
EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DD.
GILMAR MENDES - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 379

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 379

ARTIGO 19 BRASIL, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas/MF sob o nº 10.435.847/0001-52, com sede na Rua João Adolfo, 118 – conjunto 802 – CEP: 01050-020 – Centro – São Paulo – SP, vem por seu advogado e bastante procurador, com fundamento na jurisprudência consolidada sobre Amicus curiae e no artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015, na qualidade de **AMICUS CURIAE**, se manifestar na **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 379**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1. ADMISSIBILIDADE DO *AMICUS CURIAE*

O novo Código de Processo Civil elencou o *Amicus Curiae* dentre as hipóteses de intervenção de terceiro (art. 138), principalmente, como auxiliar do juízo em causas de relevância social, repercussão geral ou cujo objeto seja bastante específico, de modo que o magistrado necessite de apoio técnico.

A partir dos aspectos da relevância social e da repercussão geral da questão enfrentada nesta Arguição, a ARTIGO 19 vem se manifestar com a finalidade de aprimorar a tutela jurisdicional.

1.1. REPRESENTATIVIDADE PARA FIGURAR COMO *AMICUS CURIAE*

A ARTIGO 19 é uma associação civil, sem fins lucrativos, fundada em Londres no ano de 1987, tendo como principal objetivo proteger e promover o direito à liberdade de expressão e acesso a informação, previstos pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo este o motivo para adoção do referido artigo como nome da organização¹. A organização possui status consultivo junto à Organização das Nações Unidas – ONU e registro junto à Organização dos Estados Americanos – OEA.

Após quase três décadas de existência, a diversidade do trabalho desenvolvido e a importância dos temas trabalhados levou à abertura de escritórios da organização na África, Ásia e nas Américas. Na América Latina a organização possui escritórios locais no México e Brasil, o que permitiu à entidade participar ativamente da vida política desses países e da região, permitindo um maior conhecimento da realidade destes

¹Cf. Disponível em: <<http://esa.un.org/coordination/ngo/search/search.htm>>.

locais, suas práticas e legislações, o que fez ao longo dos anos que a organização pudesse contribuir com pesquisas, estudos e publicações.

No Brasil, a ARTIGO 19 desenvolve atividades desde 2006 e em 2007 organizou-se como entidade brasileira, possuindo personalidade jurídica, e tem participado ativamente das discussões sobre temas relacionados à comunicação social, com base no entendimento de que a liberdade de expressão e acesso a informação são princípios universais que devem ser amplamente discutidos e consolidados a partir de uma legislação, princípios e práticas realmente democráticos.

Especialmente no que tange ao objeto deste *Amicus Curiae*, a entidade se dedicou intensamente ao processo de construção da I Conferência Nacional de Comunicação (CONFECOM) ocorrida em dezembro de 2009. As propostas aprovadas na Conferência produziram um caderno que hoje é discutido nos diversos Estados, Municípios e em âmbito nacional como base para a construção de um novo marco legal para a comunicação social no país.

Nesse aspecto, a ARTIGO 19 apresentou, a nível nacional, um *Amicus Curiae* na ADPF que contestava a constitucionalidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967). Em conjunto com Associação Mundial de Rádios Comunitárias (AMARC) também protocolou *Amicus Curiae* em ação que diz respeito à cobrança de direitos autorais das rádios comunitárias sobre as transmissões ao público de composições musicais sem prévia autorização dos titulares dos direitos autorais. A organização é hoje membro do FINDAC (Fórum Interinstitucional pelo Direito à Comunicação) e do Grupo de Trabalho de Liberdade de Expressão do Conselho Nacional de Direitos Humanos.

À nível internacional, a ARTIGO 19 vem desempenhando uma série de atividades para o enfrentamento da questão. Em audiência realizada em 2013 em Washington, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), a ARTIGO 19 América do Sul, a Associação Mundial de Rádios Comunitárias (AMARC) e o Movimento Nacional de Rádios Comunitárias (MNRC) apresentaram um diagnóstico sobre a situação das rádios comunitárias no Brasil.

Ao longo desse período, também participou de inúmeros seminários e debates internacionais sobre os desafios do sistema de radiodifusão no região. Também em 2015 a organização foi co-peticionária em uma audiência na CIDH sobre os efeitos sobre os direitos humanos da concentração nos meios de comunicação.

A partir da análise de seu Estatuto Social (doc. 01), pode-se concluir que os principais objetivos da organização estão sendo plenamente desenvolvidos, especialmente, a partir do trabalho realizado para a discussão e efetivação dos direitos a liberdade de expressão e de informação, assim como ficou demonstrada acima sua especialidade no tema particular discutido nesta ADPF. Assim, resta evidente a representatividade da ARTIGO 19 para tratar dos temas abordados aqui, pois advém do intenso conhecimento e experiência acumulada ao longo de tantos anos de atuação para a consolidação da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, no Brasil, América do Sul e em diversas partes do mundo, em interação com outras organizações da sociedade civil, devendo ser reconhecido à requerente legitimidade para pleitear sua intervenção na qualidade de *Amicus Curiae* nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

2. RESUMO DOS FATOS E DA AÇÃO

As ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 246 e 379 foram ajuizadas pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no Supremo Tribunal Federal (STF) para questionar a outorga e renovação de concessões de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam Deputados e Senadores com mandato como sócios ou associados, bem como a diplomação e a posse de políticos que sejam, direta ou indiretamente, sócios de pessoas jurídicas concessionárias de radiodifusão.

Nessas ações, o partido questiona a legalidade das propriedades de meios de comunicação pelos Deputados e Senadores, visto que o artigo 54, incisos I e II, da

Constituição Federal determina que deputados e senadores não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público e ainda, dispõe que eles não poderão desde a posse, 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.

A participação de políticos como sócios de empresas de radiodifusão é uma prática recorrente e antiga no Brasil. Essa prática é prejudicial à autonomia da imprensa, à liberdade de expressão, à preservação do sistema político-eleitoral e à democracia. Por essas razões, a inconstitucionalidade desta prática foi? vem sendo? reconhecida pelo STF (Ação Penal 530), pela Procuradoria-Geral da República (ADPF 246), pelo Ministério Público Federal atuando na primeira instância² e pela jurisprudência federal³, constituindo, portanto, em relação ao mérito, um contexto favorável ao provimento do pedido.

Com relação às questões formais, a ADPF 379 foi ajuizada para resolver as objeções levantadas pela PGR na ADPF 246, reparando todos os possíveis problemas formais que poderiam existir em seu texto. Além disso, a presente ação contém a indicação de novos e distintos atos específicos do Poder Público, que ocorreram antes e após a apresentação da ADPF 246, apresentando cópias de todos os atos indicados, trazendo portanto uma documentação muito mais ampla do que a fornecida pela ADPF anterior. Assim sendo, a ADPF 379 tem um objeto muito mais amplo do que aquele da ADPF 246, uma vez que sua causa de pedir remota, ainda que semelhante, é mais ampla e distinta. Outrossim,

[2\[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_direitos-do-cidadao/representacao-cita-congressistas-de-19-estados-em-sao-paulo-ja-foram-ajuizadas-aco-es-contra-tres-deputados-federais-socios-de-empresas-de-radiodifusao\]\(http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_direitos-do-cidadao/representacao-cita-congressistas-de-19-estados-em-sao-paulo-ja-foram-ajuizadas-aco-es-contra-tres-deputados-federais-socios-de-empresas-de-radiodifusao\)](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_direitos-do-cidadao/representacao-cita-congressistas-de-19-estados-em-sao-paulo-ja-foram-ajuizadas-aco-es-contra-tres-deputados-federais-socios-de-empresas-de-radiodifusao)

3 BRASIL. Tribunal Regional Federal, Região 3. Agravo de Instrumento 0002889-43.2016.4.03/0000. Relator: Johonsom Di Salvo.

os pedidos formulados na presente ação apresentam diferenças em relação aos pedidos da ADPF 246.

Esses fatos, em suma, demonstram a configuração de conexão por continência entre as ADPFS 246 e 379.

3. OBJETIVO

O principal objetivo desta manifestação é apresentar padrões internacionais de direitos humanos relativos à liberdade de expressão e demonstrar que, considerando o contexto brasileiro, a propriedade de meios de comunicação por aqueles que ocupam cargo eletivo está em conflito com tais padrões. Demonstrada tal inadequação, comprovamos também a necessária apreciação do mérito dessa questão pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, de acordo com os padrões internacionais de liberdade de expressão e com a própria legislação doméstica:

- a) a liberdade de expressão é condição necessária para a caracterização das verdadeiras democracias;
- b) o sistema de radiodifusão constitui um meio legítimo e importante para efetivar o direito à liberdade de expressão;
- c) a fim de cumprir sua função social, o sistema de radiodifusão deve conter três elementos: pluralidade, diversidade e acesso às ondas de frequência eletromagnéticas em igualdade de condições;
- d) a propriedade de meios de comunicações audiovisuais por aqueles que ocupam cargos eletivos no Congresso Nacional pode colocar em risco a efetivação na prática desses elementos, além de suscitar um conflito de interesse, pois de forma antiética – e ilegal - estão legislando em causa própria.

O Brasil deve adequar suas normas internas seguindo os padrões internacionais de liberdade de expressão. Além disso, a propriedade de meios de comunicação por Senadores e Deputados deve ser proibida, visto que os mesmos – por força do artigo 223 da Constituição Federal - estão envolvidos nos processos de outorga e renovação da concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

4. PRELIMINARES

4.1. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Em recente manifestação nos autos, a Advocacia-Geral da União levantou a questão da impossibilidade jurídica do pedido, sob o pretexto de que o pleito principal da presente arguição supostamente não teria por objeto questionar as concessões, permissões ou autorizações de radiodifusão, mas sim pretenderia obter declarações do Supremo Tribunal Federal revestidas de caráter normativo sobre essas práticas.

Contudo, os pedidos da ADPF 379 assim como aqueles da ADPF 246 não implicam a atuação do STF como legislador positivo. Esses pedidos não requerem nem almejam que o STF crie novas normas de conduta ao Poder Público, como alega a AGU, pois essas normas já existem e são preceitos fundamentais oriundos da própria Constituição Federal.

Os pedidos da presente ADPF pretendem exclusivamente que o STF realize sua função primordial de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (Art. 1º, caput, da Lei nº 9.882/99) por meio da fixação de condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (Art. 10º, da Lei nº 9.882/99) em razão da relevância da questão levantada.

4.2. DA CONEXÃO POR CONTINÊNCIA

Além da questão sobre a possibilidade jurídica do pedido, a AGU alegou também a inviabilidade do conhecimento da presente ação, sob o fundamento de que seu ajuizamento teria induzido à situação de litispendência desta em relação a ADPF 246.

Entretanto, esse argumento não deve prosperar, uma vez que a situação configurada é a de conexão, na modalidade de continência, que não se confunde com a litispendência.

Nos termos do Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105/15), ocorre litispendência “quando se reproduz ação anteriormente ajuizada” (art. 337, §1º) e que ainda esteja em curso, pendendo de julgamento (§3º). Nesse sentido, para haver litispendência, é necessário que nas duas causas sejam as mesmas partes, a mesma causa de pedir, e o mesmo pedido (§2º, art. 337). As disposições mencionadas também constavam do Código de Processo Civil pretérito. Em suma, com o instituto da litispendência, o direito processual procura evitar o desperdício de energia jurisdicional que deriva do trato da mesma causa por parte de vários juízes e impedir o inconveniente de eventuais pronunciamentos judiciais divergentes a respeito de uma mesma controvérsia jurídica.⁴

Busca-se agora mostrar as razões pelas quais a tese da litispendência não procede:

1. Os elementos dessas ações não são idênticos. Na litispendência não se consideram iguais as causas apenas porque envolvem uma mesma tese controvertida, ou os mesmos litigantes, ou ainda a mesma pretensão. É preciso, para tanto, que ocorra a tríplice identidade de partes (ativa e passiva), de pedido e de *causa pretendi*, o que não ocorre entre as ADPFs em debate. A *causa pretendi*, ou seja, o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo da ADPF 379, apesar de semelhante, é, em

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil I – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol.I* – 56 ed. Rev., atual. E ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2015

seu conjunto, distinto e abrange a causa de pedir da ADPF 246. Para que sejam duas causas tratadas como idênticas seria preciso que fossem iguais tanto a causa de pedir próxima quanto a remota, e no caso, a causa de pedir remota é distinta e continente da outra. Na presente ação, os elementos fáticos, ou seja, as outorgas, renovações e concessões de radiodifusão e o empossamento de determinados Deputados e Senadores, estão além dos indicados na anterior, uma vez que indica novos atos do Poder Público - atos que ocorreram antes e após a proposição da ADPF 246, bem como junta novos documentos que comprovam esses atos.

2. Assim, entre as Arguições 246 e 379 está caracterizada situação de conexão por continência, prevista no artigo 56 do CPC. Nesse dispositivo, o legislador estabeleceu que se verifica a continência “entre duas ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais”. Logo, a continência envolve a identidade parcial entre os elementos de duas ações – partes, pedido e causa de pedir. Essa identidade de elementos faz a continência se aproximar da figura da litispendência. Porém, não se confundem, uma vez que se nota diferença entre as causas de pedir (no plano dos fatos jurídicos), e, portanto, do pedido. Enquanto na litispendência, a igualdade, em todos elementos da lide, há de ser total.
3. Em razão da conexão, o Arguente solicitou a distribuição por prevenção da ADPF 379 ao Senhor Ministro do Supremo Tribunal DD. Gilmar Mendes, uma vez que o artigo 57 do CPC estabelece que nos casos de continência em que a contida é a primeira a ser ajuizada, a reunião das ações é obrigatória. Isso significa que, ocorrendo a prevenção, não haveria “desperdício de energia jurisdicional que deriva do trato da mesma causa por parte de vários juízes”, tampouco “o inconveniente de eventuais pronunciamentos judiciais divergentes a respeito de uma mesma controvérsia jurídica”, argumentos que são utilizados para justificar a extinção de ações litispendentes.
4. A ADPF 379 foi proposta tendo como fundamento direito reconhecido jurisprudencialmente pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões da ADI 437, Rel. Min. Celso de Mello, na Rcl 4.237-MC-EX/PA w na Rcl 13.640 DF, Rel. Min. Celso de Mello. Essa jurisprudência coloca que o Arguente tem o direito de propor nova ação para indicar outros atos que não tenham sido indicados na petição inicial, visto

o entendimento consolidado de que a inicial não pode ser aditada após terem sido requisitadas as informações às autoridades responsáveis pelos atos questionados.

4.3. DA SUBSIDIARIEDADE

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental integra o controle de constitucionalidade brasileiro, porém com uma peculiaridade, que é o princípio da subsidiariedade.

O artigo 4º, §1º, da Lei nº 8.882/99 estabeleceu não se admitir a ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade ao preceito fundamental. Entretanto, como todos os princípios, este não é absoluto e pode ser mitigado em razão das circunstâncias do caso concreto. Conforme entendimento da própria Corte do Supremo Tribunal Federal, a subsidiariedade da ADPF não deve ser interpretada de forma literal e absoluta. Portanto, a mera existência de meios processuais ordinários não constitui óbice à apresentação de ADPF.

No caso em questão, é preciso ressaltar que os atos questionados pela ADPF poderiam ser discutidos, individualmente, por meio de processo ordinário. Contudo, a impugnação individual dessas concessões, permissões e autorizações não teria o mesmo efeito que a ADPF, uma vez que não seria capaz de sanar a lesividade com a mesma efetividade, generalidade e imediatividade. Para além disso, a impugnação individual desses atos não impediria o Poder Público de continuar realizando essas práticas, descumprindo preceito fundamental disposto no artigo 54, incisos I e II, da Constituição Federal.

Além disso, em consonância à análise da subsidiariedade, a questão discutida na presente ação é de relevância pública, o que constitui, segundo o próprio STF, pressuposto implícito ao cabimento da ADPF. De acordo com sua jurisprudência, o STF

sempre será competente para analisar questões de grande relevância ao interesse público e que reclamem a interpretação objetiva da Constituição.

4.4 DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DE MÉRITO

Em sua Parte Geral, o Novo Código de Processo Civil dispensou grande atenção à constitucionalização do processo, dedicando seus artigos iniciais para definir aquilo que denominou de Normas Fundamentais do Processo Civil. Dentre esses dispositivos iniciais, o artigo 4º, ao expressamente afirmar que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, estabeleceu dois princípios fundamentais do processo civil brasileiro: o da duração razoável do processo e o da primazia da resolução do mérito. Este segundo princípio coloca a resolução do mérito enquanto regra e o não conhecimento do mérito enquanto exceção.

Consolida-se, portanto, o princípio de que se deve dar primazia à resolução do mérito sobre o reconhecimento de nulidades ou de outras objeções à produção do resultado normal do processo. Nesse sentido, o não reconhecimento do mérito apenas é legítimo nos casos em que se identifica vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação da objeção.

Além disso, o Novo Código de Processo Civil, conforme disposto em seu artigo 317, estabelece que “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”. Portanto, não é compatível as normas fundamentais do processo brasileiro extinguir-se o processo sem resolução do mérito sem que antes se dê ao demandante oportunidade para sanar eventual vício processual⁵.

5 O CÂMARA, A.A. F. F. *Princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil*.

Em consonância com o princípio da primazia da resolução do mérito, reitera-se que nada obsta a apreciação do mérito da ADPF 379.

5. DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

O Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do RE nº 592.581 e da ADPF nº 347, deu relevo ao debate sobre a figura do “estado de coisas inconstitucional”, uma vez que reconheceu a legitimidade do Judiciário para tomar ação incisiva no que concerne à implementação de políticas públicas com o propósito de solucionar litígios de caráter estrutural oriundos da inércia e da omissão do Poder Público.

Nesses casos, o afastamento do “estado de inconstitucionalidade” só é possível diante de uma mudança significativa do Poder Público. Por isso, foi reconhecido ao STF, diante desses quadros, o papel de “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas”⁶.

Acredita-se que há, na presente Arguição, a configuração do “estado de coisas inconstitucional”.

Embora se baseie em condutas antigas, a apropriação das concessões por políticos segue sendo um problema atual. Segundo pesquisa feita pelo coletivo INTERVOZES⁷, entre 2010 e 2014, eram 40 os parlamentares federais que controlavam diretamente emissoras de radiodifusão e, em 2015, eram ao todo 44, sendo 9 senadores e 35

⁶ Voto do Ministro Marco Aurélio no Recurso Extraordinário 592.581.

⁷ INTERVOZES. *Caminhos para a luta pelo direito à comunicação no Brasil – como combater as ilegalidades no rádio e na TV.*

deputados. Esse quadro é especialmente sensível e problemático porque parte desses políticos são os responsáveis por analisar os procedimentos administrativos de concessão, permissão e autorização de outorga dos serviços de radiodifusão.

Segundo o Professor Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, são três os pressupostos essenciais para a configuração do “estado de coisas inconstitucional”⁸:

1. no plano dos fatos, viger uma realidade manifesta de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais;
2. no plano dos fatores, a situação inconstitucional decorrer de ações e omissões estatais sistêmicas (falhas estruturais, máxime de políticas públicas), e se perpetuar ou mesmo agravar-se em razão dos bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis;
3. no plano dos remédios, ante as causas estruturais, a superação do quadro exigir medidas não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade desses, remédios ou sentenças estruturais.

No plano dos fatos, a propriedade por políticos dos meios de comunicação viola sistematicamente uma série de direitos fundamentais, uma vez que a comunicação é elemento central para a constituição de uma sociedade efetivamente democrática. Dentre esses preceitos fundamentais, cabe ressaltar os seguintes:

- a liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX e artigo 220 da Constituição Federal)
- o direito à comunicação (art. 220 da Constituição Federal)
- o direito à informação (artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal)
- o princípio da isonomia (artigo 5º, caput, da Constituição Federal)
- o pluralismo político (artigo 1º, inciso V da Constituição Federal)
- a democracia (preâmbulo e artigo 1º da Constituição Federal)

⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão do Estado de Coisas Inconstitucional* (Tese de Doutorado, UERJ, 2015).

No plano dos fatores, o sistema brasileiro de regulação de radiodifusão não prevê um regulador independente e a distribuição do espectro eletromagnético, que é recurso público finito, é realizada por um procedimento licitatório das outorgas de concessão, permissão e autorização. Este sistema tem como responsáveis os seguintes atores: Anatel, Ministério das Comunicações, que tratam do espectro, da viabilidade jurídica, legal e econômica da submissão da licença, e o Congresso Nacional, que analisará e deliberará sobre a outorga realizadas pelo poder Executivo.

Assim, tendo em vista o contexto brasileiro, que não conta com um regulador independente, o fato de políticos serem proprietários de meios de comunicação é bastante problemático, uma vez que ao exercerem o poder de deliberarem sobre os procedimentos de outorga analisados pelo Poder Executivo, tais políticos podem vir a legislar em causa própria. Logo, aquele político que favorece a concessão e revogação de suas próprias outorgas está certamente agindo de forma antiética, e consequentemente ilegal.

O conflito de interesses patente na acumulação das qualidades de detentor de cargo eletivo e concessionário de serviço público é inquestionável. Primeiro porque tal conduta é antiética e, por ser pautada por interesses privados, desvia o fim social do serviço de radiodifusão, que é público. Segundo porque pode viabilizar o uso político e ilegal dos meios de comunicação, por exemplo, manipulando as informações recebidas pelo público durante períodos de campanha eleitoral e influenciando os resultados do processo eleitoral.

E mais, não propiciam a devida diversidade nos meios de comunicação, visto que agindo em interesse político e econômico próprio e com arbitrariedade, não permitem que indivíduos que apresentam posicionamentos distintos aos seus ou que apresentam riscos econômicos aos seus lucros tenham acesso às ondas de frequência eletromagnética.

No mesmo sentido, em recente decisão, a Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Centro Europa 7 SRL and Di Stefano vs. Italy (2012)⁹, estabeleceu que:

“A este respeito, a Corte observa que, para garantir um verdadeiro pluralismo no setor audiovisual em uma sociedade democrática, não é suficiente apenas prever a existência de vários canais ou a possibilidade para potenciais operadores terem acesso ao mercado audiovisual. É necessário, além de permitir o acesso efetivo ao mercado, garantir a diversidade dos meios de comunicação, refletindo na medida do possível, a variedade de opiniões encontradas na sociedade em que os programas de radiodifusão são destinados. (...) A Corte observa que num setor tão sensível como os meios de comunicação audiovisual, **o Estado para além do seu dever negativo de não-interferência, tem a obrigação positiva de pôr em prática um quadro legislativo e administrativo adequado para garantir o pluralismo eficaz.**” (grifo nosso)

No plano dos remédios, como já foi dito anteriormente, os atos questionados pela ADPF poderiam ser discutidos, individualmente, por meio de processo ordinário. Contudo, a impugnação individual dessas concessões, permissões e autorizações não teria o mesmo efeito que a ADPF, uma vez que não seria capaz de sanar a lesividade com a mesma efetividade, generalidade e imediatividade.

Para além disso, a impugnação individual desses atos não impediria os diversos órgãos do Poder Público, como o Ministério das Comunicações, a Anatel e principalmente, o Congresso Nacional, de continuarem realizando essas práticas. E, assim, persistirem descumprindo preceito fundamental disposto no artigo 54, incisos I e II, da Constituição Federal.

Em vista dos argumentos apresentados, pode-se afirmar que é indispensável a atuação da Suprema Corte no caso em questão. Tendo em vista a relevância do direito à

9 Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111399>

comunicação para a consagração efetiva da democracia; o bloqueio político e institucional existente que impossibilita a superação desse problema por outros meios; a falta de políticas públicas que incentivem o pluralismo (quanto às fontes) e a diversidade (quanto ao conteúdo); o conflito de interesses existente nos processos de análise das concessões pelo Congresso Nacional; sustenta-se que se reconheça a figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” na presente Arguição.

6. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

O estabelecimento de sistemas democráticos em nossas sociedades contemporâneas veio acompanhado de uma série de padrões e dispositivos internacionais que expressam a importância de garantir a liberdade de expressão. A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, em seu artigo 19, explicita que a liberdade de expressão é um direito humano universal e que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), tratado das Nações Unidas ratificado por diversos países, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, garantem expressamente a liberdade de expressão. O primeiro, em seu artigo 19, e a segunda, em seu artigo 13, estabelecem que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão, sendo esse direito compreendido pela liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

10 Resolução da Assembleia Geral da ONU 217A(III), adotada em 10 de Dezembro de 1948

A partir disso, verificamos cinco elementos basilares na definição internacional de liberdade de expressão:

- pertence a todos sem distinção;
- **inclui o direito de buscar, receber e difundir informações e ideias; ou seja, abarca todo o processo comunicacional;**
- envolve informações e ideias de toda e qualquer natureza;
- está garantida sem limitações de fronteiras;
- **pode ser exercida através de qualquer meio de comunicação.**

6.1 RADIODIFUSÃO COMO UM MEIO DE EXPRESSÃO – A IMPORTÂNCIA DO PLURALISMO E DIVERSIDADE

É possível reparar que ao disporem sobre liberdade de expressão, os dispositivos acima realçam que esse direito se efetivará por qualquer meio. Isso porque ao se pensar na evolução da comunicação, claro está que as ideias não são manifestadas somente pelo discurso presencial ou escrito.

Amparados por inúmeros avanços tecnológicos, os indivíduos da nossa sociedade desejam e necessitam se expressar através dos diversos meios existentes.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos vem asseverando em diversas ocasiões que a liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito de falar ou escrever, visto que compreende, igualmente, o direito de utilizar qualquer meio apropriado para difundir informação e garantir que esta chegará ao maior número de destinatários¹¹.

¹¹ Corte I.D.H., A Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Serie A No.5, pág. 31.

Não se pode negar que a radiodifusão é um importante meio de manifestação de ideias. Através da televisão e do rádio, inúmeros indivíduos recebem informações de toda natureza. Seguindo este entendimento, a Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Comissão dos Direitos Humanos da Organização do Estados Americanos, em conjunto com o Relator Especial das Nações Unidas para a Liberdade de Opinião e de Expressão, e a Representação sobre Liberdade de Expressão dos Meios de Comunicação da OSCE, destacaram que a radiodifusão segue sendo a fonte de informação mais importante para a maioria dos povos do mundo¹².

A partir do sistema de radiodifusão, o indivíduo poderá expressar suas ideias para um grande número de pessoas, fazendo com que, conseqüentemente, um grande número de pessoas tenha acesso a variadas informações. Por esta razão, é extremamente importante que os meios de comunicação sejam livres, independentes e plurais para que a sociedade possa ter acesso a opiniões e informações de toda e quaisquer natureza.

A esse respeito, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, a Corte e a Comissão Interamericana publicaram o documento “Os Padrões de Liberdade de Expressão para uma Radiodifusão Livre e Inclusiva”¹³, e nele manifestaram-se da seguinte forma:

Em outras palavras, os meios de comunicação e principalmente, os meios de comunicação de audiovisual desempenham um papel fundamental na garantia da liberdade de expressão das pessoas, servem para partilhar os seus próprios pensamentos e informações e, ao mesmo tempo, proporcionam o acesso a ideias, informações, opiniões e manifestações culturais de outras pessoas. Atualmente, o direito à liberdade de expressão através da mídia é uma garantia fundamental para que o indivíduo possa realizar adequadamente o processo de deliberação coletiva sobre assuntos públicos. Neste

12 Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=48&IID=2>

13 Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Radiodifusion%20y%20libertad%20de%20expresion%20FINAL%20PORTADA.pdf>

contexto, a garantia reforçada da liberdade de expressão neste campo transmite uma condição de possibilidade para que exercício dos direitos políticos e participação obedeça a uma escolha informada e com razoáveis preferências. Em tal sentido, nas sociedades contemporâneas, **os meios de comunicação são protagonistas dessa discussão porque favorecem que as pessoas tenham acesso a informações relevantes, com as diferentes perspectivas necessárias para a formação de um juízo fundamentado e informado sobre os assuntos públicos.** (grifo nosso)

Dois temas principais permeiam os padrões internacionais relativos à regulamentação da radiodifusão: independência e pluralismo. O primeiro refere-se à ideia central de que, enquanto há um interesse na regulação a radiodifusão, tal regulamento não deve estar sujeito ao controle de interesses políticos ou comerciais, mas sim, deve ser supervisionado por um organismo independente, participativo e que defenda o interesse público.

O segundo refere-se à ideia de que um objetivo central da regulamentação de radiodifusão, de acordo com uma compreensão abrangente do direito à liberdade de expressão, incluindo o direito do público de poder acessar uma diversidade de informações e ideias, deve ser o de promover a pluralidade no setor, em termos de propriedade, de tipos de meios de comunicação e o mais importante, de conteúdo.

O licenciamento das empresas de radiodifusão se justifica por uma série de motivos, incluindo o de que as ondas de rádio são recursos públicos que devem ser utilizados de modo a servir o interesse público e que a ausência de licenciamento provocaria o caos nas ondas. Estes são argumentos válidos e quase todos os Estados possuem algum sistema em vigor para licenciar emissoras de radiodifusão.

Acerca disso, a Relatoria¹⁴ afirma que:

14 Vide nota no 10

26. A igualdade no exercício da liberdade de expressão, a fim de analisar a legitimidade da finalidade perseguida pela regulação sobre radiodifusão, requer três componentes: pluralidade de vozes (medidas antimonopólicas), diversidade de vozes (medidas de inclusão social) e não discriminação (acesso em condições de igualdade aos processos de distribuição de frequências).

Em outras palavras, diversas pessoas formam suas opiniões a partir de conceitos, ideias e informações que conhecem pela televisão ou pelo rádio. Como mencionado acima, uma das duas principais implicações do direito à liberdade de expressão é que **a regulamentação da radiodifusão deve ser supervisionada por órgãos independentes**, no sentido de que eles estão protegidos contra a interferência política ou comercial. Este princípio básico tem sido confirmado por vários organismos internacionais, como veremos mais abaixo, no capítulo 7.

O princípio do regulador independente condiciona a maneira como a regulamentação da radiodifusão deve ocorrer enquanto o princípio do pluralismo define as metas que tal regulação deve procurar promover. O pluralismo recebeu endosso extremamente amplo como um aspecto fundamental do direito à liberdade de expressão. Na jurisprudência, entende-se que deriva da natureza multidimensional do direito à liberdade de expressão, que protege não só o direito de falar (para transmitir informações e ideias), mas também o direito de ouvir (para "procurar e receber" informações e ideias).

Este aspecto das regras atingem as interferências estatais arbitrárias que impedem indivíduos de receberem informações que outros desejam lhes transmitir. No entanto, **o direito de ouvir também gera uma obrigação positiva para o Estado de tomar medidas para promover um ambiente no qual uma diversidade de informações e ideias está disponível para o público**. O direito internacional reconhece que os Estados devem tomar medidas positivas para garantir direitos. O artigo 2º do PIDCP, por exemplo, obriga os Estados a adotarem as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos reconhecidos pelo Pacto. A necessidade

específica de medidas positivas para garantir o respeito à liberdade de expressão também tem sido reconhecida.

Ambas as obrigações - negativas e positivas - para promover o direito do ouvinte de buscar e receber informações e ideias são relevantes para a questão da regulamentação de radiodifusão. Na verdade, as autoridades salientam a particular importância dos meios de comunicação em garantir o pluralismo, o que é fundamental para o cumprimento desses direitos do ouvinte.

As implicações do direito de buscar e receber informações e ideias, um aspecto fundamental do direito à liberdade de expressão, foram elaboradas de forma clara e vigorosa pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte reconheceu as importantes implicações da natureza dual do direito à liberdade de expressão:

Quando a liberdade de expressão de um é restrita ilegalmente, não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo violado, mas também o direito de todos os outros de "receber" informações e ideias. O direito protegido pelo artigo 13, conseqüentemente, tem um especial escopo e caráter, os quais são evidenciados pelo duplo aspecto da liberdade de expressão. Isso requer, por um lado, que ninguém seja arbitrariamente limitado ou impedido de expressar seus próprios pensamentos. Nesse sentido, é um direito que pertence a cada indivíduo. Seu segundo aspecto, por outro lado, implica em um direito coletivo de receber qualquer informação e de ter acesso aos pensamentos expressados por outros (...). Na sua dimensão social, a liberdade de expressão é um meio para o intercâmbio de ideias e informações entre os seres humanos e para a comunicação de massa¹⁵.

15 Opinião consultiva oc-5/85 de 13 de noviembre de 1985 - La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 e 29 Convención Americana sobre derechos humanos) - Solicitada por el gobierno de Costa Rica Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

A Corte também reconheceu que o segundo aspecto da liberdade de expressão requer a existência de meios de comunicações livres e plurais:

É a mídia de massa que torna o exercício da liberdade de expressão uma realidade. Isto significa que as condições de seu uso devem estar de acordo com os requisitos desta liberdade, com o resultado de que deve haver, entre outros, uma pluralidade dos meios de comunicação, restrição de todos os monopólios, de qualquer forma, e garantias para a proteção da liberdade e da independência dos jornalistas¹⁶.

No contexto europeu, a questão da diversidade dos meios como um aspecto do direito de liberdade de expressão tem atraído considerável atenção e, mais uma vez, o Conselho da Europa adotou um documento específico sobre o assunto, a Recomendação 2007 (2) sobre o pluralismo e diversidade no conteúdo da mídia. A recomendação inteira é dedicada à questão da importância do pluralismo nos meios de comunicação e as medidas para a sua promoção. A mesma foi baseada pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos que tem frequentemente observado que:

"[Transmitir] informações e ideias de interesse geral (...) não pode ser realizada com sucesso, a menos que se baseie no princípio do pluralismo.¹⁷"

Pelo menos dois elementos relacionados com o pluralismo e diversidade são identificadas: conteúdo e fonte. Diversidade de conteúdos é a mais óbvia e a mais importante para a prestação de uma ampla gama de conteúdo que atende às necessidades e interesses dos diferentes membros da sociedade. A diversidade de conteúdo dá voz a todas as vozes na sociedade e depende, entre outras coisas, da existência de uma pluralidade de meios de comunicação.

16 Vide nota 13

17 Recomendação No (2007)2 adotada pelo Conselho dos Ministros em 31 de janeiro de 2007

Especificamente, a democracia exige que o Estado crie um ambiente em que diferentes tipos de emissoras - incluindo serviço público, comercial e rádios comunitárias – as quais refletem diferentes pontos de vista e propícia para que diversos tipos de radiodifusores possam florescer. A ausência da pluralidade de fonte, refletida no crescente fenômeno da concentração da propriedade da mídia, pode impactar no conteúdo, bem como a na independência e qualidade da programação.

7. PROPRIEDADE POR POLÍTICOS SOB A ÓTICA DOS PADRÕES INTERNACIONAIS

Considerando que o sistema de radiodifusão é um ambiente em que a discussão de assuntos públicos acontece densamente, é indispensável que diversas pessoas e grupos da sociedade tenham acesso às ondas de frequências de radiodifusão para que exista uma discussão adequada e verdadeiramente democrática.

Fundamentalmente, os documentos internacionais sempre apontam que, de forma a proteger a radiodifusão de interesses arbitrários, deve existir um regulador independente. O objetivo é garantir que o sistema de radiodifusão não será usado em favor de políticas e interesses econômicos específicos, garantindo assim, a diversidade das ideias e informações que serão propagadas pela televisão e pelo rádio.

A Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão na África (Declaração Africana), adotada pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em 2002 afirmou claramente no Princípio VII 11 :

Qualquer autoridade pública que exerça poderes nas áreas de regulamentação da radiodifusão ou das telecomunicações deve ser independente e devidamente protegida das interferências, particularmente das de natureza política ou econômica.

Da mesma forma, os três relatores especiais para a liberdade de expressão - Relator Especial da ONU sobre Liberdade de Expressão, o Relator Especial da OEA para a Liberdade de Expressão e Representante Especial sobre a Liberdade de Imprensa da OSCE – observaram o seguinte na Declaração Conjunta adotada em 2003:

As autoridades públicas que exercem algum poder regulatório formal sobre os meios de comunicação devem contar com salvaguardas contra qualquer interferência, particularmente de natureza política ou econômica e que incluam processos transparentes de designação de seus membros, abertura a participação pública e que não sejam controladas por nenhum partido político em particular.

Também a Recomendação (2000) 23 do Conselho da Europa¹⁸ é dedicada a esta matéria e dispõe sobre a independência e funções das autoridades reguladoras do setor de radiodifusão (COE Recomendação). A primeira cláusula desta Recomendação afirma que:

Os Estados-Membros devem assegurar o estabelecimento e o livre funcionamento das autoridades reguladoras do setor de radiodifusão através da elaboração de um quadro legislativo adequado para este fim. As regras e procedimentos que regem ou afetam o funcionamento das autoridades reguladoras devem afirmar claramente e proteger a sua independência.

Recentemente, a Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu, em Relatório de Gülsün Bilgehan (2015)¹⁹, recomendou que seus Estados-membros revisitassem as suas legislações, visando garantir a transparência da propriedade dos meios de comunicação. Nesse documento, há um grande enfoque para a importância da existência de um órgão

¹⁸ Recomendação (2000)23 do Conselho da Europa adotada em 2000.

¹⁹ Disponível em: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21578&lang=en>

regulador independente que analisasse os processos de licitação. Assim, o item n° 8 das recomendações do Relatório, expressamente, continha:

8. Supervisão por um organismo independente:

A nomeação, mandato, função e poderes do órgão de supervisão devem ser planejados para garantir a sua independência do governo. As leis que regem a aplicação das sanções devem garantir que eles não possam ser usados para fins políticos.

Conforme já foi exposto no Capítulo 5, no caso brasileiro, o sistema de regulação de radiodifusão não prevê um regulador independente e a distribuição dos espectros eletromagnéticos, que consiste em um bem público finito, é realizada por um procedimento licitatório das outorgas de concessão, permissão e autorização, em que o Congresso Nacional analisa e delibera sobre as outorgas realizadas pelo poder Executivo.

Novamente, tendo em vista o contexto brasileiro, o qual não conta com um regulador independente, pode-se afirmar que além de inconstitucional, o fato de políticos possuírem meios de comunicação está totalmente em desacordo com os padrões internacionais de liberdade de expressão, uma vez que ao exercerem o poder de deliberarem sobre os procedimentos de outorga analisados pelo Poder Executivo, tais políticos poderão estar legislando em causa própria. Logo, aquele político que favorece a concessão e revogação de suas próprias outorgas está certamente agindo de forma antiética e, portanto, ilegal.

Não obstante, dessa forma, se impossibilita a diversidade necessária dos meios de comunicação, uma vez que ao agir por interesses privados, esses políticos podem também impedir a difusão de conteúdo e o acesso às ondas de frequência eletromagnética daqueles que apresentem divergências políticas ou que representem riscos econômicos aos seus lucros, o que desvirtua a finalidade social da radiodifusão.

7.1. A PROPRIEDADE POR POLÍTICO CONFIGURA UMA CONDUTA ANTIÉTICA E ILEGAL

Após a análise do Poder Executivo, feita pela Anatel e pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, os procedimentos administrativos de concessão, permissão e autorização de outorga serão analisados pelo Congresso Nacional. Na Câmara dos Deputados, são os membros da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) que analisam e definem quais os meios de comunicação audiovisuais que terão suas outorgas ou renovações efetivadas. No Senado Federal, o mesmo acontecerá envolvendo os membros da Comissão de Ciência e Tecnologia (CCT).

O conflito de interesses patente na acumulação das qualidades de detentor de cargo eletivo e concessionário de serviço público é inquestionável. Primeiro porque tal conduta é antiética e, por ser pautada por interesses privados, desvia o fim social do serviço de radiodifusão. Segundo porque pode manipular as informações veiculadas durante períodos de campanha eleitoral e influenciar seu resultado, viabilizando, assim, o uso político e ilegal dos meios de comunicação.

Por esta razão a Constituição Federal buscou frear tal prática. O artigo 54 da Constituição Federal afirma que os Deputados Federais e Senadores não podem:

- A partir da diplomação, firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público;
- A partir da posse, 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.

Destarte, torna-se evidente o conflito de interesse presente nesta situação, uma vez que os políticos proprietários de meios de comunicação são membros das comissões específicas que deliberam sobre as outorgas e renovações.

O referido conflito de interesse é caracterizado pela possibilidade do político legislar em causa própria, isto é, legislar a fim de obter privilégios para si mesmo. A respeito disso, a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos em sua Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão²⁰ estabeleceu que:

Princípio 13 (...) A concessão de frequências de rádio e televisão, entre outros, com o objetivo de pressionar e punir ou premiar **e privilegiar os comunicadores sociais e os meios de comunicação** em função de suas linhas editoriais, **ameaçam a liberdade de expressão e devem ser explicitamente proibido por lei.** (...) (grifo nosso)

Dado o panorama brasileiro, resta evidente que deve ser feita uma interpretação teleológica da Constituição, considerando ao mesmo tempo os padrões internacionais e domésticos, a fim de proibir determinadamente que políticos possuam veículos de comunicação e, assim, continuem a legislar em causa própria.

Nesse momento, torna-se importante ponderar que além da Constituição Federal outros instrumentos internos expressam claramente que a situação acima ventilada constitui uma conduta antiética. O Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal determina que é vedado ao Senador gerir ou dirigir meios de comunicação:

Art. 4º É, ainda, vedado ao Senador:

II - dirigir ou gerir empresas, órgãos e meios de comunicação, considerados como tal pessoas jurídicas que indiquem em seu objeto social a execução de serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens;

²⁰ Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=4>

No mesmo sentido, o Regimento Interno da Câmara Federal dos Deputados impõe que o Deputado que tenha interesse pessoal em determinado assunto deliberativo declare-se impedido de votar:

Art. 180 § 6o **Tratando-se de causa própria ou de assunto em que tenha interesse individual**, deverá o Deputado dar-se por impedido e fazer comunicação nesse sentido à Mesa, sendo seu voto considerado em branco, para efeito de quórum (grifo nosso)

O conflito de interesse estudado no presente *Amicus* também foi apontado pela deputada Maria do Carmo Lara (PT-MG), relatora do Relatório Final²¹ da Subcomissão Especial destinada a analisar mudanças nas normas de apreciação dos atos de outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

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

O relatório da deputada, aprovado em 03 de dezembro de 2008 pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicações e Informática da Câmara (CCTCI), recomenda a discussão de Proposta de Emenda Constitucional que proíba expressamente que parlamentares sejam proprietários, controladores, diretores ou gerentes de empresa de radiodifusão sonora e de sons e imagens, acrescentando-se um parágrafo ao artigo no 222 da Constituição.

Cabe ressaltar que ao afirmarmos que constitui uma conduta antiética o fato do político possuir meios de comunicação, afirma-se, conseqüentemente, que tal fato também configura uma conduta ilegal. Esta afirmação encontra-se sustentada pelo ordenamento

21 Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cctci/publicacoes.html/Rel-Radiodifusao.pdf>

jurídico brasileiro e principalmente, pelos princípios de direito administrativo, os quais normatizaram padrões éticos ao disporem que todo administrador público deve exercer suas atividades de acordo com os princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo²², o princípio da isonomia firma a tese de que a administração pública não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Neste ponto cabe citar que o próprio autor afirma que o princípio da isonomia está intimamente atrelado com o da impessoalidade, visto que aquele que exerce um cargo eletivo ou público deve agir com obediência ao princípio da impessoalidade, devendo dar tratamento impessoal e igualitário a todos os administrados.

A respeito do princípio da impessoalidade, Bandeira de Melo nos diz que a Constituição Federal de 1988 ao dispor em seu artigo 37 que a Administração Pública obedecerá a determinados princípios, entre eles o da impessoalidade, está assegurando que os detentores de cargos públicos e eletivos assegurem a todos a igualdade de tratamento, inclusive nos casos de licitação pública.

E ao explicar de forma clara o princípio da moralidade também expresso no artigo 37, caput, da Constituição Federal, o autor assegura que a Administração e os seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos:

Violá-los (os princípios éticos) implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição.

Ao aprofundar a explicação, Bandeira de Melo explica que irá contra a moralidade e ética administrativa todos aqueles atos e comportamentos maliciosos, produzidos de

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, 26a Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2006.

maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Neste sentido, a Ministra Carmen Lúcia proferiu o seguinte entendimento:

"Válido, nesse ponto, retomar o que asseverado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.661/MA, quando destacou que o princípio da moralidade administrativa - enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico - condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. Para o eminente Ministro, acompanhado de seus Pares, a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. Conforme pontuei, a "moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo.". (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, Adin 4.125, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2010)

Seguindo também o mesmo entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski assim afirmou:

"O princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em

sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público.(...) Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa".

“De fato, em se tratando de gestão da res publica, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, atuação do administrador, ainda que, em muitos casos, esteja em consonância com o sentido literal da lei, caso se revele ofensiva à moral, aos bons costumes, ao poder-dever de probidade, às ideias de justiça e equidade e ao senso comum de honestidade, estará em evidente confronto com o princípio da moralidade administrativa”. (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 579.951-4, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 2008)

Portanto, pode-se afirmar que aquele que tem responsabilidades e deveres públicos deve seguir os padrões éticos de impessoalidade, isonomia e moralidade e quando assim não o faz, está certamente agindo de forma ilegal.

No âmbito internacional, o Relator Especial das Nações Unidas para a Liberdade de Opinião, a Relatora Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão de Direitos Humanos da OEA e o Representante de Liberdade de Imprensa da OSCE²³ visando afastar os conflitos de interesses na matéria de radiodifusão, declararam:

“(..) aqueles que ocupam cargos eletivos e de governo e são proprietários de meios de comunicação devem separar suas atividades políticas de seus interesses sobre esses meios de comunicações.” (grifo nosso)

23 Declaración Conjunta sobre Antiterrorismo, Radiodifusión e Internet. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=48&IID=2>

Na Declaração Conjunta de 2003²⁴, os Relatores reforçaram tal entendimento e expressaram a ideia de que políticos e entes políticos devem estar afastados do processo regulatório:

Observando a importância de proteger os meios de comunicação de rádio e televisão, tanto públicos como privados, de interferências de natureza política ou comercial:

As autoridades públicas que exerçam algum poder regulatório formal sobre os meios de comunicação devem contar com salvaguardas contra qualquer interferência, particularmente de natureza política ou econômica, que incluam processo transparentes de designação de seus membros, abertura a participação pública e que não sejam controladas por nenhum partido político em particular.

Deste modo, os padrões internacionais apontam a incompatibilidade ética em relação a pessoas que ocupam cargos eletivos – os quais, por sua vez, diante do cenário brasileiro, participam do processo de análise de distribuição das ondas de frequência eletromagnética – serem proprietários de meios de comunicações audiovisuais, visto que o conflito de interesse suscitará imparcialidade nas deliberações sobre a matéria.

7.2 PROPRIEDADE POR POLÍTICOS: OBSTACULIZAÇÃO A DIVERSIDADE NECESSÁRIA À RADIODIFUSÃO AO DISCRIMINAR O ACESSO ÀS ONDAS

Além de terem a oportunidade de legislarem em causa própria, o fato daqueles que são detentores de cargo eletivos possuírem a propriedade de meios de comunicações audiovisuais causa outro problema já exposto anteriormente: a discriminação ao acesso

24 Declaración Conjunta sobre la regulación de los medios, las restricciones a los periodistas y la investigación de la corrupción disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=88&IID=2>

às ondas de frequência eletromagnética, diminuindo assim, a diversidade necessária ao sistema de radiodifusão.

Isso acontece porque em razão de serem os principais atores no processo de concessão e renovação de outorgas, os parlamentares podem tender a conceder outorgas para aqueles que possuem uma linha editorial que favorecerá suas condutas políticas e não expressem riscos aos benefícios econômicos e políticos advindos de sua propriedade de meios de comunicação, impedindo claramente que aqueles que manifestam opiniões contrárias às suas não tenham acesso às ondas.

A esse respeito, o artigo 13 da Convenção Americana nos diz que não se pode restringir por meios indiretos ou direitos à liberdade de expressão e elenca o controle oficial ou de particulares às ondas de frequência eletromagnéticas como um destes meios indiretos de restrição:

Artigo 13.3 Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel para jornais, de frequências radioelétricas, (...), ou por quaisquer outros meios destinados a impedir a comunicação e a circulação de ideais e opiniões. (grifo nosso)

Dessa maneira, verifica-se que ao exercerem o poder arbitrário de concessão e renovação de outorgas, os parlamentares podem impedir que todos tenham iguais condições de acesso às ondas de frequência eletromagnética para difundir informações e ideias e ao mesmo tempo impedem que a população receba e possa buscar informações e ideias de todas a natureza e índoles. Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva²⁵ oc-5/85:

25 Opinión consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985 - La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 1º don3 y 29 convención americana sobre derechos humanos) - Solicitada por el gobierno de Costa Rica Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

Em tal hipótese, há uma violação radical tanto do direito de cada pessoa se expressar como do direito de todos estarem bem informados, de modo que se afeta uma das condições básicas de uma sociedade democrática.

Ao poderem aprovar as outorgas em favor somente daqueles que compartilham de seus entendimentos e interesses políticos e que não caracterizaram uma ameaça econômica aos lucros advindos de seus meios de comunicação, os parlamentares estão atentando contra a diversidade que deve haver nos meios de comunicação e criam, assim, uma ampla rede de poder caracterizada como coronelismo eletrônico.

O relatório "Rádios comunitárias: coronelismo eletrônico de novo tipo (1999- 2004)"²⁶ esclarece: "[a]o controlar as concessões, o novo "coronel" promove a si mesmo e aos seus aliados, hostiliza e cerceia a expressão dos adversários políticos e é fator importante na construção da opinião pública cujo apoio é disputado tanto no plano estadual como no federal".

Um exemplo dessa lógica foi revelado pelo jornal Folha de S. Paulo, em matéria assinada pelos jornalistas Leonardo Souza e Felipe Seligman, em 8 de fevereiro de 2009²⁷. Segundo a reportagem, o senador e ex-presidente da República José Sarney, em grampo realizado pela Polícia Federal e autorizado pela Justiça, atesta de forma explícita utilizar a concessão de radiodifusão que possui em São Luis do Maranhão (TV Mirante, afiliada da Rede Globo) para fins políticos pessoais²⁸, determinando aos seus diretores a veiculação de notícias e acusações contra seus rivais políticos.

Dessa forma, constata-se que **uma das consequências do coronelismo eletrônico consiste no direcionamento de conteúdo**, isto é, os parlamentares não irão somente deliberar a favor de seus veículos de comunicação, como também irão direcionar em seu

²⁶ Relatório disponível em:

http://www.observatoriodaimprensa.com.br/download/Coronelismo_eletronico_de_novo_tipo.pdf

²⁷ A matéria citada está disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0802200912.htm>

²⁸ O áudio da conversa entre José Sarney e seu filho, Fernando Sarney, está disponível em

<http://www.youtube.com/watch?v=ivgnuP1hbMY>

favor as informações prestadas em seus veículos e de seus parceiros, excluindo vozes opositoras ou divergentes.

Os organismos internacionais de direitos humanos entendem pacificamente que a diversidade consiste em um elemento chave para a efetivação da liberdade de expressão e que não deve haver impedimentos particulares ao acesso às ondas de frequência eletromagnética movidos por interesses políticos e econômicos. Nesse sentido, os Relatores Especiais para Liberdade de Expressão da OEA, OSCE e ONU afirmaram que:

A promoção da diversidade deve ser o objetivo primordial da regulamentação da radiodifusão; a diversidade implica igualdade de gênero na radiodifusão e igualdade de oportunidades para o acesso de todos os segmentos da sociedade às ondas de radiodifusão; **As entidades e órgãos governamentais que regulam a radiodifusão devem estar constituídos de maneira a estarem protegidos contra as ingerências políticas e econômicas;**(grifo nosso)²⁹

Além do que, essa prática fere a parte final do princípio 12 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão da CIDH³⁰:

Princípio 12. As concessões de rádio e televisão devem considerar critérios democráticos que garantam uma igualdade de oportunidades de acesso a todos os indivíduos.

Reforçando o referido princípio, os Relatores para Liberdade de Expressão da ONU, OEA e OSCE, na Declaração Conjunta sobre Antiterrorismo, Radiodifusão e Internet de 2001 afirmaram:

²⁹ Declaración Conjunta sobre Libertad de expresión y administración de justicia, Comercialización y libertad de expresión, y Difamación penal. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=87&IID=2>

³⁰ Vide nota 10.

A promoção da diversidade deve ser o objetivo primordial da regulamentação da radiodifusão; a diversidade implica igualdade de gênero na radiodifusão e igualdade de oportunidades para o acesso de todos os segmentos da sociedade na ondas de radiodifusão.

Outro impasse que a propriedade de meios de comunicação por políticos gera é o uso das concessões como moeda de troca. Em publicação de 2000³¹, Othon Jambeiro comenta sobre essa situação no governo Sarney:

“Durante o governo do presidente José Sarney as concessões foram ostensivamente utilizadas como moeda política, dando origem a um dos episódios mais antidemocráticos do processo constituinte. Em troca de votos favoráveis ao mandato de cinco anos para Presidente foram negociadas 418 concessões de rádios e televisão. Com isso, cerca de 40% de todas as concessões feitas até o final de 1993 estavam nas mãos de prefeitos, governadores e ex-parlamentares ou seus parentes próximos e sócios. No total, o presidente José Sarney autorizou, entre 1985 e 1990, 1028 concessões de rádio e TV – o que representa 30% de todas as concessões feitas no país desde 1922”.

Por fim, ao analisar tal mecanismo de troca, compreende-se de forma evidente o desvirtuamento da radiodifusão. Continuar permitindo que pautas legislativas sejam tratadas apenas como um jogo político isento de fins sociais é uma grande afronta à Constituição Federal e aos direitos humanos.

8. CONCLUSÃO

O direito à liberdade de expressão constitui uma das garantias fundamentais que mantém e propulsiona os Estados democráticos. Evidente está que a sua efetivação será

³¹ Jambeiro, Othon. Regulando a TV: uma visão comparativa no Mercosul. Salvador, 2000, EDUFBA, p. 82.

realizada por quaisquer meios e visando que a referida efetivação seja justa e democrática, os organismos internacionais de direitos humanos apontam diversos padrões a fim de assegurar um ambiente de radiodifusão amplo, plural, diverso e que propiciem a todos igual a acesso às ondas.

Para entender melhor o sistema de regulação proposto pelos padrões internacionais, é importante ter em mente que o direito à liberdade de expressão não é composto somente pela possibilidade de manifestar-se, visto que para que haja uma manifestação claramente fundamentada, os indivíduos devem ter acesso à informações e ideias de todas e quaisquer naturezas. Portanto, o direito à liberdade de informação compreende a possibilidade tanto de manifestar-se quanto de buscar e receber informações de diversas índoles.

Os meios de comunicações audiovisuais são aqueles que mais possuem inserção em nossa sociedade e deve-se lembrar que os mesmos são bens públicos e que para se viabilizar dependem dos espectros eletromagnéticos, os quais são finitos. Por serem finitos deverão ser distribuídos de maneira equânime a fim de que informações e ideias diversas possam ser difundidas, possibilitando assim que os indivíduos recebam e busquem as distintas informações e opiniões existentes em uma sociedade.

Por esta razão, os padrões internacionais apontam que para alcançar os devidos fins, o sistema de regulação de radiodifusão deve contar com um regulador independente de motivações políticas e econômicas. Entretanto, sabe-se que o Brasil está em desacordo com esse preceito internacional e mais, a Constituição Federal determina que os processos de outorga e renovação das concessões, autorizações e permissões devem ser analisadas pelo Congresso Nacional.

A partir da análise dos dados brasileiros sobre a propriedade dos meios de comunicação audiovisuais, comprovou-se que inúmeros Deputados e Senadores são proprietários dos meios de radiodifusão. E essa situação, até o momento, é abrangente e insuperável caracterizando a figura do “Estado de Coisas Institucionais” em razão da blindagem política em volta do tema.

E, ainda, essa situação tem por consequência a violação de diversos preceitos fundamentais, dentre os quais podemos ressaltar: a liberdade de expressão e o direito à comunicação, que são direitos humanos essenciais para uma sociedade democrática.

A liberdade de expressão e o direito à comunicação são violados no sentido de que não se propicia a devida diversidade nos meios audiovisuais. Não obstante, o conflito de interesses nos processos de outorga também viola a finalidade social do sistema de radiodifusão enquanto bem público destinado a um serviço público, estimulando a concentração e formação de oligopólios dos meios de comunicação. E, assim, desvirtua sua finalidade de social para interesses privados.

Em conclusão, tem-se que a condição de indivíduos que ocupam cargos eletivos também serem proprietários de meios de comunicação audiovisuais atenta contra a Constituição Federal e os padrões internacionais relativos à liberdade de expressão.

9. PEDIDOS FINAIS

Diante de todo o exposto, requer:

Seja a presente manifestação recebida na qualidade de *Amicus Curiae*; e, assim, exercer todas as faculdades inerentes a tal função, a fim de apresentar sua manifestação acerca da matéria de fato e de direito, podendo também participar de eventual audiência pública e sustentar oralmente os seus argumentos em plenário, quando do julgamento da ação.

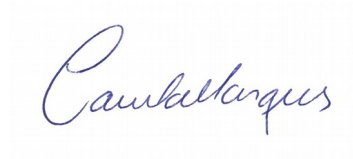
Protesta, desde logo, pela realização de sustentação oral na sessão de julgamento, o que faz com fundamento no art. 131, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, requerendo a intimação do subscritor da presente para tal finalidade.

E por fim, reitera o posicionamento em favor da apreciação do mérito da presente Arguição. Termos em que pede deferimento.

De São Paulo para Brasília, 30 de agosto de 2016.

Breno Lemos Soares Maia

OAB/MG: 131.944



Camila Marques

OAB/SP: 325.988

Advogada - Coordenadora do Centro de Referência Legal

ARTIGO 19 Brasil



Gabriela Tiemi Moribe

Acadêmica de Direito



Paula Martins

Diretora

ARTIGO 19 Brasil