

REINALDO FARTO NUNES

**E O DIREITO
DE DAR A INFORMAÇÃO?**

MONOGRAFIA DO CURSO DE DIREITO

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS – FEM

CURSO DE DIREITO

ANO 2013

REINALDO FARTO NUNES

**E O DIREITO DE
DAR A INFORMAÇÃO?**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Fundação Educacional do Município de Assis –
FEMA -, como requisito parcial para obtenção
de grau de bacharel em Direito, sob orientação
do Prof. Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

ASSIS - SÃO PAULO - BRASIL

2013

BANCA EXAMINADORA

A toda minha família, amigos, companheiros do Sindicato dos Trabalhadores em Rádio e Televisão no Estado de São Paulo e Federação Interestadual dos Trabalhadores em Rádio e Televisão-FITERT-, além dos professores pelo incentivo e estímulo.

Valeria a pena, nesse momento, registrar meus sinceros agradecimentos aos professores Jesualdo Eduardo Almeida Júnior, Sérgio Augusto Frederico e Rubens Galdino, do Curso de Direito da Fema, à amiga e jornalista Vanessa Zandonade, companheiros diretores do Sindicato dos Radialistas de São Paulo e Federação Interestadual dos Trabalhadores em Rádio e TV - FITERT pelo incentivo e estímulo.

“Desistir... eu já pensei seriamente nisso, mas nunca me levei realmente a sério; é que tem mais chão nos meus olhos do que o cansaço nas minhas pernas, mais esperança nos meus passos, do que tristeza nos meus ombros, mais estrada no meu coração do que medo na minha cabeça.”

Cora Coralina

RESUMO

A maioria esmagadora das emissoras de rádio e televisão brasileiros está sob o controle de um pequeno e seletivo grupo de empresários do setor. A partir desta constatação, este trabalho busca fazer uma séria reflexão sobre as consequências desta realidade conjuntural brasileira. Neste sentido, é bastante questionável o tipo de informação difundida por estes grupos empresariais, a qual reflete somente a concepção política, econômica e comercial de seus proprietários e está longe de representar a pluralidade cultural e social do Brasil. Diante disso, surge a proposta ousada de apresentar uma iniciativa que interfere de forma contrária neste fluxo de concentração de propriedade da comunicação e de restrição da participação popular na produção de informação. Levamos à discussão na Câmara Municipal de Assis, a exemplo do que já ocorre em outras cidades, a proposta de um projeto de lei que transfere a competência de distribuição dos canais destinados à radiodifusão comunitária diretamente ao município, baseando-se no princípio do artigo 30, da Constituição Federal.

SUMÁRIO

Introdução	4
1 – Aspectos jurídicos da legislação sobre rádio	
no Brasil e sua regulação	5
2 – A concentração de propriedade, oligopólios midiáticos	
e as restrições à informação.....	9
3 – Posicionamentos jurídicos que embasam o tratamento diferenciado	
à concessão de rádio	11
4 – Uma proposta de legislação local para a concessão de rádio	
de baixa potência em Assis.....	14
5 - Considerações finais	18
6 - Referências bibliográficas.....	19
7 – Anexos	21

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a ousada e pretensiosa missão de contribuir para aprofundar o debate sobre quem tem o poder de dar informação no Brasil. Inicialmente, faremos uma análise sobre o preceito constitucional que garante a todo cidadão residente e domiciliado nesse país o direito de receber a informação, mas, por outro lado questionaremos que tipo de informação.

Desnecessário comprovar que a esmagadora maioria das emissoras de rádios nesse país está nas mãos das famílias tradicionais nos pequenos municípios ou sob o comando de grupos econômicos nas capitais e grandes municípios.

No mercado, o que vale mais: o interesse do empresário em agradar seus anunciantes ou o interesse do radialista em desenvolver uma programação que busque a audiência sem perder a oportunidade de estimular o ouvinte a ser crítico e questionador da programação? A resposta pode ser ouvida em qualquer prefixo, independentemente de onde esteja o receptor do sinal.

Há ensaios de longa data sobre a influência dos poderes de comunicação, em especial das emissoras de rádios, notadamente no século passado, onde uma informação interferia diretamente no resultado eleitoral, no aumento ou queda na venda de determinado produto ou na qualidade da prestação de serviços.

Mesmo com o avanço tecnológico, com o advento da chegada dos sinais visuais da TV e mesmo com a massificação da informação através da rede mundial de computadores, acentuada pelo uso das redes sociais, capazes de impulsionar e levar multidões às ruas, como aconteceu em junho de 2013, as emissoras de rádios, sejam elas AM ou FM, resistem no tempo.

Por isso, o interesse em obter uma concessão ou permissão de uso pelos sinais de uma emissora de rádio continua grande. Ser dono de rádio é ter poder. Mesmo diminuindo a fatia do mercado comercial, poucos empresários desistem do prefixo obtido junto ao Ministério das Comunicações.

Apesar das constantes “chorumelas” de empresários do setor para honrar suas obrigações trabalhistas, resultando em constantes ameaças de greves, anunciadas pelos sindicatos da categoria espalhados no território nacional, “ninguém larga o osso”.

Há autoridades do Poder Judiciário e pensadores da Comunicação, como o ex-presidente da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, advogado e jornalista Armando Coelho Neto, e o Juiz Federal aposentado Paulo Fernando Silveira que defendem uma democratização no poder de dar a informação. Ambos apontam como um dos caminhos, a desburocratização do Governo Federal para liberação de funcionamento de mais rádios comunitárias.

Numa provocação jurídica, Silveira propõe a apresentação de projetos de leis a serem apresentados nas Câmaras Municipais do país dispendo sobre a exploração do Serviço de Rádio Difusão Comunitária.

Ainda mais provocante, esse nosso trabalho avança da teoria acadêmica para a prática institucional, com a apresentação de uma proposição protocolada na Câmara Municipal de Assis, através de nosso mandato parlamentar, garantindo à sociedade organizada ter a sua própria emissora com uma programação diferenciada, enfoque informativo e divulgação da cultura regional. Quem viver ouvirá!

Será uma grande oportunidade de tentar encontrar resposta ao nosso estudo: “E o direito de dar informação?”

1 – Aspectos jurídicos da legislação sobre rádio no Brasil e sua regulação.

Os aspectos legais relativos à radiodifusão brasileira começaram a ser formatados, no que se refere à sua concentração, conteúdo e uso do espectro eletromagnético, há cerca de 50 anos. Embora já houvesse menção ao rádio nos decretos-leis federais de 1931¹ e 1932², a primeira legislação pertinente à sua regulação foi implantada mediante a aprovação do Código Brasileiro de Telecomunicação (CBT), em 1962³. Tal instrumento legal foi criado sob forte pressão da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), criada na ocasião de votação do próprio Código. A associação reunia empresários do setor de radiodifusão e foi implantada para a defesa dos interesses dessa categoria (BARROS FILHO, 2010, p, 44; BOLAÑO, 2007, p.13; ZANDONADE, 2013, p.26).

O CBT contribuiu sobremaneira para a formatação da radiodifusão voltada ao caráter privado comercial de rádio e da televisão. Esta condução para a regulação do meio contrariava o projeto inicial previsto para o rádio idealizado por Edgard Roquette Pinto, tendo como parceiro financeiro o empresário Henry Morize. A Rádio Sociedade do Rio de Janeiro, considerada a primeira emissora brasileira, fundada em 1923, teve como finalidade o

¹ Decreto nº 20.047, de 27 de Maio de 1931. Regula a execução dos serviços de radiocomunicações no território nacional.

² Decreto nº 21.111, de 1º de Março de 1932. Aprova o regulamento para a execução dos serviços de radiocomunicação no território nacional.

³ Lei nº 4.117, de 27 de Agosto de 1962. Cria o Código Brasileiro de Telecomunicações.

desenvolvimento de ações educativas e culturais por meio deste instrumento de comunicação.

A regulamentação do rádio ocorreu um ano após a criação do CBT, sendo publicada em 1963 e complementada, já no período de gestão federal militar, em 1967⁴, por meio do decreto-lei nº 236, publicado no dia 28 de fevereiro (BOLANÕ, 2007, p. 12). Naquele mesmo ano, instituiu-se a Lei de Imprensa⁵, a qual regulou a liberdade de manifestação de pensamento e de informação no país. “Com todas essas medidas adotadas na década, cada vez mais o rádio era inserido em uma realidade de forte exploração comercial, em detrimento ao pouco espaço destinado à informação, à cultura e à educação” (ZANDONADE, 2013, p.23).

Desde então, não houve nenhum novo instrumento legal para a sua regulação até a década de 90, do século XX. Sendo assim, os principais instrumentos legais que regulamentam a mídia no Brasil, compreendidos pela Lei de Imprensa e o CBT, ambos adotados durante o período da ditadura militar. Eles contêm previsões legais repressivas, típicas de regimes autoritários, além de estarem, em sua grande parte, desatualizados. Nesse ínterim, a distribuição de concessões por parte do governo federal foi moeda de troca nas disputas políticas travadas por diferentes gestores. Entre os governos Sarney e Figueiredo foi publicado um grande número de concessões de emissoras educativas, as quais possuíam um arcabouço legal mais simplificado. Desde então, a concessão seria um instrumento de lobby e barganha política, que funciona à base dos interesses dos plantonistas do Poder e empreendedores afeiçoados a uma prática protecionista e jamais atuaria como garantia de acesso efetivo e irrestrito à comunicação.

Outro instrumento legal do qual o Brasil passou a ser signatário, ainda na década de 60 do século XX, foi o Pacto de São José da Costa Rica (LIMA,

⁴ Decreto n.º 236, de 28 de Fevereiro de 1967. Regulamenta o CBT.

⁵ LEI Nº 5.250, DE 9 DE FEVEREIRO DE 1967. Regula a liberdade de manifestação de pensamento e de informação. Brasília, em 9 de fevereiro de 1967.

2007, p, 9). Trata-se de um acordo internacional criado na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, em 1969, e, como membro, o Brasil passava a defender a liberdade de expressão e condenava qualquer tipo de restrições nessa área:

Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão. 1.Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. [...] Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões (PACTO DE SÃO JOSÉ DE COSTA RICA, 1969, p.3)

O Brasil seguia caminhos que acenavam para uma concentração de propriedade dos meios de comunicação e controle das informações por meio destes veículos, em pleno período de governo militar, mas aderira às determinações do Pacto, que já traçavam caminhos de ampliação do acesso à informação e a livre expressão para todos os cidadãos dos países signatários. As previsões legais deste acordo internacional foram adotadas definitivamente no Brasil com sua promulgação somente em 1992⁶. Muitas sentenças favoráveis a movimentos que reivindicavam a democratização das comunicações foram embasadas com preceitos previstos no Pacto de São José de Costa Rica.

Contudo, na busca de democratização do país e também das comunicações que se vivia a partir da década de 80, no século XX, obteve-se, por meio da Constituição Federal de 1988⁷, um patamar de avanço neste sentido, com garantias asseguradas constitucionalmente em favor da liberdade de expressão e informação. A Constituição brasileira assegura-nos o direito a informar, o que se caracterizaria pela permissão aos indivíduos em divulgar as informações que acharem pertinentes; o direito de se informar, compreendido

⁶ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988.

pela liberdade dos cidadãos em buscar as informações que desejam e ainda o direito de ser informado, relativa a atividades do Poder Público, o qual garantiria a correção das informações transmitidas aos cidadãos (NUNES JR, 1997, p.31).

No que se refere especificamente à Comunicação Social, o que se registrou foi uma expectativa de aprovações significativas para a democratização deste meio, mas o texto final, fruto de embates políticos vividos no interior da comissão dedicada ao tema, sofreu revezes em relação aos itens incluídos inicialmente e pouco alterou o quadro de configuração da comunicação no país. Conforme Ariente⁸ (2007, p.5), a regulação da Constituição sobre a comunicação refletiu o processo histórico brasileiro de trocas políticas em busca de favorecimentos pessoais, além de interferência econômica e comercial na definição das políticas ali aprovadas. No mesmo sentido, critica Florestan Fernandes (FERNANDES, 1989):

“Donos de canais de rádio e de televisão decidiram, como constituintes, sobre seus interesses, em conflito ou em cooperação como Ministro das Comunicações, sob a batuta de um dirigente da Abert e de um importante advogado que era seu assessor, todos ignorando o que estipula o regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte e torpedeando o bom andamento das discussões e o trabalho do bravo relator Artur da Távola” (1989, p. 105.)

Contudo, ainda que a constituição tenha sido resultante de impasses que frearam alguns aspectos de garantia da ampliação do acesso à informação, ela assegurou importantes avanços. A liberdade de comunicação social é assegurada constitucionalmente, conforme se depreende do art. 220, da Constituição Federal, donde se extrai que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, em especial as restrições que importem em censura prévia (art. 200, § 2º, CF).

⁸ Eduardo Altomare Ariento - advogado, mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela USP e professor de Deontologia e Legislação do Jornalismo da ECA-USP

Como analisa Fernandes (2009, p.144), a garantia da liberdade de expressão estaria ligada, não ao interesse individual, mas sim ao interesse coletivo, na difusão de ideias, opiniões e pensamentos. Em suas palavras:

A liberdade de expressão está intimamente ligada à ideia de viabilidade e proteção do regime democrático³³¹. A participação dos cidadãos no debate sobre assuntos de interesse coletivo e na tomada de decisões políticas pressupõe, de um lado, a possibilidade de circulação de ideias, opiniões e pensamentos e, de outro, a liberdade e possibilidade de cada cidadão de tomar conhecimento da diversidade de ideias, opiniões e concepções existentes no seio da sociedade (FERNANDES, 2009, p.144).

A liberdade de expressão ajudaria, portanto, a constituir um posicionamento a respeito de assuntos coletivos, a partir de uma postura livre e popular, sem influências de poderes econômicos, sobre diferentes assuntos, desde questões políticas, às sociais ou históricas. Dessa forma, à luz da Constituição brasileira, se o direito ao acesso à informação é um bem jurídico indisponível, não pode o Estado limitar o alcance da efetividade do acesso à informação.

2 – A concentração de propriedade, oligopólios midiáticos e as restrições à informação

Um dos problemas mais contundentes no que se refere ao quadro geral da Comunicação Social no país diz respeito à concentração de propriedade, o que daria origem aos oligopólios midiáticos e a conseqüente restrição à informação que não seja de interesse comercial, econômico ou político dos grupos que controlam este setor. Além disso, também há restrição no que se refere à centralidade de produção das informações, localizadas em grandes centros do

país e distante das especificidades e particularidades regionais. Neste contexto, os bens culturais e dados locais não são definidos como informações de interesse à divulgação.

Ao defendermos a liberdade de informação, distanciamos-nos da ideia de uma liberdade individual de expressar-se, mas sim pela proteção de um direito do cidadão. Defendemos ainda que esta informação não pode estar centralizada e sim dissipada em diferentes veículos de comunicação, sejam estes populares, comunitários, alternativos, educativos e, mesmo comerciais. Conforme afirma Fabiane Reschke Vicenzi:

O direito à informação, no seu conceito mais amplo, implica em uma pluralidade de fontes de informação e um livre acesso a essas fontes, sem qualquer obstáculo legal injustificado, imposto à livre circulação de notícias e ideias, garantindo o estabelecimento de uma cultura legítima e sem influências (VICENZI, 2003, 55).

No atual contexto da Comunicação Social, um grupo muito restrito de famílias do empresariado da comunicação pauta a relevância das informações e as inserem na agenda de discussão popular com argumentações baseadas no viés de seu interesse. As concessões centralizadas de emissoras de rádio e televisão sob poder de poucos grupos interferem na democracia brasileira. É difícil afirmar que não haja interferência no quadro final de análises dos cidadãos ao analisarmos que a família Marinho, proprietária da Rede Globo, tenha 32 concessões de canais de televisão e 20 estações de rádio no Brasil e, da mesma forma, o clã dos Saad, do Grupo Bandeirantes, tenha 12 canais de TV e 21 de rádio, seguida da família Abravanel, leia-se Sílvia Santos, do SBT, com 10 canais de televisão⁹.

Além disso, muitas das concessões estão ligadas a parlamentares, responsáveis pela análise dos processos de distribuição dos sinais. Tal situação já fora rechaçada na regulamentação do CBT, em 1963, e continua sendo prática comum no meio legislativo, o que dificulta avanços em torno da

⁹ Fernando Antonio Azevedo, "Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político". Opin. Pública, vol. 12, nº 1, Campinas, abril/maio de 2006.

reivindicação popular de democratizar o setor da comunicação (BOLAÑO, 2007, p.13).

Tal situação tem sua continuidade facilitada pela não regulamentação de alguns artigos da Constituição de 1988. Passados mais de 25 anos, os artigos que proíbem a propriedade cruzada dos meios de comunicação e barram o monopólio midiático ainda não têm suas especificidades definidas devido a barreiras políticas e disputas de interesses pessoais travadas no Congresso Nacional. Diante disso, por iniciativa do renomado jurista Fábio Konder Comparato, foi ajuizada, em 2010, uma Ação de Inconstitucionalidade por Omissão do Estado, impetrada em conjunto pela Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão -Fitert-, Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ e outros.

Porém, a ministra do STF, Ellen Grace, negou seguimento à ação, alegando haver “ilegitimidade ativa ad causam das federações sindicais requerentes”¹⁰.

Por outro lado, para as mídias impressas e on-line não há limitador ou restrição à iniciativa, seja ela privada, popular ou comunitária. Revistas, jornais impressos e on line se proliferam pelo país diariamente sem qualquer limitação estatal.

3 – Posicionamentos jurídicos que embasam o tratamento diferenciado à concessão de rádio

A partir da década de 90, século XX, algumas iniciativas políticas em países da América Latina sinalizaram para uma tentativa de mudança na conjuntura da Comunicação Social. Países como Bolívia, Equador, Venezuela e Argentina apresentaram legislações específicas para o tema que trouxeram

¹⁰ SÃO PAULO. Ação De Inconstitucionalidade por Omissão do Estado. Brasília, 18 de outubro de 2010.

expectativas favoráveis à democratização da comunicação. Em todos os casos, as legislações aprovadas se voltaram para proibições ao monopólio e o direito à comunicação, como um bem coletivo.

O sistema de concessões de funcionamento a emissoras de rádio e televisão no Brasil, conforme a Constituição, é de competência da União, porém essa interpretação da legislação atual é questionável quando se trata de uma concessão destinada à emissoras de baixa potência, as quais teriam abrangência local e não nacional.

A competência de definição das emissoras que teriam permissão de atuar no espectro eletromagnético nacional brasileiro foi instituída pela primeira vez na Constituição de 1934, quando foi definido que seria a União o ente responsável por “explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea”¹¹.

Contudo, a partir da década de 90, século XX, o jurista mineiro aposentado, Paulo Fernando da Silveira¹², passou a defender publicamente o seu posicionamento quanto a essa regulação. O jurista já defendia que, em casos ligados somente ao município, como é o caso das rádios comunitárias, o uso do espectro eletromagnético deveria ser distribuído pelo ente municipal e não o federal. Ele lembra que o princípio federalista foi instituído para que o poder político fosse descentralizado, em detrimento da experiência de monarquia já vivida no Brasil. Dessa forma, segundo ele, o município tem poderes específicos de atuação em determinados temas e deve “defendê-lo de ataques usurpadores, comumente feitos pela União, em que, por tradição, mantém no poder executivo a cultura imperial” (SILVEIRA, 2001, p.237). Baseado no artigo 1^a, parágrafo único da Constituição, avalia:

¹¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934.

¹² SILVEIRA, Paulo Fernando. Rádios Comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Dentro dessa lógica constitucional, a lei municipal não vale menos do que a estadual ou federal. Cada lei só vale nos estritos limites da competência constitucionalmente conferida ao ente político a que pertence, que busca a legitimidade e validade de sua legislação na Lei Fundamental, fonte única e permanente do poder políticos. Em tese, quando a lei não é outorgada pelo próprio governo, mas debatida pela sociedade civil e política, antes de ser legitimamente promulgada, ela representa a vontade política do povo, de onde todo o poder político emana (2001, p.238).

Para o jurista, a União estaria “usurpando a competência do município através de um artifício de uso bem comum aos legalistas positivistas: a leitura literal, estreita e paupérrima do preceito constitucional” (2001, p.239). Defende que a atuação do município como ente competente à distribuição de concessões de rádios comunitárias e, incluímos nesse caso, de baixa potência, dando maior oportunidade de participação política às comunidades. Com base nesse argumento, debates públicos foram instaurados em diferentes cidades do país, sob orientação de Silveira, para a implantação de leis municipais voltadas à distribuição de concessões de rádios comunitárias.

Até 2001, tais discussões já haviam se estendido pelas cidades de Uberaba/MG, Porto Alegre/RS, Montes Claros/MG, São Paulo/SP, São Gonçalo/RJ, Belo Horizonte/MG, Foz do Iguaçu/SP e Campinas/SP. Também há registros de ações semelhantes em Tocantins/TO. Em todos os casos, as audiências públicas e palestras resultaram em projetos de leis, que foram apresentados para serem encabeçados por vereadores apoiadores da iniciativa.

Entretanto, Coelho Neto (2002, p.190), avalia negativamente os desdobramentos jurídicos a respeito deste tema, apontando que estes estariam imersos em contradições e conflitos vividos no cotidiano social, os quais teriam influência na formação da opinião jurídica referente ao assunto. “Os desencontros ficam evidentes na negação do direito constitucionalmente garantido, na errônea interpretação da legislação subsidiária, na insensibilidade política, jurídica e social com que o tema ‘Direito de Comunicação’ vem sendo tratado no Brasil” (2002, p.183).

Em São Paulo, o projeto de lei nº 145, apresentado pelo vereador Carlos Neder (PT), com o apoio de Ricardo Montoro (PSDB), resultou na Lei Municipal nº 14.013, de 23 de junho de 2005. A iniciativa foi pauta de diversas reuniões, assembleias e encontros. Ao tramitar na Câmara dos Vereadores recebeu parecer favorável das três comissões onde foi analisada. Somente em uma delas houve a ressalva de inconstitucionalidade da lei por parte de um dos integrantes da comissão.

Na Comissão de Justiça, o projeto foi analisado como constitucional, considerando que a prerrogativa da União de legislação sobre a radiodifusão deveria “harmonizar-se com princípio fundante esculpido em nossa Carta Magna, qual seja o Federalismo” (PARECER Nº 356/2001, p.1). Os vereadores membros seguiram a defesa de Silveira sobre as divisões de atuação no Estado Federativo, alegando que:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 30, I, instituiu ser de competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local. No caso em tela, por abrangerem as rádios comunitárias apenas alguns bairros, ou no máximo, parte dos Municípios, compete a eles legislarem sobre o seu funcionamento. De outra forma, estar-se-ia diante de uma usurpação de competência do Município por parte da União (PARECER Nº 356/2001, p.1).

O parecer trouxe ainda o posicionamento dos vereadores membros da Comissão de Justiça contrários à legislação da Radiodifusão Comunitária nº 9.612/98, alegando que esta seria inconstitucional por não considerar o princípio do federalismo.

Já a Comissão de Política Urbana, Metropolitana e Meio Ambiente, ressaltou as características diferenciadas das rádios comunitárias em relação às rádios comerciais, já que estas estariam ligadas a entidades sem fins lucrativos, operariam em baixa potência e teriam finalidades educacionais, culturais, filantrópicas, assistenciais e de prestação de serviço. Além disso, a integração com as comunidades onde estariam inseridas estariam voltadas à preservação de valores éticos e sociais. Segundo consta no parecer:

Devemos ressaltar que os parâmetros técnicos estabelecidos em norma federal resultam num alcance limitado por estas emissoras: elas irão falar para a comunidade de um bairro, algo como a área de um círculo entre 1 ou 2 quilômetros de raio, o que reforça o caráter de interesse local na disciplina, concessão e controle desse serviço.

Esta Comissão realizou, a pedido dos autores, Audiência Pública para debater o projeto. Nesta ocasião, foram discutidos tanto os aspectos técnicos relacionados a operacionalidade da proposta, como os aspectos relacionados aos objetivos e possibilidades do uso da radiodifusão comunitária como meio de divulgação de programas de educação e saúde pública, além dos culturais e daqueles voltados às peculiaridades da comunidade local. Esta Comissão de Política Urbana, Metropolitana e de Meio Ambiente, considera o projeto meritório e dotado de interesse público, portanto, manifesta-se favoravelmente à aprovação do PL 145/01 (PARECER 1111, 2001, p.1)

Outros dois pareceres favoráveis ao projeto foram assinados por membros da Comissão de Trânsito, Transporte e Atividade Econômica e Comissão de Finanças e Orçamento. Nos dois casos, as argumentações seriam as duas já citadas, pautadas pela função social destas emissoras de rádios e a questão da competência do município pelo princípio do federalismo.

Ainda recorrendo às argumentações de Silveira, além do aspecto de competência municipal para legislar sobre questões locais, baseada no artigo 30 da Constituição Federal de 1988, ele destaca que a radiodifusão municipal viria ao encontro da defesa de um “amplo direito de informação”.

Embora tenha recebido apoio de vereadores em várias cidades, tendo sido transformado o projeto em Lei Municipal, em todos os casos, empresas ou associações representativas do setor comercial da radiodifusão conseguiram parecer favorável do Supremo Tribunal Federal (STF) em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin) baseadas no princípio de competência da União sobre este fim.

Diante disso, questiona-se: porque há forte limitação ou critérios rigorosíssimos para abertura e funcionamento de rádios e TVs?

Da mesma maneira que a Constituição Federal garante o pleno acesso à comunicação, limita o direito de quem pretende oferecer a informação através de funcionamento das emissoras de Rádios e TVs. Aparenta ser uma grande contradição jurídica.

4 – Uma proposta de legislação local para a concessão de rádio de baixa potência em Assis

Apesar do histórico de disputas políticas na concessão de rádios permear por avanços e retrocessos, mantemos nossa ousada provocação ao trazer contribuições a esse processo. Subscrevemos a defesa do jurista Paulo Fernando Silveira baseada no artigo 30º da Constituição determinando ao município legislar sobre questões locais e protocolamos na Câmara Municipal o Projeto de Lei 100/13 visando a municipalização da distribuição de concessões à rádios comunitárias.

A proposta de uma política pública de radiodifusão local, atuando sobre emissoras que terão baixa potência de irradiação, significa ampliar a possibilidade de produção informativa e difusão de pluralidades de informações.

Nesse sentido, baseada em estudos elaborados pelo Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social¹³, apresentamos esta ação para fomentar a comunicação plural e impulsionar a democratização desse setor no município, tendo em vista que, a exemplo do que ocorre em outros

¹³ INTERVOZES. Políticas públicas locais de comunicação. São Paulo, 2002.

municípios, os veículos de comunicação, sejam impressos ou radiofônicos, estão nas mãos de grupos econômicos ou familiares, que controlam a informação segundo seus interesses. Dessa forma, busca-se dar condições a diferentes agrupamentos sociais e ou cidadãos apropriarem-se dos meios de comunicação e participarem do processo comunicativo de forma ativa.

Como aplicação prática dos preceitos discutidos neste estudo está protocolada tal propositura nos mesmos moldes já apresentados em outras cidades, apenas com adaptações à realidade assisense para a municipalização das concessões às rádios comunitárias.

Nestes termos, apresenta-se o seguinte projeto;

PROJETO DE LEI 101/2013

Dispõe sobre a exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária no Município de Assis.

Art. 1º - A exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária, no âmbito do território do Município de Assis, passa a ser disciplinado pela presente lei.

Art. 2º - Para os fins desta lei, denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias sem fins lucrativos, tendo por dirigentes cidadãos residentes no município de São Paulo.

Art. 3º - O Serviço de Radiodifusão Comunitária tem por objeto a difusão sonora, com fins culturais, educacionais, filantrópicos, assistenciais e de prestação de serviço de utilidade pública, com vistas a:

- a) divulgar notícias e ideias, promover o debate de opiniões, ampliar informações culturais, de molde a manter a população bem informada;
- b) integrar a comunidade por meio do desenvolvimento do espírito de solidariedade e responsabilidade comunitária, do incentivo à participação em ações de utilidade pública e de assistência social;

c) contribuir para o aperfeiçoamento profissional dos jornalistas e radialistas e com o surgimento de novos valores nestes campos profissionais;

Art. 4º - As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios:

a) transmissão de programas que dêem preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, que possam beneficiar o desenvolvimento geral da comunidade;

b) promoção de atividade artísticas e jornalísticas que possibilitem a integração cada vez maior da comunidade;

c) preservação dos valores éticos e sociais da pessoa humana e da família, de modo a fortalecer e bem integrar a comunidade;

d) coibir a discriminação de qualquer espécie e a qualquer título, seja de raça, religião, sexo, preferências sexuais e de convicções político-partidárias ou ideológicas.

Art. 5º - Da razão social ou do nome de fantasia constará, obrigatoriamente, a expressão "rádio comunitária", pela qual a emissora se apresentará em suas irradiações diárias.

Art. 6º - A outorga de autorização para a exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária será concedida pelo Poder Executivo, mediante concessão, pelo prazo de 10 (dez) anos, à entidade vencedora em processo de licitação, na forma da lei que rege a matéria.

Art. 7º - Fica vedada a transferência, a qualquer título, das autorizações para a exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária.

Art. 8º - As prestadoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária poderão admitir patrocínio, sob a forma de apoio cultural ou inserção publicitária para os programas transmitidos, priorizando os estabelecimentos situados na área da comunidade atendida.

Parágrafo Único - Os recursos advindos de patrocínios deverão ser, obrigatoriamente, revertidos para a própria emissora, para o seu funcionamento, manutenção e aperfeiçoamento, conforme os seus objetivos, e serão administrados pela entidade responsável.

Art. 9º - Constituem infrações na operação do Serviço de Radiodifusão Comunitário:

- a) usar equipamentos fora das especificações autorizadas ou homologadas pelos órgãos competentes;
- b) operar sem a concessão do Poder Municipal;
- c) transferir a terceiros os direitos decorrentes da concessão ou quaisquer procedimentos de execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária;
- d) permanecer fora de operação por mais de 30 (trinta) dias, sem motivo justificado;
- e) promover, dolosamente, interferência no sistema de irradiação de outra rádio comunitária, ou qualquer outro tipo de serviço de radiodifusão ou de telecomunicação sonora, ou de imagens e som;
- f) infringir qualquer dispositivo desta lei ou da correspondente regulamentação.

Art. 10º - As penalidades aplicáveis em decorrência das infrações contidas no art. 9º são as seguintes:

- a) advertência;
- b) multa;
- c) revogação da autorização, em caso de reincidência.

Art. 11º - A outorga da autorização para a execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária fica sujeita ao pagamento de taxa, de valor correspondente ao custeio do cadastramento, a ser estabelecido pelo Poder Concedente.

Art. 12º - Esta lei será regulamentada pelo Poder Executivo, inclusive acerca da potência máxima permitida, cobertura, contorno e frequência, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar de sua publicação.

Art. 13º - As despesas decorrentes da presente lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 14º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Sala das Sessões, agosto de 2013

Reinaldo Farto Nunes – Vereador PT

5 - Considerações finais

Cada vez mais, a informação se mostra como um fator crucial à sociedade globalizada, em que a velocidade de circulação de dados, propiciada pelas tecnologias, ocupa grande espaço no cotidiano popular. Mas ainda é necessário que estes dados circulantes sejam mais abrangentes no ponto de vista social, de forma a envolver o maior número de pessoas possíveis na transmissão destas informações acerca da vida em comunidade.

Os dados apresentados neste estudo corroboram com a nossa hipótese de que a concessão de rádios e televisão parece ser mais um instrumento de lobby ou barganha política, que funciona a base dos interesses dos plantonistas do Poder e dos empreendedores afeiçoados a uma prática protecionista do que uma garantia de acesso efetivo e irrestrito à comunicação. Neste sentido, as informações que chegam aos cidadãos não expressam realmente a pluralidade de posicionamentos políticos, econômicos, culturais e sociais de nossa população. Expressam, sim, os interesses daqueles que estão no controle de tais veículos.

A aprovação de uma Lei Municipal para ordenar a distribuição de concessões às rádios comunitárias deve contribuir para que esta realidade tenha potencialidades para uma via contrária à realidade de concentração midiática. Mais grupos poderão se expressar e fornecer informações por meio destes veículos, os quais deverão seguir as regulamentações municipais previstas para este serviço.

Quanto à viabilidade jurídica da Lei Municipal, urge argumentar que se por um lado a Constituição traz preceitos que podem ser analisados a partir de diferentes óticas, como se observa na proposta do juiz mineiro, Paulo Fernando da Silveira, e as ações de inconstitucionalidades consideradas procedentes, por outro lado, é imperioso na Carta Magna que a liberdade de expressão, bem como o respeito às individualidades, possuem lugar de destaque entre os elementos legais brasileiros.

Tais direitos correspondem com a aprovação da regionalização da distribuição destas concessões de forma mais abrangente, ou seja, por meio da municipalização, a garantia de abertura às produções independentes e ao pluralismo de posicionamentos sobre os temas concernentes ao cotidiano.

6 - Referências bibliográficas

ARIENTE, Eduardo. *Contribuição para a o debate sobre democratização da comunicação social no Brasil*. Observatório do Direito à Comunicação. São Paulo, 2007.

ARGENTINA. *Constitución de la Nación*. Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>. Acessado em: 23 julho. 2013.

BOLÍVIA. *Constituição*. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>>. Acessado em: 24 julho. 2013.

BRASIL. *Constituição Federal* de 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 236, - *Complementa e modifica a Lei nº 4.117*, de 27 de agosto de 1962. Brasília, 28 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Lei nº 9.472- *Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8*, de 1995. Brasília, de 16 de julho de 1997.

BRASIL. Lei nº 4.117 - *Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações*. Brasília, 27 de agosto de 1962

CACCIA BRAVA, Silvio. *O funil da informação*. Editorial de Le Monde Diplomatique. Edição número 26. São Paulo, 2006, p.22.

COELHO NETO, Armando. *Rádio Comunitária não é crime*. São Paulo: Ícone, 2002.

ECUADOR. *Constitución de la República*. Disponível em: <http://issuu.com/restrella/docs/constitucion-del-ecuador>>. Acessado em: 02 julho. 2013.

FERNANDES, André de Godoy. *Meios de Comunicação Social no Brasil: Promoção do Pluralismo. Direito Concorrencial e Regulação*. Tese de doutorado em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009.

FERRARI, Vincenzo. *Mídia e informação no final do século XX*. In GUIMARÃES, César e JUNIOR, Chico (org.) *Informação e Democracia*. Rio de Janeiro, Editora UERJ, 2000;

FILHO, L. L. "A TV Pública". In. BUCCI, E. (org.). *A TV aos 50*. Criticando a Televisão Brasileira no seu Cinquentenário. Ed. Fund. Pcrscu Abramo. 2000. São Paulo.

FILHO, Luiz Maranhão. *Legislação e Comunicação*. Direito da Comunicação. Ed. LTr. São Paulo. 1995. p. 25.

FISCHER, Desmond. *O Direito de Comunicar – expressão, informação e liberdade*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984;

INTERVOZES. *Políticas locais para Comunicação Democrática*. Coletivo Brasil de Comunicação Social. Brasil, 2008.

LIMA, Venício A. de. *Comunicação na constituinte de 1987/88: a defesa dos velhos interesses*. Observatório da Imprensa. Edição 505. Rio de janeiro, setembro de 2008. Publicada originalmente em julho de 1987.

_____. *As concessões de radiodifusão como moeda de barganha política*. Revista Adusp. São Paulo, janeiro 2008.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito a Informação e os Concessões de Rádio e Televisão*. I edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997, p.31

QUANDT DE OLIVEIRA, Euclides. *O Código Brasileiro de Telecomunicações: Considerações Acerca do Marco Legal*. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación www.eptic.com.br, vol. IX, n. 3, Sep. – Dec. /2007.

SÃO PAULO. *Ação De Inconstitucionalidade por Omissão do Estado*. Brasília, 18 de outubro de 2010.

SÃO PAULO. *Parecer nº 356/2001* da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara de São Paulo sobre o projeto de lei nº 145/2001.

SÃO PAULO. *Parecer nº 1111/2001* da Comissão de Política Urbana, Metropolitana e Meio Ambiente da Câmara de São Paulo sobre o projeto de lei nº 145/2001.

SÃO PAULO. *Parecer nº 190/2002* da Comissão de Trânsito, Transporte e Atividade Econômica da Câmara de São Paulo sobre o projeto de lei nº 145/2001.

SÃO PAULO. *Parecer nº No 438/02* da Comissão de Finanças e Orçamento da Câmara de São Paulo sobre o projeto de lei nº 145/2001.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios Comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 121 et. seq.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/26491528/Constitucion-Republica-Bolivariana-de-Venezuela>. Acessado em: 23 set. 2011.

VICENZI, Fabiane Reschke. *Função e regularização do serviço de radiodifusão*. Dissertação de mestrado. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

ZANDONADE, Vanessa. *Rádio Comunitária de Heliópolis: reivindicação e luta por regularização e atuação oficial*. Dissertação de mestrado em História e Sociedade – Unesp/Assis. 2013.

ANEXOS

1 – AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DO ESTADO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE RADIODIFUSÃO E TELEVI-SÃO – FITERT –, entidade sindical de âmbito nacional com sede em Brasília (DF) e a **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS – FENAJ –**, entidade sindical de âmbito nacional com sede em Brasília (DF), vêm, por intermédio de seus advogados (docs. nº), propor, com fundamento no art. 103, § 2º da Constituição Federal e da Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO,

pelos argumentos que imediatamente passam a aduzir.

I - LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DAS AUTORAS

Ambas as Autoras são entidades de classe de âmbito nacional (Estatutos anexos), apresentando assim a qualificação necessária à propositura da ação, conforme determinado no art. 103, IX, da Constituição Federal. **2.** Demais disso, atuam ambas as Autoras no setor de comunicação social; vale dizer, preenchem o requisito da “pertinência temática”, conforme exigido pela jurisprudência dessa Suprema Corte (ADIN 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 2/9/1998, Plenário, DJ de 19/9/2003).

II - A COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ESTATAIS É UM PODER-DEVER

De acordo com o princípio fundamental do Estado de Direito Republicano, o poder político deve ser exercido para a realização, não de interesses particulares, mas do bem comum do povo (*res publica*). Segue-se daí que toda competência dos órgãos públicos, em lugar de simples faculdade ou direito subjetivo, representa incontestavelmente um **poder-dever**.

Ao dispor a Constituição da República que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são “Poderes da União, independentes e harmônicos entre si” (art. 2º), ela reforça o princípio que se acaba de lembrar, pois quando os órgãos estatais constitucionalmente dotados de competência exclusiva deixam de exercer seus poderes-deveres, o Estado de Direito desaparece.

A garantia judicial específica contra essa grave disfunção estatal foi criada, entre nós, com a Constituição Federal de 1988 (art. 103, § 2º), sendo o seu exercício regulado pela Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009.

III - CABIMENTO DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O primeiro país a criar esse novo tipo de remédio judicial foi a República Federal Alemã, com a reconstitucionalização do Estado, efetuada após a Segunda Guerra Mundial.

A Corte Constitucional Federal alemã fixou jurisprudência, no sentido de que são pressupostos para o ajuizamento da ação de inconstitucionalidade por omissão do legislador (*Verfassungsbeschwerde gegen ein Unterlassen des Gesetzgebers*):

- 1) a completa omissão do legislador, quando uma disposição constitucional só se aplica mediante lei;
- 2) a edição de normas legais impróprias ou deficientes, na mesma hipótese;
- 3) toda vez que a omissão do legislador torna inefetiva uma norma declaratória de direito fundamental¹.

Essa jurisprudência da Corte Constitucional alemã é de aplicar-se na interpretação do disposto no art. 103, § 2º da Constituição Federal brasileira, a qual admite o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade “por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. A diferença, em relação à Alemanha, reside no fato de que no Brasil constitui fundamento da ação, não apenas a omissão inconstitucional do legislador, mas também a do Poder Executivo, no exercício do seu poder-dever de regulação administrativa.

De qualquer modo, os pressupostos acima indicados de cabimento da ação de inconstitucionalidade por omissão, tais como fixados pela jurisprudência constitucional germânica, estão presentes nas matérias objeto desta demanda, como se passa a demonstrar.

IV - O OBJETO DA PRESENTE DEMANDA

IV.a) Omissão legislativa inconstitucional quanto ao direito de resposta

Dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso V, constante do Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Tradicionalmente, em nosso País, o exercício desse direito fundamental era regulado pela Lei de Imprensa. Sucede que a última lei dessa natureza, entre nós vigente (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), foi revogada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como decidiu esse Supremo Tribunal Federal, ao julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130, em 19 de abril de 2009.

Sucede que, à falta de regulação legal, o direito fundamental de resposta no campo da comunicação de massa acha-se, desde então, gravemente prejudicado.

Como cabal demonstração do que se acaba de afirmar, basta transcrever o disposto no art. 30 da revogada Lei nº 5.250, de 1967:

Art. 30. O direito de resposta consiste:

I – na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais;

II – na transmissão da resposta ou retificação escrita do ofendido, na mesma emissora e no mesmo programa e horário em que foi divulgada a transmissão que lhe deu causa; ou

III – a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, pela agência de notícias, a todos os meios de informação e divulgação a que foi transmitida a notícia que lhe deu causa.

De nada vale arguir que, nessa matéria, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Constituição

Federal, art. 5º, §1º). Ninguém contesta que o direito fundamental de resposta continua a ser reconhecido em nosso ordenamento jurídico. O que se assinala é que, na prática, deixou de existir um parâmetro legal para que os tribunais possam decidir se, quando e como tal direito fundamental é efetivamente aplicado.

Se, por exemplo, o jornal ou periódico publica a resposta do ofendido em caracteres bem menores que os da matéria considerada ofensiva, ou em seção diversa daquela em que apareceu a notícia a ser retificada, terá sido dado cumprimento ao preceito constitucional? Analogamente, quando a ofensa à honra individual, ou a notícia errônea, são divulgadas por emissora de rádio ou televisão, caso a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido for feita em outra emissora da mesma cadeia de rádio ou televisão, ou em programa e horário diversos da transmissão ofensiva ou errônea, terá sido cumprido o dever fundamental de resposta?

Há mais, porém. Em quanto tempo está o veículo de comunicação social obrigado a divulgar a resposta do ofendido? Dez dias, um mês, três meses, um ano? É razoável que a determinação dessa circunstância seja deixada ao arbítrio do suposto ofensor?

Nem se argumente, tampouco, com o fato de a ausência de norma legal regulamentadora do direito de resposta não impedir o seu exercício por via de mandado de injunção (Constituição Federal, art. 5º, LXXI).

Quem não percebe que esse *remedium iuris* excepcional não substitui nem dispensa o normal exercício do poder-dever legislativo? Como ignorar que a eventual multiplicação de decisões judiciais de diversos teores, quando não contraditórias, nessa matéria, enfraquece sobremaneira um direito que a Constituição da República declara fundamental; vale dizer, não submetido ao poder discricionário dos órgãos do Estado?

Até aqui, no tocante à revogação da lei de imprensa de 1967.

Acontece, porém, que nas décadas seguintes à promulgação daquele diploma legal, passou a ser mundialmente utilizado outro poderosíssimo meio de comunicação de massa por via eletrônica: a internet. Ora, até hoje o legislador nacional não se dispôs a regular o exercício do direito constitucional de resposta, quando a ofensa ou a errônea informação são divulgadas por esse meio. Quando muito, a Justiça Eleitoral procura, bem ou mal, remediar essa tremenda lacuna com a utilização dos poucos meios legais de bordo à sua disposição.

Em conclusão quanto a este tópico, Egrégio Tribunal, é flagrante e injustificável a omissão do legislador em regulamentar o direito constitucional de resposta.

IV.

b) Omissão legislativa inconstitucional em regular os princípios declarados no art. 221 da Constituição Federal, no tocante à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão

Nunca é demais lembrar que as emissoras de rádio e televisão servem-se, para as suas transmissões, de um espaço público, vale dizer, de um espaço pertencente ao povo. Com a tradicional concisão latina, Cícero definiu: *res publica, res populi*.

Eis por que, no concernente aos bens públicos, o Estado não exerce as funções de proprietário, mas sim de administrador, em nome do povo. Da mesma forma, nenhum particular, pessoa física ou jurídica, tem o direito de apropriar-se de bens públicos.

Em aplicação do princípio de que o Estado tem o dever de administrar os bens públicos, em nome e benefício do povo, dispõe a Constituição Federal que é da competência da União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens” (art. 21, XII, a); competindo ao Poder Executivo “outorgar e

renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal” (art. 223).

Fica evidente, portanto, que os serviços de rádio e televisão não existem para a satisfação dos interesses próprios daqueles que os desempenham, governantes ou particulares, mas exclusivamente no interesse público; vale dizer, para a realização do bem comum do povo. E assim sucede porque – repita-se – todo aquele que se utiliza de bens públicos serve-se de algo que pertence ao povo.

Nada mais natural, por conseguinte, que na produção e programação das emissoras de rádio e televisão sejam observados os princípios enunciados no art. 221 da Constituição Federal, a saber:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Reforçando esse sistema de princípios, a Constituição Federal determina, em seu art. 220, § 3º, inciso II, competir à lei federal “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

Sucedo, porém, que, passadas mais de duas décadas da entrada em vigor da Constituição Federal, nenhuma lei foi editada especificamente para regulamentar o disposto em seu art. 221.

Nem se argumente, para contestar a ocorrência dessa omissão legislativa inconstitucional, com a permanência em vigor do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962), promulgado antes do advento do regime militar de exceção. A rigor, a única disposição desse Código, pertinente aos princípios enunciados no art. 221 da Constituição Federal, é a do seu art. 38, alínea h, a qual determina deverem as emissoras de rádio e televisão destinar “um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso”; sem qualquer referência às transmissões com finalidades educativas, culturais ou artísticas.

Ora, é altamente duvidoso que a referida norma do Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962 esteja em vigor. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nítida distinção entre o serviço de telecomunicações e o sistema de comunicação social, como se depreende da leitura dos incisos XI e XII, alínea a, do art. 21, bem como do disposto no art. 22, IV. Demais disso, as atribuições anteriormente conferidas ao Conselho Nacional de Telecomunicações (art. 29 da Lei nº 4.117, de 1962) não mais abrangem o setor de comunicação social, em relação ao qual determinou a Constituição fosse instituído, como órgão auxiliar do Congresso Nacional, o Conselho de Comunicação Social.

Tampouco vale argumentar, como prova da inexistência de omissão legislativa na regulação do disposto no art. 221 da Constituição Federal, com a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispôs sobre restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Esse diploma legal não se refere ao art. 221, mas sim ao art. 220, § 4º da Constituição Federal.

Aliás, para reconhecer a ausência de lei regulamentadora do art. 221, basta atentar para um litígio judicial recente, suscitado a propósito da Resolução-RDC nº 24, de 15 de junho de 2010, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Tal Resolução dispôs “sobre a oferta,

propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas, cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional” (doc. anexo).

Como sabido, desde 2005 a Organização Mundial da Saúde tem lançado advertências sobre os efeitos nocivos à saúde, provocados pela obesidade, sobretudo entre crianças e adolescentes.

A Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA ingressou com ação ordinária na Justiça Federal de Brasília contra a ANVISA, pedindo que esta se abstivesse de aplicar aos associados da autora os dispositivos de dita Resolução, em razão de sua invalidade. A MM. Juíza da 16ª Vara Federal do Distrito Federal, em antecipação de tutela, decidiu suspender os efeitos da Resolução perante os associados da autora, com fundamento na ausência de lei específica que autorize a ANVISA a proceder como procedeu.

Em conclusão, passadas mais de duas décadas da entrada em vigor da Constituição Federal, o Congresso Nacional, presumivelmente sob pressão de grupos empresariais privados, permanece inteiramente omissa no cumprimento de seu dever de regulamentar os princípios que regem a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221); bem como igualmente omissa no estabelecer os meios legais de defesa da pessoa e da família, quando tais princípios não são obedecidos (art. 220, § 3º, inciso II).

Como se isso não bastasse, em 28 de maio de 2002 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 36, que acrescentou ao art. 222 o atual parágrafo 3º, com a seguinte redação:

§3º – Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também

garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

A lei específica, referida nessa disposição constitucional, tampouco foi promulgada após mais de 8 anos da promulgação da referida emenda.

IV.c) Omissão legislativa inconstitucional em regular a proibição de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social

Dispõe o art. 220, § 5º da Constituição Federal que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”.

Se o combate ao abuso de poder econômico representa entre nós um preceito fundamental da ordem econômica (Constituição Federal, art. 173, § 4º), o abuso de poder na comunicação social constitui um perigo manifesto para a preservação da ordem republicana e democrática. Na sociedade de massas contemporânea, a opinião pública não se forma, como no passado, sob o manto da tradição e pelo círculo fechado de inter-relações pessoais de indivíduos ou grupos. Ela é plasmada, em sua maior parte, sob a influência mental e emocional das transmissões efetuadas, de modo coletivo e unilateral, pelos meios de comunicação de massa.

Daí a razão óbvia pela qual a publicidade ou propaganda por via desses canais de transmissão de massa constitui, hoje, o nervo central da atividade econômica (publicidade comercial) e da ação política (publicidade institucional dos órgãos públicos, propaganda eleitoral).

O Poder Judiciário está aqui, uma vez mais, diante da imperiosa necessidade de proteger o povo contra os abusos dos detentores do poder. Ora, essa proteção, num Estado de Direito, deve fazer-se primordialmente por meio da legislação, acima da força privada e do abuso dos governantes.

Diante dessa evidência, é estarrecedor verificar que a norma de princípio, constante do art. 220, § 5º da Constituição Federal, permanece até hoje não regulamentada por lei.

Não é preciso grande esforço de análise para perceber, *ictu oculi*, que tal norma não é autoaplicável. E a razão é óbvia: monopólio e oligopólio não são conceitos técnicos do Direito; são noções, mais ou menos imprecisas, da ciência econômica.

Com efeito, para ficarmos apenas no terreno abstrato das noções gerais, pode haver um monopólio da produção, da distribuição, do fornecimento, ou da aquisição (monopsônio). Em matéria de oligopólio, então, a variedade das espécies é enorme, distribuindo-se entre os gêneros do controle e do conglomerado, e subdividindo-se em controle direto e indireto, controle de direito e controle de fato, conglomerado contratual (dito consórcio) e participação societária cruzada. E assim por diante.

Quem não percebe que, na ausência de lei definidora de cada uma dessas espécies, não apenas os direitos fundamentais dos cidadãos e do povo soberano em seu conjunto, mas também a segurança das próprias empresas de comunicação social, deixam completamente de existir? Em relação a estas, aliás, de que serve dispor a Constituição Federal que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e na garantia da livre concorrência (art. 170), se as empresas privadas de comunicação social não dispõem de parâmetros legais para agir, na esfera administrativa e judicial, contra o monopólio e o oligopólio, eventualmente existentes no setor?

Para ilustração do que acaba de ser dito, é importante considerar a experiência norte-americana em matéria de regulação dos meios de comunicação de massa.

Em 1934, na esteira dos diplomas legais editados para combater o abuso de poder econômico (Sherman Act e Clayton Act), foi promulgado o Communications Act, que estabeleceu restrições à formação de conglomerados de veículos de comunicação de massa (jornais e periódicos, estações de rádio, empresas cinematográficas), da mesma espécie ou não, em

mais de um Estado. Como órgão fiscalizador, foi instituída a Federal Communications Commission – FCC.

Em 1996, no auge da pressão desregulamentadora do movimento neoliberal, o Congresso dos Estados Unidos votou o Telecommunications Act, que eliminou a maior parte das restrições à formação de grupos de controle no setor de comunicações de massa, estabelecidas pela lei de 1934.

O resultado não se fez esperar: enquanto em 1983 existiam nos Estados Unidos 50 grupos de comunicação social, menos de 10 anos após a edição do Telecommunications Act de 1996 o mercado norte-americano do setor passou a ser dominado por 5 macro conglomerados de comunicação de massa; os quais diferem entre si unicamente pelo estilo das publicações e transmissões, pois o conteúdo das mensagens divulgadas é exatamente o mesmo.

Ora, o que está em causa na presente demanda não é saber se, no Brasil, já atingimos um grau semelhante de concentração empresarial no campo das comunicações de massa. O que importa e deve ser reconhecido por essa Suprema Corte é que o povo brasileiro, a quem pertence o espaço de transmissão das mensagens de rádio e televisão, já não dispõe, por efeito da escandalosa omissão do Poder Legislativo, do menor instrumento de defesa contra o eventual abuso de poder nesse setor; instrumento de defesa esse que é vital – repita-se – para o regular funcionamento das instituições republicanas e democráticas.

V - O PEDIDO

Por todo o exposto, os Autores pedem a esse Egrégio Tribunal, com fundamento no art. 103, § 2º da Constituição Federal, e na forma do disposto na Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009, que declare a omissão

inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre as matérias constantes dos artigos

5º, inciso V; 220, § 3º, II; 220, § 5º; 211; 222, § 3º, todos da Constituição Federal, dando ciência dessa decisão àquele órgão do Poder Legislativo, a fim de que seja providenciada, em regime de urgência, na forma do disposto nos arts. 152 e seguintes da Câmara dos Deputados e nos arts. 336 e seguintes do Senado Federal, a devida legislação sobre o assunto.

De São Paulo para Brasília, 18 de outubro de 2010.

2- SENTENÇA DO STF SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão - FITERT e a Federação Nacional dos Jornalistas - FENAJ propuseram ação direta por omissão na qual sustentam a ocorrência de omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional no dever de regulamentação legal:

(1) do exercício do direito de resposta (art. 5º, V, da CF);

(2) das matérias abordadas nos arts. 220, § 3º, II, 221 e 222, § 3º, todos da Carta Magna, relativas à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão;

e (3) da vedação de monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social (art. 220, § 5º, da CF).

Requer a declaração das omissões inconstitucionais apontadas e sua comunicação ao Congresso Nacional, para que “seja providenciada, em regime de urgência, na forma do disposto nos arts. 152 e seguintes [do Regimento Interno] da Câmara dos Deputados e nos arts. 336 e seguintes [do

Regimento Interno] do Senado Federal, a devida legislação sobre o assunto”.2. O art. 12-A da Lei 9.868/99, introduzido pela Lei 12.063/2009, corroborando o disposto no caput do art. 103 da Constituição Federal, estabelece que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão poderá ser ajuizada pelos mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

As federações ora requerentes, embora sejam organizações sindicais de segundo grau, apresentam-se, na defesa de sua legitimidade ativa ad causam, como entidades de classe de âmbito nacional (fl. 2 da petição inicial), numa expressa referência à segunda parte do inciso IX do art. 103 da Carta Magna.

Todavia, no âmbito das associações sindicais, apenas estão aptas a deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade as entidades de terceiro grau, ou seja, as confederações sindicais organizadas na forma da lei, excluindo-se, portanto, os sindicatos e as federações, ainda que possuam abrangência nacional.3.

Além disso, as requerentes também não podem ser enquadradas na categoria das entidades de classe de âmbito nacional. No julgamento da ADI 920-MC, DJ de 11.4.1997, ressaltou o eminente Ministro Marçõ Aurélio, ao acompanhar o voto proferido pelo relator, Ministro Francisco Rezek, que se o inciso IX do artigo 103 traz à baila uma dualidade, ao cogitar dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, apontando como tais, nesse campo, as associações de âmbito nacional e as confederações, ele exclui, por via de consequência, a legitimação de outra entidade sindical que não seja confederação, sob pena de assentarmos que a referência às confederações é inócua, porquanto, de certo modo, elas já estariam compreendidas na alusão às associações de âmbito nacional.

Todas essas orientações já foram confirmadas pelo Plenário desta Casa em outras oportunidades, como, por exemplo, no julgamento da ADI 3.762-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 24.11.2006; e da ADI

3.506-AgR, de minha relatoria, unânime, DJ de 30.9.2005, cuja possui o seguinte teor:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ENTIDADE SINDICAL DE SEGUNDO GRAU. ART. 103, IX, PRIMEIRA PARTE, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.1.

A agravante busca demonstrar sua legitimidade ativa mesclando indevidamente duas das hipóteses de legitimação previstas no art. 103 da Constituição Federal.

Porém, sua inequívoca natureza sindical a exclui, peremptoriamente, das demais categorias de associação de âmbito nacional.

Precedentes: ADI 920-MC, rel. Min. Francisco Rezek, DJ 11.04.97, ADI 1.149-AgR, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.10.95, ADI 275, rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.02.91 e ADI 378, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 19.02.93.2.

Não se tratando de confederação sindical organizada na forma da lei, mas de entidade sindical de segundo grau (federação), mostra-se irrelevante a maior ou menor representatividade territorial no que toca ao atendimento da exigência contida na primeira parte do art. 103, IX, da Carta Magna.

Precedentes: ADI 1.562-QO, rel. Min. Moreira Alves, DJ 09.05.97, ADI 1.343-MC, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.10.95, ADI 3.195, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.05.04, ADI 2.973, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24.10.03 e ADI 2.991, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.03.3. Agravo regimental improvido”.4.

Ante o exposto, em razão da manifesta ilegitimidade ativa ad causam das federações sindicais ora requerentes, nego seguimento à presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RISTF, art. 21, § 1º).

Arquivem-se os autos.

Publique-se.

Brasília, 21 de outubro de 2010.

Ministra Ellen Gracie Relatora

(STF - ADO: 9 DF , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 21/10/2010, Data de Publicação: DJe-205 DIVULG 26/10/2010 PUBLIC 27/10/2010)

3- Parecer do subprocurador-geral de Justiça em relação a Adin impetrada contra A Lei Municipal De Campinas

PARECER EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Processo nº 0205979-42.2012.8.26.0000

Requerente: Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas - TELCOMP

Requeridos: Prefeito e Presidente da Câmara Municipal de Campinas

Ementa:

- 1) Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.024, de 09 de novembro de 2001, do Município de Campinas, que “*Dispõe sobre a instalação de sistemas de transmissão de rádio, televisão, telefonia, telecomunicação em geral e outros sistemas transmissores de radiação eletromagnética não ionizante, no Município de Campinas, e dá outras providências*”.
- 2) Preliminar. Falta de interesse de agir parcial. Art. 10 da Lei nº 11.024, de 09 de novembro de 2001, do Município de Campinas, já foi declarado inconstitucional nos autos da ADIN nº 0199044-83.2012.8.26.0000.
- 3) Processo objetivo. Causa de pedir aberta. Possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por fundamento não apontado na inicial.

- 4) Mérito. Usurpação da competência legislativa privativa da União (art. 22, IV, da CF), com violação do princípio federativo (CE, art. 1º). Não é o Município competente para disciplina da instalação de estação de rádio-base, torres e equipamentos afins de telefonia celular e de televisão (arts. 21, XI, e 22, IV, Constituição Federal).
- 5) Possibilidade de o município disciplinar aspectos urbanísticos e de uso e ocupação do solo na instalação de antenas de transmissão de rádio, televisão, telefonia, telecomunicação em geral e outros sistemas transmissores de radiação eletromagnética não ionizante.
- 6) Procedência parcial do pedido.

Colendo Órgão Especial,

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade movida pela Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas - TELCOMP, tendo por objeto a Lei nº 11.024, de 09 de novembro de 2001, do Município de Campinas que *“Dispõe sobre a instalação de sistemas de transmissão de rádio, televisão, telefonia, telecomunicação em geral e outros sistemas transmissores de radiação eletromagnética não ionizante, no Município de Campinas, e dá outras providências”*.

Pretende a autora que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 11.024/2001, do Município de Campinas, ou pelo menos dos seus arts. 1º, 3º, 4º, 9º e 10º, sob o fundamento da incompetência legislativa municipal para tratar de questões afeitas às telecomunicações e da limitação do direito de propriedade e reflexos negativos que inviabilizam a prestação de serviço de telecomunicação. Daí a alegação de violação do art. 144 da Constituição Estadual.

O pedido de medida liminar foi indeferido (fl. 796). Contra tal decisão interpôs a requerente agravo regimental (fls. 799/803), ao qual foi negado provimento (fls. 813/816).

Citado regularmente (fl. 892), o Procurador Geral do Estado declinou de defender o ato normativo impugnado, consignando tratar de interesse exclusivamente local (fls. 896/897).

Notificado (fl. 894), o Presidente da Câmara Municipal de Campinas deixou de manifestar-se nos autos.

O Prefeito Municipal apresentou informações às fls. 899/916, sustentando que o pedido deve ser julgado improcedente pois a Lei impugnada não pode ser integralmente declarada inconstitucional, porque o Município pode exercer a sua competência para legislar sobre matéria atinente a normas urbanísticas que devem ser seguidas pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações para a instalações de suas edificações.

Nestas condições vieram os autos para a manifestação desta Procuradoria Geral.

PRELIMINARMENTE

Há falta de interesse de agir em relação ao pedido de declaração da inconstitucionalidade do art. 10 da Lei nº 11.024/2001, do Município de Campinas, haja vista que nos autos da ADIN nº 0199044-83.2012.8.26.0000 este Colendo Órgão Especial já reconheceu tal inconstitucionalidade.

DA CAUSA DE PEDIR ABERTA

Inicialmente oportuno consignar que a ação direta estadual é processo objetivo de verificação da incompatibilidade entre a lei e a Constituição do Estado. Por essa razão, é possível aferir-se a ilegitimidade constitucional do ato normativo impugnado à luz de preceitos e fundamentos constitucionais estaduais não mencionados na petição inicial.

A causa de pedir consiste na violação à Constituição Estadual, razão pela qual tem sido denominada como causa de pedir aberta, possibilitando, no controle concentrado de constitucionalidade, o acolhimento por fundamento ou parâmetro não apontado na inicial.

A propósito, anota Juliano Taveira Bernardes que, no processo objetivo, “*Segundo o STF, o âmbito de cognoscibilidade da questão constitucional não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, pois abarca todas as normas que compõe a Constituição Federal. Daí, a fundamentação dada pelo requerente pode ser desconsiderada e suprida por outra encontrada pela Corte*” (Controle abstrato de constitucionalidade, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 436).

Assim vem decidindo o Col. STF:

“(…)

Ementa: constitucional. (...). 'Causa petendi' aberta, que permite examinar a questão por fundamento diverso daquele alegado pelo requerente. (...) (ADI 1749/DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Rel. p. acórdão Min. NELSON JOBIM, j. 25/11/1999, Tribunal Pleno, DJ 15-04-2005, PP-00005, EMENT VOL-02187-01, PP-00094, g.n.).

(…)”

Confira-se ainda, nesse mesmo sentido: ADI 3576/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 22/11/2006, Tribunal Pleno, DJ 02-02-2007, PP-00071, EMENT VOL-02262-02, PP-00376.

NO MÉRITO

Procede parcialmente o pedido.

A Lei nº 11.024, de 09 de novembro de 2001, do Município de Campinas, “*Dispõe sobre a instalação de sistemas de transmissão de rádio, televisão, telefonia, telecomunicação em geral e outros sistemas transmissores de radiação eletromagnética não ionizante, no Município de Campinas, e dá outras providências*”.

Identificam-se na lei normas urbanísticas referentes a posturas municipais, bem como outras relacionadas a aspectos técnicos do funcionamento e licenciamento para instalação de antenas de transmissão de

rádio, televisão, telefonia, telecomunicação em geral e outros sistemas transmissores de radiação eletromagnética não ionizante.

Dentre as normas que fogem ao âmbito da competência municipal de regulamentação do uso e ocupação do solo urbano, convém a transcrição dos seguintes artigos:

“(…)

Art. 3º. – O limite máximo de emissão de radiação eletromagnética, considerada a soma das emissões de radiação de todos os sistemas transmissores em funcionamento em qualquer localidade do Município, será de 100W/cm² (cem microwatts por centímetro quadrado) de densidade de potência em qualquer local possível de ocupação humana.

Parágrafo único – Para efeito dos cálculos e medições, o limite definido no caput deste artigo deve ser considerado como o limite de potência da onda plana equivalente nas faixas de frequência abrangida por esta lei.

(…)

Art. 9º. – Os sistemas transmissores somente poderão entrar em funcionamento após obtenção do Alvará Sanitário, a ser expedido pela Secretaria Municipal da Saúde, o qual deverá ser renovado anualmente.

§ 1º - Para a obtenção do Alvará Sanitário, a operadora deverá apresentar o laudo radiométrico, assinado por responsável técnico habilitado, onde constem medidas nominais do nível de densidade de potência no imóvel onde estiver instalado o sistema transmissor, no seu entorno e nas edificações vizinhas, dentro de um raio de 200(duzentos) metros.

§ 2º - O laudo radiométrico deverá ser refeito e apresentado a cada 3(três) anos ou sempre que ocorrerem quaisquer alterações nas características

técnicas de operação do sistema, ou a qualquer tempo, a critério da autoridade sanitária.

§ 3º - As medidas para confecção do laudo radiométrico serão feitas com aparelho cujo certificado de calibração, expedido por órgão competente habilitado, esteja atualizado no momento de sua realização. § 4º - As medições deverão ser previamente comunicadas à Prefeitura Municipal, mediante informe protocolizado, onde constem local, data e horário de sua realização.

§ 5º - A Secretaria Municipal de Saúde poderá acompanhar as medições e indicar pontos que devam ser medidos.

§ 6º - As medidas da intensidade de campo devem referir-se à somatória de todas as frequências presentes nos locais de medição, com os sistemas operando na potência máxima autorizada, nas faixas de frequência previstas nesta lei.

§ 7º - A Prefeitura Municipal de Campinas criará Comissão Especial destinada análise e estudo das emissões de radiações eletromagnéticas não ionizantes, bem como para emitir parecer sobre concessão de Alvarás e proposição de medidas de aperfeiçoamento dos instrumentos de controle.

(...)"

Os atos normativos acima transcritos violam o princípio federativo que se manifesta na repartição constitucional de competências (arts. 1º e 144 da Constituição Paulista).

O art. 3º da lei impugnada cuida do limite máximo de emissão de radiação eletromagnética no âmbito do município, enquanto que o art. 9º estabelece um licenciamento técnico sanitário referente aos transmissores.

Tais matérias, no entanto, são de competência da União, estando sujeito a normatização federal, autorização e fiscalização pelo órgão regulador.

O esquema de repartição de competências entre os entes federados – expressão do princípio federativo – conferiu à União, sem espaço para os Estados e aos Municípios, tanto a competência material dos serviços de telecomunicações e radiodifusão (art. 21, XI e XII, *a*), titularizando essa atividade como serviço público federal, quanto à competência legislativa revelada duplamente no art. 22, IV, e na expressão “*nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de órgão regulador e outros aspectos institucionais*”, constante da segunda parte do inciso XI do art. 21 da Constituição Federal.

O trato da matéria, visualizada numa perspectiva abrangente e múltipla, envolve não só as telecomunicações, mas sua conexão com relações e efeitos direta ou indiretamente dela derivados, ou seja, o impacto e a interferência em questões colaterais à execução da atividade, como segurança, meio ambiente, saúde, tranquilidade, privacidade, proteção ao consumidor etc., demandando, por isso mesmo, uma disciplina normativa uniforme para todo território nacional e aplicável a todas as coisas e pessoas físicas ou jurídicas.

O estado de probabilidade (prevenção) ou de incerteza (precaução) de riscos, perigos ou danos decorrentes dos serviços de telecomunicações é unitariamente concebível e estimável para qualquer Estado ou Município da Federação, motivo que inspira a uniformidade e a centralidade normativa (não bastasse a titularidade federal do serviço), pois os efeitos serão os mesmos em bens e pessoas situados no território nacional.

Sobre a matéria, a União, no uso de sua competência privativa de legislar (CF, art. 22, IV), editou a Lei nº 9.472/97, estabelecendo que a ela, através do órgão regulador, cabe organizar a exploração dos serviços de telecomunicações. Dispôs que a organização inclui, entre outros aspectos, a disciplina e a fiscalização da execução, comercialização e o uso dos serviços, da implantação e do funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e de espectro de radiofrequência (art. 1º e parágrafo único).

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a quem a lei conferiu as atribuições de órgão regulador (art. 8º), com a competência para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para

o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, dentre elas a expedição de normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem (art. 19, XII), já disciplinou, ainda que parcialmente, a matéria objeto da lei impugnada, através da Resolução nº 303/2002, que aprovou o Regulamento sobre limitação da exposição a campos elétricos, magnético e eletromagnéticos na faixa de radiofrequências entre 9khz e 300 GHz.

A Lei nº 11.934/09, por sua vez dispôs sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, atribuindo ao órgão regulador federal a fiscalização do atendimento aos limites por ela estabelecidos para exposição humana aos campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por estações transmissoras de radiocomunicação, terminais de usuário e sistemas de energia elétrica.

As Resoluções nº 255/01 e 3003/2002 cuidam especificamente das matérias previstas na lei municipal no âmbito do exigido alvará sanitário, que dizem respeito ao laudo radiométrico e de conformidade.

Nem se alegue a existência de interesse local ou autonomia municipal para simples disciplina do uso e ocupação do solo urbano. A questão, como exposta, demonstra a incoerência da predominância – chave-mestra para delimitação da autonomia local – na medida em que não se cinge às peculiaridades de cada comuna o estabelecimento de posturas edilícias para evitar riscos ou perigos à vida, à saúde, à segurança, decorrentes de instalações de telecomunicações, posto que em qualquer espaço do território nacional prevalece, ao contrário, a identidade de causas e de efeitos. Deste modo, normas que contêm ou indicam padrões ou parâmetros para uso de instalações e de equipamentos dos serviços de telecomunicações, inclusive relativamente a seus reflexos a terceiros, são da órbita de competência normativa federal.

Ainda que assim não fosse, o assunto, em termos acadêmicos, foi bem examinado por Fernanda Menezes Dias de Almeida assentando que a colisão de competências resolve-se pela prevalência das “*determinações emanadas do titular da competência legislativa privativa*” (*Competências na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 2ª ed., p. 159).

Enfim, e corroborando a tese aqui exposta, decidiu esta colenda Corte Paulista:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda n^o 12, de 12.05.2004, que acrescenta o artigo 163-A à Lei Orgânica Municipal de Estiva Gerbi. Proibição de instalação de antenas ou torres de telefonia celular no perímetro urbano do Município. Inconstitucionalidade reconhecida por ingerência do Parlamento Municipal em assunto de competência legislativa da União. Art. 22, IV, da Constituição Federal e arts. 1^o, 111 e 144, da Constituição Estadual. Ação procedente” (TJSP, ADI 114.569-0/2-00, Órgão Especial, Rel. Des. Roberto Stucchi, m.v., 08-11-2006).

“Em reforço ao quanto já expendido, esclareça-se que a ação direta de inconstitucionalidade acima citada, da qual foi relator Desembargador Roberto Stucchi, foi julgada em 08 de novembro de 2006 e à semelhança da Procuradoria Geral de Justiça, extrai-se:

“Trata-se, portanto, de ingerência nas competências material e legislativa da União, bem lembrando o Procurador-Geral de Justiça, a fls. 111/112, a orientação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no sentido de que '*(...) Ainda cerceiam a autonomia dos Estados regras de subordinação normativa. São estas que, presentes na própria Constituição Federal e direcionadas por ela a todos os entes federativos (União, Estados Municípios), predefinem o conteúdo da legislação que será editada por eles (...)*'.

Desse modo, desnecessária a repetição dos *princípios estabelecidos* nas Constituições Federal e Estadual para se constatar agressão à disciplina dos arts. 1^o, 111 e 144, da Constituição Paulista’.

Existindo, pois, precedente desta Corte, que vem ao encontro das convicções expressas nesta decisão, a norma impugnada é, com efeito, inconstitucional,

pois o legislador local extrapolou da sua esfera de competência” (TJSP, ADI 141.511-0/1-00, Órgão Especial, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, v.u., DJ 19-09-2007).

De outro lado, o dispositivo legal da lei impugnada já foi declarado inconstitucional por este Colendo Órgão Especial, em sede do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0265129-22.2010.8.26.0000 (antigo nº 990.10.265129-0), suscitado pela 8ª Câmara de Direito Público, em apelação cível interposta contra sentença prolatada em mandado de segurança, impetrado por TESS S.A. contra o Secretário Municipal de Obras e Projetos de Campinas, objetivando a apreciação sobre a constitucionalidade dos arts. 3º, 4º e 5º da referida Lei Estadual.

A ementa do julgamento ficou assim redigida:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO- ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS ESTADUAL E MUNICIPAL - SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO - PRESENÇA - INCONSTITUCIONALIDADE – EXISTÊNCIA - São inconstitucionais a Lei Estadual 10.995, de 21 de dezembro de 2001, e o art. 10 da Lei Municipal de Campinas 11.024, de 9 de novembro de 2001, que estabelecem condições às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações para a instalação de antenas e estações de radiotransmissão em geral, por invadirem competência legislativa e material privativa da União, afrontando o disposto nos arts. 22, inciso IV, combinado com o art. 21, inciso XI, da Constituição Federal - Leis de outros entes federativos não podem impor alterações, direta ou indiretamente, nos contratos celebrados com a União - Jurisprudência do STF – Acolhe-se a arguição de inconstitucionalidade.”

Não pode o legislador municipal, contudo, a pretexto de legislar concorrentemente ou suplementar a legislação federal, invadir a competência legislativa deste ente federativo superior (RE 313.060, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29-11-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006).

A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias. Trata-se de um dos pontos caracterizadores e asseguradores da existência e de harmonia do Estado Federal.

A base do conceito do Estado Federal reside exatamente na repartição de poderes autônomos, que, na concepção tridimensional do Estado Federal Brasileiro, se dá entre a União, os Estado e os Municípios. É através desta distribuição de competências que a Constituição Federal garante o princípio federativo. O respeito à autonomia dos entes federativos é imprescindível para a manutenção do Estado Federal.

Dessa forma, no conflito normativo aqui analisado, conclui-se que os arts. 3º e 9º da Lei nº 11.024, de 09 de novembro de 2001, do Município de Campinas, violaram o princípio da repartição constitucional de competências, que é a manifestação mais contundente do princípio federativo, operando, por consequência, desrespeito a princípios constitucionais estabelecidos.

Essa é a razão pela qual restou configurada, no caso, a ofensa ao disposto nos arts. 1º, 5º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Diante do exposto, o pedido deve ser julgado parcialmente procedente reconhecendo-se a inconstitucionalidade dos arts. 3º e 9º da Lei nº 11.024, de 09 de novembro de 2001, do Município de Campinas.

São Paulo, 19 de julho de 2013.

Sérgio Turra Sobrane
Subprocurador-Geral de Justiça
Jurídico