empresa. (grifei)

No Recurso Especial Eleitoral n. 18.565²¹¹, referente a sócio-proprietário de empresa contratada por vários municípios da região e pela CEMIG para prestação de serviços e obras, o Ministro Relator Fernando Neves refere-se à definição de contrato de cláusulas uniformes do Ministro Néri da Silveira no RO 336 (acima mencionada), e entende que contrato firmado mediante licitação da modalidade carta-convite possui cláusulas uniformes. Trata-se mais uma vez de posição superada pelo TSE e que de qualquer forma não se aplica à radiodifusão pois (i) refere-se a modalidade e tipo de licitação não aplicável à radiodifusão e (ii) pressupõe que o serviço contratado não confere poder de influência relevante, justamente o contrário do que ocorre na outorga do serviço de radiodifusão.

No Recurso 9.902²¹², referente a diretor de hospital conveniado ao Sistema Único de Saúde, o TSE concluiu tratar-se de contrato de cláusulas uniformes. Segundo o Acórdão, não se trata de um contrato singular, particularizado, mas de um Termo de Adesão a um convênio que é, por sua vez, único e aberto à participação de hospitais²¹³. As cláusulas do contrato são únicas e aplicam-se igualmente aos conveniados. No mesmo sentido manifesta-se o TSE no Acórdão n. 33.826²¹⁴. Tratam-se de casos que não se aplicam à radiodifusão pois nesta não há um contrato único ao qual aderem os

²⁰⁹ “Vê-se desde logo, que a ressalva da parte final do dispositivo em exame pode apresentar-se sob duas modalidades: em caso de estabelecer-se, previamente, em um processo licitatório, determinadas cláusulas, com base nas quais se adjudicam serviços a contratantes com o Poder Público, ou, então, quando essas cláusulas estejam efetivamente inseridas em contratos escritos. Na primeira hipótese, procedida a licitação e adjudicada a prestação de serviços, pressupõe-se sejam vigentes cláusulas, assim como previstas no edital. Não existindo essa situação, ter-se-ia a segunda hipótese, em que se aplicaria a ressalva da parte final da alínea i, II, do artigo 1º da Lei Complementar n. 64/90, quando, em contrato escrito, tal resultasse demonstrado pelo confronto com outros da mesma natureza celebrados com prestadores de serviços diversos.” in TSE, Acórdão n. 336, RO n. 336/AL, DJ 25.09.1998, p. 8-9.

²¹⁰ Cf. TSE, AgR no REspe n. 34.097/PA, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2008, p. 8.

²¹¹ TSE, Acórdão n. 18.565, REspe n. 18.565/MG, Relator Ministro Fernando Neves, DJ 05.10.2000.

²¹² TSE, Acórdão n. 12.733, Recurso n. 9.902/SP, Relator Ministro José Cândido, DJ 24.09.1992.

²¹³ Vide, a esse respeito, trecho do voto do Ministro José Cândido: “(...) examinando-se o documento de fls. 64/71, verifica-se que se trata de um Termo de Adesão ao Convênio SUDS/SP, no qual o Hospital de Misericórdia de Altinópolis apenas adere ao Convênio já existente e que congrega inúmeras entidades públicas e privadas. (...) o contrato, em si, é único e, portanto, na sua essência é uniforme.” in TSE, Acórdão n. 12.733, Recurso n. 9.902, Relator Ministro José Cândido, DJ 24.09.1992, p. 4.

²¹⁴ TSE, Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 33.826/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ 19.05.2009.

diversos radiodifusores, mas sim contratos específicos, individualizados para cada contratante.

O Acórdão 18.187²¹⁵ refere-se a diretor-presidente e proprietário de empresas (jornal impresso e construtora) contratadas, respectivamente, para prestação de serviços de publicidade e execução de obras para o Poder Público. A Ministra Relatora Ellen Gracie entendeu que contrato firmado mediante licitação possui cláusulas uniformes. O caso não se aplica à radiodifusão pois não trata de serviço público. Ademais, trata-se de posição superada pelo TSE, o que é evidenciado pela mudança de posição da própria Relatora que, um ano depois, no Recurso Ordinário 556²¹⁶ – que versa justamente sobre contrato de radiodifusão – aderiu ao entendimento de que contratos precedidos de licitação não possuem cláusulas uniformes.

II.7.2.3. Conclusão

70. Considerando que:

(i) o Artigo 54, I, “a” estabelece que “Deputados e Senadores não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público (...), salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes.”;

(ii) esta regra alcança as pessoas jurídicas das quais participem os deputados e senadores como sócios ou associados;

(iii) as concessionárias e permissionárias de radiodifusão mantêm contrato com pessoa jurídica de direito público (contrato de concessão e contrato de permissão); e

(iv) os contratos de prestação de serviços de radiodifusão não obedecem a a cláusulas uniformes,

conclui-se que Deputados e Senadores não podem, desde a expedição do diploma, ser sócios ou associados de sociedades e associações prestadoras do serviço de radiodifusão.

²¹⁵ TSE, Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 18.187/RO, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 11.09.2001.

²¹⁶ TSE, Acórdão n. 556, Recurso Ordinário n. 556/AC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 20.09.2002, p. 3-6.

II.7.3. Violação do artigo 54, II, “a” da Constituição

71. O artigo 54, II, “a” estabelece que:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: II - desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada²¹⁷.

72. As pessoas jurídicas prestadoras de radiodifusão mantêm contrato – contrato de concessão e contrato de permissão – com pessoa jurídica de direito público – a União. Resta esclarecer o significado de “favor decorrente de contrato” referido pela Constituição.

73. A Constituição Brasileira veda a concessão de favor pela Administração, assim entendido como concessão de vantagens, privilégios ou benefícios em razão de preferência pessoal ou do exercício de poder econômico ou de função. Isto é, favor como parcialidade, arbítrio, favoritismo, discriminação. Quando celebra contratos com particulares, a Administração deve atender aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e da isonomia. A esse propósito, destaca Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(...) a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, caput), a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração”²¹⁸.

²¹⁷ A proibição prevista pelo Artigo 54, II “a” também não é nova em nossa ordem constitucional. O artigo 24 da Constituição de 1891 determinava que “O Deputado ou Senador não pode também ser Presidente ou fazer parte de Diretorias de bancos, companhias ou empresas que gozem favores do Governo federal definidos em lei”. O artigo 33, § 1º, Inciso 1 da Carta de 1934 estabelecia que “Desde que seja empossado, nenhum Deputado poderá: 1) ser diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a Administração Pública”. Na Constituição de 1937, o artigo 44, “c” dispunha: “Aos membros do Parlamento nacional é vedado: (...) c) exercer qualquer lugar de administração ou consulta ou ser proprietário ou sócio de empresa concessionária de serviços públicos, ou de sociedade, empresa ou companhia que goze de favores, privilégios, isenções, garantias de rendimento ou subsídios do poder público”. O artigo 48, II, “a” da Constituição de 1946 fixava “Art 48 - Os Deputados e Senadores não poderão: (...) II - desde a posse: a) ser proprietário ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada”. De maneira semelhante dispunha o Artigo 36, II, “a” da Carta de 1967: “Art 36 - Os Deputados e Senadores não poderão: (...) II - desde a posse: a) ser proprietários ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público ou nela exercer função remunerada”. Por fim, o artigo 34, II, “a” da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 determinava que: “Art. 34. Os deputados e senadores não poderão: (...) II - desde a posse: a) ser proprietários ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada”.

²¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, cit., p. 114.

É por essa razão que a Administração deve se valer, em suas contratações, do processo de licitação (artigo 37, XXI da Constituição), cujos objetivos são garantir a todos os administrados o ensejo de disputarem, em igualdade de condições, as contratações do governo, bem como permitir à Administração selecionar a proposta mais vantajosa, protegendo o interesse público e os recursos governamentais²¹⁹ (artigo 3º da Lei 8.666/1993 e o artigo 14 da Lei 8.987/1995).

74. Face à impossibilidade da concessão de favor, na acepção acima mencionada, pela Administração em seus contratos, Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos entendem que a expressão “favor decorrente de contrato” do artigo 54, II, “a” conota o benefício auferido pelo particular em razão da celebração de todo e qualquer contrato com a Administração. A proibição referida pela norma em questão estende-se, na visão dos autores, a todos os contratos celebrados pela Administração:

“Portanto, não vislumbramos em que condições um contrato possa consubstanciar alguma sorte de privilégio que caracterize uma situação especial. O particular contratante com o Poder Público, certamente, deve ter-se submetido às normas gerais configuradoras do benefício, senão o contrato cairia no puro e simples arbítrio do Poder Público que teria resolvido a seu talante conferir tal privilégio a alguém. Esta eventualidade é insuscetível de ocorrer juridicamente à luz do próprio direito constitucional.

Em síntese, nenhum contratado pode beneficiar-se de favores, no sentido de que a manutenção dos privilégios assim entendidos pudesse derivar apenas da boa vontade do administrador. Destarte, excluindo tal inteligência, o que tornaria o preceito inútil, só resta a de que o presente inciso quis colher **todo aquele que contrata com a Administração**, valendo a palavra favor, aí, não no sentido de ‘graça’, ou ‘mercê’, mas, sim, de puro benefício.

(...)

Por isso, o melhor entendimento para a expressão em pauta é de englobar todos aqueles que mantenham um vínculo contratual com a Administração. O cumprimento do contrato dá lugar a um sem-número de pequenos conflitos, fazendo-se necessária a permanente negociação para o bom andamento do mesmo nos termos do avençado. A teleologia do preceito é, portanto, esta: impedir que o deputado ou senador se aproveite do cargo para melhor vindicar os interesses da sua empresa, isto é, daquela em que seja ou proprietário ou controlador.” (grifou-se)²²⁰

75. Sob essa interpretação, os contratos de concessão e de permissão de radiodifusão enquadram-se na incompatibilidade constitucional prevista pelo artigo 54, II, “a”. Deputados e senadores não podem, portanto, ser proprietários e controladores de pessoas jurídicas prestadoras de radiodifusão pois estas gozam de favor decorrente de

²¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, cit., p. 519; 526; ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de, A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988, cit., p. 293.

²²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, cit., p. 227-228.

contrato – benefício decorrente da celebração de contrato de concessão e de permissão de radiodifusão – com pessoa jurídica de direito público – a União.

Esse é o entendimento da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, sustentado em Parecer elaborado aprovado em 07 de abril de 2009. (anexo 5). Valendo-se do raciocínio acima, o Parecer conclui²²¹:

“Diante do exposto, votamos no sentido de que, em resposta à consulta formulada, fique esclarecido que:

a) incide na vedação de que trata o art. 54, inciso II, aliena a, da Constituição Federal o parlamentar que seja proprietário, controlador ou diretor de pessoa jurídica detentora de concessão, permissão ou autorização para exploração de serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens;

b) deve ser rejeitado o ato de outorga ou renovação de concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviço de radiodifusão de pessoa jurídica que se enquadre na situação acima mencionada, observado, no caso de renovação, o disposto no art. 223, § 2º, da Constituição.”

76. Há outra interpretação possível para a expressão “favor decorrente de contrato”. Apesar de proibir a concessão, pela Administração, de favor na acepção acima mencionada, a Constituição permite a concessão ou concede diretamente determinados favorecimentos a categorias de indivíduos, com o objetivo contribuir para a concretização de direitos fundamentais ou para a realização dos objetivos constitucionais como os estabelecidos pelo artigo 3º.

Exemplos de favorecimentos autorizados ou concedidos pela Constituição são as imunidades fiscais (v.g. artigos 149, §2º, I; 150, VI; 150, §2º; 153, §3º, III; 153, §4º, II; 155, §2º, X, “a”, “b”, “c” e “d”; 155, §3º; 184, §5º; e 195 §7º), a permissão para criação de isenções fiscais (artigos 155, §2º, XII, “e” e “g”), os incentivos previstos pelo artigo 43, §2º, voltados à reduzir as desigualdades regionais²²² e o tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, previsto pelos artigos 146, “d” e 170, IX²²³.

²²¹ SENADO. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer sobre o Requerimento no 782 de 2006. Relator Senador Pedro Simon; Relator ad hoc Senador Marconi Perillo. Aprovado em 07 de abril de 2009. P. 7. Anexo 5 desta ADPF. Disponível em: <legis.senado.gov.br/mate-pdf/85514.pdf>. Acesso em: 05.06.2011.

²²² Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. (...) § 2º - Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; II - juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; III - isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

²²³ Artigo 146. Cabe à lei complementar: (...) d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as

Favor, nesse caso, tem a acepção de benefício, proveito ou vantagem que se concede a alguém²²⁴ não em razão de preferência pessoal ou do exercício de poder econômico ou de função, mas em razão da busca pela concretização dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais²²⁵. Atende ao princípio da isonomia e aos objetivos constitucionais, haja visto que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais, como pretende a Constituição (art. 3º), exige que se trate desigualmente os desiguais.

Caso não se entenda adequada a interpretação sustentada por Ives Gandra Martins, por Celso Ribeiro Bastos e pelo Senado Federal, então a única outra possibilidade é a de entender que a expressão “favor decorrente de contrato”, no contexto do artigo 54, II, “a”, corresponde aos favorecimentos criados e permitidos pela Constituição.

77. Também nessa hipótese se enquadram as pessoas jurídicas prestadoras de radiodifusão. O artigo 155, § 2º, X, “d” as concede imunidade fiscal sobre o ICMS:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

X - **não incidirá:**

d) **nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita;**

O artigo 39 da medida provisória n. 2.228-1, de 06 de setembro de 2001, concede

microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

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: (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

²²⁴ Dicionário Houaiss, verbete “favor”. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm>>. Acesso em: 17.01.2011

²²⁵ A propósito, note-se que há doutrinadores que admitem que a expressão “favor decorrente de contrato” discrimina determinados contratos entre aqueles celebrados pela Administração. Para Pontes de Miranda, “[a] expressão ‘favor’ deve ser entendida em sentido assaz largo (...) favor é o que se faz a um sem ser obrigado a fazer a todos” In: MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo III. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 36. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, favor refere-se a “condição favorável, ou, mais precisamente, de condição especial em face das condições normais ou habituais dos contratos celebrados pela mesma pessoa de direito público” In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 207.

às prestadoras de radiodifusão isenção fiscal sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica – Condecine²²⁶:

Art. 39. São isentos da CONDECINE:

I - a obra cinematográfica e videofonográfica destinada à exibição exclusiva em festivais e mostras, desde que previamente autorizada pela ANCINE;

II - a obra cinematográfica e videofonográfica jornalística, bem assim os eventos esportivos;

III - as chamadas dos programas e a publicidade de obras cinematográficas e videofonográficas veiculadas nos serviços de radiodifusão de sons e imagens, nos serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura e nos segmentos de mercado de salas de exibição e de vídeo doméstico em qualquer suporte, bem como as versões com diminuição do tempo de exibição ou substituição, apenas, do objeto anunciado ou letreiros, as adaptações, as vinhetas e as chamadas realizadas a partir de uma mesma obra cinematográfica ou obra videofonográfica publicitária;

IV - as obras cinematográficas ou videofonográficas publicitárias veiculadas em Municípios que totalizem um número de habitantes a ser definido em regulamento;

V - a exportação de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras e a programação brasileira transmitida para o exterior;

VI - **as obras audiovisuais brasileiras, produzidas pelas empresas de serviços de radiodifusão de sons e imagens e empresas de serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura, para exibição no seu próprio segmento de mercado** ou quando transmitida por força de lei ou regulamento em outro segmento de mercado, observado o disposto no parágrafo único, exceto as obras audiovisuais publicitárias;

VII - o pagamento, o crédito, o emprego, a remessa ou a entrega aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, das importâncias relativas a rendimentos decorrentes da exploração de obras cinematográficas ou videofonográficas ou por sua aquisição ou importação a preço fixo, bem como qualquer montante referente a aquisição ou licenciamento de qualquer forma de direitos, referentes à programação, conforme definição constante do inciso XV do art. 1º;

VIII - obras cinematográficas e videofonográficas publicitárias brasileiras de caráter beneficente, filantrópico e de propaganda política;

IX - as obras cinematográficas e videofonográficas incluídas na programação internacional de que trata o inciso XIV do art. 1º, quanto à CONDECINE prevista no inciso I, alínea d do art. 33;

X - a CONDECINE de que trata o parágrafo único do art. 32, referente à programação internacional, de que trata o inciso XIV do art. 1º, desde que a programadora beneficiária desta isenção opte por aplicar o valor correspondente a 3% (três por cento) do valor do pagamento, do crédito, do emprego, da remessa ou da entrega aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, das importâncias relativas a rendimentos ou remuneração decorrentes da exploração de obras cinematográficas ou videofonográficas ou por sua aquisição ou importação a preço fixo, bem como qualquer montante referente a aquisição ou licenciamento de qualquer forma de direitos, em projetos de produção de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras de longa, média e curta

²²⁶ A Condecine tem como fato gerador “a veiculação, a produção, o licenciamento e a distribuição de obras cinematográficas e videofonográficas com fins comerciais, por segmento de mercado a que forem destinadas” (artigo 32 da MP 2.228-1/2001). Ela é devida pelos seguintes sujeitos passivos: “I - detentor dos direitos de exploração comercial ou de licenciamento no País, conforme o caso, para os segmentos de mercado previstos nas alíneas “a” a “e” do inciso I do art. 33; II - empresa produtora, no caso de obra nacional, ou detentor do licenciamento para exibição, no caso de obra estrangeira, na hipótese do inciso II do art. 33; III - o responsável pelo pagamento, crédito, emprego, remessa ou entrega das importâncias referidas no parágrafo único do art. 32” (artigo 35 da MP 2.228-1/2001).

metragens de produção independente, de co-produção de obras cinematográficas e videofonográficas brasileiras de produção independente, de telefilmes, minisséries, documentais, ficcionais, animações e de programas de televisão de caráter educativo e cultural, brasileiros de produção independente, aprovados pela ANCINE.

Tratam-se de favorecimentos previstos pelo ordenamento (Constituição e medida provisória), que decorrem da celebração de contrato (contrato de concessão e de permissão) entre a prestadora de radiodifusão e a União.

78. Conclui-se, portanto, que deputados e senadores não podem ser proprietários e controladores de pessoas jurídicas prestadoras de radiodifusão pois estas gozam de favor decorrente de contrato – imunidade de ICMS e isenção de Condecine decorrente do contrato de concessão e de permissão de radiodifusão – celebrado com pessoa jurídica de direito público – a União.

As duas interpretações possíveis para o artigo 54, II, “a” conduzem à mesma conclusão: a de que (i) a participação, direta ou indireta, de deputados e/ou senadores como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão e (ii) o controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuam deputados e/ou senadores como sócios ou associados violam referida norma e, por conseguinte, a Constituição.

II.7.4. Jurisprudência

79. A interpretação que entende que pessoas jurídicas que tenham como sócios ou associados políticos titulares de mandato eletivo enquadram-se na incompatibilidade prevista pelos artigos 54, I, “a” e 54, II, “a” da Constituição está de acordo com a jurisprudência²²⁷.

No julgamento da Apelação n. 102.771.5/0-00, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão relatado pelo Desembargador William Marinho²²⁸, decidiu que, em virtude das incompatibilidades negociais previstas pelos artigos 54, I, “a” e 54, II, “a” da Constituição Brasileira, empresa que possui políticos titulares de mandato eletivo como sócios não pode participar de licitação pública, isto é, não pode firmar ou manter contratos com a Administração. A decisão afirmou também que (i) o artigo 54 não alcança apenas contratos firmados pelos políticos como pessoas físicas, mas também os

²²⁷ TJRS, Apelação n. 70018961870/Seberi, Relator Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini, DJ 19.12.2007; TJSP, Apelação n. 102.771.5/0-00/Guarulhos, Relator Desembargador William Marinho, DJ 27.01.2000.

²²⁸ TJSP, Apelação n. 102.771.5/0-00/Guarulhos, Relator Desembargador William Marinho, DJ 27.01.2000.

contratos firmados por pessoas jurídicas das quais participem os políticos, e (ii) a norma do artigo 54 alcança também a Administração, proibindo-a de celebrar os contratos vedados pelo Artigo 54. Eis os trechos relevantes para a decisão:

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Licitação – Admissibilidade – Deputado e vereador sócios da concorrente – **Restrição constitucional (CF, art. 54, I, “a” e II, “a” e LOM, art. 18, I, e II, “a”) – Incompatibilidades negociais** – Subsistência da sentença concessiva da ordem – Recursos, voluntários e oficial, não providos.
IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – Esgotamento das vias administrativas – Matéria sujeita ao crivo do Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) – Preliminar, rejeitada.

(...)

3) No mérito, a sentença deu solução adequada.

Há restrições às sociedades comerciais de negociar com o Poder Público, quando seus sócios são membros do Poder Legislativo.

Assim preceitua a Constituição:

Art. 54 – Os Deputados e Senadores não poderão:

I – desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público ..., salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

(omissis)

II – desde a posse:

a) ser proprietários ... de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada:

(omissis).

(...)

Ora, a sociedade PAUPEDRA – Pedreiras, Pavimentações e Construções Ltda. possui entre seus sócios, FAUSTO MARTELLO, vereador e Presidente da Câmara de Guarulhos e, FAUSTO MIGUEL MARTELLO, Deputado Federal. Logo, não poderia concorrer à licitação promovida pela Prefeitura Municipal de Guarulhos, para fornecimento de areia, em face das restrições constitucionais apontadas.

A lei da licitação também contém princípios éticos que tornam incompatível a habilitação da referida sociedade.

4) Afigura-se inoperante o argumento da apelante de que, na espécie havendo o contrato de conter “cláusulas uniformes”, e não gozando ela de qualquer tipo de favorecimento, nada obsta seja credenciada à participação do exame licitatório, em questão.

É que, no caso, o edital estabelece condições igualitárias de concorrência, não estando expressamente estatuído que as cláusulas do contrato de adjudicação obedecerá cláusulas uniformes a toda e qualquer contratação desta natureza.

Na verdade, as cláusulas serão estabelecidas de conformidade com a gama de diretrizes fixada no edital de convocação.

5) Insustentável, também, se apresenta o argumento de que a restrição só vinga na hipótese da empresa gozar de favor decorrente de contrato administrativo.

Olvida, no entanto, que, para o enquadramento à restrição basta seja remunerado o parlamentar, como sócio-cotista da sociedade interessada.

6) As sanções previstas no art. 55 da Constituição Federal não têm o condão de impedir a contratação, uma vez que não diz expressamente que as mesmas excluem quaisquer outras penalidades.

Sendo assim, o legislador constituinte deixa claro que o descumprimento do art. 54 acarreta também a perda de mandato eletivo, configurando-se falta de decoro parlamentar.

Por todas essas razões, impugna-se a concessão da ordem rogada, para

excluir do certame licitatório, a apelante, por estar sujeitas às restrições constitucionais, em comento, impondo-se a subsistência da sentença concessiva da segurança rogada.” (grifou-se) ²²⁹

Essa decisão foi examinada pelo STF no Recurso Extraordinário 370018/SP, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, julgado em 20.11.2008²³⁰. Apesar de negar seguimento ao recurso por impossibilidade de reexame de provas em recurso extraordinário e por ausência de prequestionamento, a Ministra Carmen Lúcia entendeu, quanto ao mérito, que nada havia a “reformular ou a se corrigir nas decisões anteriormente exaradas pelos órgãos do Poder Judiciário”:

“3. O Recorrente assevera que o Tribunal a quo teria desobedecido o art. 37, inc. XXI e dado interpretação incorreta ao art. 54, da Constituição da República.

Argumenta que a “...o art. 54 da Constituição Federal contém vedação dirigida única e exclusivamente a senadores e deputados. Ou seja, existe uma restrição de direito aos titulares de mandato legislativo. Trata-se de comando interditário dirigido às pessoas físicas que se ocupam das tarefas legislativas. Por tal razão, é juridicamente impossível o pedido de afastamento de uma pessoa jurídica de certame licitatório, fulcrada na referida norma constitucional” (fl. 410).

Pede o provimento do recurso “reformando-se o entendimento do E. Tribunal a quo e garantindo-se à recorrente o direito de contratar com o Poder Público, uma vez que nenhuma pessoa jurídica pode ser afastada de uma licitação pelo simples fato de ter em seu quadro societário, sem sequer funções gerenciais, membros do poder legislativo, sob pena de violação dos arts. 54 e 37, XXXI da Constituição Federal” (fl. 416).

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

(...)

5. De se elucidar, inicialmente, o caso que se tem em juízo.

O Município de Guarulhos iniciou procedimento licitatório, em 1998, na modalidade concorrência pública do tipo menor preço, para o fornecimento de areia (Concorrência n. 03/98-SF6 – fl. 35).

Recorrente e recorrida habilitaram-se para o certame.

Entretanto, conquanto a ora Recorrente tenha sido habilitada, a ora Recorrida questionou administrativamente tal admissão, acabando por impetrar o mandado de segurança – origem do presente recurso – com o fim de afastar a empresa, ao argumento de que dela faziam parte, como seus proprietários, o Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos e seu filho, Deputado Federal.

Firmou-se a ora Recorrida em que tal afastamento era mister em face do art. 18, incs. I e II, al. a, da Lei Orgânica do Município de Guarulhos, do art. 9º da Lei n. 8.666/93 e, ainda, do art. 54, inc. I, al. a, da Constituição da República.

Concedida a ordem de segurança pedida, interpôs-se apelação, na qual se proferiu a decisão contra a qual se insurge, pelo extraordinário, a ora Recorrente, que compareceu inicialmente na ação como litisconsorte.

7. A análise dos autos patenteia não se dotar de razão jurídica a ora Recorrente, nada havendo a reformar ou a se corrigir nas decisões anteriormente exaradas pelos órgãos do Poder Judiciário.

8. Quanto ao art. 37, inc. XXI, da Constituição brasileira, não conheço do recurso, por carência do necessário prequestionamento.

(...)

11. De se concluir, pois, não haver o que prover judicialmente, uma

²²⁹ TJSP, Apelação n. 102.771.5/0-00/Guarulhos, Relator Desembargador William Marinho, DJ 27.01.2000.

²³⁰ STF, RE 370018/SP, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJ 20.11.2008.

vez que a prestação da jurisdição foi cumprida nos termos da legislação vigente.

12. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). (grifo nosso)²³¹

No mesmo sentido da decisão do TJSP está a jurisprudência do TJRS:

Apelação n. 70018961870/Seberi, Relator Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini, DJ 19.12.2007. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.** ART. 11, CAPUT, DA LEI Nº 8.249/92. INCONTROVERSOS OS FATOS IMPUTADOS AOS DEMANDADOS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. **INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIO REGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO DOLOSA. CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO VEDADA A DETENTOR DE MANDATO DE VEREADOR. ART. 43 DA LEI ORGÂNICA E ART. 54 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. EVIDENTE OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO PRÓPRIO DOS DEMANDADOS.** PENALIDADE DE MULTA ARBITRADA EM CONSONÂNCIA COM OS CRITÉRIOS LEGAIS E DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DIANTE DA GRAVIDADE DAS CONDUZAS. APELO IMPROVIDO. (grifou-se)

II.7.5. Conflito de Interesses

80. O Congresso Nacional é responsável pela apreciação dos atos de outorga e de renovação de concessões e permissões de radiodifusão, nos termos dos § 1º, § 2º e § 3º do artigo 223 da Constituição. Ademais, nos termos do artigo 22. IV da Constituição²³², compete privativamente à União legislar sobre radiodifusão.

Por tais circunstâncias, a participação, direta ou indireta, de deputados e senadores como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão provoca um inaceitável conflito de interesses; rompe a isenção e a independência dos parlamentares. Quando da análise de outorgas e renovações, é razoável supor que os deputados e senadores radiodifusores estarão propensos a votar pela aprovação para não prejudicar futuras análises de seus próprios processos. A esse respeito, vide como exemplo a recente aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados de 38 concessões de radiodifusão e a renovação de outras 65 em apenas três minutos e com apenas um deputado no Plenário²³³. Situação mais grave ocorre quando os parlamentares votam na aprovação de suas próprias outorgas ou renovações, como de fato já ocorreu, conforme

²³¹ STF, RE 370018/SP, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJ 20.11.2008.

²³² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: IV - águas, energia, informática, telecomunicações e **radiodifusão**;

²³³ ÉBOLI, Evandro. Com apenas um deputado em plenário, CCJ aprova 118 projetos em sessão de três minutos. O Globo, 23 set. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/09/22/com- apenas-um-deputado-em- plenario-ccj- aprova-118-projetos-em- sessao-de- tres- minutos-925423503.asp>>. Acesso em: 03.10.2011.

demonstrado por estudo elaborado por Venício Lima²³⁴. Ao legislarem sobre o assunto ou fiscalizarem o serviço da radiodifusão, não é descabido supor que os parlamentares buscarão manter seus privilégios²³⁵.

A própria Câmara dos Deputados já reconheceu o conflito de interesses. O Relatório dos trabalhos da Subcomissão Especial da CCTCI criada para analisar as normas de radiodifusão afirma o seguinte:

“(…) como o Congresso Nacional é responsável pela apreciação dos atos de outorga e de renovação de outorga de radiodifusão, **a propriedade e a direção de emissoras de rádio e televisão são incompatíveis com a natureza do cargo político e o controle sobre concessões públicas, haja vista o notório conflito de interesses.**” (grifou-se)²³⁶

O Ministro das Comunicações Paulo Bernardo também reconheceu o conflito. Afirmou que “[é] mais fácil fazer o impeachment do presidente da República do que impedir a renovação de uma concessão de rádio ou TV”. No mesmo sentido, o Deputado Federal Ratinho Júnior disse que “[s]e o político tiver uma ligação de dono, obviamente que ele vai ter os interesses pessoais nas decisões, principalmente quando se faz parte da Comissão de Ciência e Tecnologia”²³⁷. A Deputada Luiza Erundina, por sua vez, afirmou:

“Claro que tem dificuldade no Congresso porque ainda se tem um número elevado de parlamentares que, de forma ilegal e inconstitucional, são detentores de concessão de rádio e TV. E eles têm seus prepostos, seus representantes na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara e do Senado e isso explica a dificuldade que há em se avançar minimamente em relação a esse marco legal”²³⁸²³⁹.

²³⁴ LIMA, Venício A. de. **Concessionários de Radiodifusão no Congresso Nacional: Ilegalidade e Impedimento**. In: Projor, Representação junto à Procuradoria Geral da República, 25.10.2005. Disponível em:

<http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=343&Itemid=99999999>. Acesso em: 10.04.2010.

²³⁵ Como afirma José Cretella Jr., “(…) uma das tarefas administrativas do Parlamento é precisamente a da fiscalização dessas entidades. Como se compatibilizaria a função fiscalizadora do congressista sobre os contratos celebrados de que ele é parte favorecida? Para evitar o suborno e a corrupção, nesses casos, é tradição, no direito brasileiro, há quase um século, a proibição do congressista, em celebrar contratos públicos ou privados (…)” In: CRETELLA JR., José, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, cit., p. 2643.

²³⁶ Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática. Subcomissão especial de radiodifusão. **Relatório dos trabalhos da Subcomissão Especial da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática – CCTCI, da Câmara dos Deputados, criada para analisar mudanças nas normas de apreciação dos atos de outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens**. Centro de Documentação e Informação. Edições Câmara. Brasília, 2009, p. 54. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cctci/publicacoes.html/Rel-Radiodifusao.pdf>. Acesso em: 12.12.2011.

²³⁷ OLIVEIRA, José Carlos de. **Parlamentares comentam declaração de ministro sobre concessão de emissoras**. Rádio Câmara, 07.01.2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/radiocamara/?lnk=2000-PARLAMENTARES-COMENTAM-DECLARACAO-DE-MINISTRO-SOBRE-CONCESSAO-DE-EMISSORAS-343&selecao=MAT&materia=115568&programa=41>>. Acesso em 17.02.2011.

²³⁸ OLIVEIRA, José Carlos de. **Parlamentares comentam declaração de ministro sobre concessão de**

II.7.6. Conclusão: violação dos artigos 54, I, “a” e 54, II, “a” da Constituição, da probidade administrativa e da isenção e independência dos membros do legislativo.

81. Em suma, conclui-se que (i) o controle de concessões, autorizações e permissões de radiodifusão por pessoas jurídicas das quais deputados e senadores sejam sócios ou associados e (ii) a participação, direta ou indireta, de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão violam os artigos 54, I, “a” e 54, II, “a” da Constituição. Violam, conseqüentemente, a probidade administrativa, pois trata-se de contratação da Administração proibida pela Constituição. Violam também a isenção e a independência dos membros do Legislativo e prejudicam a realização de eleições livres. Todos esses são preceitos constitucionais fundamentais.

82. Os artigos 54, I, “a” e 54, II, “a” da Constituição veiculam preceitos fundamentais pois regulamentam o exercício da legislatura pelos membros do Congresso Nacional. Suas finalidades acima descritas visam proteger elementos fundamentais da república e da democracia. Tratam-se assim, de regras que conferem densidade normativa a preceitos fundamentais. Na lição do Ministro Carlos Ayres Britto “a virginal fundamentalidade de um preceito constitucional é repassada, logicamente, para outro ou outros preceitos constitucionais que lhe sejam servientes, ainda que esses outros preceitos façam parte de um conjunto normativo diverso”²⁴⁰.

II.8. Violação à democracia

83. Todos os preceitos fundamentais aqui mencionados – a liberdade de expressão, o direito à informação, a divisão entre os sistemas estatal, público e privado de radiodifusão estabelecida pelo Artigo 223 da Constituição, o direito à realização de eleições livres, a soberania popular, o pluralismo político, o princípio da isonomia, o direito à cidadania, os impedimentos e incompatibilidades inerentes ao exercício de mandato eletivo, a isenção e independência dos membros do Poder Legislativo, a

emissoras. Rádio Câmara, 07.01.2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/radiocamara/?lnk=2000-PARLAMENTARES-COMENTAM-DECLARACAO-DE-MINISTRO-SOBRE-CONCESSAO-DE-EMISSORAS-343&selecao=MAT&materia=115568&programa=41>. Acesso em 17.02.2011.

²³⁹ A análise feita neste ponto 80 sobre o conflito de interesses também se encontra em ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de, A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988, cit., p. 302-303.

²⁴⁰ Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, d.j. 30.04.2009, p. 41; Vide também STF, ADPF 33/PA, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005, p. 15.

probidade administrativa e o direito de controlar o exercício do poder estatal – são elementos essenciais na democracia. Ao violar esses preceitos, (i) o controle de concessões, autorizações e permissões de radiodifusão por pessoas jurídicas ligadas a políticos titulares de mandato eletivo e (ii) a participação, direta ou indireta, de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão violam a democracia que, por sua vez, também é, indiscutivelmente, um preceito fundamental da Constituição Brasileira.

II.9. Uso político das outorgas de radiodifusão²⁴¹

84. Abaixo estão evidências do uso político de outorgas de radiodifusão. Não se supõe com isso que a inconstitucionalidade do controle de outorgas de radiodifusão por pessoas jurídicas ligadas a políticos dependa da produção de dano (vide item 93). Nem se objetiva com essas evidências (i) individualizar a questão discutida na presente ação à determinadas concessões, permissões ou autorizações ou (ii) fazer acusações individuais a radiodifusores ou políticos. Quer-se apenas demonstrar que há evidências concretas, relatadas pela imprensa e pela literatura acadêmica, do uso da radiodifusão para o favorecimento de políticos ligados às pessoas jurídicas que controlam as outorgas.

85. Identificou-se três tipos de uso político: (i) a outorga de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão como forma de obter apoio político (moeda de barganha) e (ii) a utilização da outorga pelos concessionários, permissionários e autorizatários para influenciar a opinião pública a favor de seus sócios, associados e correligionários e (iii) a utilização do poder parlamentar para obter ou renovar outorgas próprias.

II.9.1. Moeda de barganha

86. Uma série de estudos no campo da comunicação indicam a utilização das outorgas de radiodifusão como moeda de barganha política²⁴². Em particular, o estudo de Paulino Motter indica que no período de 15 de março de 1985 a 05 de outubro de 1988, o então presidente José Sarney outorgou 91 concessões de radiodifusão a deputados e

²⁴¹ Os casos que evidenciam o uso político das outorgas de radiodifusão descritos nos pontos 84 a 91 a seguir também foram relatados em ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de, A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988, cit., p. 240-245.

²⁴² Vide, por todos, SANTOS, Suzy dos; CAPPARELLI, Sérgio, Coronelismo, Radiodifusão e Voto: a nova face de um velho conceito, cit., p. 77-101; LIMA, Venício A. de; LOPES, Cristiano Aguiar, Coronelismo Eletrônico de Novo Tipo, cit., p. 3; 2-10.

senadores constituintes. Desse total, 84 (92,3%) deputados votaram a favor do presidencialismo, e 82 (90,1%) votaram a favor do mandato de cinco anos, questões que favoreciam o então Presidente da República²⁴³. Trata-se de um indício que sugere que as outorgas a políticos podem ter sido utilizadas em troca do apoio na votação das questões defendidas pelo então Presidente.

II.9.2. Uso da radiodifusão para o favorecimento de seus sócios ou associados

87. No dia 10 de maio de 2001, a TV Bahia, afiliada da Rede Globo, que na época pertencia ao então senador Antônio Carlos Magalhães, deixou de transmitir imagens da polícia invadindo a Universidade Federal da Bahia e espancando os estudantes que protestavam pela cassação do Senador. Em seguida, no Jornal do Globo, a apresentadora Ana Paula Padrão noticiou ao vivo a recusa da afiliada em transmitir a reportagem²⁴⁴.

88. Em sua coluna no Observatório da Imprensa, Chico Bruno noticiou que em maio de 2001, a Central Globo de Jornalismo entrevistou na TV Gazeta, de Alagoas, na TV Sergipe, e na TV Verdes Mares que, segundo a reportagem, pertenciam, respectivamente, à família de Fernando Collor, ao então Governador Albano Franco, e ao então Deputado Edson Queiroz. O motivo da intervenção foi o uso político dos canais para a promoção de políticos controladoras das outorgas ou para a crítica a políticos adversários dos controladores das outorgas²⁴⁵.

89. Costa e Brener citam uma série de exemplos de uso político de emissoras de radiodifusão. Elencamos abaixo alguns dos casos:

Raros são os políticos que admitem usar a televisão como trampolim eleitoral. Uma exceção é o ex-deputado federal Antônio Gaspar (PSDB-MA), que hoje tenta vender a sua rádio Maracu e a autorização obtida no atual governo para montar uma RTV (repetidora da Manchete) em Viana. “Estou saindo da vida política, não faz mais sentido controlá-las”, argumenta. O mato-grossense Wellington Fagundes, que registrou as suas três emissoras em nome de parentes, também põe as cartas na mesa. “Quem é de estados menores, como eu, precisa ter um meio de comunicação para chegar ao eleitor”, afirma o deputado. (...) Em Rondonópolis, segundo maior município do Mato Grosso, Wellington participa toda semana, como

²⁴³ MOTTER, Paulino. O uso político das concessões das emissoras de rádio e televisão no governo Sarney, cit., p. 89- 115.

²⁴⁴ Cf. SANTOS, Suzy dos; CAPPARELLI, Sérgio. Coronelismo, radiodifusão e voto: a nova face de um velho conceito, cit., p. 91.

²⁴⁵ BRUNO, Chico. **A Vitória da Imparcialidade**. Observatório da Imprensa, 23.05.2001. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/iq230520015.htm>>. Acesso em: 25.02.2011.

convidado, do programa de debates Falando Com a Nossa Gente. Em Jaciara, é presença freqüente no telejornal Cidade Agora, exibido de segunda a sábado entre as 12h e 12h30.

No último dia 27, o padre de Juscineira (uma das cidades do Vale do São Lourenço) recebeu da Assembléia Legislativa o título de cidadão mato-grossense. A TV Cidade de Jaciara dedicou ao assunto dez minutos, nos quais Wellington apareceu mais do que o homenageado. Pouco antes, a emissora pôs no ar oito minutos sobre uma visita do deputado à Cachoeira da Fumaça, área cuja exploração turística ele pretende apoiar, com a ajuda dos governos federal e estadual. Exatos três minutos e sete segundos foram destinados a entrevistas com o deputado, que foi citado 14 vezes ao longo da reportagem.

Em Barra do Garças (MT), não há exposição agropecuária ou eventos culturais e esportivos que não sejam divulgados pela TV Cidade com chamadas seguidas da vinheta “apoio, deputado Wellington Fagundes”.

Em Cáceres, na região Oeste do Mato Grosso, outro político é figura carimbada em uma das RTVs locais, a TV Descalvados (repetidora do SBT). É o médico e deputado federal Pedro Henry (PSDB). Registrada em nome do seu irmão, Ricardo Luiz Henry, e do radialista Sérgio Granja de Souza Vieira, a TV Descalvados tem uma estranha história. Foi autorizada a funcionar em 23 de maio de 1996. Mas o próprio deputado diz que ela entrou no ar bem antes, em 12 de setembro de 1995. A lei? “No interior, a gente põe para funcionar mesmo”, responde Henry, também candidato à reeleição.

O deputado nega até debaixo das águas do rio Paraguai que seja o verdadeiro dono da emissora, como dizem os funcionários da TV. Nem por isso deixa de ser uma presença constante na emissora do irmão. No último dia 4, quando chegou à cidade acompanhado pelo governador Dante de Oliveira, uma equipe da Descalvados de prontidão ignorou completamente a principal autoridade do estado. Quando ambos entraram no ginásio onde se realizaria um encontro regional do PSDB, apenas Henry foi entrevistado. (...)

Ministro das Comunicações do governo Sarney, o atual Presidente do Senado, Antônio Carlos Magalhães (PFL-BA), é alvo de uma longa lista de reclamações contra a utilização política do seu grupo de comunicação — um conglomerado que inclui um jornal, sete afiliadas da Rede Globo (uma na capital e as outras no interior), quase 400 RTVs e várias emissoras de rádio.

Que o diga a ex-prefeita de Salvador Lídice da Mata (PSDB). Em 1993, seu primeiro ano de mandato, a assessoria de comunicação dela contabilizou a veiculação de 600 matérias contra a sua administração pela TV Bahia, repetidora da Globo de propriedade da família Magalhães. “Apenas um direito de resposta nos foi concedido. Até matéria paga eles vetaram”, conta a ex-prefeita. A julgar pelo ex-prefeito petista de Itabuna, Geraldo Simões, não age diferente a repetidora local da Globo, também controlada pela família Magalhães, a TV Santa Cruz. “As notícias sobre a administração municipal eram produzidas sem que fontes da prefeitura sequer fossem ouvidas”, relata Simões. Em Salvador, tudo mudou depois que um aliado de Antônio Carlos, Antônio Imbassahy (PFL), assumiu o cargo de prefeito. “De inferno, Salvador virou paraíso”, resume Ernesto Marques, diretor do Sindicato dos Radialistas.²⁴⁶

90. Em matéria da Folha de São Paulo de 08 de fevereiro de 2009²⁴⁷, Leonardo

²⁴⁶ COSTA, Sylvio; BRENER, Jayme. Dossiê das Concessões de TV. Observatório da Imprensa, p. 7-8; 10. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos/mat2008e.htm#mat09>>. Acesso em: 23.09.2011.

²⁴⁷ SOUZA, Leonardo; SELIGMAN, Felipe. **Grupo da PF indica que Sarney usou jornal e TV para atacar grupo de Lago. Folha de São Paulo**, 08.02.2009. Disponível em

Souza e Felipe Seligman apontam uma conversa entre o senador José Sarney e seu filho Fernando Sarney (gravada pela Polícia Federal em escuta legal e amplamente noticiada pela imprensa) na qual o senador solicita a utilização de concessão de radiodifusão que possui em São Luís do Maranhão (TV Mirante, afiliada da rede Globo) para a veiculação de denúncias contra seus rivais do grupo do ex-governador Jackson Lago²⁴⁸. O diálogo é reproduzido pelo portal de notícias Zill:

“CONVERSA DE PAI PARA FILHO’

OSÉ SARNEY - Meu filho, esse negócio que eu li hoje do filho do Aderson Lago e do Aderson Lago, esse sujeito foi muito cruel com a gente, com todos nós, com Roseana, comigo, escreveu aquele artigo outro dia me insultando de uma maneira brutal, **vamos botar isso na televisão..**

FERNANDO SARNEY - Sim, calma, não sei por que essa pressa, desde o começo conseguimos o documento, tamos fazendo construtivamente, tamos construindo a coisa legal, da forma como deve ser feita.

JS - Eu hoje, eu vi no Walter Rodrigues [blog do jornalista Walter Rodrigues], ele...

FS - Viu, não. Foi vazado propositadamente pra isso mesmo...

JS - **Põe na televisão, manda botar o destino do dinheiro recebido, foi parar em tal, tal, tal...**

FS - **Tá bom, o cara da Globo já está aqui, desde segunda-feira, e estamos trabalhando isso, tá?**

JS - Falou isso com ele?

FS - Falei, falei com ele, mostrei tudo, mostrei tudo, vai dar certo. Mas calma, calma, não precisa pressa, não precisa pressão.

JS - Não é pressão, não, rapaz. Eu tô...

FS - É que esse é um assunto que eu peguei desde o começo, eu consegui, passei pro Sérgio*, tamos soltando no jornal pouco a pouco, a vazada foi proposital, é isso mesmo, calma...

JS - Pois é. Eu vi hoje o resultado foi no blog do Walter Rodrigues.

FS - Sim, meu pai, foi proposital, pra dividir a responsabilidade, essa coisa toda...

JS - Tá bom.

FS - Tá certo? O foco é fazer isso que você tá falando aí...²⁴⁹

Em outra reportagem, o Estado de São Paulo reporta escuta telefônica na qual José Sarney comunica ao filho a aprovação de uma nova outorga de radiodifusão:

“O senador diz a Fernando que tinha acabado de ser assinada, no Ministério das Comunicações, a outorga de mais uma repetidora da TV Mirante, a rede de televisão dos Sarney no Maranhão.

'Ontem foi assinado o negócio da TV de Estreito, a repetidora', diz Sarney. Fernando primeiro comemora. 'Beleza, ótimo! Isso é uma boa notícia', diz o empresário. E, logo depois, agradece. 'Ótima notícia, tá, paizão, obrigado'.²⁵⁰

O livro Honoráveis Bandidos reporta entrevista de José Sarney à Revista Carta

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0802200912.htm>>. Acesso em: 19.02.2011.

²⁴⁸ O áudio da conversa entre José Sarney e seu filho, Fernando Sarney, está disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=ivgnuP1hbMY>>. Acesso em: 19.02.2011.

²⁴⁹ Portal Zill. **Escândalos do clã Sarney voltam a atrair imprensa**. 01.03.2009. Disponível em <<http://www.zill.brasilportais.com.br/politica/escandalos-do-cla-sarney-voltam-a-atrair-imprensaveja-173271.html>>. Acesso em 19.02.2011.

²⁵⁰ RANGEL, Rodrigo. **Fernando agradece ao pai por TV**. O Estado de São Paulo, 22.07.2009. Disponível em : <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090722/not_imp406419_0.php>. Acesso em: 19.02.2011.

Capital (nº 369, de 23/11/2005) em que o senador afirma que sua família era de classe média e que "a única participação em empresas é relativa à atividade política: jornal, rádio e televisão". Em seguida, ao ser perguntado se isso "não faz diferença", o senador responde:

"Isso não é ter grupo econômico. Temos uma pequena televisão, uma das menores, talvez, da Rede Globo. E por motivos políticos. Se não fôssemos políticos, não teríamos necessidade de ter meios de comunicação."²⁵¹

II.9.3. Voto para renovação de outorgas dos próprios parlamentares

91. Estudo realizado em 2005 por Venício A. de Lima indica que, em 2003, 16 dos 51 deputados que faziam parte da CCTCI (Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática)²⁵² e, em 2004, 15 dos 33 deputados que faziam parte dessa comissão, eram sócios de empresas concessionárias de TV ou rádio, e que dois deles votaram na aprovação da renovação de suas próprias concessões²⁵³.

II.10. Conclusão

92. O controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas das quais políticos que exercem mandato eletivo sejam sócios ou associados e a participação, direta ou indireta, de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão violam os preceitos fundamentais invocados nesta ação.

93. A proibição constitucional (i) à outorga de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas ligadas a políticos que exercem mandato eletivo e (ii) à participação, direta ou indireta de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas que controlam outorgas de radiodifusão não exige a produção de dano. A divisão do serviço da radiodifusão nos sistemas público, privado e estatal (artigo 223 da Constituição) impede, objetivamente, a participação dos que exercem o poder estatal nos sistemas público e privado sem requerer, para tanto, evidência de que tais políticos interferem de fato na autonomia privada. Trata-se de uma garantia objetiva.

Da mesma forma, a proibição a que deputados e senadores (i) firmem ou

²⁵¹ Cf, por tudo, DÓRIA, Palmério. **Honoráveis Bandidos**. São Paulo: Geração Editorial, 2009, p. 63-64.

²⁵² Comissão da Câmara dos Deputados que tem competência para aprovar a renovação de concessões e também para decidir a respeito de assuntos relacionados à radiodifusão .

²⁵³ LIMA, Venício A. de, *Concessionários de Radiodifusão no Congresso Nacional: Ilegalidade e Impedimento*, cit.

mantenham contratos com pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas prestadoras de serviço público (artigo 54, I, “a” da Constituição) e (ii) sejam proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público (artigo 54, II, “a” da Constituição) são objetivas. Não requerem que se prove (i) o favorecimento do parlamentar, (ii) a ocorrência de abuso do poder econômico ou de função, (iii) a quebra da isenção e da independência dos membros do Legislativo ou (iv) o dano à normalidade e legitimidade das eleições e à probidade administrativa.

Ademais, controlados por políticos, os meios de comunicação podem restringir informações que prejudiquem seus controladores. Como isso ocorre internamente, torna-se mais difícil descobrir os casos de uso político dos meios de comunicação. Faz sentido, portanto, que a Constituição não exija a ocorrência de dano e proíba objetivamente o controle de outorgas de radiodifusão por pessoas jurídicas que tenham políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados e a participação, direta ou indireta, de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas que controlam outorgas de radiodifusão.

94. Em conformidade com as conclusões dos pontos 92 e 93 acima está o Parecer dos Eminentes Juristas Gilberto Bercovici, Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, e Airton L. Cerqueira Leite Seelaender, Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFSC, que apresentamos a este E. Tribunal como parte integrante desta ADPF (anexo 1), e cujos argumentos e conclusões fazem parte desta ADPF.

Em sua conclusão, Bercovici e Seelaender afirmam que “o controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados” (i) “viola o direito à liberdade de expressão (artigos 5º, IX e 220, caput da Constituição de 1988) e a autonomia da imprensa”, (ii) “viola a complementaridade entre os sistemas público, privado e estatal de radiodifusão (artigo 223, caput da Constituição de 1988).”, (iii) “viola o direito à informação (artigos 5º, XIV e 220 da Constituição de 1988)”, (iv) “afronta a direção manifestamente anti-oligárquica adotada pelo texto constitucional de 1988, prejudicando, assim, os pressupostos democráticos e republicanos incorporados à Constituição”, e (v) “viola as vedações constitucionalmente impostas aos membros do Congresso Nacional, explicitadas nos artigos 54, I, ‘a’ e 54, II, ‘a’ da Constituição”²⁵⁴. Ao

²⁵⁴ Vide, por todos, BERCOVICI, Gilberto; SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. Concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como

final, concluem os autores:

“Finalmente, podemos concluir afirmando que o controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados não encontra guarida no texto da Constituição de 1988. Portanto, trata-se de uma prática manifestamente inconstitucional.”²⁵⁵

95. O STF já se pronunciou lateralmente acerca desta inconstitucionalidade. No julgamento da ADI 3.944²⁵⁶, o Ministro Gilmar Mendes afirmou:

“E se deu ao Congresso Nacional, nada mais nada menos, o poder-dever de apreciar o ato, a contar do recebimento da imagem. Estabeleceram-se normas de organização e procedimento. Veja, do ponto de vista de preocupação com a democratização, nada mais evidente. Pode ser até que aqui tenhamos um divórcio entre norma e realidade, quer dizer, que a participação do Congresso Nacional não se venha fazendo a contento. **Até mesmo, às vezes, e isso é notório, a obtenção de rádios, televisões por parlamentares, muitas vezes, ou empresas associadas a parlamentares, revela uma distorção desses sistema. É uma questão que temos de discutir no plano do ser, como já foi dito pelo Ministro Britto, e talvez não guarde a devida relação com aquilo que preconiza o texto constitucional.** Quer dizer, a preocupação com a democratização exatamente vem do fato de que se estabeleceu um controle para que o Congresso Nacional examine esses pressupostos, saber se está havendo uma boa distribuição, uma adequada distribuição, se de fato o acesso à comunicação vai se dar, tendo em vista esse plano que está estabelecido no texto constitucional.”²⁵⁷

II.11. Não violação à liberdade de expressão dos políticos que exercem mandato eletivo

96. A proibição de que políticos participem de pessoas jurídicas que controlem outorgas de radiodifusão não os impede de se comunicarem com o público. Podem fazê-lo através do sistema estatal de radiodifusão, do horário eleitoral gratuito (artigos 44 a 57 da Lei nº 9.504/1997), da voz do Brasil (art 38, “e” da Lei nº 4.117/1962), de veículos próprios na mídia impressa e na Internet, além de poderem fazer uso dos veículos da imprensa, como qualquer cidadão, para veicular fatos e opiniões que tais órgãos entendam relevantes e pertinentes.

Com base na teoria interna dos direitos fundamentais²⁵⁸, a proibição acima

sócios ou associados – inconstitucionalidade. Parecer Jurídico, Anexo 1 desta ADPF, p. 41.

²⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto; SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. Concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados – inconstitucionalidade. Parecer Jurídico, Anexo 1 desta ADPF, p. 41-42.

²⁵⁶ STF. ADI/DF 3.944. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. DJ 05.08.2010.

²⁵⁷ STF. ADI/DF 3.944. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. DJ 05.08.2010, p. 55.

²⁵⁸ Para uma descrição da teoria interna, vide ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277-280; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo**

referida corresponde a uma limitação expressamente prevista pela Constituição em seus artigos 54 e 223. O direito de participar de pessoas jurídicas que controlam outorgas de radiodifusão está fora do âmbito do direito de liberdade de expressão dos políticos que exercem mandato eletivo. A proibição não causa, portanto, violação a seu direito de liberdade de expressão.

Com base na teoria externa dos direitos fundamentais²⁵⁹, a proibição acima referida corresponde a uma restrição diretamente constitucional (artigos 54 e 223) que é (i) adequada para atingir as finalidades a que visa (preservar os preceitos fundamentais acima indicados), (ii) necessária, pois não há outro meio menos danoso de realizar essas finalidades e (iii) proporcional em sentido estrito pois, em virtude de todos os outros meios de comunicação à disposição dos políticos titulares de mandato eletivo, a restrição que a proibição em questão causa ao direito de liberdade de expressão dos políticos é proporcionalmente menor do que o benefício gerado pela proteção dos preceitos fundamentais indicados nesta ação.

Logo, a proibição a que políticos titulares de mandato eletivo participem de pessoas jurídicas que controlam concessões, permissões e autorizações de radiodifusão não viola nem causa qualquer restrição inconstitucional ao direito de liberdade de expressão dos políticos em questão.

III. DO PEDIDO

III.1. Pedido de Medida Liminar

97. A argumentação e os fatos expostos acima demonstram que os atos ora impugnados violam ostensivamente os preceitos constitucionais fundamentais indicados nesta ação. É inequívoca, portanto, a presença do *fumus boni iuris*.

98. Há também *periculum in mora*, uma vez que a outorga ou renovação de concessões, permissões e autorizações a pessoas jurídicas ligadas a políticos que exercem mandatos eletivos impede a livre expressão, o livre exercício da atividade de imprensa, o controle público do exercício do poder estatal, a realização de eleições livres, a divulgação de informações acerca do exercício do poder estatal e dos temas de interesse

essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128-130.

²⁵⁹ Para uma descrição da teoria externa, vide ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, cit., p. 277-280; SILVA, Virgílio Afonso da, Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, cit., p. 138-156; 209; 227; 244-246; 253.

público, o pluralismo político, a isonomia, o exercício da soberania popular e da cidadania e a isenção e independência dos membros do Poder Legislativo. Causa assim relevante prejuízo à democracia.

99. Demonstrado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o ARGUENTE requer, com fulcro no artigo 5º da Lei 9.882/1.999, que esta Egrégia Corte Constitucional conceda medida liminar:

(i) proibindo o Poder Executivo de outorgar ou renovar, a partir da data da concessão da medida liminar, concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados;

(ii) proibindo o Poder Judiciário de diplomar políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão; e

(iii) proibindo o Poder Legislativo de dar posse a políticos eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão.

Não se pode tolerar, desde já, que o Poder Público perpetue essas práticas inconstitucionais.

III.2. Pedido Principal

100. Pelo exposto, o ARGUENTE requer que esta Egrégia Corte Constitucional:

(i) confirme a medida liminar requerida;

(ii) intime os representantes do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário para prestar informações acerca dos atos impugnados, nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.882/1.999;

(iii) em seguida, intime os Excelentíssimos Senhores Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República para que, nos termos do artigo 103, §1º da Constituição Brasileira e do artigo 5º da Lei nº 9.882/1999, emitam seus pareceres a respeito da

presente ação;

(iv) realize audiência pública sobre o tema desta ação, como permitido pelo artigo 3º, §1º da Lei nº 9.882/1999, em virtude da relevância do tema e da conveniência de obter as declarações das pessoas e entidades com experiência na matéria;

(v) ao final, julgue a ação procedente e declare, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, que:

1) o controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas das quais **político(s) titular(es) de mandato eletivo** seja(m) sócio(s) ou associado(s) é inconstitucional pois viola os preceitos fundamentais invocados nesta ação; e

2) a participação, direta ou indireta, de **político(s) titular(es) de mandato eletivo** como sócio(s) ou associado(s) de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão é inconstitucional pois viola os preceitos fundamentais invocados nesta ação.

(v.i) comunique ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário as declarações acima, nos termos do artigo 10 da Lei 9.882/1999;

(v.ii) de modo a fixar as condições e o modo de aplicação dos preceitos fundamentais invocados nesta ação (cf. artigo 10 da Lei 9.882/1999):

(v.ii.i) ordene que o Poder Executivo, em cumprimento de seu dever de fiscalização, exija que **políticos titulares de mandato eletivo** se retirem das pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão de que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados no prazo máximo de 30 dias.

(v.ii.ii) ordene que o Poder Executivo cancele as autorizações de radiodifusão e solicite judicialmente o cancelamento das concessões ou permissões de radiodifusão²⁶⁰ das pessoas jurídicas que

²⁶⁰ Nos termos do § 4º do artigo 223 da Constituição: Artigo 223, § 4º - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

mantiverem, após o prazo de 30 dias referido acima, **políticos titulares de mandato eletivo** em seu quadro de sócios ou associados.

(v.ii.iii) ordene que o Poder Executivo não mais outorgue nem renove, e que o Poder Legislativo não mais aprove, concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam em seu quadro de sócios ou associados **políticos titulares de mandato eletivo**.

(v.ii.iv) ordene que o Poder Judiciário não mais diplome **políticos** eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão.

(v.ii.v) ordene que o Poder Legislativo não mais dê posse a **políticos** eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão.

(vi) Caso esta Egrégia Corte, por eventualidade, entenda pela não procedência do pedido “v” acima, o ARGUENTE requer que este Egrégio Tribunal, ao final, julgue a ação procedente com relação à vedação imposta pelos artigos 54, I “a” e 54, II, “a” da Constituição e declare, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, que:

1) o controle de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão por pessoas jurídicas das quais **deputado(s) e/ou senador(es)** seja(m) sócio(s) ou associado(s) é inconstitucional, pois viola os 54, I “a” e 54, II, “a” da Constituição Brasileira e os preceitos fundamentais invocados nesta ação;

2) a participação, direta ou indireta, de **deputado(s) e/ou senador(es)** como sócio(s) ou associado(s) de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizatárias de radiodifusão é inconstitucional, pois viola os 54, I “a” e 54, II, “a” da Constituição Brasileira e os preceitos fundamentais invocados nesta ação;

(vi.i) comunique ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário as declarações acima, nos termos do artigo 10 da Lei 9.882/1999;

(vi.ii) de modo a fixar as condições e o modo de aplicação dos preceitos fundamentais invocados nesta ação (cf. artigo 10 da Lei 9.882/1999):

(vi.ii.i) ordene que o Poder Executivo, em cumprimento de seu dever de fiscalização, exija que **deputados e senadores** se retirem das pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de radiodifusão de que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados no prazo máximo de 30 dias.

(vi.ii.ii) ordene que o Poder Executivo cancele as autorizações de radiodifusão e solicite judicialmente o cancelamento das concessões ou permissões de radiodifusão²⁶¹ das pessoas jurídicas que mantiverem, após o prazo de 30 dias referido acima, **deputados e/ou senadores** em seu quadro de sócios ou associados.

(vi.ii.iii) ordene que o Poder Executivo não mais outorgue nem renove, e que o Poder Legislativo não mais aprove, concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam **deputados e/ou senadores** em seu quadro de sócios ou associados.

(vi.ii.iv) ordene que o Poder Judiciário não mais diplome **deputados e/ou senadores** eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de radiodifusão.

(vi.ii.v) ordene que o Poder Legislativo não mais dê posse a **deputados e/ou senadores** eleitos que sejam, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de radiodifusão.

III.3. Pedido alternativo

101. Alternativamente e por eventualidade, caso esta Egrégia Corte entenda pelo descabimento da ADPF, o ARGUENTE requer seja a presente recebida como Ação Direta

²⁶¹ Nos termos do § 4º do artigo 223 da Constituição: Artigo 223, § 4º - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

de Inconstitucionalidade, para o julgamento dos atos comissivos aqui indicados, e como Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, para o julgamento dos atos omissivos aqui indicados, em respeito ao princípio da fungibilidade processual, porquanto observados nesta peça todos os demais requisitos necessários à propositura da ADI e da ADO, tal qual já admitido pelo STF no julgamento da questão de ordem na ADPF nº 72²⁶², da ADPF 121²⁶³, e da medida cautelar na ADPF 143²⁶⁴.

102. Por fim, nos termos do artigo 6º, §1º, da Lei no 9.882/1999, o ARGUENTE se coloca à disposição desta Egrégia Corte Constitucional para providenciar a emissão de pareceres técnicos e/ou a tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, caso se entenda necessário.

103. Solicita-se que as publicações relativas a esta ADPF sejam feitas em nome dos dois advogados que a subscrevem: Bráulio Santos Rabelo de Araújo (OAB/SP 259.665) e Fernando Garcia Carvalho do Amaral (OAB/SP 152.005).

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo/SP, 14 de dezembro de 2011.

Bráulio Santos Rabelo de Araújo
OAB/SP 259.665

Fernando Garcia Carvalho do Amaral
OAB/SP 152.005

²⁶² STF, ADPF 72 QO/PA, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 01.06.2005.

²⁶³ STF, ADPF 121/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 26.06.2008.

²⁶⁴ STF, ADPF 143 MC/DF, Relator Ministro Cezar Peluzo, DJ 16.12.2008.