



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

Distribuição por prevenção ao Excelentíssimo Senhor Ministro GILMAR
MENDES, em razão da conexão com as ADPFs nº 246 e 379.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, representado pela Advogada-
Geral da União (artigo 22 da Lei nº 9.028, de 1995, com a redação dada pela
Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001), com fundamento no disposto nos artigos
102, § 1º; e 103, inciso I, da Constituição Federal, bem como nos artigos 1º e 2º,
inciso I, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, vem, perante essa Suprema
Corte, ajuizar

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

com pedido de medida cautelar, a fim de evitar e reparar lesão a preceitos
fundamentais resultante de atos do Poder Público, pelos fatos e fundamentos a
seguir expostos.

I – DO OBJETO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A participação de titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços públicos de radiodifusão tem sido objeto de questionamentos perante o Poder Judiciário.

De fato, o Ministério Público Federal tem ajuizado diversas ações civis públicas nas quais postula, em síntese, o cancelamento ou a não renovação das concessões, permissões e autorizações de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens outorgadas às empresas cujos quadros societários contenham titular de mandato eletivo.

Além das ações judiciais já propostas sobre o tema, tramitam, no âmbito do Ministério Público Federal, procedimentos preliminares de investigação a respeito da matéria, inclusive com expedição de recomendações a parlamentares no sentido da exclusão do quadro societário de pessoas jurídicas titulares da outorga.

Ocorre que, em resposta a tais demandas, o Poder Judiciário vem proferindo decisões conflitantes a respeito da matéria, ora julgando-as improcedentes, ora suspendendo a execução e a outorga do serviço de radiodifusão.

O fato é que, conforme será adiante demonstrado, as decisões judiciais que impedem a outorga e a renovação de concessões, permissões e

autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, bem como as que proíbem os titulares de mandato eletivo de participar, como sócios ou associados, de pessoa jurídica que detenha a outorga de serviço de radiodifusão, são claramente incompatíveis com a Carta Republicana, uma vez que ofendem os preceitos fundamentais constantes dos artigos 1º, inciso IV; 5º, *caput* e incisos II, IX e XVII; 54, inciso I, alínea “a”; 170; 220 e 222 todos da Lei Maior.

Nesse contexto, somente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental revela-se como mecanismo apto a sanar a lesão aos preceitos fundamentais mencionados, visto que permite solucionar de forma ampla, geral e imediata a relevante controvérsia que se verifica acerca da matéria em questão.

II – DA PREVENÇÃO DO MINISTRO GILMAR MENDES PARA A RELATORIA DA ARGUIÇÃO

O presente feito possui conexão com outras duas arguições de descumprimento de preceito fundamental em trâmite perante essa Suprema Corte. Trata-se das ADPFs nº 246 e 379, que possuem objeto coincidente com o da causa ora proposta e que estão submetidas à relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Assim, nos termos do artigo 77-B do Regimento Interno desse Supremo Tribunal Federal¹, impõe-se que esta arguição seja distribuída por prevenção ao Ministro Gilmar Mendes.

III – DO CABIMENTO DA ARGUIÇÃO

III.1 – Do Conceito de Ato do Poder Público

Sobre a abrangência do termo “*ato do Poder Público*”, constante do artigo 1º da Lei nº 9.882/99², esse Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada na ADPF nº 01³, firmou o entendimento de que “*o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental há de ser ato do Poder Público federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não*”.

No caso presente, os atos questionados não possuem caráter normativo, eis que correspondem a decisões judiciais proferidas no âmbito de diversos juízos.

A respeito do tema, Dirley da Cunha Júnior⁴ sustenta ser cabível o

¹ “Art. 77-B.1 *Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos.*”

² “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.*”

³ ADPF nº 1 QO/RJ, Relator: Ministro Néri da Silveira, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em: 03/02/2000, Publicação em: 07/11/2003.

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ações constitucionais**. Salvador: Edições Jus Podium, p. 462; grifou-se.

questionamento de atos não normativos por meio de arguição de descumprimento.

Veja-se:

*“A arguição de descumprimento de preceito fundamental presta-se, outrossim, a fiscalizar os atos ou omissões não normativas do poder público. Vale dizer, pode ser empregada para controle dos atos concretos ou individuais do Estado e da Administração Pública, incluindo os atos administrativos, os atos ou fatos materiais, os atos regidos pelo direito privado e os contratos administrativos, **além de abranger, outrossim, até as decisões judiciais** e os atos políticos e as omissões na prática ou realização destes atos, quando violarem preceitos constitucionais fundamentais.*

Assim, a significativa amplitude do objeto da arguição tornou possível o controle abstrato de constitucionalidade dos atos concretos e das atividades materiais do Estado (...). A sujeição destes atos à fiscalização concentrada do Supremo Tribunal Federal só vem corroborar a preocupação que motivou o constituinte na criação de um remédio eficaz e célere de defesa dos preceitos mais importantes da Constituição.”

A propósito, essa Excelsa Corte já admitiu, em diversos precedentes, o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para a impugnação de decisões judiciais. Confira-se:

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGÜIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável:

princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável.

Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação.

2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil.

(...)

9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição.

10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente”.

(ADPF nº 101, Relatora: Ministra Cármen Lúcia Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 24/06/2009, Publicação em 04/06/2012; grifou-se);

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. ATOS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DECISÕES JUDICIAIS QUE RECONHECERAM A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TSE PARA PROCESSAR E JULGAR RECURSOS CONTRA A EXPEDIÇÃO DE DIPLOMAS DECORRENTES DE ELEIÇÕES ESTADUAIS E FEDERAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS INCISOS LIII, LIV E LV DO ARTIGO 5º E INCISOS III E IV DO § 4º DO ARTIGO 121, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA NÃO CARACTERIZADOS. MEDIDA CAUTELAR NÃO REFERENDADA PELO TRIBUNAL PLENO. 1. Controvérsia quanto à competência do Tribunal Superior Eleitoral para examinar originariamente recursos contra a expedição de diplomas decorrentes de eleições estaduais e federais. 2. O Tribunal admitiu a arguição após o exame de questão de ordem referente à representação processual do argüente. 3. O encaminhamento desses recursos ao TSE consubstanciaria, segundo o argüente, contrariedade ao disposto nos incisos LIII, LIV, e LV do artigo 5º, e nos textos dos incisos III e IV do § 4º do artigo 121 da

Constituição do Brasil, vez que os Tribunais Regionais Eleitorais não teriam apreciado previamente as questões de que tratam. 4. A relevância da controvérsia quanto à competência do Tribunal Superior Eleitoral para examinar originariamente recursos contra a expedição de diploma e o perigo de lesão ensejaram o deferimento monocrático de medida liminar. 5. O Tribunal dividiu-se quanto à caracterização do fumus boni iuris e do periculum in mora e, contra o voto do Ministro Relator, não referendou a cautelar.”

(ADPF nº 167 REF-MC/DF, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/10/2009, Publicação em 26/02/2010);

“1. RECURSO. Agravo regimental. Interposição contra decisão liminar sujeita a referendo. Admissibilidade. Interesse recursal reconhecido. Agravo conhecido. Votos vencidos. É admissível agravo regimental contra decisão monocrática sujeita a referendo do órgão colegiado. 2. AÇÃO OU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF. Liminar concedida. Suspensão de processos e efeitos de sentenças. Servidor público. Professores do Estado de Pernambuco. Elevação de vencimentos com base no princípio da isonomia. Casos recobertos por coisa julgada material ou convalidados por lei superveniente. Exclusão da eficácia da liminar. Agravo provido em parte e referendo parcial, para esse fim. Aplicação do art. 5º, § 3º, in fine, da Lei federal nº 9.882/99. Não podem ser alcançados pela eficácia suspensiva de liminar concedida em ação de descumprimento de preceito fundamental, os efeitos de sentenças transitadas em julgado ou convalidados por lei superveniente.”

(ADPF nº 79 AgR/PE, Relator: Ministro Cezar Peluso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 18/06/2007, Publicação em 17/08/2007).

Desse modo, constata-se a adequação da via adotada para a impugnação de decisões emanadas do Poder Judiciário.

III.II – Dos Preceitos Fundamentais Violados

Conforme previsto no artigo 1º da Lei nº 9.882, de 1999, a lesão a preceito fundamental pode ser evitada e reparada através da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contudo, referido diploma legal não define o alcance da expressão “*preceitos fundamentais*”.

Acerca do assunto, Daniel Sarmento⁵ aduz que, “*ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição*”. No mesmo sentido, confira-se o entendimento desse Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9.882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional.

(...)

2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.

3. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. (...).” (ADPF nº 1 QO, Relator: Ministro Néri da Silveira, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 03/02/2000, Publicação em 07/11/2003).

Sobre a abrangência da expressão “*preceitos fundamentais*”, Gilmar Ferreira Mendes⁶ assinala que estão abarcados em tal conceito não apenas os princípios fundamentais expressamente enunciados na Constituição, mas também as disposições que conferem densidade normativa ou significado específico a tais princípios. Veja-se:

“É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

⁵ **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: análise à luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares, Walter Claudius Rothemburg (organizadores). – São Paulo; Atlas, 2001, p. 91.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80-84; grifou-se.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

(...)

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 disposições 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 a preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.”

Dessa forma, conclui-se que, além dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (artigos 1º e 3º da Constituição), dos direitos e garantias individuais e coletivos (artigo 5º da Carta) e das cláusulas pétreas da Constituição Federal (artigo 60, § 4º, da Lei Maior), existem outras disposições que, por conferirem densidade normativa a referidas normas constitucionais, podem ser tidas como preceitos fundamentais para os efeitos da Lei nº 9.882, de 1999.

Na hipótese ora submetida à apreciação dessa Corte Suprema, será demonstrado que os atos do Poder Público questionados violam o disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, *caput* e incisos II, IX e XVII; 54, inciso I, alínea “a”; 170; 220 e 222 da Constituição de 1988, *in verbis*:

“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:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;”

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

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

“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;”

“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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

“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.”

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

O princípio da livre iniciativa corresponde, nos termos do inciso IV do artigo 1º da Constituição, a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O mencionado preceito fundamental representa, ainda, fundamento da ordem econômica, conforme se depreende do artigo 170 do Texto Constitucional.

No que diz respeito às liberdades de expressão e de associação, consagradas no artigo 5º, incisos IX e XVII, da Constituição Federal, também não há dúvida quanto à sua natureza de preceito fundamental, tendo em vista que integram o rol de direitos e garantias individuais e coletivos constantes do referido dispositivo do Texto Constitucional. O mesmo vale para o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Por seu turno, o artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Carta da República confere densidade normativa à proibição administrativa, que é corolário do princípio da moralidade no âmbito da Administração Pública, consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal⁷. Nesses termos, resta evidenciada a caracterização desse dispositivo como preceito fundamental, levando-se em conta que decorre de um dos valores estruturais do Estado Democrático de Direito.

Já os artigos 220 e 222 da Constituição Federal são emanações do princípio da liberdade de expressão e de comunicação, igualmente preceito fundamental da Carta Magna.

⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

No caso sob exame, a ofensa aos preceitos fundamentais mencionados decorre de decisões judiciais das quais tem resultado (i) impedimento à outorga e à renovação, pelo Poder Executivo, de concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados; ou (ii) proibição ao político titular de mandato eletivo de participar, como sócio ou associado, de pessoa jurídica que detenha concessão, permissão ou autorização para a prestação de serviço de radiodifusão.

III.III – Do Princípio da Subsidiariedade

Em observância ao artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 1999⁸, cumpre demonstrar, também, a inexistência de qualquer outro meio capaz de sanar, de forma objetiva, geral e imediata, a lesividade a preceitos fundamentais causada pelos atos questionados.

Ao interpretar referido dispositivo de lei, esse Supremo Tribunal Federal concluiu que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser utilizada no caso de não existir outro meio processual eficaz para sanar, de forma ampla, geral e imediata, a suposta lesão a preceitos fundamentais. Veja-se:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º) - AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º) - EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A

⁸ “Art. 4º (...)

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS - INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP. 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. - A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - que consagra o postulado da subsidiariedade - estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.”

(ADPF nº 17 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 05/06/2002, Publicação em 14/02/2003; grifou-se).

Ademais, essa Corte Suprema fixou o entendimento de que a expressão “*outro meio eficaz*”, constante do referido artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, deve ser compreendida no contexto da ordem constitucional global, considerando-se, ainda, o rol de instrumentos de feição concentrada. Confira-se:

“(…) 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 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.* 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da

arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. (...)”.

(ADPF nº 33, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 07/12/2005, Publicação em 27/10/2006; grifou-se).

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes⁹ assinala que a compreensão do princípio da subsidiariedade deve levar em consideração a predominância do enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Veja-se:

“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. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão -, contido no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

(...)

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.

(...)

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

(...)

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 de arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.”

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1151-1156; grifou-se.

Na espécie, verifica-se não ser cabível a adoção de outro processo de índole objetiva para afastar a lesão a preceito fundamental resultante dos atos questionados, que, por serem destituídos do conteúdo normativo exigido pelo artigo 102, inciso I, “a”, da Constituição Federal¹⁰, não são passíveis de controle por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Desse modo, no âmbito do controle objetivo de constitucionalidade, somente a arguição de descumprimento de preceito fundamental é apta a solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata, o que demonstra o atendimento ao requisito da subsidiariedade.

Ademais, ainda que se admitisse, por mera hipótese, que a expressão “*outro meio eficaz*” também devesse ser considerada no contexto dos processos ordinários, releva notar que o ajuizamento de ações judiciais contra os atos impugnados, na via do controle difuso, não teria aptidão para afastar sua lesividade de forma imediata, eis que imprescindível o exaurimento das instâncias inferiores.

Nesse sentido, note-se que, em decisão monocrática proferida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 79, essa Suprema Corte decidiu que a possibilidade de interposição de recurso extraordinário não afasta o cabimento de arguição de descumprimento de preceito

¹⁰ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

fundamental, a qual constitui o “(...) *instrumento processual-constitucional ideal para o combate imediato dessas decisões judiciais*”. Confira-se:

**“(...) 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, imediatividade e amplitude que a própria ADPF. Em se tratando de decisões judiciais, não seria possível o manejo de qualquer ação de nosso sistema de controle concentrado. Da mesma forma, o recurso extraordinário não daria resolução de maneira definitiva como a ADPF. É que muito embora a tendência do Supremo em atribuir dimensão objetiva ao recurso extraordinário, a matéria ainda não é totalmente pacificada, o que coloca o efeito vinculante da ADPF como instrumento processual-constitucional ideal para o combate imediato dessas decisões judiciais. Leio GILMAR FERREIRA MENDES: (...) Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios de ordem constitucional (art. 10, § 3º, da L. 9.882/99)’.
(...)”**

Assim, em vista da urgência que o assunto requer, defiro a liminar, ad referendum do Plenário, para, nos termos do § 3º, do art. 5º da L. 9.882/99, determinar a suspensão de todos os processos em curso, inclusive as eventuais execuções, e dos efeitos de decisões judiciais que tratem da elevação dos vencimentos de professores do Estado de Pernambuco com base no princípio da isonomia no contexto do debate jurídico exposto neste despacho.”

(ADPF nº 79, Relator: Ministro Cezar Peluso, Decisão Monocrática, Julgamento em 29/07/2005, Publicação em 04/08/2005; grifou-se).

Assim, não havendo outro meio eficaz para sanar, de forma ampla, geral e imediata, a lesividade decorrente dos atos questionados, requer-se o conhecimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

III.IV – Da Relevância do Fundamento da Controvérsia Constitucional

Ademais, cumpre notar que a presente arguição envolve controvérsia constitucional de caráter relevante, caracterizada pelo desrespeito aos preceitos fundamentais previstos nos artigos 1º, inciso IV; 5º, *caput* e incisos II, IX e XVII; e 54, inciso I, alínea “a”; 170, 220 e 222 da Constituição da República.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso¹¹ sustenta que “*será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético*”.

Com efeito, a importância da demanda para o interesse público já seria suficiente a demonstrar o relevo da controvérsia constitucional em exame. Não bastasse isso, a discrepância de entendimento sobre a matéria, evidenciada em diversas decisões judiciais, gera situação de insegurança jurídica, razão pela qual se fez necessário o ajuizamento da presente arguição. A propósito, Gilmar Mendes aduz o seguinte¹²:

“A relevância do interesse público afigura-se inequívoca toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade.”

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 278.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, p. 117.

Nesse sentido, conforme já mencionado, tramitam, em todos os graus de jurisdição, diversas ações tendo por objeto a questão discutida na presente arguição.

A título ilustrativo, mencione-se, em trâmite perante o **Juízo da 26ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo**, a Ação Civil Pública nº 0023970-18.2015.4.03.6100, na qual o Ministério Público Federal postula o cancelamento ou a não renovação das concessões, permissões e autorizações de serviço de radiodifusão sonora e de televisão outorgadas às empresas requeridas, em razão de ter figurado, nos respectivos quadros societários, titular de mandato eletivo (deputado federal). O pedido de medida liminar formulado pelo autor restou **indeferido** pelo magistrado de primeira instância, cuja decisão foi impugnada mediante agravo de instrumento¹³.

Cite-se, também, a Ação Civil Pública nº 0026573-51.2007.4.01.3400, proposta pelo Ministério Público Federal perante a 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, a qual foi julgada improcedente em primeira instância e que se encontra, atualmente, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro¹⁴.

¹³ Disponível em:

<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00028885820164030000>. Acesso em: 27 out. 2016.

¹⁴ Disponível em:

http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=24bb5a47d146a68a0c3398184d3e82c7&trf1_captcha=s2v3&enviar=Pesquisar&proc=200734000266981&secao=TRF1. Acesso em 18 out. 2016.

Sobre o mesmo tema, apontam-se, ainda, as seguintes ações e decisões proferidas pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, que, em hipóteses semelhantes, **suspenderam** a execução e a outorga de serviço de radiodifusão:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PARLAMENTAR (DEPUTADO FEDERAL) QUE FIGURA COMO SÓCIO DE EMPRESA DE RADIODIFUSÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 54, INCISO I, ALÍNEA ‘A’, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. A decisão agravada indeferiu pedido de liminar requerida em ação civil pública com o escopo de suspender a execução e a outorga de serviço de radiodifusão, sob o fundamento de que inexistiria o periculum in mora necessário para a concessão da medida liminar pretendida.

2. O fato de as duas rádios já estarem no ar com uma programação destinada ao público da região não é impedimento a que seja cumprida uma regra constitucional. Não tem o menor propósito a afirmação do Juízo a quo no sentido de que a concessão da tutela liminar acabaria por cercear uma fonte de informação e produtos culturais de conteúdo diversificado à população. Isso não tem sentido no mundo moderno, em que há grande número de fontes de informação, inclusive por meio de telefones celulares e da internet, cuja acesso é amplo até para as pessoas carentes. O que não pode haver é o beneplácito judicial à continuidade de uma ofensa contra a ordem constitucional, base da existência do Estado Brasileiro.

3. Existe ao menos uma norma constitucional (art. 54, I, ‘a’) aplicável na espécie, declarando que desde a posse os membros do Congresso Nacional não podem ser proprietários, controladores ou diretores de empresas beneficiárias de contrato firmado com pessoa jurídica de direito público, tampouco podem nelas exercer funções remuneradas.

4. Trata-se de incompatibilidade profissional cujo desiderato é resguardar a honorabilidade da elevadíssima função parlamentar, regra tradicional em nosso constitucionalismo posto que já era ventilada na Constituição de 1891 (arts. 23 e 24). Na Constituição de 1946 o tema era tratado no art. 48, II, ‘a’, e na Constituição de 1967 constava do art. 36.

5. O próprio STF já conheceu do tema, ainda que sob outro prisma (o da falsidade ideológica cometida por parlamentar que - para ocultar a propriedade de emissora de rádio - omitiu sua condição diante da vedação prevista no art. 54 da Constituição Federal e no art. 38, §1º, da Lei nº 4.117/62) quando do julgamento da AP 530, Relatora: Min. ROSA WEBER, Relator p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014.

6. *Por tantas e tais razões e sobretudo porque a Constituição deve ser respeitada como única forma de sobrevivência civilizada dentro do Estado Brasileiro, a interlocutória agravada não pode subsistir, pois ela também está a confrontar a Magna Carta.*

7. *Não há o que discutir: contra a Constituição Federal não há 'direitos adquiridos', nem flexibilizações, nem o decantado 'jeitinho brasileiro'. Aliás, na espécie, o 'jeitinho' (como se valer de laranjas, por exemplo) conduz aos rigores do Direito Penal, como já averbou a Suprema Corte. A regra constitucional vale e deve ser cumprida à risca. Sem tergiversações.*

8. *Existem evidentes fumus boni iuris e perigo na demora quando a Constituição Federal é aviltada, pois é urgente que se reponha a majestade da Carta Magna ultrajada.*

9. *Recurso provido. Agravos internos prejudicados.*"

(Agravado de Instrumento Nº 0002889-43.2016.4.03.0000/SP, Relator: Desembargador Federal Johnson Di Salvo, Julgamento em 23/09/2016, Publicação em 05/10/2016);

"(...)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão que, em ação civil pública, indeferiu o pedido liminar que objetivava o cancelamento da concessão/permissão/autorização do serviço de radiodifusão sonora outorgado à corré Rádio Metropolitana Santista Ltda (1.240 MHz), ou sua não renovação, caso já esteja vencida, em razão do corréu Antônio Carlos Martins Bulhões, titular de mandato eletivo de Deputado Federal, figurar em seu quadro societário, em desconformidade com a Constituição Federal.

(...)

DECIDO.

O art. 54, da Constituição Federal, assim dispõe:

(...)

A Constituição Federal determina ainda que até mesmo a alteração do controle societário de tais empresas seja comunicada ao Congresso Nacional (art. 222, § 5º), o que atesta a gravidade da situação descrita nos autos; e mais ainda, a Lei Maior afirma competir ao Poder Executivo a outorga e renovação da concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 223, "caput"), e que o Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem (§1º), asseverando ainda no § 2º, do mesmo dispositivo legal que "A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. Como é bem de ver, a vedação constitucional é expressa, inafastável e inteiramente aplicável à espécie. Trata-se de incompatibilidade profissional, gerando verdadeiro envolvimento de interesses subalternos, entre o sócio proprietário de empresa concessionária de

rádio e televisão com membro integrante de função do Estado encarregada de exercer o controle legislativo dessas concessões, autorizações e permissões.

O próprio c. STF, no julgamento da Ação Penal 530, declarou que a concessão ou permissão para a exploração de serviços de radiodifusão a parlamentar ou a empresa dirigida ou pertencente a parlamentar viola as proibições constitucionais e legais.

Nesse caso, a Suprema Corte assentou a prática de um crime de falso cometido por um Deputado Federal com base na falsificação do contrato social de empresa detentora de permissão para a exploração de serviço de radiodifusão sonora em frequência modulada, no qual a falsificação foi realizada para omitir a condição de sócio do parlamentar federal, diante da vedação prevista no art. 54 da Constituição Federal, o qual não alcança apenas contratos firmados pelos políticos como pessoas físicas, mas também os contratos firmados por pessoas jurídicas das quais participem os políticos como sócios e a Administração como um todo.

No caso dos autos, a situação dos agravados encontra-se em desacordo com o art. 54, inciso I, alínea 'a', da Constituição Federal, além dos princípios constitucionais que regem a administração pública, da impessoalidade, moralidade e isonomia.

Não é possível que o órgão incumbido da defesa dos interesses da sociedade seja coartado nessa busca pela legalidade, moralidade e transparência, mesmo que a ilegal atuação se abrigue sob o manto de pessoa jurídica criada em evidente fraude à lei.

Ante o exposto, concedo a antecipação da tutela recursal requerida, para que seja suspensa a execução do serviço de radiodifusão sonora da Rádio Metropolitana Santista Ltda e que a União se abstenha de conceder novas outorgas de serviço de radiodifusão à Rádio Metropolitana Santista Ltda."

(Agravado de Instrumento nº 0002912-86.2016.4.03.0000/SP, Relator: Desembargador Federal Marcelo Saraiva, Julgamento em 16/08/2016; grifou-se).

Ressalte-se, igualmente, a existência das Ações Cíveis Públicas nº 27003-40.2016.4.01.3900 e nº 26999-03.2016.4.01.3900, ajuizadas pelo Ministério Público Federal perante as 2^a¹⁵ e 5^a¹⁶ Vara Federal da Seção Judiciária

¹⁵ Disponível em:

http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trfl_captcha_id=0c3ee91904e7e0a8df74a62548ab4e1b&trfl_captcha=f3j6&enviar=Pesquisar&proc=270034020164013900&secao=PA. Acesso em 27 out. 2016.

¹⁶ Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>

do Pará no dia 23 de setembro do ano corrente, estando ambas pendentes de decisão até o momento.

Ainda no intuito de comprovar a relevante controvérsia judicial existente em torno da questão suscitada, mencione-se a Apelação Cível nº 102.771-5/0-00, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na qual restou decidido que empresa que possui, como sócios, titulares de mandato eletivo não pode firmar contratos administrativos ou participar de licitações¹⁷:

“MANDADO DE SEGURANÇA – Licitação – Exclusão de sociedade comercial do certame – 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.”

(TJSP, Apelação nº 102.771.5/0-00/Guarulhos, Relator: Desembargador William Marinho, Julgamento em 27/01/2000, Registro em 28/02/2000.)

Entendimento semelhante foi firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que anulou contrato administrativo celebrado com empresa que possuía deputado federal como sócio, sob o fundamento de afronta ao artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição¹⁸:

*“(…)
AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE*

¹⁷ Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1480336&cdForo=0>>. Acesso em 27 out. 2016.

¹⁸ Disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.br>>, Acesso em 27. out 2016.

ADMINISTRATIVA – LICITAÇÃO – DESVIO DE FINALIDADE – ANULAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – EFEITOS EX TUNC – DEVOLUÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PERCEBIDOS – POSSIBILIDADE – MÁ-FÉ COMPROVADA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO MUNICÍPIO – INOCORRÊNCIA. O princípio da vedação do locupletamento ilícito, cujo teor tem suas raízes na equidade e na ética, não pode ser invocado por quem celebrou avença com o Município violando os preceitos mais comezinhos da Administração Pública, agindo, por conseguinte, imbuído de comprovada má-fé.

Nessa última hipótese, a devolução integral dos valores percebidos em virtude do contrato é medida que se impõe, já que a anulação do acordo opera efeitos ex tunc. Vislumbrar outro norte seria tornar legítimo o constante descumprimento dos princípios da juridicidade e da moralidade, fazendo com que sejam sistematicamente suscitados os possíveis benefícios auferidos pelo ente público, o que relegaria a infringência dos vetores básicos da probidade a plano secundário. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DEPUTADO FEDERAL – SÓCIOTICISTA – EMPRESA QUE FIRMA CONTRATO COM PODER PÚBLICO – AVENÇA DESTITUÍDA DE CARÁTER UNIFORME – INCOMPATIBILIDADE NEGOCIAL – INCIDÊNCIA – DICÇÃO DO ART. 54, I, 'a', DA CARTA MAGNA. Consoante pontifica o art. 54, I, 'a', da Lei Maior, a incompatibilidade negocial se reveste de utilidade para permitir que a legislatura seja levada a efeito sem percalços, embaraços e tropeços. Evita, portanto, que a condição do parlamentar e, mormente, a sua força política, influencie na celebração de contratos com o Poder Público. Destarte, não haveria lógica cingir o comando proibitivo exclusivamente aos sócios com poderes de gerência, uma vez que, assim como os administradores, os cotistas auferem lucros com a prosperidade da pessoa jurídica da qual fazem parte

(TJSC, Apelação Cível nº 2006.011311-6, Relator: Desembargador Volnei Carlin, Julgamento em 19/12/2007, Publicação em 20/07/2007).

Por derradeiro, cumpre mencionar decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que também considerou inválido contrato administrativo firmado com empresa que possuía titulares de mandato eletivo dentre seus sócios¹⁹. Veja-se:

¹⁹ Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> . Acesso em 27 out. 2016.

“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 CONDUTAS. APELO IMPROVIDO.”

(TJRS, Apelação nº 70018961870/Seberi, Relator Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini, Julgamento em 19/12/2007, Publicação em 21/02/2008).

Além das ações judiciais acima referidas, existem, no âmbito do Ministério Público Federal, procedimentos preliminares tratando justamente da concessão de outorgas de radiodifusão de sons ou de sons e imagens a políticos, inclusive com expedição de recomendações a parlamentares no sentido de sua exclusão do quadro societário das pessoas jurídicas titulares da outorga.

Conforme se verifica, a insegurança jurídica que se materializa em âmbito nacional – tendo em vista a existência de decisões judiciais contraditórias – revela a urgente necessidade de uniformização do entendimento aplicável à matéria.

IV – DO MÉRITO

Conforme relatado, a presente arguição impugna decisões judiciais que impedem a concessão ou a renovação de concessões, permissões e

autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam, como sócios ou associados, políticos titulares de mandato eletivo, tendo em vista que referidas decisões, além de conferirem interpretação incorreta à regra de impedimento constante do artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, ofendem os preceitos fundamentais da proteção da dignidade da pessoa, da livre iniciativa, da autonomia da vontade, da liberdade de associação e da liberdade de expressão.

Acerca da matéria, cumpre ressaltar, inicialmente, que a liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX, da Carta) pode ser compreendida sob duas vertentes, isto é, a liberdade de opinião e a liberdade de comunicação. Um dos aspectos que destacam a relevância da liberdade de expressão decorre do fato de o seu exercício constituir instrumento de controle da atividade governamental e do exercício do poder.

Nesse contexto, ao prever e garantir, expressamente, alguns direitos fundamentais, a Constituição Federal pressupõe forma de exercício de controle dos órgãos estatais, a permitir a afirmativa de que esses direitos representam condição para a existência do Estado Democrático de Direito.

Segundo os ensinamentos de Pinto Ferreira, a liberdade de opinião constitui garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, na medida em que:

“(...) o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob aspecto negativo, referente à proibição da censura.”²⁰

²⁰ FERREIRA apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 48.

Nesse sentido, José Afonso da Silva sintetiza a amplitude da liberdade de opinião englobando o pensamento íntimo, bem como a liberdade de convicção, a liberdade de crença religiosa, filosófica, científica ou política, nos seguintes termos:

“De certo modo esta resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública, liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.”²¹

Por sua vez, a liberdade de comunicação, também espécie do gênero liberdade de expressão, é a “liberdade de interlocução entre pessoas ausentes indeterminadas”.²² Trata-se do conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação.

A respeito do tema, José Afonso da Silva assevera que as formas de comunicação se regem pelos seguintes princípios básicos:

“(a) observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo porque se exprimam; (b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de autorização, concessão ou permissão do Poder Executivo federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a quem cabe apreciar o ato, no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º (45 dias, que

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179.

²² BULOS, Uadi Lammêgo, **Constituição Federal Anotada**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 131.

não correm durante o recesso parlamentar); (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio.”²³

Deve-se, nesse aspecto, ter a liberdade de imprensa como necessária não apenas para permitir a plena autonomia e responsabilidade dos indivíduos perante o Estado, mas também para possibilitar aos cidadãos o direito de receber informações relevantes ao processo íntimo de formação de convicções e entendimentos, como, por exemplo, a escolha de candidatos políticos em período eleitoral. A liberdade de imprensa reveste-se, portanto, de justificativa de natureza social e mostra-se necessária ao regular funcionamento da democracia.

Diante do contexto delineado, vê-se que, ao contrário do que concluem algumas das decisões judiciais proferidas sobre o tema, a participação de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de veículos de imprensa não ofende a liberdade de expressão ou a autonomia da imprensa. Isso porque não se pode aferir desse fato a suposta manipulação da opinião pública.

Em verdade, os preceitos constitucionais mencionados estão plenamente assegurados pelo próprio ordenamento jurídico, especificamente pelo Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), que regula a propaganda eleitoral e impede a manipulação de informações e o controle da opinião pública por meio de empresas de radiodifusão.

²³ SILVA, José Afonso da. **Op. cit.** p. 242-243.

Nesse sentido, verifica-se a existência, na legislação pátria, de dispositivos que visam a assegurar a realização de propaganda partidária de forma lícita e responsável, havendo previsão expressa de normas que a coíbem quando o seu teor se mostra dissidente dos princípios reguladores de sua prática. A propósito, confira-se o teor dos artigos 241 e 242, *caput* e parágrafo único, do código referido:

“Art. 241. Toda propaganda eleitoral será realizada sob a responsabilidade dos partidos e por eles paga, imputando-lhes solidariedade nos excessos praticados pelos seus candidatos e adeptos.

Parágrafo único. A solidariedade prevista neste artigo é restrita aos candidatos e aos respectivos partidos, não alcançando outros partidos, mesmo quando integrantes de uma mesma coligação.

Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.”

Registre-se, ainda, que a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, por meio de seus artigos 45 a 57-I, regula a propaganda eleitoral e estabelece, de forma minuciosa, as vedações a que estão submetidas as emissoras, com o legítimo propósito de evitar a manipulação de dados, a montagem visando à degradação da imagem de candidatos e partidos, entre outras finalidades.

Referido diploma cuidou, ainda, de diminuir a vantagem dos profissionais desses meios de divulgação, impedindo-os de transmitir ou apresentar programas a partir de 30 de junho do ano da eleição.

Diante desse contexto, vê-se que proibir injustificadamente a concessão, permissão ou autorização do serviço de radiodifusão a empresas que

possuam em seus quadros membros do Poder Legislativo ou outros detentores de mandato eletivo representa ofensa à liberdade de expressão, restrição incompatível com uma sociedade democrática. Como visto, tais serviços estão submetidos ao cumprimento dos atos reguladores, bem como dos preceitos constitucionais atinentes ao tema, não sendo possível extrair a suposta violação ao regramento pertinente da mera participação de parlamentares na composição das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas do serviço público referido.

E se a participação de parlamentares na composição das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas do serviço de radiodifusão não está proibida pela Constituição, não pode o Poder Judiciário assim estabelecer, sob pena de violação do inciso II do artigo 5º da Constituição da República. Veja-se, a propósito, que o artigo 222 da Constituição, que traz limitações à propriedade e ao quadro societário das empresas de radiodifusão, não faz qualquer referência ao fato de determinado sócio ser detentor de mandato eletivo. E se não há restrição constitucionalmente estabelecida nesse sentido, não pode sequer a lei fazê-lo. Afinal de contas, nos termos do artigo 220 da Constituição Federal, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão **qualquer** restrição, salvo as estabelecidas pelo próprio Texto Constitucional.

Cumpra registrar, ademais, que a participação de titulares de mandato eletivo nas referidas empresas em nada viola o artigo 54, inciso I, alínea “a”, e inciso II, alínea “a”, da Carta da República, uma vez que as incompatibilidades constitucionais não se referem à composição societária de

empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas do serviço de radiodifusão. Confira-se o teor dos dispositivos em comento:

“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;

(...)

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.”

Em outras palavras, a Constituição Brasileira não proíbe que os titulares de mandato eletivo participem de pessoas jurídicas prestadoras de serviços de radiodifusão, pois o ato de concessão, permissão ou autorização de tais serviços obedece a cláusulas uniformes e, desse modo, enquadra-se na exceção prevista pelo artigo 54, inciso I, alínea “a”.

De fato, a incompatibilidade prevista nesse dispositivo constitucional, denominada de incompatibilidade negocial, veda a manutenção, pelo parlamentar, de 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.

Assim, considerando que todos os contratos de concessão ou permissão são celebrados com pessoa jurídica, isto é, a empresa concessionária, permissionária ou autorizada do serviço de radiodifusão, e não com pessoa física – deputado, senador ou outro titular de mandato eletivo, bem como que esses contratos são regidos por cláusulas uniformes, deve ser afastada a suposta

ofensa ao referido dispositivo constitucional. Nessa linha, confira-se o seguinte julgado do Tribunal Superior Eleitoral:

“Registro. Inelegibilidade. Desincompatibilização.

1. A inelegibilidade é de interpretação estrita, não se podendo estender a obrigação de desincompatibilizar-se a diretor de rádio, embora controlada por fundação mantida pelo Poder Público.

2. As rádios em geral, sobretudo as educativas, como a do caso dos autos, não mantêm contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com órgão do Poder Público ou sob seu controle, sendo também impertinente saber se o contrato obedece, ou não, a cláusulas uniformes, porque não há contrato propriamente, inclusive objeto de licitação, mas sim outorga ou permissão.

3. Recurso especial provido, para deferir o registro de candidatura, com a homologação de desistência de outro recurso especial.” (Recurso Especial Eleitoral nº 166424, Relator: Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, Julgamento em 14/08/2012, Publicação em 06/09/2012; grifou-se).

Como se observa, a Corte Eleitoral entendeu que as incompatibilidades em exame não atingem sequer os diretores das empresas de radiodifusão sonora, as quais, *“em princípio, não executam obras, não prestam serviços, nem fornecem bens a órgãos do Poder Público ou sob o seu controle”*²⁴.

A conclusão de que referidos atos de outorga obedecem a cláusulas uniformes não pode ser infirmada pelo argumento de que a minuta respectiva seria incompleta, já que dependente das propostas técnicas e de preço. Caso acolhido esse entendimento, também seriam incompletos, por exemplo, os contratos de empréstimo com bancos oficiais, que dependem da proposta do particular acerca do valor a ser emprestado.

²⁴ Excerto do voto condutor proferido no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 166424, Relator: Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, Julgamento em 14/08/2012, Publicação em 06/09/2012.

Ademais, note-se que a incompatibilidade estabelecida no artigo 54, inciso II, alínea “a”, da Lei Maior, por sua vez, é denominada de incompatibilidade profissional e impede que os membros do Poder Legislativo sejam proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exerçam função remunerada. Dessa forma, a referida vedação não é absoluta, restringindo-se à propriedade, à direção e ao controle de pessoas jurídicas de direito público.

Resta, portanto, afastada a suposta inconstitucionalidade da participação de político titular de mandato eletivo, como sócio ou associado, em pessoa jurídica que detenha concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão.

Em verdade, as decisões judiciais que impedem tais atos de outorga, além de conferirem interpretação incorreta à regra de impedimento constante do artigo 54, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, violam o direito fundamental de associação assegurado pelo artigo 5º, inciso XVII, da Carta da República, pois impedem, injustificadamente, que titulares de mandato eletivo figurem nos quadros societários de determinadas empresas. Caso se mantenha o entendimento sustentado em tais decisões, nenhum titular de mandato eletivo poderia, por exemplo, realizar investimentos em ações de algumas das maiores empresas do País, que mantêm contratos de outorga com a Administração Pública.

Eventuais distorções e abusos certamente podem e devem ser combatidos. Não se deve admitir, porém, a criação de obstáculos genéricos, a partir de interpretação inadequada do Texto Constitucional, de que resulte, concretamente, a absoluta impossibilidade de os titulares de mandato eletivo

participarem, como sócios ou associados, de concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviço de radiodifusão.

De fato, o entendimento sustentado nas decisões judiciais impugnadas afronta o direito à plena liberdade de associação, o qual, de acordo com essa Suprema Corte, está intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da já mencionada liberdade de expressão.

A exclusão dos titulares de mandato eletivo do quadro societário das prestadoras de serviços de radiodifusão, bem como a vedação à concessão ou renovação de outorga desses serviços a tais pessoas jurídicas inviabilizam o pleno exercício do direito de adesão a qualquer associação, prerrogativa que compõe o âmbito de proteção do princípio da liberdade de associação.

Conforme se depreende do texto expresso do artigo 5º, inciso XVII, da Lei Maior, a liberdade de associação é plena, sendo passível de restrição, tão somente, nas hipóteses em que se destine à prática de fins ilícitos ou à criação de entidade de caráter paramilitar²⁵.

Não há razão, portanto, que justifique a vedação estabelecida pelos atos sob invectiva, uma vez que é válido o desempenho dos serviços de radiodifusão pelas pessoas jurídicas regularmente constituídas e que recebam a necessária outorga do Poder Público, não havendo, na ordem constitucional

²⁵ HC nº 106808, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 09/04/2013, Publicação em 24/04/2013.

brasileira, vedação à participação dos titulares de mandato eletivo em seus quadros societários.

Destaque-se, ademais, que a injustificada restrição à participação dos titulares de mandato eletivo, como sócios ou associados, de pessoas jurídicas que exerçam serviço de radiodifusão – especialmente considerando que a Constituição já veda que sua participação na qualidade de proprietários, controladores ou diretores dessas empresas – não se coaduna com o preceito fundamental da livre iniciativa (artigos 1º, inciso IV, e 170 da Lei Maior). Referido postulado proíbe, em regra, a intervenção do Estado na atividade econômica, conforme salientam Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso²⁶:

*“O art. 1º da Constituição enuncia os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e inclui nesse rol, em seu inciso IV, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Ambos os elementos guardam manifesta relação com o princípio geral de proteção à liberdade – que abarca uma dimensão de liberdade profissional e econômica – e também com a realização da dignidade da pessoa humana, tanto pelo fato de esta depender da existência de condições materiais mínimas, como por **exigir o respeito a todos os projetos de vida que se mostrem lícitos.***

(...)

Da mesma forma, resta claro que a iniciativa é livre na medida em que a liberdade será sempre essencial à dignidade humana em geral, e do ‘empreendedor’ (se for o caso, também de seus sócios) em particular, bem como dos seus funcionários e das respectivas famílias, sem desconsiderar – é claro – seu importante papel para o desenvolvimento econômico, social, cultural e tecnológico do país e de suas regiões. Além disso, mesmo que indiretamente, a valorização do trabalho e a livre-iniciativa geram repercussões sociais de monta também quando o ‘empreendedor’ e o trabalhador atuam, e.g., como consumidor e contribuinte, impulsionando a economia e viabilizando o

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao artigo 1º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 133-135.

desenvolvimento de políticas públicas e a própria subsistência da máquina administrativa.”

Os dispositivos constitucionais que resguardam os preceitos fundamentais da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana estão, ainda, indissociavelmente relacionados à proteção da autonomia da vontade, que é um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos.

É certo que a autonomia da vontade, materializada na liberdade de contratar, ganha outras feições no âmbito dos contratos administrativos. Entretanto, no que concerne ao tema sob análise, é imperioso reconhecer que o interesse público já se encontra devidamente resguardado pelo arcabouço normativo que regula a propaganda eleitoral e impede a manipulação de informações e o controle da opinião pública por meio de empresas de radiodifusão.

Com essas considerações, impõe-se a conclusão de que as decisões do Poder Judiciário que impedem o titular de mandato eletivo de participar, como sócio ou associado, de pessoa jurídica que detenha concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão, bem como os julgados que obstem a outorga ou a renovação de concessões, permissões e autorizações de serviço de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam tais agentes políticos como sócios ou associados violam frontalmente os preceitos fundamentais contidos nos artigos 1º, inciso IV; 5º, *caput* e incisos II, IX e XVII; 54, inciso I, alínea “a”; 170; art. 220 e art. 222 da Constituição da República.

V – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR

Para a concessão de liminar em arguição de descumprimento de preceito fundamental, assim como nas medidas cautelares em geral, faz-se necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro requisito (*fumus boni iuris*), não resta dúvida de sua existência, haja vista os argumentos expostos nesta inicial.

A par disso, com respeito ao *periculum in mora*, também não se pode compreender de forma diversa. De fato, a presença do referido requisito decorre da possibilidade de serem proferidas novas decisões que provoquem a suspensão dos serviços de radiodifusão ou que impeçam, em afronta ao princípio da liberdade de associação, a participação de titulares de mandato eletivo no quadro societário das prestadoras desses serviços.

Vale ressaltar que a radiodifusão constitui o único meio de comunicação realmente universalizado no Brasil. Para a parcela da população que ainda não possui recursos para o consumo de produtos culturais de conteúdo diversificado, a radiodifusão aberta constitui a principal, senão a única, fonte de entretenimento e informação.

Desse modo, dada a absoluta relevância da radiodifusão, a suspensão do serviço e da concessão de novas outorgas ensejaria irremediável prejuízo à população, em detrimento da necessária continuidade do serviço público, bem como implicaria danos particulares às pessoas jurídicas e físicas envolvidas em sua prestação.

Tamanha é a gravidade da interrupção da prestação do serviço de radiodifusão que se trata, inclusive, de hipótese de aplicação da penalidade de cassação, nos termos do artigo 64 da Lei nº 4.117/1962 (“*Código Brasileiro de Telecomunicações*”):

*“Art. 64. A pena de cassação poderá ser imposta nos seguintes casos:
(...)
c) interrupção do funcionamento por mais de trinta (30) dias consecutivos, exceto quando tenha, para isso, obtido autorização prévia do CONTEL;”*

Feitas essas considerações, cumpre notar que, nos termos do § 3º do artigo 5º da Lei 9.882/99, ao examinar o pedido liminar formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, essa Suprema Corte poderá determinar aos demais tribunais **a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos judiciais de decisões que apresentem relação o objeto da arguição**. Confira-se a redação do referido dispositivo legal:

“Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

(...)

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes²⁷ salienta que referidas

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 124.

previsões legais constantes da Lei nº 9.882/99 atribuem “(...) ao Tribunal, um poder cautelar expressivo, destinado a impedir a consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a ser tomada”.

Daí a absoluta importância de essa Suprema Corte, com fundamento no poder cautelar outorgado pela legislação de regência, **determinar a suspensão** do andamento de todos os processos e de decisões judiciais que apresentem relação com a matéria objeto desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, até seu julgamento final, a fim de evitar a existência de decisões contraditórias acerca do tema.

V – DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, pede-se:

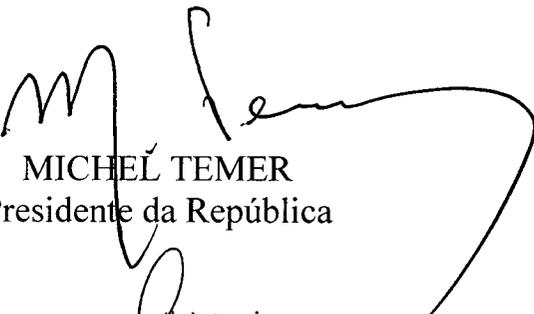
a) nos termos do artigo 5º da Lei nº 9.882/99, a concessão de medida liminar, a fim de que sejam suspensos o andamento de todos os processos e os efeitos de todas as decisões judiciais que apresentem relação com a matéria objeto desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, até seu julgamento final;

b) colhidas as informações necessárias e ouvidos, sucessivamente, a Advogada-Geral da União e o Procurador-Geral da República, na forma da Lei nº 9.882/1999, seja julgado procedente o pedido e declarada a inconstitucionalidade, por afronta aos preceitos fundamentais suscitados, das decisões judiciais que impedem a outorga ou a renovação de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, bem como daquelas que proíbem os titulares de mandato

eletivo de participar, como sócios ou associados, de pessoa jurídica que detenha concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 07 de novembro de 2016.



MICHEL TEMER
Presidente da República



GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União



ISADORA MARIA B. R. CARTAXO DE ARRUDA
Secretária-Geral de Contencioso