



SENADO FEDERAL
Advocacia

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES, RELATOR DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 379¹ NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

REQUERENTE	PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL
INTERESSADOS	PRESIDENTE DA CAMARA DOS DEPUTADOS
	PRESIDENTE DA REPÚBLICA
	PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

O **PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL**, por meio da Advocacia do Senado Federal, artigos 270, §§ 1º e 5º, 356 e 380 do Regulamento Administrativo do Senado Federal, instituído pela Resolução do Senado Federal nº 58, de 1972, com as alterações consolidadas pelo Ato da Diretoria-Geral nº 27, de 2014, haja vista o Ofício nº 7206/2016, exarado por V. Exa. nos autos desta ADPF em 17 de maio último e recebida no Senado Federal em 24 desse mesmo mês, vem manifestar as seguintes

INFORMAÇÕES.

¹ Processo SF nº 00200.007127/2016-79.



SENADO FEDERAL
Advocacia

1. A CONTROVÉRSIA

Trata-se de Arguição de **DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 379** ajuizada em 5 de dezembro de 2015 pelo **PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL)** contra diversos atos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário² a tolerar a participação societária de membros do Congresso Nacional e outros políticos eleitos em entidades concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos de radiodifusão.

A pretensão substanciou-se nos seguintes termos:

(...) ao ensejarem a participação, direta ou indireta, de políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de radiodifusão [os atos do poder público indigitados] violam os seguintes preceitos fundamentais da Constituição Brasileira:

² Enumeram-se como atos violadores de preceitos fundamentais, os seguintes: **(i)** a outorga e a renovação, pela União (Presidência da República e Ministério das Comunicações), de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos; **(ii)** a aprovação, pelo Congresso Nacional, da outorga ou da renovação de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos; **(iii)** a diplomação, pelo Poder Judiciário, de políticos eleitos que são, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de radiodifusão; **(iv)** o empossamento, pelo Poder Legislativo, de políticos eleitos que são, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de radiodifusão; e **(v)** a omissão da União (Ministério das Comunicações) em fiscalizar as concessões, permissões e autorizações de radiodifusão de forma a evitar a continuidade da prestação do serviço de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos.



SENADO FEDERAL
Advocacia

- (i) a liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX e artigo 220 da Constituição);
- (ii) o direito à informação (artigo 5º, inciso XIV, da Constituição);
- (iii) a divisão entre os sistemas estatal, público e privado de radiodifusão estabelecida pelo artigo 223 da Constituição, cujo objetivo é assegurar o direito 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 (artigos 14 e 60, § 4º, inciso II da Constituição);
- (v) a soberania popular (parágrafo único do artigo 1º e artigo 14 da Constituição);
- (vi) o pluralismo político (artigo 1º, inciso V da Constituição);
- (vii) o princípio da isonomia (artigo 5º, *caput* da Constituição);
- (viii) o direito à cidadania (artigo 1º, inciso II da Constituição);
- (ix) os impedimentos e incompatibilidades inerentes ao exercício de mandato eletivo estabelecidos pelos artigos 54, I, "a" 47 e 54, II, "a" 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



SENADO FEDERAL
Advocacia

(xi) a democracia, afirmada no preâmbulo e no artigo 1º da Constituição.

A causa de pedir foi formulada pelo impetrante a partir do encadeamento de premissas em direção à conclusão de que os atos indigitados como violadores de preceitos fundamentais, emanados de todas as dimensões estatais de soberania (legislativa, executiva e judiciária) infirmam drasticamente as bases do Estado de Direito.

A democracia demandaria a progressiva desobstrução dos canais de passagem da ação comunicativa. Esse processo, porém, vai de encontro à manutenção de mandatários eleitos entre sócios, associados ou controladores de empresas titulares de concessões, permissões e autorizações para operar serviços de radiodifusão.

Para o impetrante, a mera condição de sócio ou associado de exercente poder estatal nessas entidades, ainda que sem poder de controle ou comando, teria o condão de distorcer a produção e a circulação de informações e outros conteúdos que concorrem com a formação da opinião pública.

A vantagem comparativa desses cidadãos que participam de entidades titulares de concessão, permissão ou autorização de serviços de radiodifusão em processos eleitorais seria apenas uma das externalidades deletérias à democracia impugnada pela a impetração.

Em conclusão, formularam-se pedidos de medida cautelar para que, em juízo preliminar de inconstitucionalidade, o STF de imediato proíba



SENADO FEDERAL
Advocacia

- (i) a União (Presidência da República e Ministério das Comunicações) de outorgar ou renovar concessão, permissão ou autorização de radiodifusão a pessoa jurídica que possua político titular de mandato eletivo como sócio ou associado, direto ou indireto;
- (ii) proíba o Congresso Nacional de aprovar concessão, permissão ou autorização de radiodifusão a pessoa jurídica que possua político titular de mandato eletivo como sócio ou associado, direto ou indireto;
- (iii) o Poder Judiciário de diplomar político eleito que seja, direta ou indiretamente, sócio ou associado de pessoa jurídica concessionária, permissionária ou autorizatória de radiodifusão; e
- (iv) o Poder Legislativo de dar posse a político eleito que seja, direta ou indiretamente, sócio ou associado de pessoa jurídica concessionária, permissionária ou autorizatória de radiodifusão.

Em sede de tutela definitiva, a agremiação partidária impetrante postulou a confirmação dos pedidos cautelares e ainda a declaração inconstitucionalidade

- 1)** do controle de concessão, permissão ou autorização de radiodifusão por pessoa jurídica que possua deputado ou senador como sócio ou associado, direto ou indireto;
- 2)** a participação, direta ou indireta, de deputado ou senador como sócio ou associado de pessoa jurídica



SENADO FEDERAL
Advocacia

concessionária, permissionária ou autorizatória de radiodifusão;

- 3) a declaração de inconstitucionalidade de qualquer ato do poder público que importe o controle de concessão, permissão ou autorização de radiodifusão por pessoa jurídica que possua político titular de mandato eletivo como sócio ou associado, direto ou indireto;
- 4) a omissão da União (Ministério das Comunicações) em fiscalizar concessões, permissões e autorizações de radiodifusão de forma a evitar a continuidade da prestação do serviço de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos.

É o relatório. Passa-se à análise.

2. ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

2.1. Preliminares

Ex vi do disposto no art. 337, VI e §§ 1º, 2º e 3º, do Novo CPC, autor incorreu em litispendência por meramente repetir a causa de pedir e os pedidos que formulou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 246, ajuizada em 15 de dezembro de 2011 e que pende de julgamento.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Por outro lado, o autor não cumpriu requisitos formais para o processamento de APDF especificados no art. 3º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Não se procedeu à indicação do ato questionado (art. 3º, II) e, por decorrência, à indicação do preceito fundamental supostamente violado (art. 3º, I) nem se carreou aos autos prova da violação do preceito fundamental.

O arguente referiu-se a um número difuso de atos que entende violadores de preceitos fundamentais, de forma a impedir a cognição necessária ao julgamento do feito.

A dificuldade de se exaurir o rol de atos da mesma espécie dos que impugna o impetrante está a denotar que a pretensão manifestada em *in statu assertionis* só é compatível com o rito da ação direta por inconstitucionalidade por omissão, regulado pelos arts. 12-A, 12-B, 12-C, 12-D, 12-E, 12-F, 12-G e 12-H da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999.

Essa constatação será devidamente fundamentada ao longo da próxima sessão, em que se procede à impugnação do mérito da impetração.

Afirme-se, por ora, apenas que o princípio da fungibilidade não aproveita ao impetrante, porque os requisitos da ADO, como a indicação precisa da lacuna normativa impugnada, também não foram atendidos.

Ademais, a impetrante não repetiu pedido subsidiário nesse sentido como fez nos autos da aludida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 246 (pedido de ff. 91-92 da inicial).



SENADO FEDERAL
Advocacia

Ademais, formularam-se pedidos *vis-à-vis* a atos concretos do poder público, como é o caso de diplomações específicas de cidadãos eleitos para o exercício de função política indicados nos tópicos 115.6 a 115.8.

A pretensão que informa tais pedidos transcende a estreita via do controle objetivo da constitucionalidade de normas e deveria ser solucionada nas vias ordinárias, com observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, o impetrante, além de postular em detrimento de direitos de um número indeterminado de interessados, a convolar a via objetiva da jurisdição constitucional em via subjetiva ordinária, avança pretensão executiva, a desconstituir atos do poder público já aperfeiçoados e imantados pela presunção de legitimidade.

Essa pretensão não encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se amostra no seguinte excerto de ementa:

(...) 1. A ação direta de inconstitucionalidade é vocacionada, exclusivamente, para o controle abstrato de constitucionalidade das leis, não comportando, por esta razão, qualquer espécie de execução. (...).

(*SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição nº 1326. Rel. Min. Maurício Corrêa, jul. 17 abr. 1998, Segunda Turma, DJ 29- mai. 1998, p. 7, Ement. v. 1912-01, p. 85.*)



SENADO FEDERAL
Advocacia

Por todos os quadrantes em que se analisa a questão, a ADPJ ajuizada não passa no teste inicial de procedibilidade, razão por que não há como ser conhecida.

2.2. Mérito

Depreende-se da exordial que o arguente resente da ausência de norma que regule em que medida os exercentes de mandato eletivo ou que represente funcionalmente o poder estatal – inclusive membros da magistratura e do Ministério Público – podem participar de entidades titulares de concessão, permissão ou autorização de serviços de radiodifusão.

Contudo, em vez de formular de pedido de tutela jurisdicional saneadora dessa omissão, na via de ADO, faz uma impugnação concentrada de atos do poder público fragmentários, emanados das três funções de soberania (legislativa, executiva e judiciária) e dos três níveis da Federação (municipal, estadual-distrital e federal).

Afirma-se por si, mesmo ser verbalizada, a absoluta inépcia da inicial por inadequação da via eleita e por incongruência entre causa de pedir e pedidos.

Os atos públicos coligidos indigitados na inicial são uma pequena e imperfeita amostra das supostas violações a que o arguente parece se referir.

Para que se viabilize a impetração de ADPF, é preciso que o ato de descumprimento de preceito fundamental seja indicado, de forma precisa, até porque, de outra forma não será possível cassá-lo.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Na espécie, aludiu-se a atos de diferentes gradações na cadeia de positivação das normas jurídicas impugnadas, basicamente o disposto nas alíneas a do inciso I e a do inciso II dos artigos 54 e nos artigos 220 e 222 da Constituição da República.

Desses e de outros dispositivos constitucionais, o impetrante pretende depreender a proibição de que todo e qualquer exercente de poder político-estatal estaria impedido de participar, ainda que meramente na condição de sócio ou acionista sem poder decisório, de entidade operadora de serviços de radiodifusão.

Os atos estatais emanados das três funções de soberania que foram indicados como violares de diversos preceitos fundamentais, sobretudo os que informam os dispositivos acima mencionados, complementam e não contraditam os termos da Constituição.

A melhor interpretação dos preceitos fundamentais indigitados é a albergada pela República Federativa do Brasil, em todas as suas dimensões de soberania e federativas.

O arguente que forçar o texto constitucional a afirmar proibição que dele não consta. É de clareza solar que **os cidadãos que ocupam cargos de Deputados e Senadores e, por extensão, funções políticas eletivas ou não, só são proibidos de participar de entidades titulares de concessão, permissão e autorização de serviços de radiodifusão**

1) como pessoas naturais (CRFB, art. 54, I, a – não podem firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia



SENADO FEDERAL
Advocacia

mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes);

2) como proprietários, controladores, diretores ou como profissional remunerado de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público (CRFB, art. 54, II, a).

E essa interpretação ainda é bem conservadora, porque pressupõe que **a)** os contratos (*lato sensu*) configuradores de concessão, permissão e autorização não se constituem de cláusulas uniformes e **b)** que a delegação da prestação de serviço de radiodifusão sempre implicará vantagem à delegatária. Uma e outra premissa são controvertidas na doutrina, o que infirma ainda mais a frágil argumentação do impetrante. Pensamos que só se configura vantagem o tratamento privilegiado que excepciona o princípio da impessoalidade para dar consecução a outros princípios constitucionais que, no caso concreto, sejam prioritários.

Convém frisar que José Afonso da Silva classifica como **negociais** as restrições da alínea a do inciso I do art. 54 da Constituição; e como **profissionais**, as da alínea a do inciso II do mesmo dispositivo.

E quem figura meramente como sócio ou acionista de entidades empresariais não exerce por isso atividade comercial nem profissional.

A sua participação, nesse caso, apresenta caráter de investimento e não tem o condão de afetar o livre funcionamento dessas entidades como operadoras de serviços de radiodifusão.



SENADO FEDERAL
Advocacia

E no que determinado cidadão titular de cargo político serve profissionalmente a entidades empresariais que operam serviços de radiodifusão, ainda que recebam subsídios de qualquer natureza do poder público, não comete qualquer ilegalidade, a não ser se sua atividade for remunerada.

Repise-se que a restrição que incide sobre cidadãos investidos em mandato parlamentar e, por extensão – se aderirmos à argumentação do impetrante nesse ponto –, a quem quer que exerça função política (de governo, administrativa, legislativa ou jurisdicional) diz respeito apenas a **participação em empresa na condição de proprietários, controladores, diretores ou como profissional remunerado**.

Não se pode dispensar o mesmo tratamento a entidades empresariais e associativas. É normal que cidadãos com pretensões políticas se associem para projetar as suas ideias.

As restrições da alínea *a* do inciso II do artigo 54 da Constituição dizem respeito às sociedades empresárias e não às entidades associativas e fundacionais.

O próprio partido político é espécie de associação e goza de favores do poder público, como financiamento e acesso gratuito a redes de rádio e TV.

A prevalecer o entendimento da impetrante, que alarga em demasia o conceito de *contrato* do art. 54 da Constituição para incluir até mesmo o estatuto de entidades não negociais, esses privilégios dos partidos teriam que ser cassados.



SENADO FEDERAL
Advocacia

E note-se que a pretensão do arguente é estabelecer restrições ao funcionamento de pessoas naturais e pessoas jurídicas de direito privado sem *interpositio legislatoris*, o que viola o disposto no inciso II do art. 5º da Constituição da República (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

Ademais, eventual provimento da ADPF atingiria sem motivo constitucional idôneo o estatuto da propriedade privada, que se erige do *caput* e do inciso XXII do art. 5º da Constituição (art. 5º “*Todos são iguais perante a lei ..., garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito... à propriedade, nos termos seguintes: ... XXII. é garantido o direito de propriedade*”).

A rigor, a pretensão que informa a ADPF colide com o direito de liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX; e art. 220 da CRFB), porque o objetivo latente do impetrante é silenciar os cidadãos a quem a Constituição empodera mais vigorosamente com essa garantia, por serem titulares de imunidade material (CRFB, art. 53).

Cabem tão somente ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional, nos termos do art. 223 da Constituição, outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Qualquer intervenção do Poder Judiciário a embaraçar a discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo nessa seara, como pretende o impetrante, configuraria intolerável violação dos princípios democrático, da separação de poderes e da legalidade.



SENADO FEDERAL
Advocacia

O que se admite, em tese, é que o Congresso Nacional regulamente, de forma mais restritiva, por meio de lei em sentido formal, a participação societária e acionária de titulares de funções políticas.

Provimento binário em sede de jurisdição constitucional, a vedar totalmente ou a autorizar totalmente essa participação feriria de morte os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É por essa razão é que o impetrante deveria ter ajuizado ação direta de inconstitucionalidade por omissão para que o Supremo Tribunal Federal aferisse a existência dessa lacuna e, em caso positivo, assinasse prazo ao Congresso para que a sanasse, por meio de lei precedida, como é de praxe no processo legislativo democrático, por intensas consultas públicas.

Caberia ainda ao impetrante elidir a presunção de que o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962), não supre essa omissão, no que apenas regulamenta o cerne da regra constitucional resistida, nos seguintes termos:

Art. 38, § 1º: Não poderá exercer a função de diretor ou gerente de concessionária, permissionária ou autorizada de serviço de radiodifusão quem esteja no gozo de imunidade parlamentar ou de foro especial.

Observe-se de passagem que essa disposição legal, com redação estabelecida pela Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002,



SENADO FEDERAL
Advocacia

poderia, em linha com a pretensão autoral, ter sido impugnada por ação direta de inconstitucionalidade, o que torna ainda mais evidente o descabimento da ADPF, ação absolutamente subsidiária.

Finalmente, acentue-se que o impetrante cita o precedente configurado no julgamento da Ação Penal nº 530 que vem de encontro à sua própria fundamentação, já que estabeleceu que o parlamentar não pode ostentar a condição de **controlador** de entidade operadora de serviços de radiodifusão.

Veja-se a ementa do julgado:

DIREITO PENAL. CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA E DE USO DE DOCUMENTO FALSO.

1. Admite-se a possibilidade de que a denúncia anônima sirva para deflagrar uma investigação policial, desde que esta seja seguida da devida apuração dos fatos nela noticiados. Precedente citado.

2. Não há nulidade automática na tomada de declarações sem a advertência do direito ao silêncio, salvo quando demonstrada a ausência do caráter voluntário do ato. Ademais, a presença de defensor durante o interrogatório do investigado ou acusado corrobora a higidez do ato. Precedente citado.

3. Condenação pelo crime de falso. **Restou provada a falsidade do contrato social da radiodifusão Dinâmica, sendo o primeiro acusado o verdadeiro controlador. Com efeito, o denunciado omitiu esta condição por ser parlamentar federal, diante da vedação prevista no art. 54 da Constituição Federal e no art. 38, §1º, da Lei nº 4.117/62. (...).**



SENADO FEDERAL
Advocacia

(*SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal nº 530. Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, jul. 09 set. 2014, DJe-225m 17 nov. 2014. DJe-250, 19 dez. 2014*).

O que se assinalou nesse julgamento é que, como óbvio, tanta faz se o parlamentar seja controlador de fato ou de direito dessas entidades, o que em nada corrobora a argumentação do arguente, a quem caberia comprovar o abuso da personalidade jurídica ou fraude que oculte a real natureza da participação do mandatário político.

Nem é preciso afirmar que a ADPF não comporta dilação probatória nem oportuniza a ampla defesa e o contraditório que dela decorrem.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, pede-se que o presente ADPF não seja conhecida. Ainda que seja conhecida, que não sejam deferidos os pedidos cautelares nem os pedidos definitivos.

Aqueles por não gozarem do mínimo de plausibilidade (*fumus boni iuris*) nem de *periculum in mora* (a não ser o reverso), requisitos indispensáveis a provimento cautelar.

Estes por serem totalmente desprovidos de fundamentos jurídicos e por extrapolarem e contrariarem em muito a via eleita pelo impetrante.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Requer-se, por fim, que os advogados abaixo subscritos sejam cadastrados como representantes judiciais do Presidente do Senado.

Brasília, 31 de maio de 2016.

EDVALDO FERNANDES DA SILVA
Advogado do Senado

De acordo. Ao Advogado-Geral.

BRENO RIGHI
Advogado do Senado
Coordenador do Núcleo de Processos Judiciais

Aprovo. Encaminhe-se a minuta anexa com estas Informações ao Presidente do Senado Federal como sugestão de resposta ao Ofício nº 7206/2016, referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 379, exarado pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do feito em 17 de maio do corrente ano.

Brasília, 31 de maio de 2016.

ALBERTO CASCAIS
Advogado-Geral do Senado