

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
FACULDADE DE DIREITO

ADIR NASSER JUNIOR

**AS CONCESSÕES DE RADIODIFUSÃO E SUA  
NATUREZA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

CURITIBA  
OUTUBRO DE 2009

ADIR NASSER JUNIOR

**AS CONCESSÕES DE RADIODIFUSÃO E SUA  
NATUREZA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA  
OUTUBRO DE 2009

## TERMO DE APROVAÇÃO

ADIR NASSER JUNIOR

### AS CONCESSÕES DE RADIODIFUSÃO E SUA NATUREZA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

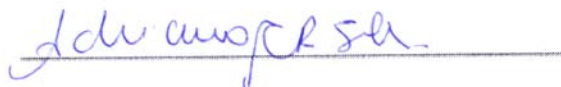
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



*ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO*  
Orientador



*ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO*  
Primeiro Membro



*ADRIANA SCHIER*  
Segundo Membro

Para KARIM, SHARBEL e CIDINEIA,  
razões de minha dedicação.

## RESUMO

Este trabalho versa sobre o regime administrativo dos serviços de radiodifusão no Brasil, especialmente na forma escolhida historicamente pelo legislador brasileiro para regular a matéria – a da concessão de serviços públicos. Emerge uma contradição de tal opção legislativa: a concessão no Brasil serve para a delegação a particulares de serviços que, a princípio, caberiam à Administração. No entanto, os serviços de radiodifusão de som (rádio) e de som e imagens (televisão) nasceram e se desenvolveram nas mãos da iniciativa privada. Além disto, a Lei de Concessões de Serviços Públicos (8.987/1995) exclui de seu âmbito a regulação das concessões de rádio e TV, ficando a matéria remetida ao Código Brasileiro de Telecomunicações. Trata-se, como um todo, de uma regulamentação que desafia a Constituição de 1988 e grande parte da doutrina sobre concessões. Sem oferecer uma resposta ao problema, este trabalho aponta para as principais concepções normativas que potencialmente têm o condão de sanar em graus diversos tais incongruências.

**Palavras-chave:** concessões, radiodifusão, direito administrativo, televisão, rádio, Constituição Federal, Código Brasileiro de Telecomunicações.

## ABSTRACT

This work has as subject the administrative regulation of broadcasting services in Brazil, especially the path historically chosen by the Brazilian lawmaker to regulate the area - the concession of public services. A contradiction emerges from this legislative option: the concession of public services, in Brazil, are used for the delegation to private entities some services that, in principle, should be provided by the Public Administration. However, the broadcasting services of sound (radio) and of sound and images (TV) were born and have developed under the action of private players. Additionally, the Law on Concessions of Public Services (8.987/1995), excludes from its scope the regulation of the broadcasting services of radio and TV, remaining the issue regulated by the Brazilian Broadcasting Code. As a whole, it's a regulation that defies the Constitution and much of legal doctrine on concessions. With no offering of an answer to the subject, this work points to the main normative conceptions which potentially are able to remedy, in different grades, such inconsistencies.

**Keywords:** concessions, broadcasting, Administrative law, television, radio, Brazilian Constitution, Brazilian Broadcasting Code

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1. A RADIODIFUSÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO - ÂMBITO E PECULIARIDADES</b> .....	9
1.1 Contexto histórico.....	11
1.2 Aspectos conceituais dos contratos administrativos e da delegação de serviços públicos a particulares .....	13
1.3 Os serviços públicos e a sua prestação pelo Estado .....	18
1.4 A radiodifusão nos ordenamentos constitucionais brasileiros .....	22
1.4.1 Disciplina constitucional atual.....	24
1.5 Legislação infraconstitucional – CBT .....	40
1.5.1 Conceitos próprios de concessão, permissão e autorização do Decreto 52.795/63 .....	43
<b>2. FUNDAMENTOS DA DISCIPLINA LEGAL DA RADIODIFUSÃO</b> .....	50
2.1 Relevância e o cabimento de uma regulamentação.....	50
2.2 O espectro eletromagnético e suas formas de ocupação.....	54
<b>3 INCONSISTÊNCIAS DA DISCIPLINA DO MODELO BRASILEIRO</b> .....	57
3.1 Concessões e os contratos administrativos desnaturados.....	60
3.2 Coronelismo eletrônico – perpetuação de estruturas arcaicas e formas de superação .....	62
3.3 Possibilidades de alteração normativa .....	66
<b>CONCLUSÕES</b> .....	69
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	70

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar aspectos implicados na disciplina legal de exploração de serviços de radiodifusão (rádio e TV), estabelecido sobre o modelo de concessões e permissões administrativas, no entanto fora do regime geral estabelecido pela Lei nº 8.987/95.

A razão da escolha do tema reside na situação *sui generis* que a regulação de tal setor enfrenta no ordenamento jurídico brasileiro, visto que emprega-se a sistemática de concessões/permissões, típica da delegação de serviços públicos, para uma atividade eminentemente privada, além de se prever uma espécie particular de concessão, em que a licitação encontra efeitos mitigados, o que cria um impasse em face do disposto no art. 175 da Constituição Federal.

O *iter* da presente análise compreende a condição dos serviços públicos, das concessões e dos serviços de radiodifusão na Constituição Federal, as peculiaridades da legislação infra-constitucional, os problemas da caracterização da radiodifusão como serviço público e a identificação de diversas questões pendentes de solução na legislação da radiodifusão, bem com as possíveis soluções já propostas.

Não se pretende aqui formular uma resposta definitiva, mesmo porque tal não seria apropriado para um trabalho de graduação, talvez tal fosse cabível apenas em nível de doutorado. Contudo, o propósito desta monografia é apontar os diversos entendimentos sobre o direito posto e as possibilidades assinaladas pela doutrina para a superação dos impasses gerados pelo particularismo deste tal modelo. Exatamente por isto, este trabalho apenas não adota uma ou outra definição do que seja serviço público, pois a escolha de um conceito é decisivo para definir o enquadramento dos serviços de radiodifusão, o que, como se disse, não é o objetivo deste trabalho.

Seria de se objetar a restrição do tema da presente investigação à radiodifusão, diante do crescimento da TV a cabo e da convergência de mídias para internet, que devem a se pensar em ser suplantado o paradigma da radiodifusão em breve. Com efeito, em que pese as novas mídias incrementam suas participações relativas no universo da comunicação, a radiodifusão também se reinventa – a digitalização das frequências é uma amostra – e deve continuar por muito tempo



como referência na comunicação de massa.

A este respeito, cabe lembrar que a vizinha Argentina tenta, sob protestos da grande mídia, reformular sua política de radiodifusão, promovendo ampla transformação em seu marco legal sobre o tema, especialmente no que tange a concentração da propriedade de veículos – problema igualmente presente no Brasil.

O aspecto político da comunicação de massa salta aos olhos e, no Brasil, os vãos abertos na estrutura legal da radiodifusão propiciam a perpetuação de vícios como o uso político das concessões e a impossibilidade de sua revisão à luz da lei e da Constituição. Cabe, porém, antes de propor soluções legais, identificar onde residem as imperfeições.

## 1. A RADIODIFUSÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO – ÂMBITO E PECULIARIDADES

A operação de radiodifusão de sons (rádio) e de sons e imagens (TV) no Brasil é disciplinada pelo Código Brasileiro de Telecomunicação (Lei nº 4.117 - de 27 de agosto de 1962), que teve seu Regulamento Geral aprovado pelo Decreto nº 52.795/63, alterado por seu turno, pelo decreto 236/67.

Tais diplomas legais consagram um modelo essencialmente baseado na presença de agentes privados que atuam no raio do espectro eletromagnético por meio de concessões outorgadas pelo Poder Público, que, *ex vi lege*, é titular das frequências radioelétricas, bem finito e então reputado como escasso, por conta das possibilidades técnicas existentes ao menos à época da edição dos diplomas.

A concretização do modelo de regulamentação com base na concessão estatal para agentes privados, que é um modelo entre diversos outros possíveis na legislação comparada, é fruto a um só tempo de decisões pretéritas do legislador brasileiro e da necessidade de acomodação da situação da radiodifusão brasileira então vigente – de cunho preponderantemente privada/comercial – com os paradigmas de direito comparado.<sup>1</sup>

Como bem observa Ericson Meister SCORSIM, falando especificamente sobre a TV, a gênese do sistema de operação privada de radiodifusão de som e imagem no Brasil dos anos 50 foi peculiar, pois, de um lado já havia o modelo europeu, calcado no pressuposto de TV pública, serviço público prestado diretamente pelo Estado, por concessão administrativa e, por outro, estava presente o modelo norte-americano, com fulcro na TV comercial privada, que seria não serviço público, mas serviço de utilidade pública, vigendo a técnica da licença

---

<sup>1</sup> Quando se fala em objetivos comerciais, há que se ter em conta, entretanto, que, nos seus primórdios, o sistema de radiodifusão foi uma atividade associativa de objetivo cultural. O movimento pelo rádio como veículo de propagação cultural não era um sonho apenas das elites brasileiras do início do século XX, quando criaram suas rádios clubes; por toda a parte, inclusive nos Estados Unidos, surgiram correntes advogando pelo afastamento do rádio da publicidade, fazendo do veículo um instrumento marcadamente educacional e de elevação do nível cultural das massas. Com efeito, obteve-se certo êxito neste intento num primeiro momento. Com o passar do tempo, expandindo-se o público, e com a demanda por publicidade na nova mídia impulsionada, entre outros fatores, pelo ingresso de agências norte-americanas de publicidade no Brasil, foi virtualmente impossível evitar a mediocrização da programação para atender o gosto da audiência mais ampla. A respeito do tema, OLIVEIRA, Dennison de. *Estado e Mercado – Telecomunicações no Brasil*. Curitiba: Prephácio, 1991. p. 46. e JAMBEIRO, Othon, *A TV no Brasil do século XX*. Salvador: Edufba. 2001

administrativa sob os auspícios de uma agência reguladora. Naquele contexto, entendeu-se como necessária a adoção de um modelo de síntese, arranjando no nosso ordenamento aspectos dos dois modelos regulatórios.<sup>2</sup>

O hibridismo, defende o autor, ficou expresso no Código Brasileiro de Telecomunicação, que garantia atuação da iniciativa privada, mediante o regime de delegação estatal, por concessão, permissão e autorização, porém com a gestão direta pelo Estado. Leticia RENAULT afirma que “a comunicação televisiva consolidou-se no Brasil com características muito próprias e talvez inexistentes em outras sociedades. Fruto da iniciativa privada e não do Estado ou de um movimento social, a televisão brasileira caminhou, na maior parte de seus 50 anos de existência, sob forte monopólio privado, mas sempre alinhada ao Estado”<sup>3</sup>. Ou seja, a TV no Brasil se erigiu como atividade privada, mas tem, em sua base, um caráter público. As críticas não tardaram, seja pela inadequação ou insuficiência do modelo, que além de dúbio, não continha mecanismos aptos a conter o virtual surgimento de monopólios que corrompessem totalmente a lógica das concessões.<sup>4</sup>

A regulamentação, que surgiu para acomodar uma situação legal que já havia e conformar o mercado sem que o Estado atuasse diretamente, gerou consequências indesejadas, especialmente no que atine às TVs, entre as quais o expansionismo das redes tendeu a minar o sistema. Desde a década de 60 a Rede Globo<sup>5</sup> conseguiu ganhar corpo valendo-se das brechas na legislação e se firmar como grupo francamente hegemônico no mercado. Mercado este que tem a peculiaridade de exigir grandes investimentos e, ao mesmo tempo, atuar numa seara de bens intangíveis e em áreas da liberdade humana mais sensíveis – a de

---

<sup>2</sup> SCORSIM, Ericson Meister. *Estatuto dos Serviços de Televisão por Radiodifusão* (tese). São Paulo, USP, 2007. p. 270

<sup>3</sup> RENAULT, Leticia. *Artigo 23 da Lei 8.977/1995: o Parlamento descobre a tevê*. XXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Intercom. Porto Alegre, Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2004, p. 1.

<sup>4</sup> Há quem entenda, como NUSDEO LOPES, que não houve propriamente uma mescla dos sistemas, mas a adoção do *trusteeship model* norte-americana em quase toda a linha, apenas com as necessárias alterações à particularidades locais. Sobre o tema NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: RT, 1997.

<sup>5</sup> Não apenas a Rede Globo, o sistema de redes, com geradoras no Rio de Janeiro ou em São Paulo, ganharam corpo como emissoras de âmbito nacional incluindo as redes engendradas no âmbito dos governos militares – Bandeirantes, SBT e Manchete (estas duas últimas como rescaldo da antiga TV Tupi). Com elas, as TV locais – leia-se a produção audiovisual das diversas regiões do país fora do eixo Rio-São Paulo – viram suas possibilidades de expansão se reduzirem drasticamente.

manifestação do pensamento. A formação de redes, se por um lado atendia aos interesses mais imediatos do regime militar então vigente na perspectiva de uma unidade nacional por meio da comunicação de massa, por outro lado, corroia a produção local de audiovisual e a reafirmação da cultura e da estética regionais.

Talvez nesta regulamentação com defeitos congênitos resida hoje o grande questionamento da opinião pública acerca das não muito bem compreendidas “concessões” de radiodifusão: há décadas detidas por grupos restritos e refratários à entrada de novos agentes, tem este segmento da comunicação a incumbência de ser a voz de toda uma coletividade que nem sempre se reconhece na programação e no conteúdo editorial destes veículos. O modelo nestas condições pode estar traduzindo um sistema jurídico inadequado a conformar a ordem social, conforme preconiza Calixto SALOMÃO FILHO: “um sistema jurídico que pretende possibilitar à sociedade corrigir a si mesma precisa necessariamente permitir a esta sociedade conhecer a si própria”<sup>6</sup>.

### 1.1 Contexto histórico

Muito embora o decreto regulamentando os serviços de radiotelégrafo e radiotelefone (decreto 3.296) date de 1917, o diploma legal mais relevante acerca da matéria antes da entrada em vigor do Código Brasileiro de Telecomunicações efetivamente é o decreto 20.047. Trata-se da resposta do poder público à instalação das primeiras emissoras de rádio no país, na década de 20<sup>7</sup>.

Publicado em 27 de maio de 1931, além de decretar a exclusiva competência e responsabilidade do Estado quanto à radiodifusão, classifica também, no art. 3º, a sua natureza (interior e exterior) e os fins a que se destinam as comunicações (público; público restrito; limitado a determinadas pessoas; radiodifusão; especial, como radioamador), além de atribuir ao serviço de radiodifusão o caráter de interesse nacional a ser considerado de exclusiva

---

<sup>6</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 33-34.

<sup>7</sup> As operações regulares de radiodifusão no país se iniciaram em 20 de abril de 1923, com a implantação da Rádio Sociedade do Rio de Janeiro. Naquele mesmo ano, começa a funcionar a Rádio Clube de Pernambuco. As emissoras que surgiram antes de 1931 tiveram suas licenças de operações emitidas com base no regulamento dos serviços de radiotelegrafia e radiotelefonía (Decreto 16.657/24), cf. ORTRIWANO, Gisela S. *A informação no rádio, os grupos de poder e a determinação dos conteúdos*. 3.ª ed. São Paulo: Summus, 1985, p. 15.

competência da União (o que importava controle estatal sobre tais serviços, através da fiscalização e do monopólio de exploração do serviço interior público) e a finalidade educacional.

O contexto político centralizador da época (Era Vargas) revela muito do interesse em se manter o controle estatal sobre a radiodifusão, conceituada no subsequente decreto 21.111/32, como "(...) radiocomunicação de sons ou imagens destinada a ser livremente recebida pelo público" (Cap. II Definições, art. 3º). Segundo Othon JAMBEIRO *et al.*, a legislação sobre comunicação que emergiu deste período "demonstra a preocupação do governo com tais serviços – em particular a radiodifusão, que passou, após a 1ª Guerra Mundial, a ganhar proporções massificantes – e ao mesmo tempo o grau da sua importância"<sup>8</sup>. Vargas enxergou o poderio do rádio como instrumento de afirmação do regime e se valeu das prerrogativas franqueadas pela lei para, por exemplo, promover em 1940 a encampação da empresa A Noite, dona da emissora Rádio Nacional.

Já havia a previsão no decreto de 1932 quanto ao prazo máximo de concessões (10 anos), a impossibilidade de transferência da concessão, composição mínima de brasileiros na diretoria da concessionária (dois terços) e submissão à fiscalização do Estado, que também se incumbiria de aprovar mudanças estatutárias, bem como distribuir, coordenar e consignar as frequências de radiocomunicação por meio da Comissão Técnica de Rádio (art. 36).

Em 1934, é editado um novo decreto (24.655), de 11 de julho de 1934, que "dispõe sobre a concessão e a execução dos serviços de radiodifusão e dá outras providências". Conforme Jambeiro, este decreto deixa transparecer claramente o poder concedente do governo e o interesse econômico no setor: "O Governo poderá, em qualquer tempo, desapropriar os serviços das concessionárias ou permissionárias, para o fim de executá-los, diretamente, ou por nova concessão a terceiros, nacionais, neste caso mediante concorrência pública, sob a condição de participar dos lucros" (art. 1º, § único). Neste mesmo decreto, art. 5º, o governo torna obrigatória, para todas as concessionárias, a transmissão de programa nacional, em horários definidos pelo governo.

Como observa Jambeiro, este decreto foi alterado pelo decreto 24.772 em

---

<sup>8</sup> JAMBEIRO, Othon *et al.* *Regulação da Radiodifusão: A concessão de frequências no Governo Provisório de Vargas (1930-1934)*. in *Revista de Economia Política das Tecnologias da Informação e Comunicação*. Ano II n.º 03, Aracaju, dezembro de 2000. p. 107

apenas uma alínea, referente ao valor das concessões, que foi reduzido de 50% para um terço do valor das instalações das operadoras. No entanto, a base para o modelo das concessões já estava dado nos decretos 20.047/31 e 21.111/32, que seriam os diplomas legais fundamentais sobre o tema das concessões de radiodifusão até a emergência do Código Brasileiro de Telecomunicações, em 1962, atravessando as Constituições de 1934, 1937 e 1946<sup>9</sup>.

É de se perguntar por que motivo se adotou tal modelo baseado em concessões a particulares, visto que o Estado demonstrou ter um interesse em manter um certo controle sobre a atividade. Embora os elementos históricos levem a concluir que foi pela consolidação de um quadro fático pré-existente, de rádios operadas por sociedades de cidadãos, mas há de se levantar por outro lado a hipótese de inércia do poder público em tentar instaurar um modelo próprio, não necessariamente baseado, mas que contemplasse também um papel mais relevante para as emissoras públicas. Tendo sido o modelo de concessões o adotado, cabe discutir a sua natureza.

## **1.2 Aspectos conceituais dos contratos administrativos e da delegação de serviços públicos a particulares**

O Estado não pode sempre e em todas as suas atividades atuar e realizar apropriadamente seus fins contando única e exclusivamente com sua estrutura física e corpo técnico-funcional. Portanto, tem de se valer de particulares para que estes, entre as balizas da legalidade, prestem atividades em favor do ente público para a consecução de atividade reputada relevante aos fins do Estado. A atuação destes particulares pode se dar de maneira compulsória – em condições, para tanto, previstas expressamente em lei, como o serviço militar –, ou de maneira espontânea<sup>10</sup>, que ocorre mais frequentemente.

Antes, é preciso lembrar que o Estado pode delegar a prestação de serviços criando ele próprio entidades distintas para tanto, na chamada descentralização por serviços; ou pode atribuí-los a entes privados já constituídos – a descentralização por colaboração. Na descentralização por serviços, o Estado cria por lei autarquia,

---

<sup>9</sup> NUSDEO LOPES, op. cit, p. 281.

<sup>10</sup> JUSTEN F.º, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 276.

fundação, sociedade de economia mista ou empresa pública, com personalidade jurídica própria, para a prestação de certo serviço e, por outorga, lhe transfere a titularidade e a execução. A administração exerce fiscalização – tutela – em limites condicionados sobre este serviço.

Já a descentralização por colaboração é aquela na qual o Estado apenas transfere a execução de um serviço público a um particular ou pessoa jurídica privada já existente, conservando a titularidade. Trata-se da mera atribuição da função executiva a terceiro externo à estrutura do Estado; contudo, nesta situação o Poder Público exerce um controle muito mais estreito das atividades delegadas.

Também é nesta última modalidade que a administração contrata com particulares a prestação de serviços. Desta maneira, o Estado estabelece um acordo de vontades com o particular, que, adstrito ao vínculo contratual, obriga-se com a administração mediante prestação equivalente. O contrato administrativo, pois, cria, modifica e extingue direitos entre os contratantes (Estado e particular), dentro de parâmetros legais. Para tal consideração, não se toma o contrato administrativo em face da problemática de ser o contrato, a princípio, uma instituição típica de direito privado cuja transposição para o Direito Administrativo se presta a uma série de desafios teóricos, pois, como assinala Romeu Felipe BACELLAR FILHO: “o contrato é uma categoria geral do direito, como o é o ato jurídico, que não pertence nem ao direito público nem ao privado. Isso se torna evidente se for deixada de lado a concepção restrita de contrato vigente no século XIX, fundamentada na autonomia da vontade, igualmente absoluta entre as partes”<sup>11</sup>.

Note-se que não se tem autonomia plena da vontade, já que as duas partes se encontram em situação de desigualdade jurídica – o particular sem prerrogativas e a Administração podendo estabelecer as condições para a efetivação do ajuste<sup>12</sup>. Contudo há nos contratos administrativos **bilateralidade** e **consensualidade**, pois pressupõe a existência de duas vontades – a do particular e a do Estado –, e que ambos têm interesse na formação do vínculo, o que é vital sob pena de se esboroar sua natureza contratual.

Outrossim, são **onerosos** (nas condições estabelecidas) e **comutativos** (importando obrigações recíprocas). A fim de assegurar para todos os efeitos o

---

<sup>11</sup> BACELLAR F.º, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 2008. p. 128.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed. Malheiros, São Paulo, p.189

interesse público, os contratos administrativos têm de ser celebrados por meio de instrumento formal. Da mesma forma, para vedar fraude na prestação, as avenças têm de ser *intuitu personæ*, somente cabendo a execução pela pessoa física ou jurídica que foi habilitada no certame licitatório, ficando impedida, como regra, a transferência do contrato administrativo para um terceiro<sup>13</sup>.

Quanto ao regime jurídico<sup>14</sup>, os contratos administrativos como regra são regidos por regime jurídico público, que lhes é característico, estabelecido pela Lei 8.666/93, mas podem ser realizados sob regime de direito privado (art. 62, § 3º, do mesmo diploma) ou sob regime público de delegação de competências administrativas (concessões de serviços públicos, preponderantemente regidos pela Lei 8.987/95)<sup>15</sup>. No caso de contratos firmados no âmbito do direito privado, “o regime privatístico será parcialmente derogado pelo direito público”<sup>16</sup>. Nestes casos, o traço mais distintivo dos contratos de direito privado celebrados com a Administração é tornar obrigatórias formalidades que seriam meramente facultativas no direito privado<sup>17</sup>.

Assim, seja nos contratos sob regime público, em que é acentuado, ou naqueles de caráter privado, nos quais aparece mitigado, o regime de prerrogativas e sujeições não deixa de impor suas marcas<sup>18</sup>. E, se é assim, é porque o interesse

---

<sup>13</sup> JUSTEN F.º entende que esta vedação não decorre do personalismo “irracional” dos contratos privados, em que o contratante toma supostas características particularíssimas do contratado como condição necessária ao adimplemento da obrigação. No âmbito administrativo, o caráter *intuitu personæ* decorre da salvaguarda de uma série de princípios, como o da isonomia e da supremacia do interesse público (a tutelar a proposta mais vantajosa à administração). “A transferência para um terceiro traz o risco de olvidar-se outrem, que poderia prestar-se a realizar contratação mais vantajosa com a administração. O personalismo do contrato administrativo reside, basicamente, na relevância dos requisitos de idoneidade (habilitação) e no respeito ao princípio da isonomia. O sujeito que contrata contra Administração deve preencher certos requisitos, mantendo-os permanentemente, durante o curso de todo de todo o contrato”. JUSTEN F.º, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 171.

<sup>14</sup> JUSTEN F.º, *op. cit.*, p. 282

<sup>15</sup> Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, os contratos de direito privado celebrados com a Administração não estão incluídos no gênero dos contratos administrativos (estes tipicamente administrativos ou com paralelo com o direito privado) e devem ser chamados de “contratos privados da Administração”. in, *Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 242

<sup>16</sup> BACELLAR F.º, *op. cit.*, p. 131

<sup>17</sup> JUSTEN F.º, *op. cit.*, p. 303

<sup>18</sup> JUSTEN F.º vê com cautela o desequilíbrio nas relações jurídicas entre o Estado e o particular no âmbito dos contratos administrativos: “Afirmar que contrato administrativo é relação jurídica que assegura a superioridade do interesse público não é o mesmo que reconhecer que o particular não possui garantias no contrato administrativo. Desmente-se, antes de tudo, o raciocínio de que contrato administrativo não apresentaria força obrigatória relativamente ao Estado. Ao contrário,



público está a presidir a ação da administração, que deve dirigir sua ação à consecução dos fins do Estado constitucionalmente previstos, o que implica a adoção, nos contratos administrativos, de todos os consectários do regime jurídico administrativo – notadamente a supremacia do interesse público.

A desigualdade entre as partes e a regência pelo interesse público importam a adoção de mecanismos aptos a assegurar, de um lado, prerrogativas da administração e, de outro, a observância dos princípios retores do regime jurídico administrativo. Nesta medida deve ser entendida a previsão constitucional (art. 37, XXI) do procedimento licitatório como antecedente necessário à formação do contrato administrativo. Mas também tendo em conta o regime de prerrogativas e sujeições é que se deve analisar a previsão de cláusulas extraordinárias nos contratos administrativos propriamente ditos.

O art. 58 da lei 8.666/93 reconhece competências anômalas à Administração Pública na contratação administrativa, que podem, independentemente de previsão contratual expressa, ser exercidas em face do contratado, inclusive em contratos de configuração tipicamente privatística, como os de locação. São as chamadas cláusulas exorbitantes, assim chamadas porquanto excedem ou extrapolam as normas de direito privado (nas quais seriam vedadas) e explicitando um desequilíbrio na balança contratual em favor da administração.

O regime de prerrogativas e sujeições se expressa no poder de alteração unilateral pela Administração, que pode incidir sobre as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço. Neste aspecto, a entidade estatal contratante pode alterar (sem prejuízo de alterações bilaterais ou judiciais), sem desnaturar a avença original, o objeto, especificações, prazos e locais de entrega, dentro de balizas estabelecidas pela lei (art. 65, I, da Lei 8.666/93), tendo em vista fatos supervenientes e imprevisíveis à época da celebração. Da mesma forma, é facultada à administração a rescisão unilateral motivada (inclusive por razões de conveniência e oportunidade) do contrato, em caso de interesse público ou inadimplemento (arts. 58, 78, 79 e 80 da Lei).

A administração pode ainda exercitar fiscalização severa, inclusive com poderes de acompanhar diretamente as atividades desenvolvidas pelo contratante. Não se constitui exatamente numa prerrogativa da administração, mas de um poder-

---

todas as cláusulas contratuais são obrigatórias para ambas as partes.” JUSTEN Fº, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. Dialética, São Paulo, 2003, p. 170

dever de o administrador zelar pelo fiel cumprimento do contrato, em vista do interesse público implicado. Igualmente, está a possibilidade de revisões para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que aproveita não apenas à administração, mas ao contratado. Contudo, tal se revela como um dever ao administrador, que tem de resguardar a eficácia administrativa por meio da justa paga pelo serviço oferecido, que pode ser afetado profundamente pelas condições externas ao âmbito contratual<sup>19</sup>.

Uma das mais pronunciadas modalidades de contratos administrativos são os contratos de concessão. Segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, trata-se a concessão do instituto

“[...] através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”<sup>20</sup>

Por meio de tais contratos, a Administração, conforme MEIRELLES, delega ao particular, mediante paga, serviço, obra pública ou concede bem público para que o particular o explore. Fundamental, segundo MEIRELLES, é a compreensão de domínio público, que subjaz ao de concessão, pois, se o Estado realiza uma concessão, o faz sobre bem ou direito sob seu domínio<sup>21</sup>. O domínio público, segundo o autor, é o conjunto de bens sujeitos ou pertencentes ao Estado, e, embora não haja consenso entre os doutrinadores, de forma geral eles entendem que nesta categoria está o direito de propriedade dos bens pertencentes à administração pública e seus entes, bem como, no exercício da soberania interna, os bens públicos e as coisas particulares de interesse público.

Embora a delegação de serviço público a particular tenha surgido e se aprimorado por meio de contratos de concessão de serviço público, tal delegação poderá dar-se, em determinadas situações, mediante ato administrativo precário – não por um contrato. Tratam-se das permissões administrativas, nos quais,

---

<sup>19</sup> Como fato do príncipe (álea administrativa), fatos supervenientes imprevistos (álea econômica), fato da administração, sujeições imprevistas, força maior, alteração das condições originais.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 622

<sup>21</sup> *Idem*, p. 431.

conforme observa NUSDEO LOPES<sup>22</sup>, o Poder Público atribui a alguém a prestação de um serviço público, em princípio, mediante tarifa cobrada dos usuários.

Se a precariedade e a constituição por ato – e não por acordo de vontades – são os traços diferenciadores principais das permissões em face das concessões administrativas, nos demais aspectos os dois institutos se aproximam em larga medida. Conforme BACELLAR FILHO<sup>23</sup>, a doutrina costumava ver diferenças mais acentuadas entre as figuras da concessão e da permissão até a superveniência da Constituição de 1988 que, em seu art. 175, passou a prever licitação também para as permissões. O mesmo dispositivo no seu parágrafo único também atribuiu caráter contratual à permissão. A Lei nº 8.987/95 tentou estabelecer uma distinção entre os dois institutos, que restou na possibilidade de a Administração fazer contratos de concessão com pessoas físicas e jurídicas, ao passo que nas concessões admite-se apenas pessoa jurídica ou consórcio.

Por fim, o ordenamento brasileiro contempla ainda as autorizações, que são atos administrativos unilaterais, discricionários e precários visando a atender “situações coletivas instáveis ou de emergência transitória, ou seja, é marcada pela provisoriedade”. Na definição de Hely Lopes MEIRELLES: “Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc.”<sup>24</sup> Conforme se verá, tais instrumentos – concessão, permissão e autorização – têm uma aplicação própria em se tratando da delegação dos serviços de radiodifusão no Brasil.

### **1.3 Os serviços públicos e a sua prestação pelo Estado**

Os contratos administrativos, como se disse, prestam-se à satisfação de necessidades públicas que, por si e por sua estrutura própria, o Estado não seria capaz de atender. No gênero das necessidades públicas, algumas utilidades ou

---

<sup>22</sup> NUSDEO LOPES, op. cit., p. 130.

<sup>23</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p. 145.

<sup>24</sup> MEIRELLES, op. cit. p. 167.

comodidades materiais são plenamente satisfeitas por particulares.

Outras, no entanto, pela sua relevância ao bem-comum e até mesmo pelo pouco interesse que despertariam na sua exploração comercial, não podem, como sustenta BANDEIRA DE MELLO, ser simplesmente relegadas à livre iniciativa e, portanto, são assumidas como atividade administrativa pelo Estado, vez que reputa ser seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação<sup>25</sup>. São os chamados serviços públicos, que, por suas características, são submetidos a uma disciplina jurídica específica, com o objetivo de garantir os direitos coletivos a eles correspondentes e defender a sua correta execução.

Eros Roberto GRAU sustenta não haver em nosso sistema constitucional uma distinção substantiva entre atividade econômica e serviço público; ao contrário, o autor alega que a primeira é o gênero do qual a segunda é espécie (juntamente com a atividade econômica em sentido estrito, afeta precipuamente à atuação dos agentes privados). “Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão”<sup>26</sup>. No entanto, seria uma atividade a princípio titularizada pelo Estado.

A Constituição de 1988, ao prever os serviços públicos, não estipula, em grande parte dos casos, a sua prestação direta pelo Estado, já que abre a possibilidade de ser outorgada sua execução a pessoas estranhas a seu aparelho mediante concessão, permissão ou autorização, o que de maneira alguma desnatura a atividade com serviço público, já que a titularidade do serviço não se confunde com a titularidade da prestação do serviço<sup>27</sup>.

A Carta Magna lista uma série de serviços tidos como de competência do Poder Público federal (art. 21, X e XII; art. 194, art. 203; art. 205 e art. 208), mas o rol, adverte BANDEIRA DE MELLO, não é exaustivo, e muitos serviços serão da alçada exclusiva dos Estados, Distrito Federal e municípios, ou ainda entre estes entes e a União de maneira concorrente.

Da mesma forma que alguns serviços públicos não precisam ser prestados

---

<sup>25</sup> BANDEIRA DE MELLO, op.cit., p. 645.

<sup>26</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, São Paulo: RT, 1990, p. 139.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, op.cit., p. 659.

nesta condição pelo próprio Estado, a titularidade exclusiva do Estado não se impõe em certas atividades que, a princípio, são tidas como serviços públicos (saúde, educação, previdência social e assistência social). Estas podem, pois, ser exercidas por particulares de maneira livre (saúde e educação), com a iniciativa privada já prevista independentemente de concessão (assistência social) ou de maneira complementar ao Estado (previdência social).

Assim, temos, em consonância com a evolução do chamado Estado Social<sup>28</sup>, no Brasil uma ampliação considerável dos serviços públicos, alguns dos quais passaram a ser prestados por particulares, enquanto outros permanecem como de prerrogativa de exercício do próprio Estado. A ampliação destes serviços – corolário da ampliação dos direitos constitucionalmente garantidos – não se traduz em termos unívocos em todos os sistemas políticos, como se poderia pensar quem imaginasse que as sucessivas gerações de direitos fundamentais (e dos serviços públicos a eles correlatos) se desenvolvessem homoganeamente. Como observa Ana Cláudia FINGER:

“O serviço público é uma das garantias constitucionais de realização dos direitos fundamentais. Sendo uma função estatal atribuída à Administração Pública correspondente ao oferecimento de uma prestação positiva concreta tendente à satisfação das necessidades fundamentais do cidadão, o serviço público constitui um importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais e, como tal, é tarefa inafastável do Estado, mormente diante da ideia de um Estado Democrático e Social de Direito que a Constituição Federal de 1988 espargê”.<sup>29</sup>

Se os direitos constitucionais são determinantes para se fixar o rol de serviços públicos que a administração oferecerá e se tais serviços, hoje em número considerável, mutáveis conforme os diversos ordenamentos, seria cabível a discussão sobre a existência de serviços formalmente públicos (assim reputados pela Constituição ou em lei), e se seria possível adotar um critério para se saber se há serviços “materialmente” públicos, ou seja, com conteúdo material intrinsecamente afeto à atividade do administrador, ainda que não positivados na Lei Maior. Em que pese o entendimento de Carmen Lúcia Antunes ROCHA de que por lei o administrador pode erigir à condição de serviços públicos “atividades dotadas

---

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.

<sup>29</sup> FINGER, Ana Cláudia. *Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 232, p. 82

dos atributos próprios”<sup>30</sup> (leia-se que possuem em si as marcas, os traços distintivos essenciais do serviço público), o entendimento mais consentâneo na doutrina vai em sentido negativo, pois, como assinala Rodrigo KANAYAMA:

“Para Duguit e Odete Medauar, o rol de serviços públicos pode ser alterado de acordo com as necessidades e de acordo com o governante. Não há, portanto, como dizer quais atividades são serviço público sem analisá-las uma a uma. Entende da mesma forma Themístocles Brandão Cavalcanti, que diz existir a relatividade do conceito de serviço público, “variável de acordo com as condições e épocas”. E Jêze, da mesma forma, reconhece a existência do serviço público de acordo com a visão dos governantes. São serviços públicos, para o autor, aqueles que servem para suprir as necessidades de interesse geral que, em determinado local e tempo, são instituídos”<sup>31</sup>

Ainda assim, como nota Fernando Herren AGUILLAR, apenas a emenda constitucional seria o instrumento apto a inserir mais algum item no rol dos serviços públicos<sup>32</sup>. Na prática, porém, nem mesmo as regras para a emenda à Constituição confeririam certa estabilidade à relação dos serviços públicos, que se sujeitariam às injunções dos governos de ocasião. Assim, as diversas modalidades de serviço público têm de ser vistas como contingentes e – em certa medida, ao menos – mutáveis, conforme as exigências constitucionais e prioridades eleitas por escolhas políticas, não sendo apropriada, portanto, a formulação teórica de um rol de serviços de conteúdo materialmente público<sup>33</sup>.

Para deixar mais completo – e complexo – o quadro do presente estudo, cabe destacar que, a Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº. 8.987/95), nos quais se encontraria um parâmetro legal para regular a matéria, dispõe expressamente que ela própria não se aplica à regulamentação das concessões/autorizações de rádio e TV (art. 41), que possuem regramento próprio (Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62).

Outrossim, como se demonstrou, o Estado brasileiro sempre se imiscuiu na

---

<sup>30</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 20.

<sup>31</sup> KANAYAMA, Rodrigo. *A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (org.). *Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 199.

<sup>32</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 273.

<sup>33</sup> Há um ponto relevante a se ressaltar: a inclusão de uma atividade econômica como serviço público coloca o Estado com o seu titular, ainda que possa eventualmente delegar a sua execução a terceiros. Donde se percebe que tal inclusão tende a atingir o direito à livre iniciativa, necessariamente.

atividade dos agentes privados que realizavam os serviços de rádio e TV – em alguns momentos impondo restrições gravosas -, mas não assumiu, a exemplo de países europeus, ele próprio, a atividade de radiodifusão, exceto pelas incipientes TV e rádios educativas ou marcadamente estatais – que sintomaticamente se recusam a operar sob este título. Ao contrário, a Administração trabalhou – e trabalha, como veremos – para manter intacta a estrutura privada de operação da radiodifusão, vale dizer, trata-a como uma atividade eminentemente privada, a ser tutelada como negócio pelo Estado.

Assim, se quisermos ver nos serviços públicos, como DI PIETRO<sup>34</sup>, os princípios da continuidade do serviço público, da mutabilidade do regime jurídico e da igualdade dos usuários<sup>35</sup>, há que se questionar se nas atividades de rádio e TV há efetivamente um serviço público, ao qual se aplicariam tais princípios ou se têm eles natureza diversa, e, apenas por uma questão convencional, são tratadas pelo mesmo *nomen iuris* realidades substancialmente distintas.

A Constituição Federal, em seu art. 175, determina que o Poder Público prestará, na forma da lei, os serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, contudo, como já se mostrou, a relação dos chamados serviços públicos é aberta, comportando inovações, porém, em tese, deveriam vigor sobre eles o mesmo arcabouço legal – especialmente o requisito prévio de concorrência pública, o que se aplica de maneira descaracterizada nas concessões de radiodifusão, bem como a duração pré-determinada do contrato. Convém lembrar que o próprio texto constitucional, no art. 176, concorre para recrudescer o problema ao prever que jazidas minerais serão objeto de “concessão” ou “autorização”. Assim, cabe verificar se o modelo geral dos serviços públicos, e suas respectivas concessões, é aplicável aos serviços de radiodifusão.

#### **1.4 A radiodifusão nos ordenamentos constitucionais brasileiros**

Os diversos ordenamentos constitucionais vão trazer inovações no campo da regulação da radiocomunicação na medida em que as modalidades de mídia iam

---

<sup>34</sup> DI PIETRO, op.cit., p.

<sup>35</sup> Ou outros, como o da transparência, da motivação e do controle, citados por BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 635.

se expandindo e tomando novos contornos na sociedade brasileira. A carta republicana de 1891 tratava, tão somente, da competência do Congresso Nacional para legislar em matéria sobre serviços de correios e telégrafos (art. 34, 15). Na época, nem se mencionava ainda radiodifusão, visto que o rádio, como experiência, estava começando exatamente naquele período.

Já em 1934 havia previsão de a União ter competência para explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea (art. 5º, VIII), havendo disposição acerca da competência legislativa sobre a matéria (art. 5º, § 3), inclusive competência legislativa residual aos Estados. A livre manifestação do pensamento era assegurada (art. 113, 9), vedando-se censura exceto para espetáculos e diversões públicas, além de se vedar a propriedade de empresas jornalísticas por estrangeiros ou por sociedades anônimas por ações ao portador ou integradas por outras pessoas jurídicas (art. 131). Embora não impusesse nenhuma licença para a publicação de livros e periódicos, vedava a propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

A Constituição de 1937 manteve praticamente intacta a competência da União para a concessão dos serviços de telégrafos e radiocomunicação, bem como a competência legislativa privativa da União sobre a matéria (art. 16, X), mantida a competência dos Estados também apenas para suprir deficiências da lei federal. Contudo, a “Carta Polaca”, com uma série de exceções, fazia letra morta da liberdade de pensamento, insculpida no art. 112,15.

Facultava-se à lei, entre outras medidas restritivas, a possibilidade de instituir censura prévia à imprensa, teatro, cinematógrafo, radiodifusão, para assegurar a “paz, a ordem e a segurança pública”; além de ficar a imprensa, declarada de caráter público, obrigada a publicar informes governamentais em tamanhos determinados e a assegurar o direito gratuito de resposta. Foram mantidas as regras da Constituição anterior atinentes à propriedade de empresas jornalísticas, porém, pela primeira vez, a par da “radiocomunicação”, empregou-se o termo “radiodifusão”.

Superando este panorama autoritário, a Constituição de 1946 retoma o quadro da Constituição de 1934, mantendo como competência da União a exploração direta ou mediante concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e radiodifusão (art. 5º, XII), bem como garantindo a liberdade de expressão. Foi sob a égide desta Constituição que foi promulgado, em 27 de agosto



de 1962 o Código Brasileiro de Telecomunicações, diploma legal que ainda é a base para a disciplina das concessões de rádio e TV abertas no Brasil, como se demonstrará a seguir.

A Carta de 1967 manteve as disposições das precedentes quanto aos serviços de telecomunicações (exploradas diretamente pelo Estado ou mediante autorização ou concessão, bem como a competência legislativa privativa da União, cf. art. 8º, XV e XVII). A inovação ficou por conta da necessidade de assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional para a concessão e a instalação de meios de comunicação em áreas indispensáveis à segurança nacional (art. 90,II, a).

Quanto à limitação da propriedade de empresas jornalísticas por pessoas jurídicas, a Carta outorgada pelo regime militar abriu exceção para partidos políticos (art. 166), no entanto previa a imposição por lei de restrições à organização e ao funcionamento das empresas jornalísticas e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção (art. 166, § 2º).

A disciplina da matéria foi mantida praticamente intacta na Emenda nº 1 de 1969, que apenas no tema das exceções à liberdade de expressão foi ainda mais restritiva e incluiu a proibição de propaganda e preconceito de religião e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

#### **1.4.1 Disciplina constitucional atual**

Por fim, a Constituição de 1988, superando todos os entraves autoritários, consagrou a liberdade de comunicação como direito fundamental, vedou expressamente a censura, reafirmou a competência da União sobre os serviços de radiodifusão (exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão) e consagrou um capítulo próprio à disciplina da Comunicação Social (Capítulo V do Título VIII).

Pela disposição do inciso IV do art. 5º, garantiu-se a livre manifestação do pensamento, vedando-se somente o anonimato e prevendo o direito de resposta proporcional ao agravo (inciso V), enquanto no inciso IX, foi assegurada a liberdade de comunicação, sem qualquer condicionamento a censura ou licença; ao passo que o inciso XIV do mesmo artigo garante a todos o acesso à informação e o resguardo ao sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Quanto às competências material e legislativa para os serviços de radiodifusão sonora, os art. 21, XII, e 22, IV, da Constituição reservam-nas para a União, a fim de que explore, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. O art. 21, XII, tem redação oriunda de alteração promovida pela Emenda Constitucional 8/95, engendrada para possibilitar a quebra do monopólio estatal e a privatização das empresas de telefonia. Originalmente, o inciso previa que era competência da União “explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”.

De toda forma, em se tratando de concessões/permissões, teria de ser válida para “outorgas” de frequências de rádio e TV a cláusula geral do art. 175 da Constituição Federal, que prevê que para as concessões de serviço público sempre haverá anterior processo licitatório, cabendo à lei assegurar o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários; política tarifária e a obrigação de manter-se o serviço adequado.

Vale ressaltar novamente que as concessões de radiodifusão estão fora da norma geral das concessões (Lei 8.987/1995). Pelo menos quanto ao processo licitatório, as concessões de radiodifusão sofrem uma “mitigação”, pois a escolha do titular da frequência não segue os parâmetros concorrenciais de uma licitação típica (em que há, em tese, diversos aspirantes à prestação do serviço), mas se submete a um juízo de apreciação de condições do aspirante, segundo alterações introduzidas pelo Decreto 2.108/1996 sobre a redação do decreto 52.795/1962. Também não há previsão adequada de direitos dos usuários. Outrossim, como será visto em detalhe adiante, as concessões de radiodifusão tendem a se eternizar em vista das constantes renovações.

Já a competência legislativa pode ser atribuída por lei complementar, nos termos do art. 22, § único, aos Estados a fim de que estes legislem sobre questões específicas, “contudo – como assevera NUSDEO LOPES -, tal hipótese parece extremamente difícil, senão mesmo impossível, de ocorrer na prática, face à

natureza dos serviços em questão”.

Uma inovação importante no âmbito constitucional foi a introdução (art. 49, XII) da competência exclusiva ao Congresso Nacional para apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão, anteriormente sob total dependência do Poder Executivo. Com o novo modelo introduzido, permanece a competência do Executivo, mas este poder passa a dividir com o Legislativo a prerrogativa de apreciar as concessões. Em que pese a relevância da nova incumbência, não foi prevista, como lembra NUSDEO LOPES<sup>36</sup>, qualquer instância de representação democrática para assessoramento ou acompanhamento deste processo.

Conforme observa a autora, a Constituição e demais textos legais falam em “outorga” da concessão ou permissão, o que não é apropriado, pois só haveria, de fato, outorga em descentralização por serviços, enquanto que haveria delegação nos casos de descentralização por colaboração, que é a situação dos serviços de radiodifusão sonora e de imagens, pelo menos no modelo brasileiro. Na lição de Hely Lopes MEIRELLES, “há outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública; há delegação quando o Estado transfere por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado preste ao público em seu nome e por sua conta e risco”<sup>37</sup>

No que concerne ao instituto das concessões de radiodifusão, é necessário destacar que o art. 54, I, “a”, veda aos deputados e senadores, 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, salvo quando contrato obedecer a cláusulas uniformes. O confronto da norma com o plano dos fatos atemoriza quem, na tradição democrática ocidental, vê na Constituição a garantia máxima do governo de lei, vez que dezenas de parlamentares detêm direta ou indiretamente rádios e TVs. O Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC), em levantamento feito nesta década, mostra que no Brasil pelo menos 271 políticos são sócios ou diretores de emissoras de rádio e televisão, entre os quais 27 dos 81 senadores da República

---

<sup>36</sup> NUSDEO LOPES, op. cit., p. 285.

<sup>37</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 305.

(um terço do Senado, portanto).<sup>38</sup>

Esta situação é particularmente grave. Importa, como se verá em detalhe oportunamente, analisar as condições nas quais o “estatuto jurídico do político” é solenemente ignorado, a fim de se manter um quadro de injunções particularistas sobre matéria de eminente interesse público, como a não perceber-se a inovação substantiva trazida pela nova ordem constitucional, de maneira que os próprios detentores das mais altas magistraturas passam a agir como se ainda vivêssemos nos tempos de ordenamento anterior – ou de ordenamento nenhum. Na lição de José Joaquim Gomes CANOTILHO:

As noções de continuidade e descontinuidade, formal e material, distinguem-se dos conceitos de continuidade e descontinuidade sociologicamente entendidos. Neste último caso, o problema consiste em saber se, não obstante a existência de uma descontinuidade formal ou material no plano jurídico-constitucional, não há uma substancial continuidade no plano político-social.<sup>39</sup>

Com efeito, no plano dos fatos, não se viu efetiva ruptura com a ordem pretérita e ignora-se, neste particular, a letra expressa da Lei Maior e é totalmente posta à margem a disposição da Lei 10.680/2002, que acrescentou o parágrafo único ao art. 38 da Lei 4.117/62, deixando explícita a vedação a detentores de imunidade parlamentar ou de foro especial para o exercício da função de diretor ou gerente de concessionária, permissionária ou autorizada.

A Constituição, porém, inovou ao criar um capítulo dedicado exclusivamente à Comunicação Social no seu corpo. Entendida como “comunicação de massa”<sup>40</sup>, a matéria é tratada de maneira concentrada entre os artigos 220 e 224. Contudo, em que pese a relevância do tema, nenhum dos artigos foi objeto sequer de uma tentativa mais articulada de lei complementar visando a dar maior efetividade às normas<sup>41</sup>.

É visível a inércia legislativa para a disciplina legal das comunicações de forma geral e das concessões de rádio e TV em particular, e pode ser bem

---

<sup>38</sup> In ANDI - Associação Nacional dos Direitos da Infância. *Mídia e Políticas Públicas de Comunicação*. Brasília: fevereiro de 2007, p. 86.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José J. G. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 146

<sup>40</sup> *Idem*, p. 288.

<sup>41</sup> Na verdade, houve uma tentativa, o PLC 256/1991, visando a regulamentar a regionalização da programação de rádio e TV, além da Lei 10.610/02, que veio disciplinar a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão, que surgiu como inovação no quadro constitucional no Brasil pela EC 36/2002.

observada pela não efetivação do Conselho de Comunicação Social, previsto no art. 224 da Constituição, a ser criado como órgão auxiliar do Congresso Nacional. Em que pese a Lei nº 8.389, de 30/12/1991, tê-lo instituído, restou indubitavelmente manietado, ao lhe serem previstas eminentemente funções consultivas, consistentes na “realização de estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional a respeito do Título VIII, Capítulo V, da Constituição Federal” (art. 2º).

Em face da relevância do tema da comunicação social para os diversos aspectos da vida social, o Conselho de Comunicação Social seria um mecanismo de participação mais ativa da sociedade na discussão dos pontos-chave da comunicação de massa no Brasil. Contudo, ele só teve sua primeira composição formalizada em 23 de maio de 2002, 10 anos após a edição da lei. Além disto, a composição, prevista no art. 4º da Lei 8.389 com uma divisão entre representantes das categorias profissionais da mídia, empresas de mídia e sociedade civil, restou inadequada, pela participação relativa preponderante de empresários e o pequeno papel reservado à entidades da sociedade civil. Conforme analisam Valério BRITTOS *et al.*:

“Observando os nomes designados para preencher as vagas da sociedade civil, percebe-se que 50% dos conselheiros são agentes ativos na história dos radiodifusores privados, 10% refere-se à cadeira da sociedade civil, que na gestão aqui tratada é ocupa por representante político, e somente 40% da totalidade de representação civil encontra-se coerente com o conceito de sociedade civil está ocupado por dois conselheiros titulares e dois suplentes que abrangem psicólogos, agentes ligados à mídia estatal, e à crítica da mídia”<sup>42</sup>.

A CCS teve vida breve – a primeira composição, que permaneceria até 2004 – foi seguida de outra, que atuou até 2006. Ainda conforme BRITTOS *et al.*, na segunda gestão, “o quadro de representantes do CCS apresenta o mesmo desequilíbrio do espaço destinado à representação da sociedade civil, assim como percebe-se que uma grande parte dos nomes indicados para conselheiros titulares repetem (*sic*) os nomes eleitos na primeira gestão”. Desde então, por falta de consenso entre os diversos setores envolvidos não houve nova composição, e o conselho só existe formalmente. Assim, a proposta restou triplamente esvaziada: primeiramente pela restrição de seu campo de ação; depois, pela participação relativa restrita da sociedade civil, e, por fim, pela sua supressão, na prática.

---

<sup>42</sup> BRITTOS, Valério et al. *Conselho de Comunicação Social: possibilidades e limites*. in UNIRRevista, V1, nº 3. São Leopoldo: Unisinos, julho de 2006

O artigo que abre o capítulo, no *caput*, prevê que, uma vez observado o disposto na própria Constituição, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição. Tal previsão, lida em conjunto com o art. 5º, IX, faz emergir um direito reputado por muitos como fundamental de terceira geração – o direito à informação, um direito bifronte, que implica não apenas a abstenção do Estado em impor censuras de qualquer natureza, mas a garantia a todos ao livre fluxo de informações, ao pluralismo de manifestação das correntes político-ideológicas, à diversidade.

O referido dispositivo não apenas enseja tal direito como também, por sua incisiva condenação a todos os óbices à livre manifestação do pensamento, torna não recepcionada pela nova ordem constitucional toda a legislação que lhe é anterior e que contemplava, de alguma maneira, restrições à plena liberdade de expressão<sup>43</sup>. Não fosse suficiente a ampla condenação feita no *caput* do artigo, o § 1º é ainda mais enfático na garantia à liberdade de informação: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV (liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato), V (garantia do direito de resposta e indenização por dano material, moral ou à imagem), X (inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem e garantia de indenização correspondente), XIII (liberdade de exercício de profissão) e XIV

---

<sup>43</sup> Como foi o caso de dois julgados de 2009 do Supremo Tribunal Federal. Num deles, a ADPF 197/09, foi declarada integralmente não recepcionada a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), por seus dispositivos incompatíveis com a nova ordem, inclusive alguns prevendo censura (art. 1º, § 2º) e penas mais gravosas para o jornalista em caso de crimes contra a honra (arts. 20 a 22), embora contivesse uma forma de regulamentação do direito de resposta (arts. 29 a 36). Outro julgado, o Recurso Extraordinário 511.961/SP, o Ministério Público Federal e o Sindicato das Empresas de Radiodifusão de São Paulo obtiveram, por fim, a declaração de não recepção do inciso VII do art. 4º, do decreto 972/69, que determinava a formação universitária específica em Jornalismo, e o registro profissional no Ministério do Trabalho, para o exercício de atividades próprias desta profissão. Nesta última decisão, cujo acórdão até a conclusão deste trabalho ainda não fora publicado, o voto vitorioso do ministro relator Gilmar Mendes foi no sentido de que “a exigência de diploma de curso superior para a prática do Jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição. Portanto, em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional”. De acordo com LOPES (op. cit. p. 287), o dispositivo do *caput* do art. 220 se constitui em verdadeira “garantia constitucional, independente de qualquer regulamentação ou legislação infraconstitucional para lhe garantir eficácia”, o que se demonstrou no voto de Mendes.

(garantia a todos do acesso à informação e garantia do sigilo da fonte)".

Conforme NUSDEO LOPES, com o § 1º, fica mais uma vez caracterizado o direito à informação como um direito fundamental bifronte, comportando liberdades ativa e passiva. De acordo com José Afonso da SILVA, "o mesmo é dizer que a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. A primeira, observa Albino Greco, coincide com a liberdade de manifestação do pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão; a segunda indica o interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas"<sup>44</sup>.

O § 2º traz firme proibição à censura de qualquer natureza, ideológica ou artística. A referência mais imediata é à censura estatal, intolerável em qualquer Estado democrático de direito, no entanto, a vedação pode ser estendida à chamada censura privada, frequente nos veículos de comunicação, mas que, por insidiosa e oculta, conta com escassos recursos legais para sua sanção, especialmente na atividade jornalística, presentemente, quando se tenta por diversas frentes desregular a profissão<sup>45</sup>. Para SILVA, "o dono da empresa de comunicação tem um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente tem um dever. Reconhece-lhe o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade tais acontecimentos e ideias objetivamente".<sup>46</sup>

O parágrafo 3º diz que compete à lei federal (I) regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; e (II) estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à

---

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 217-218.

<sup>45</sup> Além da já citada decisão do STF sobre a obrigatoriedade da formação específica em nível superior para o exercício da profissão de jornalista, são outros exemplos a campanha midiática agressiva contra o Projeto de Lei nº. 3.985/04, de iniciativa do Executivo, que previa a criação do Conselho Federal de Jornalismo, que resultou no seu arquivamento ainda na Câmara, bem como a rejeição, sem o devido debate, do Projeto de Lei da Câmara nº 79/2004, de autoria do deputado Pastor Amarildo, que previa a ampliação do rol de funções privativas de jornalistas. Os três casos refletem a postura dos proprietários dos veículos de comunicação, que reivindicam, com justeza, a liberdade de imprensa, mas não aceitam sequer discutir qualquer instrumento dos trabalhadores para assegurar uma informação mais veraz.

<sup>46</sup> Idem, p. 289.

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.

Quanto ao primeiro inciso vale observar a edição da Portaria nº 1.220, do Ministério da Justiça, de 11 de julho de 2007, relativa ao processo de classificação indicativa de obras audiovisuais destinadas à televisão e congêneres, contudo não se trata de uma concretização do dispositivo constitucional (que requereria lei complementar), mas regulamentação das disposições da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), da Lei nº 10.359/01 e do Decreto nº 6.061/07<sup>47</sup>.

Quanto ao segundo inciso, não há nenhum mecanismo legal apto a garantir à pessoa e à família recursos administrativos céleres de garantia contra a programação de rádio e TV que não atende aos princípios constitucionais, o que, além de, por si, denotar uma grave omissão do legislador, está também em flagrante contradição com o princípio da participação democrática na gestão da administração pública, trazida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que inovou o § 3º do art. 37, que foi além do direito de reclamação (a ser definido por lei, na redação originária), resguardou ainda o acesso dos usuários aos registros de atos de governo e disciplinou a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função.

Para Adriana da Costa Ricardo SCHIER, os efeitos da norma constitucional que instituiu o direito de reclamação devem ser amplos, de maneira que a legitimidade de tal direito se estenda não apenas aos efetivos usuários do serviço público, mas aos potenciais usuários, “pois um entendimento em sentido contrário acabaria por limitar o próprio conceito de cidadania”<sup>48</sup> Nem mesmo o Conselho de

---

<sup>47</sup> Não sem antes provocar intensa oposição de veículos da mídia, que não hesitaram a chamar o mecanismo de “censura”. Numa das votações do projeto no Congresso Nacional, o então deputado Paulo Lima, revelando a má compreensão acerca dos controles públicos que a própria Constituição faculta, afirmou que o projeto “não só restabelece a censura, o cerceamento da livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão, e da informação, mas parte do princípio de que o cidadão é incapaz de responsabilizar-se pela escolha de seus programas de lazer...” Já a classificação, em que pesem seus méritos, não alcança a abrangência pretendida pelo legislador constitucional, que tinha em vista ainda com o dispositivo a observância de outro dispositivo constitucional, do art. 221, IV, que impõe às emissoras de rádio e TV o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa humana, sem que tal previsão implique qualquer tipo de censura aos veículos, cf. NUSDEO LOPES, op. cit. p. 290.

<sup>48</sup> SCHIER, Adriana Ricardo da Costa. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237. Para a autora, os usuários efetivos e potenciais podem ter tratamento diferenciado no exercício do direito de reclamação, sem prejuízo dos últimos, que em qualquer hipótese poderiam fazer valer o direito de petição, na qualidade de



Comunicação Social, quando operante, seria um mecanismo adequado a tal finalidade, que também deveria estar contemplada em face do art. 175, II e IV.

Ora, seja admitindo o quadro colocado pela legislação que atribui à radiodifusão o caráter de serviço público, ou ainda, entendendo-se de maneira diversa, que se trata de uma atividade eminentemente privada, é certo que há neste caso um relevante interesse público implicado. Mas, em que medida tal satisfação pode ser sequer aferida ou, avançando, pode ser conformada às efetivas necessidades do público? Joana ZYLBERSZTAJN lembra que a regulação midiática, ao menos em tese, comporta o embate de forças da sociedade civil (usuários/cidadãos/consumidores), Estado (governos e organismos internacionais) e mercado (corporações de mídia)<sup>49</sup>. Ou, com mais detalhe, segundo Edgar REBOUÇAS:

“os conflitos em torno do estabelecimento de uma política de comunicações envolvem elementos de pressão muito marcantes: os interesses dos que estão vinculados ao poder Legislativo, dos que ocupam o poder Executivo, dos empresários do setor e das necessidades e anseios da sociedade civil organizada, [além dos] intelectuais/especialistas como grupo de pressão deste processo”<sup>50</sup>

Desta forma, em não havendo regulamentação hábil a conferir efetiva tutela da disposição constitucional a um dos elementos da tríade – e, para quem, em última análise a regulamentação mais faz sentido – resta comprometida a capacidade de ação do público usuário pela impossibilidade de fazer valer sua legítima insurgência contra o que reputa como programação indevida nas concessões públicas.

Em que pese ZYLBERSZTAJN advertir que na análise deste embate, haja uma tendência do observador em ver de forma maniqueísta os interesses em jogo, de maneira a considerar a sociedade civil como potencial lesada no confronto, no

---

cidadãos. No caso dos serviços de radiodifusão de sons e de sons e imagens, hoje universalmente ao alcance da população, quem seria o potencial e quem seria o efetivo usuário? É certo que a falta de regulamentação do direito à reclamação atinge particularmente a fiscalização das atividades de radiodifusão. Afora as iniciativas esparsas da sociedade, não existe nenhum canal institucional para a reclamação do cidadão contra a programação radiotelevisiva de baixa qualidade ou contra abusos na concentração da propriedade dos meios de comunicação.

<sup>49</sup> ZYLBERSZTAJN, Joana. *Regulação de mídia e colisão entre direitos fundamentais* (dissertação). São Paulo: USP, 2008. p. 47.

<sup>50</sup> REBOUÇAS, Edgar. *Lobby nas políticas e estratégias de comunicações: a movimentação dos atores sociais no Brasil e no Canadá*. XXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Intercom. Porto Alegre, Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2004, p. 3.

caso em tela, efetivamente, o público encontra-se desamparado no que se refere a mecanismos efetivos e céleres de proteção. A atuação do Ministério Público tem sido esparsa exatamente por conta da falta de mecanismos administrativos adequados. Outras ações da sociedade civil nos campos administrativo e judicial encontram entraves na má compreensão que se tem da natureza (constitucional) das reivindicações.

Algumas campanhas mais notáveis, como a “Quem financia a baixaria é contra a cidadania”, iniciativa da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados com entidades da sociedade civil, com o objetivo de, acompanhando a programação da TV, denunciar ataques aos direitos humanos, obtiveram algumas conquistas. A campanha foi capaz de mobilizar o Ministério Público Federal acerca das constantes situações absurdas, especialmente o escárnio a minorias, como homossexuais, no programa *Tarde Quente*, veiculado na RedeTV<sup>51</sup>.

O § 4º do art. 220, transparente, contém a exigência de advertência no caso de propaganda sobre os efeitos maléficos decorrentes do consumo de bebidas alcoólicas, fumo, medicamentos etc. Já o § 5º traz uma das regras mais relevantes e paradoxalmente uma das menos efetivas da disciplina constitucional da comunicação. Trata-se da proibição de os meios de comunicação serem objetos de monopólio ou oligopólio. Como bem observa NUSDEO LOPES, esta regra não encontra praticamente nenhuma repercussão, seja na legislação infraconstitucional, que poderia disciplinar adequadamente a matéria, seja diretamente nos atos e contratos administrativos (concessões e permissões de operação de frequências).

Com efeito, os controles estabelecidos em lei para se evitar a concentração

---

<sup>51</sup> Em ação civil pública (autos 2005.61.00.24137-3 JF/SP), o MPF obteve parcialmente a tutela pretendida - “direito de resposta coletivo” sob a forma de contrapropaganda e suspensão de quadros humorísticos ofensivos. Na época, o procurador da República Sérgio Gardenghi Suiama, da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão e responsável pela ação, pretendia ir além: “Nos termos do art. 21, XII, 'b', da Constituição brasileira, a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço público de competência da União. Desde que imposta por decisão judicial (CR, art. 223, § 4º), pode a lei estipular como sanção administrativa para os casos de graves e reiteradas violações a direitos fundamentais, o 'cancelamento' da concessão outorgada à empresa exploradora do serviço”. Embora a emissora tenha ficado fora do ar por cerca de 25 horas por decisão judicial, a decisão definitiva não foi favorável ao cancelamento da concessão. Um antecedente neste sentido foi o caso da “macumbeira Cacilda”, em 1971, no qual programas de auditório mostravam uma suposta paranormal em transe, o que causava intenso tumulto entre o público e foi reputado como sensacionalismo e programação de baixo nível. Na ocasião, o então ministro das Comunicações, Hygino Corsetti, ameaçou cassar a concessão das emissoras envolvidas, mas nada houve de mais efetivo exceto a promessa de se constituir um “Código de Ética da Televisão Brasileira”. Sobre o tema: MICELI, Sérgio. *A noite da madrinha*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

da propriedade dos veículos de comunicação são virtualmente nulos. O controle que se exerce é meramente nominal – sobre os titulares oficiais da concessão e mesmo neste aspecto é ineficiente, como se vê no caso dos parlamentares -, carecendo nossa legislação infraconstitucional a respeito da matéria de controles mais efetivos e qualificados para se controlar a propriedade de veículos, como há muito tempo são usados pela Federal Commission of Communication, dos Estados Unidos, que incorpora cálculos de público potencial e efetivo, verbas de publicidade e propriedade cruzada.

O art. 221 dispõe sobre os princípios que devem reger a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, a saber: (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; (IV) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Para NUSDEO LOPES, trata-se de normas programáticas, que, sob a forma de princípios, devem ser sempre observados em todos os momentos das prestações de serviço de radiodifusão, seja diretamente pelo Estado ou pelas concessionárias e permissionárias, e a ser concretizadas pelo Poder Público por meio da legislação infraconstitucional e pela observância dos princípios nele enumerados nos contratos administrativos atinentes às concessões de rádio e TV. ZYLBERSZTAJN observa que o art. 221 dispõe sobre os princípios específicos a serem atendidos pela comunicação social. Segundo a autora, cumpre lembrar que:

“o art. 220 o menciona em seu § 3º, inciso II. Já no seu *caput*, o art. 220 fala em observância à constituição. Isso significa, portanto, que os princípios do art. 221 devem ser seguidos (ainda que não exclusivamente). De qualquer forma, a harmonia com os demais dispositivos da constituição deve ser sempre observada”<sup>52</sup>

Assim, em conformidade com os demais princípios constitucionais, as previsões do art. 221 precisariam estar contempladas concretamente em toda a legislação<sup>53</sup>. Com efeito, ao menos em parte a legislação superveniente à

---

<sup>52</sup> ZYLBERSZTAJN, *op. cit.*, p. 77

<sup>53</sup> Não apenas deixa de ser dada concretude aos princípios, como são eles flagrantemente desrespeitados na prática. Um exemplo é a venda da maior parte ou mesmo da integralidade do tempo de transmissão por emissoras de televisão para anúncios diuturnos de vendas por telefone, os chamados canais de televendas, que oferecem de grelhas de churrasco a equipamentos de ginástica. A concessão pública nesta situação nem de longe resguarda a preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas preconizada pelo texto constitucional.

Constituição contemplou de alguma maneira estes princípios, contudo, tentativas mais incisivas, por meio de lei complementar, de dar concretude a tais princípios foram poucas. Uma delas, o PLC 256/1991, da ex-deputada Jandira Feghali (PCdoB-RJ), visando a regulamentar a regionalização da produção do conteúdo audiovisual das TVs, há dezoito anos tramita no Congresso Nacional, repleta de emendas que desnaturaram o projeto original, que se tornou símbolo da dificuldade política com que o Parlamento brasileiro, sensível aos veículos de comunicação, trata a regulamentação de temas da mídia<sup>54</sup>.

Na falta de iniciativa do legislador ordinário, o Poder Público, na condição de concedente (a ser efetivamente válido o status de “concessões/permissões”), teria a prerrogativa de criar mecanismos para fazer prevalecer no contrato administrativo de concessão a prestação dos serviços em consonância com os princípios do art. 221, inclusive prevendo-os em edital, a par de outros, que, em vista dos fins sociais considerados relevantes, se mostrarem razoáveis. Outrossim, boa parte da doutrina entende que as novas mídias eletrônicas, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, têm de se submeter a estes mesmos princípios, por força do que dispõe a redação dada ao art. 222, § 4º.

O art. 222, alterado pela emenda constitucional 36/2002, traz a disposição que vem desde a Constituição de 1934, vedando a propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão a estrangeiros, inovando com respeito aos naturalizados há mais de 10 anos e, na emenda de 2006, introduzindo a possibilidade de pessoas jurídicas serem proprietárias de veículos, desde que com sede no Brasil e constituídas segundo as leis brasileiras, com capital votante pertencente em sua maioria (70%) a brasileiros, tendo estas atribuições diretas. A emenda também franqueou a possibilidade do ingresso do capital estrangeiro nas empresas de comunicação.

Todo o cuidado de que se acercava o legislador constitucional, inclusive o de 1988, em estabelecer limites à participação de estrangeiros na condução das empresas de radiodifusão tinha em conta os riscos à que soberania do país estaria submetida caso interesses alienígenas pretendessem, por meio do controle de veículos de comunicação de massa no Brasil, interferir em assuntos internos do país

---

<sup>54</sup> Segundo levantamento da organização não-governamental Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social, o PLC 256/91 foi a única iniciativa para a concretização dos princípios constitucionais da programação de rádio e TV a encontrar algum respaldo no Congresso Nacional.

através do direcionamento da opinião pública, bem como ao risco da concorrência de agentes econômicos da comunicação estrangeiros, que poderiam valer-se de eventual superioridade tecnológica ou de custos para suplantar as empresas brasileiras no oferecimento de serviços de televisão e rádio.

Esta atenção dedicada a um só tempo aos maiores interesses da sociedade e dos agentes econômicos nacionais que operam na radiodifusão – que, longe de qualquer postura xenófoba, resguardava interesses constitucionalmente relevantes – restou em certa medida prejudicada em face da Emenda Constitucional 36/2002. Muito embora tenha sido garantida a presença majoritária de brasileiros no corpo diretivo das detentoras da concessão, na definição da programação e na responsabilidade editorial dos conteúdos, vislumbra-se que, com as mudanças promovidas pela emenda, o arcabouço protetivo restou consideravelmente mitigado.

Fica marcante o contraste entre a (pouca) iniciativa legislativa visando a dar mais concretude aos dispositivos constitucionais relativos à comunicação e a celeridade com que se aprovou, ainda em 2002, a Lei 10.610, dispondo sobre a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas, conforme a nova redação do § 4º do art. 222.<sup>55</sup>

As emissoras de rádio e TV, aponta VALENTE, eram refratárias à entrada de capital estrangeiro na sua área de atuação, no entanto, o contexto de endividamento<sup>56</sup> e de expectativas frustradas diante da vedação de sua participação na privatização das empresas de telecomunicações alterou suas visões sobre o financiamento externo.

Cabe, aqui, lembrar que, historicamente, a maior emissora do país, a Rede Globo, deve seu crescimento a uma parceria com sócio estrangeiro, ao arripio da lei. Tratou-se da associação com a megacorporação internacional de mídia Time-Life (gérmen do que se tornaria posteriormente o grupo Time Warner), que, no início dos anos 60, proporcionou suporte financeiro, tecnológico, administrativo e de estratégia de programação à nascente TV Globo.

---

<sup>55</sup> Segundo Jonas VALENTE, “jornalistas que trabalhavam em Brasília na época contam que a votação foi comandada em plenário pelo vice-presidente de relações institucionais das Organizações Globo, Evandro Guimarães, articulador do acordo para viabilizar a concordância dos parlamentares com todos os partidos, à exceção do PDT”. In VALENTE, Jonas, *Reforma do Artigo 222 abriu setor ao capital estrangeiro*, in Observatório do Direito à Comunicação, Outubro/2008 disponível em <<http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo>>

<sup>56</sup> Investimentos em instalações (modernos estúdios pelas principais redes de TV) e dívidas em dólar que recrudesceram após a desvalorização do real ocorrida no início de 2001.

A sociedade à margem da lei chamou a atenção do Congresso Nacional, que instalou uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar a participação do conglomerado estrangeiro. Os trabalhos da CPI resultaram no fim da sociedade, contudo a TV Globo saiu fortalecida com a capitalização e com o padrão de qualidade fornecido pelos norte-americanos.

Segundo TORRES<sup>57</sup>, a breve associação da Globo com a Time-Life foi vital para a fase inicial da emissora, trazendo grandes influências do grupo norte-americano para a televisão brasileira “porque significou um afluxo de capital indispensável para a implantação de uma televisão altamente competitiva e, em segundo lugar, o acordo de orientação técnica permitiu a Globo implantar um modelo de televisão comercial semelhante ao modelo americano mais avançado”<sup>58</sup>. Assim, vê-se que, se de um lado, os interesses nacionais tenderiam a ser contrariados pelo ingresso de capital estrangeiro no negócio da radiodifusão, de outro, nem sempre os empresários do ramo vêm com reticência a entrada de sócios estrangeiros<sup>59</sup>.

O caput do art. 223 traz a previsão de competência ao Executivo para a outorga e renovação de concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão (de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão, cf. § 5º), no que não inovou, visto que a prerrogativa já era da Administração desde a Constituição de 1934. Contudo, o § 1º prevê que caberá ao Congresso Nacional apreciar o ato da delegação, em observância ao art. 64, §§ 2º e 4º da Constituição, ou seja, no prazo previsto aos projetos de lei de autoria do presidente em que tenha sido requerida urgência – 45 dias, sucessivamente, para a Câmara e para o Senado.

Pela primeira vez, previu-se que a responsabilidade pela “concessão” fique

---

<sup>57</sup> TORRES, Rodrigo Murinho de Martinez. *O mercado de TV por assinatura no Brasil: crise e reestruturação diante da convergência tecnológica* (dissertação). Niterói: UFF, 2005, p. 17.

<sup>58</sup> BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. *Mercado Brasileiro de Televisão*. 2ª ed. São Paulo: Educ, 2002. p. 52

<sup>59</sup> Da mesma forma como foi fluida a opinião do empresariado acerca da concentração nas mãos do presidente da República das decisões sobre as concessões antes da promulgação da Constituição de 1988. Conforme documentou OLIVEIRA, se em 1981, na distensão do regime militar, empresários em número expressivo reivindicavam o fim dos critérios políticos nas concessões, poucos anos depois, e em 1984 já traçavam uma regulamentação alternativa, em 1987, ano da Assembleia Nacional Constituinte, “as entidades representativas do empresariado adotam um estranho silêncio sobre o problema da política de concessão de canais, ou ainda, numa reviravolta com relação às posturas anteriores, saem a campo para defender a manutenção da sistemática vigente” (*op. cit.*, p. 139)

dividida entre o Executivo e o Legislativo, no que se vislumbra uma possibilidade de descentralização dos atos concernentes às outorgas, o que sugere um caráter mais transparente no processo de escolha dos concessionários, que teriam de de submeter à avaliação do Congresso Nacional<sup>60</sup>. Os efeitos da outorga aos concessionários somente se produzem após tal apreciação, nos termos do § 3º do mesmo artigo.

A apreciação de que trata o art. 2º., nos casos de renovação da concessão ou permissão somente, para que reste negativa, exigirá quórum qualificado, com a aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. Trata-se da condição geral para a não renovação da concessão, circunstância fora da qual a concessão/permissão só poderá ser cancelada, antes de vencido o prazo, por decisão judicial (§ 4º)<sup>61</sup>. Como observa ZYLBERSZTAJN, trata-se de medidas destinadas a, na prática, conservar intactas as concessões ora existentes, pois,

“além da distribuição do espaço já estar praticamente toda feita, as regras para cassação ou não-renovação de uma concessão são tão rígidas que essas duas possibilidades são praticamente nulas. Para que uma concessão não seja renovada são exigidos dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. Embora o quorum, em si, não seja elevado, considerando a influência dos meios de comunicação de massa no Brasil, dificilmente um congressista se pronunciará contra uma das empresas de mídia.”<sup>62</sup>

Trata-se de uma regra, com efeito, virtualmente incapaz de realizar seus propósitos democráticos em tese contemplados quando se previu a apreciação pelo Parlamento. Mesmo porque, conforme LIMA, “o Congresso Nacional, como se sabe, é a última instância de poder onde são outorgadas e renovadas as concessões desse serviço público e, mais que isso, aprovadas as leis que regem o setor. Por isso mesmo, a continuidade do coronelismo eletrônico se constitui num dos principais obstáculos à efetiva democratização das comunicações no país”<sup>63</sup>.

Por outro lado, o art. 223 consagra o princípio da complementaridade entre

---

<sup>60</sup> Venício A. de LIMA entende que, apesar de o Executivo e o Legislativo compartilharem o poder de concessão, o Executivo continua, na prática, a ter maior controle sobre as concessões. “Até porque é no Ministério das Comunicações (MiniCom) que se inicia o longo processo burocrático que pode determinar, em si mesmo, quem e quando receberá ou não receberá uma concessão”. *in As “brechas” legais do coronelismo eletrônico*. *in Aurora: Revista Digital de Arte, Mídia e Política*. 1º ed., São Paulo: PUC-SP, dezembro de 2007, p. 27.

<sup>61</sup> Quanto à necessidade de sentença judicial para o cancelamento da concessão, NUSDEO LOPES entende que se trata de verdadeira “camisa de força” para o Poder Público, numa área de vital importância, de interesse de toda a sociedade. *In op. cit.* p. 295.

<sup>62</sup> ZYLBERSZTAJN, *op. cit.*, p. 91

<sup>63</sup> LIMA, Venício. *op. cit.* p. 27

os setores de radiodifusão privado, público e estatal, o que, segundo SCORSIM “evidentemente, implica harmonia e colaboração entre as estruturas de comunicação social. Em outras palavras, garante-se o equilíbrio apropriado entre os campos de comunicação social com funções diferenciadas, porém, complementares, haja vista as diferenças de fundamentos”

Os campos próprios de atuação e os objetivos dos três sistemas, embora pareçam transparentes, são motivo de certa dúvida doutrinária. ZYLBERSZTAJN entende que as emissoras públicas nunca existiram, na prática, no Brasil. Segundo a autora, as iniciativas de entidades de criar redes de comunicação por radiodifusão de caráter público – não comercial – são frustradas, pois acabam sendo geridas pelos poderes públicos e cooptadas pelos governos, tornando-se televisões estatais<sup>64</sup>. Já para Alexandre Ditzel FARACO, há pelo menos no plano teórico uma confiança exagerada no potencial da comunicação pública como instrumento mais adequado de expressão da sociedade.

“Em alguma medida pretende-se, a partir deste ponto de vista, que um colegiado de expoentes da sociedade, organizado no âmbito de uma instituição pública, saberia como construir uma grade de programação ideal para o espaço público de diálogo de uma democracia.(...) Tal perspectiva ignora a relevância que pode ter os meios de comunicação privados no contexto do processo democrático (desde que não sejam excessivamente concentrados), assim como a impossibilidade de estabelecer-se, a priori, que a programação comercial será qualitativamente ruim e a pública boa”.<sup>65</sup>

Integrando o sistema público não estatal estariam todas as emissoras públicas não estatais, como as comunitárias e as associativas<sup>66</sup>. A regulamentação das rádios comunitárias (entendida como a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço) pela Lei nº 9.612/1998 parece ter concorrido para à concretização de um sistema público não-estatal de radiodifusão, contudo os seus defensores entendem

---

<sup>64</sup> ZYLBERSZTAJN, op. cit. p. 60. Um caso que se tornou notório foi o do suposto uso político da Rádio e Televisão Educativa do Paraná pelo alto escalão do governo do Estado nas gestões sucessivas de Roberto Requião (PMDB) a partir de 2003, o que motivou uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal (autos 2007.70.00.031462-3/PR), visando a coibir as supostas irregularidades.

<sup>65</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulamentação das Redes Eletrônicas de Comunicação – Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 204

<sup>66</sup> A situação das TVs educativas é bastante peculiar, quase todas sendo subordinada a governos. O Decreto Lei 236/67 veda a inserção publicitária nestes veículos, que acabam dependendo do fluxo constante de verbas do Estado (vide nota 82).



que é preciso bem mais do que uma abstenção do Estado, deixando de coibir a atividade das rádios comunitárias – vítimas, segundo elas próprias, de perseguição do Poder Público por conta da legislação restritiva e da fiscalização rigorosa do antigo Dentel e hoje da Anatel, instigada pelas rádios comerciais<sup>67</sup> –, seriam necessárias efetivas políticas públicas tendentes à consolidação.

O próprio conceito de complementaridade induz à noção de que cada um dos sistemas de radiodifusão possui em si imperfeições constitutivas que poderiam ser complementadas pelos demais e que, no conjunto, os três sistemas são capazes de promover uma efetiva comunicação entre os diversos atores sociais, salvaguardando os princípios constitucionais e trazendo conteúdo substantivo para a construção de uma sociedade democrática<sup>68</sup>. Mesmo que se entenda que estamos diante de um modelo dirigente de constituição<sup>69</sup>, a proposta de complementaridade parece mesmo inalcançável, seja pela pretensão totalizante, ou pela ocorrência de vícios em cada um dos sistemas.

## 1.5 Legislação infraconstitucional – CBT

Constitucionalmente, em que pese a contradição já demonstrada, o modelo de concessões foi definitivamente consagrado e, como se vê, com uma série de garantias às “outorgas” já concedidas. Mas havia, internamente em nosso

---

<sup>67</sup> CRESQUI, Candice. Tratamento desigual prejudica radiodifusão comunitária, in Observatório do Direito à Comunicação, 24/11/2008, disponível em <[http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com\\_content&task=view&id=4357](http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=4357)>, último acesso em 12/08/2009.

<sup>68</sup> A reflexão sobre o conteúdo da mídia eletrônica enseja uma discussão mais profunda, de cunho ético e moral, acerca da construção e manutenção da ordem social. VOEGELIN, Eric. *Bases morais necessárias à comunicação numa democracia*, in *Caderno de Ciências Sociais Aplicadas*. nº 5. Curitiba: PUC/PR. Abril 2002. O autor demonstra que a relevância de uma “comunicação substantiva” para a ordem do homem e da sociedade, em contraste com a pragmática – preocupada tão-somente com o comportamento e a ação – e a comunicação intoxicante, que se presta apenas para mergulhar as pessoas na ansiedade de uma vida sem sentido. Os meios de comunicação de massa, segundo VOEGELIN, teriam como matéria apenas a comunicação intoxicante, inapta a vivificar uma sociedade democrática. “A prática excessiva de freqüentar cinema, ouvir rádio e, mais recentemente, ver televisão tem o caráter de um *divertissement*, no sentido de Pascal, de uma atividade intoxicante que afogará a ansiedade de uma vida vazia. Este breve levantamento dos tipos de comunicação, e especialmente do último, aponta diretamente para o cerne de nosso problema, isto é, para a base moral da comunicação na sociedade contemporânea. O desenvolvimento da comunicação como uma indústria de propósitos pragmáticos e intoxicantes é certamente um sintoma de crise moral – um fato que é ofuscado tão-somente pelo código social de não se questionar a integridade moral das pressões pragmáticas, ou de não se permitir que o caráter da comunicação intoxicante se torne assunto de preocupação”.

<sup>69</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 173.

ordenamento antes da promulgação da Constituição de 1988 e já à época da edição do Código Brasileiro de Telecomunicação, nos anos 60, uma consolidada tradição em considerar a radiodifusão como serviço público e, destarte, passível de ser submetido ao regime de concessões, embora, como também demonstrado, tal noção seja controversa.

Desde fora, novas visões demonstravam não apenas modelos de regulamentação distintos, mas diversas maneiras de se conceber o sistema de radiodifusão – os dois paradigmas de que fala SCORSIM. De um lado, o modelo norte-americano, baseado no *trusteeship model*, de outro o modelo europeu, cuja expressão mais característica era a França, com forte presença do Estado como agente direto de prestação dos serviços de telecomunicações.

Por fim, quando da aprovação do CBT, em 1962, estavam em discussão ao menos duas visões distintas da natureza do espectro eletromagnético, aptas a formatar modelos de delegação das atividades de rádio e TV bastante diversos. Segundo SCORSIM<sup>70</sup>, o modelo da concessão de serviço público no setor de radiodifusão pode ser encontrado em SAINT-CLAIR LOPES, que, em sua obra *Fundamentos sociais da radiodifusão*, lançado em 1957, elencava como argumentos em favor do modelo de concessão:

“(i) a natureza do serviço de radiodifusão exige que o governo imponha obrigações aos prestadores; (ii) o ajustamento de tais obrigações se faz melhor pela modalidade contratual; e (iii) é necessário um prazo adequado em razão dos investimentos de capitais na execução do serviço para a montagem e a operação de instalações técnicas, mantendo-se a estabilidade do negócio privado”<sup>71</sup>.

Para SAINT-CLAIR LOPES, o serviço de radiodifusão não seria um direito originário do particular, mas uma atribuição do Estado, que, ao exercer suas prerrogativas, pode impor restrições das mais diversas ordens ao concessionário, seja exigindo o total cumprimento da execução do serviço ou ainda pela censura à programação veiculada (conforme era admissível à época). “O serviço de radiodifusão não está condicionado, apenas, ao exercício de um direito; exige obrigações importantíssimas do usuário para com o Poder Público, já que a natureza do serviço a executar é nitidamente de interesse público”<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> SCORSIM, op. cit. p. 270.

<sup>71</sup> Idem, ibidem

<sup>72</sup> apud SCORSIM, op.cit. p. 270/271.

Não obstante a consideração quanto a ser um serviço de utilidade pública, em sentido contrário se manifestava Odilon de Andrade, que entendia ser o serviço de radiodifusão passível de mera autorização administrativa, sob o argumento de que um dos elementos basilares da concessão era a fixação de tarifas maiores que as cobradas pela União por serviços similares. Posto que inexistiam tarifas a serem praticadas para o serviço de radiodifusão, não seria o caso de se aplicar o modelo de concessão. Desta maneira, segundo Andrade, caberia a implantação do regime de autorização administrativa, “com prazos determinados e variáveis, conforme a complexidade técnica e o volume de investimentos privados necessários à execução do serviço”<sup>73</sup>.

A posição seria corroborada, anos mais tarde, já na década de 70, por Vicente GRECO FILHO que destacou, no seu *Curso Elementar de Direito de Telecomunicações*, o predomínio na doutrina, em âmbito internacional, do conceito de livre uso das frequências rádioelétricas, donde defluiria a necessidade não de um modelo com base em concessões/permisões, mas em autorizações administrativas. Tal entendimento, segundo o autor, firmar-se-ia com base em que o espectro eletromagnético seria uma potência natural, anterior à instauração do Estado, assim, sua exploração para os mais diversos usos seria uma prerrogativa a todos aberta, cabendo ao Estado, tão-somente, uma política de ordenação do uso das frequências, dada a possibilidade de interferências recíprocas. Segundo GRECO FILHO:

“As figuras da concessão e da permissão seriam impróprias porque ninguém pode dar mais do que tem e, sendo o espectro eletromagnético patrimônio comum da humanidade, não poderia o Estado concedê-lo porque não lhe detém o domínio. Acrescenta-se, outrossim, que os atos internacionais têm usado o termo 'autorização'. (...) Admitimos que as frequências pertencem à espécie de 'res communis', mas quem se apropriou do espectro eletromagnético foi o Estado soberano, o qual aceitou a regulamentação internacional porque um fato físico impede o seu uso indiscriminado, dadas as interferências recíprocas. Daí falarem os atos internacionais em autorização, termo correto no que se refere ao Estado soberano, porque este considera o titular do direito preexistente a utilizar as frequências a ele atribuídas no acordo de respeito às faixas divididas com os outros. Aí, então, o Estado pode explorá-las diretamente, concedê-las, permitir sua utilização e até, transferir seu domínio para os cidadãos, adotando o regime, então, da autorização.”<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> SCORSIM, *op. cit.* p. 271

<sup>74</sup> GRECO F.º, Vicente. *Curso elementar de direito de telecomunicações*, São Paulo: Revista Justitia, v. 88, 197. p. 54.

A definição de radiodifusão no nosso ordenamento vem do art. 6º, “d”, do CBT: serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão.

### **1.5.1 Conceitos próprios de concessão, permissão e autorização do Decreto 52.795/63**

Como já se observou, as concessões de radiodifusão não estão sob a disciplina da Lei 8.987/95 e possuem conceitos próprios, que, aplicados, geram certa perplexidade aos serem confrontados com a norma constitucional do art. 175. O art. 5º, III, do Decreto 52.795 traz tais conceitos próprios referentes à disciplina da radiodifusão, conceitos estes que estão na gênese da má compreensão acerca dos institutos que regem a matéria. Pelo dispositivo, *concessão* é a *autorização* outorgada pelo poder competente a entidades executoras de serviços de radiodifusão sonora de caráter nacional ou regional e de televisão, ao passo que *permissão* é a *autorização* outorgada pelo poder competente a entidades para a execução de serviço de radiodifusão de caráter local.

Por fim, *autorização* “é o ato pelo qual o Poder Público competente ou jurídicas (sic), de direito público ou privado, a faculdade de executar e explorar, em seu nome ou por conta própria, serviços de telecomunicações, durante um determinado prazo”. No entanto, além do erro de redação, a definição parece dúbia, pois não é exatamente a figura da autorização administrativa, mas o gênero do qual “concessão” e “permissão”, neste contexto, são espécies. No entanto entende-se que a autorização administrativa clássica também seria aplicável para as estações de retransmissão e de repetição de sinais de televisão e para as operações de rádios comunitárias (Lei nº 9.612/98). Trata-se de emprego bem peculiar das figuras de delegação do direito administrativo, que, como já se observou, não têm os mesmos contornos e a mesmas aplicações das previstas na Lei 8.987/95.

NUSDEO LOPES explica que, “pela sistemática legal, o instituto da concessão é usado para delegação de serviços de televisão em qualquer hipótese e de rádios desde que seu alcance não seja nacional ou regional, ao passo que a permissão é utilizada para serviços de rádio de alcance local”<sup>75</sup> SCORSIM, por seu

---

<sup>75</sup> LOPES, op. cit. 303

turno, entende que há uma impropriedade nos conceitos de “concessão” e “permissão” como espécies do gênero “autorização”.

De toda forma, o que se obteve, com o Código Brasileiro de Telecomunicações foi a consagração do modelo de concessões, que a partir de então passariam a contar com a fiscalização de um órgão governamental – o Conselho Nacional de Telecomunicações, Contel, que em 1967, seria incorporado ao recém-criado Ministério das Comunicações. Um controle, porém, que não requeria maiores cuidados, dada a fragilidade dos requisitos a se observar, nos termos das alíneas *d* a *h* do artigo 38 do CBT, a saber:

- subordinação dos serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando “aos superiores interesses do país”;
- emissoras de rádio obrigadas a transmitir diariamente, das 19h às 20h, de segunda a sexta-feira, exceto feriados, o programa oficial de informações dos poderes da República (Voz do Brasil)<sup>76</sup>;
- determinação às empresas para que estas criem condições eficazes de se evitar infrações ao próprio CBT;
- vedação à participação de uma mesma pessoa em mais de uma concessionária ou permissionária do mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade;
- destinação pelas TVs e rádios de pelo menos 5% de seu tempo para a transmissão de material noticioso.

Na atribuição de frequência para a execução dos serviços de telecomunicações, serão levados em conta o emprego ordenado e econômico do espectro eletromagnético e as consignações de frequências anteriormente feitas, objetivando evitar interferência prejudicial (art. 33, § 1º).

A competência para a delegação ficou estabelecida ao presidente da República, após ouvido o Contel sobre as propostas apresentadas e o cumprimento, pelos proponentes, dos requisitos do edital (art. 34, §1º), dando-se preferência a

---

<sup>76</sup> Reputada como autoritária, vez que apresenta tão-somente informes oficiais em caráter obrigatório, a veiculação do programa *Voz do Brasil* foi objeto de severas críticas em especial do empresariado da radiocomunicação, que via um dos seus horários mais lucrativos em termos publicitários sendo tomado por programação externa compulsória. O Projeto de Lei da Câmara de nº 109/2006 (originalmente 595/2003) pretendeu flexibilizar o horário de exibição do programa, mas até hoje se encontra no Senado, tramitando nas comissões, sem que tenha havido acordo a respeito.

peças jurídicas de direito público interno. Por outro lado, estão em conformidade com a ordem constitucional de 1988 os prazos de exploração: 10 anos para rádio e 15 anos para televisão (conforme art. 223, §5º), com possibilidade de renovação, caso sejam observados todos os requisitos legais e contratuais.

Na prática, uma vez iniciado o processo de renovação das outorgas, as atividades da emissora não se encerram, mesmo que já tenha sido vencida há anos a outorga, pois sucessivos prazos são abertos ao concessionário/permissionário para que reúna a documentação pertinente ou sane eventuais irregularidades, até que se possa dar a plena renovação. Um levantamento da Associação Brasileira de Radiodifusão Comunitária (Abraço) realizado em 2008 com base nos dados da Anatel demonstrou que havia emissoras de rádio comerciais com outorga vencida há mais de 10 anos e que continuavam em operação<sup>77</sup>. Some-se a isto a “blindagem” constitucional para a não-renovação no Congresso Nacional e a necessidade de sentença judicial para o cancelamento das operações.

Pelo Decreto Lei 200/67, com a redação dada pela Lei nº 6.036, de 1974, foi criado o Ministério das Comunicações, que assumiu as funções do Contel. Em 1997, foi promulgada a Lei Geral das Telecomunicações – LGT (Lei 9.472/97). Uma de suas principais características é a criação de um órgão regulador independente (a Agência Nacional de Telecomunicações, Anatel), regulamentando o artigo 21, XI da Constituição Federal (alterado pela emenda 8/95). A Anatel, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto nº 2.338/97 e recebeu as atribuições “técnicas” para Serviços de Retransmissão e de Repetição de Televisão, pelo decreto 2.593/98.

Conforme ZYLBERSZTAJN<sup>78</sup>, “o Ministério das Comunicações, teoricamente, fiscaliza as concessionárias de rádio e TV. Na prática, no entanto, essa atuação não ocorre, por diversos fatores. Além da pequena movimentação deste ente governamental neste sentido, há o obstáculo da falta de um marco legal e de critérios de avaliação da atuação das concessionárias. Por fim, a Anatel limita-se a regular as questões técnicas do setor.”

Se tal ocorre por parte da Anatel, no âmbito do MiniCom ela não deixa de ocorrer por falta de estrutura organizacional, pois apenas na área mais afeta às concessões o MiniCom conta com uma Secretaria de Serviços de Comunicação

---

<sup>77</sup> O exemplo mais evidente é o da Rádio Notícia de Americana Radiodifusão FM, de Americana/SP, com outorga vencida desde 28/09/1997. Sobre o tema: vicongressoabraco.blogspot.com

<sup>78</sup> ZYLBERSZTAJN, op. cit. p. 11.

Eletrônica, que possui dois departamentos responsáveis pela área: Departamento de Outorga de Serviços de Comunicação Eletrônica (com as coordenações-gerais de Regime Legal de Outorgas e de Engenharia de Outorgas) e o Departamento de Acompanhamento de Avaliação de Serviços de Comunicação Eletrônica (com as coordenações gerais de Acompanhamento de Serviços de Comunicação Eletrônica e de Avaliação de Serviços de Comunicação Eletrônica). A menor ênfase na fiscalização decorre, pois, não só de balizas legais bem definidas, mas de opções políticas.

Uma das tarefas que deveriam com mais afinco serem realizadas seria o controle sobre a titularidade das concessões<sup>79</sup>, nos termos do art. 12 do decreto-lei 236/67, que, embora com falhas e uma série de limitações, controla a propriedade de empresas de radiodifusão, cabendo a uma mesma entidade possuir, no país:

- Em serviços de televisão - 10 em todo o território nacional, sendo no máximo 5 em VHF e 2 por Estado.
- Em serviços de rádio
  - A) locais: 4 de ondas médias (OM) e 6 de frequência modulada (FM);
  - B) regionais: 3 OMs e 3 de ondas tropicais (OT), com máximo 2 por Estado;
  - C) nacionais: 2 OMs e 2 de ondas curtas (OC).

O sistema de redes à brasileira, como se disse, mina qualquer pretensão de evitar a concentração. Isto porque o § 2º do mesmo artigo dispõe não serem computados para efeitos do limite as estações repetidoras e retransmissoras de televisão, pertencentes às estações geradoras, uma porta aberta para a formação de clusters da informação, concentrando-se as fontes e reduzindo-se a diversidade de vozes, além de sufocar-se a comunicação regional. O decreto 52.795/63 dispõe que a mesma entidade ou pessoas integrantes do seu quadro societário não poderá ser contemplada com mais de uma delegação do mesmo tipo de serviço de radiodifusão na mesma localidade. Conforme NUSDEO LOPES,

“na prática, não há qualquer vedação, principalmente em se tratando de canais de televisão, pois as redes de televisão contam, cada uma, com dezenas de afiliadas para transmitir as suas programações, como alternativas

---

<sup>79</sup> Os movimentos que reivindicam a “democratização da comunicação” no Brasil alertam para o fato de que obter dados acerca da titularidade dos veículos de radiodifusão é uma verdadeira epopeia. Como resposta, diversas destas entidades desenvolveram o projeto “Donos da Mídia”, que monitora quem são os detentores das concessões de rádio e TV do Brasil e disponibiliza os dados ao público por meio de um site ([donosdamidia.com.br](http://donosdamidia.com.br)), especialmente com o caráter de denúncia contra a concentração de veículos entre poucos empresários.

aos limites impostos. Conforme se verifica, poucos são os limites e facilmente contornáveis por brechas legais, fazendo com que a norma constitucional impeditiva de oligopólios e monopólios nesta área seja praticamente letra morta<sup>80</sup>

Mais: nos termos do decreto nº 81.600/78, que regulava os serviços de repetição e retransmissão de televisão (ditos “serviços especiais de comunicação”), possibilitando que fossem feitos de forma simultânea ou não, de maneira mista ou em caráter primário ou secundário, não havia nenhum limite ao número de emissoras de um mesmo titular aptas a repetir ou retransmitir a programação de uma geradora<sup>81</sup>.

O Decreto 2593, de 15 de maio de 1998, que revogou o 81.600/78, impôs a extinção dos serviços das retransmissoras de TV mistas, mas possibilitou que elas se tornassem geradoras educativas. Havia uma facilitação anterior, datada de 1995. Pelo Decreto 1.720 publicado naquele ano, as outorgas de radiodifusão só seriam realizadas por meio de licitação – sendo para tanto observados os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade. Entretanto, o novo diploma incidia exclusivamente nas emissoras de radiodifusão comercial, vale dizer, sem implicar a outorga mediante seleção pública para as emissoras educativas. Com isso, escapava-se novamente da restrição legal.<sup>82</sup>

O Decreto Lei 236 de 1967, por seu turno, determinou ao Contel instituir normas determinando a obrigatoriedade de as emissoras transmitirem pelo menos cinco horas semanais de programação educacional. Enquanto que pelo art. 67 do Decreto 52795/63, as concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, observado o caráter educacional desse serviço, deverão atender entre outras às seguintes exigências: manter um elevado sentido moral e cívico, não

---

<sup>80</sup> NUSDEO LOPES, op. cit. p. 310.

<sup>81</sup> LOPES, op. cit. p. 309

<sup>82</sup> LIMA, op. cit., p. 33, defende que esta dupla brecha - retransmissoras mistas podendo ser transformadas em geradoras educativas e dispensa de licitação para a outorgas de emissoras de radiodifusão – “revelam como é possível ao Poder Executivo, em aliança com o Legislativo, a prática continuada do 'coronelismo eletrônico’”. Acrescente-se que as TVs públicas e educativas mudaram consideravelmente de perfil ao longo do tempo, aproximando-se de forma vigorosa das comerciais, muito em razão da busca da audiência como mecanismo de autoafirmação. Nos últimos tempos, pleiteavam o uso de verbas de patrocínio privado e supressão de amarras na programação. Num parecer de outubro de 2009, a Advocacia Geral da União entendeu cabível que a TV Cultura, de São Paulo, veiculasse conteúdos de caráter recreativo, informativo ou de divulgação desportiva considerados educativos, “se neles estiverem presentes elementos instrutivos ou enfoques educativo-culturais identificados em sua apresentação”. Adicionalmente, o despacho reconheceu a licitude da veiculação de propaganda institucional e o apoio cultural, tanto para a TV Cultura como para as demais emissoras públicas do país.



permitindo a irradiação de espetáculos, trechos musicais, quadros, anedotas ou palavras contrários à moral familiar e aos bons costumes, norma esta, que, embora não derogada, não encontra guarida no seio da ordem constitucional, que veda a censura, enquanto “elevado sentido moral e cívico” poder ser uma cláusula aberta, apta a receber conteúdos arbitrários.

No art. 53 do CBT estão arroladas as infrações e crimes de violação de telecomunicações, entre os quais divulgar segredo de Estado ou assuntos que prejudiquem a defesa nacional, promoção de campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião, veicular notícias falsas, com perigo para ordem pública, incitar a desobediência às leis ou decisões judiciais, fazer propaganda de guerra ou de processo de subversão da ordem política e social.<sup>83</sup>

As penalidades, conforme a redação dada pelo decreto-lei 236/1967 no art. 59 incluem multa, suspensão, cassação e detenção, com possibilidade de simples advertência (§1º). Para suspensão, além de infrações ao próprio CBT, destaca-se a infração à liberdade de manifestação do pensamento e de informação, o ensejo à situação de perigo de vida, utilização de equipamentos diversos dos aprovados ou instalações fora das especificações técnicas constantes da portaria que as tenha aprovado; e a execução de serviço para o qual não está autorizado (art. 63).

Já a cassação caberia pela infringência às regras do CBT e reincidência em infração anteriormente punida com suspensão. Ainda poderia ser aplicada quando ocorresse interrupção do funcionamento por mais de trinta dias consecutivos, incapacidade legal, técnica, financeira ou econômica para execução dos serviços da concessão ou permissão, na não correção tempestiva das irregularidades motivadoras da suspensão anteriormente havida; no não cumprimento das exigências e prazos estipulados, até o licenciamento definitivo de sua estação, bem como na não-observância, pela concessionária ou permissionária, das disposições contidas no art. 222, caput e seus §§ 1º e 2º, da Constituição. No entanto, em face da superveniente regra do art. 223, § 4º da Constituição Federal, apenas no caso de sentença judicial definitiva poderá ser determinada a cassação.

A Lei 9.472/97, que instituiu a Anatel, passou a disciplinar a matéria de

---

<sup>83</sup> Algumas estão carregadas do ideário do regime militar e ao contexto político então vigentes como “colaborar na prática de rebeldia, desordens ou manifestações proibidas” e “insuflar a rebeldia nas forças armadas ou nas organizações de segurança pública”, “caluniar, injuriar ou difamar os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ou os respectivos membros”, cuja recepção na ordem de 1988 é bastante duvidosa.

telecomunicações, contudo, o diploma se aplica apenas parcialmente à radiodifusão, no que atine aos aspectos técnicos das programações de rádio e TV de canais abertos, bem como aos planos de distribuição de canais e evolução tecnológica. Os demais aspectos – como a outorga – ficam expressamente reservados ao Executivo, conforme o art. 211 da lei.

## 2. FUNDAMENTOS DA DISCIPLINA LEGAL DA RADIODIFUSÃO

### 2.1 Relevância e o cabimento de uma regulamentação

As atividades econômicas são, como regra numa sociedade democrática, livres àqueles que as querem realizar. No entanto, cabe ao Estado, no exercício de seu papel regulador, disciplinar as atividades que, por seu risco inerente à coletividade, seu impacto sócio-econômico, enfim, pela geração de externalidades<sup>84</sup> sociais não podem ser negligenciadas e requerem um balizamento pelo Estado.

Considerando-se que o “mínimo” tutelado pela regulação de um certo setor da economia seja a concorrência<sup>85</sup>, outros fatores se agregam a ela para justificar uma intervenção do Estado a estabelecer normas dentro das quais a atividade econômica se desenvolverá. No caso da radiodifusão de sons e de sons e imagens a regulação emergiu como um elemento para além de toda a questão econômica. O peso político e estratégico da atividade ensejou o tratamento da regulação do setor, ao menos na gênese, como uma questão de segurança, inclusive com a encampação de rádios e TVs na Europa, sem que se visse nisto necessariamente uma forma de autoritarismo<sup>86</sup>.

Parece ser uma constante no mundo a adoção de regulamentos mais ou menos restritivos no que se refere à disciplina da radiodifusão. As variáveis que não se pode olvidar em todos os casos são a finitude das frequências, que delimita a entrada de agentes e o aspecto sócio-político inegável implicado na influência que a comunicação de massa representa, além do alto custo dos investimentos que qualquer *player* terá de fazer.

Quando nos referimos à regulação dos setor de radiodifusão, temos em conta não apenas uma atividade econômica relevante que requer particular atenção

---

<sup>84</sup> SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 27: “Há externalidade sempre que uma determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica”. Embora não haja, no caso da regulação da radiodifusão, propriamente uma “externalidade” a se controlar, mas a dinâmica peculiar ao próprio processo da comunicação de massa.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 30. Entende o autor ser a tutela da concorrência uma medida de garantia institucional da da correção e equilíbrio da interação econômica, capaz de criar uma igualdade jurídica material e não somente formal entre os agentes econômicos.

<sup>86</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 56

do Estado a ponto deste emitir normas disciplinando aspectos diversos da atuação dos agentes econômicos afetos, mas de um segmento fundamental da vida em sociedade, que é a comunicação, hoje desenvolvida a patamares inauditos – e inimagináveis há cerca de um século<sup>87</sup>. Assim, há, pelo menos, uma dupla necessidade de regulamentação no campo da radiodifusão, que, no direito comparado, encontra modelos díspares, mas que não deixa de existir mesmo nas economias mais liberais.

Com efeito, há não apenas uma atividade econômica a ser disciplinada, mas toda um plexo de interesses e de valores sociais implicados na manifestação de opiniões de largo e rápido alcance e na expressão do pensamento da sociedade. Bem entendido: quando falamos em “expressão da sociedade”, há uma óbvia metonímia, dificilmente sustentável. Os veículos de rádio e TV de acesso livre, pelo menos hoje no paradigma brasileiro, nem de longe, conseguem externar a diversidade de vozes no cenário social.<sup>88</sup>

No entanto, a noção subjacente a toda proposta de regulamentação – seja por concessão ou por autorização administrativa – é de que o raio das opiniões e grupos sociais seja o maior possível, numa efetiva realização da liberdade de expressão e do pluralismo<sup>89</sup>. Os modelos regulatórios tendem comportar medidas que contemplem a diversidade das vozes dos atores sociais como medida de realização do “bem comum”. Ainda que tal não se realize, é certo que, de alguma

---

<sup>87</sup> BONAVIDES convém com NUSDEO LOPES em que a informação e o pluralismo são direitos fundamentais. Segundo o constitucionalista, “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (in *Curso de Direito Constitucional*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 572). Para ZYLBERSZTAJN, esta característica pode ensejar a necessidade de prestações positivas do Estado para a garantia do seu exercício.

<sup>88</sup> Há uma deficiência constitutiva na concepção de que os veículos de comunicação de massa atuam como representantes – ou dão vazão a expectativas e anseios – de parcelas da sociedade, afinal, não há “mandato” aos agentes da produção de rádio e TV. O problema se coloca mais presente quando se discute a possibilidade da adoção da autorização administrativa de inspiração norte-americana do *trusteeship model*, em que os *players* são “fiduciários” do público e têm de se submeter a regras inclusive quanto ao conteúdo do material veiculado. As formas de controle, numa sociedade democrática, contudo, tendem a ser fluidas, especialmente em face das opções políticas, éticas e estéticas de cada sociedade. Karl POPPER recomendava que os profissionais que fossem trabalhar no mercado midiático tivessem de se submeter a um curso, com avaliação, sobre as responsabilidades de sua atividade e eventualmente ter a licença suspensa ou cassada em caso de violação a normas deontológicas. (in *Televisão: um perigo para a democracia*. Lisboa: Gradiva, 1995, pp. 25 e 26)

<sup>89</sup> SCORSIM, op. cit., p. 19: “Os fundamentos para a organização da televisão são a liberdade de comunicação e a garantia do pluralismo de expressão das correntes de opiniões”.

forma, nas sociedades democráticas, as tentativas de regulamentação, para obterem respaldo político e social, costumam pautar-se, ou alegam pautar-se no chamado “interesse público”. Para João BRANT:

“the idea of public interest is one of the normative references to regulation. As stated by Baldwin and Cave (1999:19), under this principle, it is the general interest of the public, rather than group, sectoral, or individual self-interests, that should drive regulators. It aims to “achieve certain publicly desired results in circumstances where, for instance, the market would fail to yield these” (ibid). However, the definition of public interest in practical terms lacks of the same clarity, and it is subject to dispute.”<sup>90</sup>

Convém observar que a esta maneira de se entender o fundamento da regulação é contraposta a outra, a da Escola Neoclássica ou Econômica da Regulação, que nega qualquer fundamento de interesse público na regulação e, crendo ser possível prever os resultados da atividade econômica, advoga pela substituição ou correção do mercado através da regulação<sup>91</sup>.

Contudo, em se admitindo o primeiro modelo, três paradigmas seriam, de forma geral, aplicáveis ao conceito de “interesse público”: o da preponderância, em que é tomada a soma dos interesses individuais; o do interesse comum, em que os interesses contemplados são aqueles reputados como sendo o que os indivíduos teriam em comum; e o da teoria unitária, segundo o qual alguns princípios são afirmados, e o interesse público é visto como o que está em consonância com um programa de valores no qual “o que é bom para um é bom para todos”<sup>92</sup>.

Embora todos os modelos possam ser aplicados à regulamentação das políticas de comunicação, BRANT demonstra que o interesse comum é o que preside ou deveria presidir os grandes temas da área, como a adoção de padrões técnicos, a alocação de frequências e até mesmo a própria ideia de liberdade de expressão. Assim, em especial atenção aos princípios retores da administração pública, seja qual for a abordagem, o interesse público nortearia todo o trabalho do legislador ao elaborar a norma de regulação e do administrador ao aplicá-la. Assim, em tese, qualquer legislação orientada a interesses individuais ou grupais seria

<sup>90</sup> BRANT, João. *Spectrum policy in change: what is the impact on plurality and diversity?* (dissertação). Londres: London School of Economics and Political Science, 2006, p. 14.

<sup>91</sup> SALOMÃO FILHO, op. cit. p. 21. O autor (op. cit., p. 26) sustenta ser uma quimera pretender que o regime jurídico de direito público será capaz de submeter agentes privados no serviço público na busca do “interesse público”.

<sup>92</sup> MCQUAIL, D. *Media performance: Mass Communication and the Public Interest*. London: Sage Publications, 1992, *apud* BRANT. op. cit. p. 14

espúria, porquanto minaria a ideia de interesse público<sup>93</sup>.

No entanto, não basta que a política de regulação tenha tal fim para que seja legítima, pois ela é, a princípio, baseada apenas numa noção suposta do que seja o interesse público<sup>94</sup>. Isto porque trata-se de uma política e, como tal, sujeita não a uma atividade puramente lógica e facilmente aferível, mas ao enquadramento da persuasão realizada pelos diversos atores do campo social.

Portanto, para além de tal concretização há que se ter ainda mecanismos aptos a que o cidadão possa fazer-se expressar e demonstrar se o requisito do interesse público está suficiente e adequadamente atendido e se os meios utilizados pelo regulamento se prestam ao fim almejado. Especialmente se elas próprias se sentem representadas por um lado pelo serviço prestado, no caso, pelo conteúdo editorial destes veículos e pela abrangência e qualidade das rádios e TVs, e, por outro, pela participação – ou ao menos a compreensão – na decisão sobre a escolha dos agentes a operar este serviço e os critérios que obedecerão na prestação do serviço.

A ideia de participação popular é ínsita à regulação de um segmento tão sensível às decisões de uma sociedade democrática como a comunicação por radiodifusão e que pode comprometer, para bem e para o mal, as orientações e as decisões da sociedade. Conforme BONAVIDES:

“(...) a) mídia – esta, sim, a caixa-preta da democracia, que precisa de ser aberta e examinada para percebermos quantos instrumentos ocultos, sob o pálio legitimante e intangível da liberdade de expressão, lá se colocam e utilizam para degradar a vontade popular, subtrair-lhe a eficácia de seu título de soberania, coagir a sociedade e o povo, inocular venenos sutis na

---

<sup>93</sup> Veja-se a célebre lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELO: "o interesse do todo, nada mais é do que uma forma, um aspecto, uma função qualificada do interesse das partes, ou seja, não há como se conceber que o interesse público seja contraposto e antinômico ao interesse privado, caso assim fosse, teríamos que rever imediatamente nossa concepção do que seja a função administrativa. O interesse público, portanto, nada mais é do que uma dimensão, uma determinada expressão dos direitos individuais, vista sob um prisma coletivo".

<sup>94</sup> As correntes de pensamento liberal levantam como óbice à intervenção do Estado a vagueza e a fluidez dos conceitos de "bem comum" ou "interesse público". Segundo HAYEK: "Não é necessário muito esforço para se perceber que esses termos não estão suficientemente definidos para determinar uma linha específica de ação. O bem-estar e a felicidade de milhões não podem ser aferidos numa escala única de valores. O bem-estar de um povo, assim como a felicidade de um homem, dependem de inúmeras coisas que lhe podem ser proporcionadas numa infinita variedade de combinações". HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. pp. 73/74. Observe-se ainda SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 17: "A definição de interesse público é multifacetada, ora política, ora econômica, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos. Aliás, a experiência prática põe em sérias dúvidas a existência de um conceito – verdadeiro e coerente – de interesse público para fins de intervenção do Estado na economia".

cabeça do cidadão, construir falsas lideranças com propaganda enganosa e ambígua, reprimir e sabotar com a indiferença e o silêncio dos meios de divulgação, tornados inacessíveis, a voz dos dissidentes e seu diálogo com a sociedade, manipular, sem limites e sem escrúpulos, a informação, numa aliança com o poder que transcende as raias da ética, enfim, a criação de uma opinião pública livre e legítima, consciente e oxigenada pelos valores da justiça e da liberdade”<sup>95</sup>

Em que pese haver um certa hipérbole na análise do jurista, é consentâneo que a comunicação por meio da mídia de massa tem um potencial enorme para agir sobre as instituições democráticas, na medida em que é capaz de moldar preferências, valores e formatar, em larga medida, a opinião pública. O fato de ser ou não serviço público a ser prestado a princípio pelo Estado, ainda não se coloca. De qualquer forma, há na regulação da radiodifusão, em que pese a opinião dos doutos detratores, um interesse público a tutelar – ainda que o conteúdo de tal interesse esteja em permanente devir e seja passível de permanentes revisões.

Ainda que se entenda que a escassez do espectro eletromagnético possa ser sanada pelo advento da digitalização dos sinais (que, em alguns modelos, expande consideravelmente o número de canais e conseqüentemente o ingresso de novos agentes nesta seara)<sup>96</sup>, a necessidade da disciplina da concorrência não desapareceria, bem como o necessário resguardo do componente político intrínseco à comunicação de massa nas sociedades contemporâneas como também da salvaguarda dos direitos fundamentais que, de alguma forma, entram em choque ao se garantir liberdade de comunicação aos veículos de radiodifusão.<sup>97</sup>

## 2.2 O espectro eletromagnético e suas formas de ocupação

Assim, o fundamento para uma disciplina legal da ocupação das frequências radioelétricas, convém a doutrina, é duplo. De um lado, tem-se a finitude e a escassez das frequências a requerer uma disciplina no ingresso dos agentes, de outro, está o relevante papel das empresas de comunicação, que delas farão uso, como difusoras da informação, “formatadores” da opinião pública e na construção de

---

<sup>95</sup> BONAVIDES, Paulo, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, p. 64.

<sup>96</sup> BRANT, op. cit. p. 23

<sup>97</sup> cf. ZYLBERSZTAJN, op. cit.

valores sociais e das escolhas políticas e morais da sociedade<sup>98</sup>, tudo somado ao fator custo, que é elevado, a demandar prazos consideráveis para o retorno do investimento, o que, não havendo, pode restar comprometida a dinâmica deste campo de atividade<sup>99</sup>.

A forma como os diversos ordenamentos lidaram com estes fatores variou em considerável medida. De um lado, como se observou, existiu na gênese dos sistemas um modelo baseado na forte e direta atuação do Estado – o chamado modelo europeu – e outro essencialmente calcado em agentes privados operando por meio de autorização administrativa, como nos Estados Unidos. Tanto um quanto o outro comportaram mudanças ao longo do tempo: o americano com o ingresso das emissoras públicas e o europeu, sem descurar da hegemonia da radiodifusão estatal, abrindo-se às emissoras privadas.

O fato de existirem dois modelos básicos consideravelmente distintos em sociedades democráticas<sup>100</sup> e o de estes próprios modelos passarem por transformações substanciais já revelam que as formas de ocupação e utilização do espectro eletromagnético não são unívocas, nem um dado necessário e pré-existente, que tem de se manter para sempre intocado. A dinâmica social pode exigir novas formas de funcionamento dos mecanismos da regulamentação, principalmente em face das novas tecnologias propiciadas pela internet e da convergência de mídias, a requerer uma resposta célere do legislador.

Quando percebemos que a temos uma legislação de radiodifusão simples – ou simplória, porquanto inócua nos propósitos de desconcentração do controle dos

---

<sup>98</sup> Cite-se ligeiramente, a título de exemplo, o estudo empreendido pelo BID, que relacionou a mensagem das novelas da Rede Globo e a expansão de seu alcance em território brasileiro para demonstrar que, por influência desta programação, aumentou o número de divórcios no país, bem como a adoção pelos pais dos nomes dos personagens para batizar os filhos e na redução da fertilidade. in CHONG, Alberto, DURYEA, Suzanne, LA FERRARA, Eliana. *Soap Operas and Fertility: Evidence from Brazil New York: CEPR Discussion Papers* 6785, 2008: “(There's a suggestive evidence that novelas, and not just television, affected individual choices. First, people living in areas covered by the signal were more likely to name their children after novela characters. Second, entry of a network that relied on imported shows did not have a significant impact on fertility”.

<sup>99</sup> Os custos de investimento têm impactos consideráveis nas decisões de regulação, que tendem a contorná-los utilizando-se de medidas compensatórias aos agentes, como o menor rigor nas medidas contra os oligopólios, ou o maior prazo das delegações de serviço ou ainda reduzindo a cota de produção local.

<sup>100</sup> Desconsideram-se, aqui, as teratologias da comunicação de massa dos países totalitários, como os socialistas, além das ditaduras do mundo islâmico, notadamente.



veículos<sup>101</sup> –, cabe-se perguntar se, olhando para as outros modelos de ocupação do espectro, não encontraríamos opções legais adequadas aos novos tempos. Cabe, antes de tudo, identificar os principais gargalos que o modelo atual gera.

---

<sup>101</sup> FARACO, op. cit. p. 147

### 3 INCONSISTÊNCIAS DA DISCIPLINA DO MODELO BRASILEIRO

O problema que se colocou foi sobre se a aplicação da figura da concessão é apropriada para o exercício, pelo administrador, da disciplina dos serviços de radiodifusão, que, no Brasil, possuem uma feição eminentemente privada. Algumas questões exsurtem como fundamentais a serem superadas ao se analisar se as “concessões” de radiodifusão devem ser tratadas legalmente com tal rótulo. A primeira delas é prévia, e diz respeito à caracterização ou não dos serviços de radiodifusão como serviço público.

Em se admitindo que se trata de serviço público, a radiodifusão teria de se submeter ao regime de direito público, com todos os seus consectários legais e constitucionais, ou então persistiria um regime próprio, com a dubiedade hoje reinante sobre a sua natureza. Por outro lado, caso não se reconheça a caracterização de serviço público, necessário seria se fazer uma reformulação em todo o ordenamento, eliminando-se as previsões de “concessões/permissões” e promovendo-se a substituição por uma nova nomenclatura, que expresse mais adequadamente sua verdadeira natureza, provavelmente com a criação de um regime de licença administrativa.

Tal discussão é não apenas cabível como necessária em face da previsão do art. 175 da Constituição Federal, que em seu caput, prevê que os serviços públicos serão prestados diretamente pelo Poder Público ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de prévio procedimento licitatório. O que parece cristalino é logo turvado pela própria Lei Maior, quando, no art. 176, § 1º, se estabelece previsão de *autorização* ou *concessão* da União para a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento do potencial de energia hidráulica. Ora, as riquezas do subsolo constituem bens diversos deste, de titularidade da União (art. 20, IX), bem como o potencial energético dos cursos d'água (art. 20, VIII). No caso da exploração econômica destes bens da União, a aplicação, a par da concessão, da autorização administrativa – em que se visa a permitir uma atividade de interesse preponderante do agente econômico – parece trazer confusão ao tema.

AGUILLAR<sup>102</sup> usa este mesmo exemplo para mostrar que nem toda

---

<sup>102</sup> AGUILLAR, *op. cit.*, p. 277/278

atividade concedida ou permitida é serviço público. Contudo, neste caso, a categoria mais abrangente seria a de “concessão” e não a de “serviço público”. O próprio doutrinador, no entanto, reconhece que não há no texto constitucional uma definição jurídica nem mesmo de serviço público. Por outro lado, ele mesmo afirma que se uma atividade puder ser desempenhada por particulares sem concessão ou permissão, ela não pode ser considerada serviço público. No caso das jazidas e potenciais hidroenergéticos, há a previsão para exploração via autorização, em que prepondera o interesse do agente econômico.

Da mesma forma, no nível infraconstitucional, o regime de concessões previsto pelo Código Brasileiro de Telecomunicações é fonte de mais falta de rigor conceitual, visto que estipula o regime de serviço público, mas sem os elementos próprios, especialmente a licitação prévia, apesar das mudanças introduzidas pelo decreto 2.108/1997. A estranheza sobre o regime de concessões desenhado pelo CBT é bem expresso por SCORSIM:

“Ora, o serviço de televisão por radiodifusão, em sendo objeto de concessão administrativa, não deveria se submeter à lei geral das concessões de serviços públicos? Mesmo em se tratando de uma 'concessão especial' os serviços de radiodifusão deveriam estar contemplados na lei geral sobre concessões, contudo não o foram.”<sup>103</sup>

Com efeito, as “outorgas” de rádio e TV estão excluídas do regime geral de concessões, por dicção expressa do art. 41 da Lei 8.987/95. Pugnando pela adoção de um sistema de autorizações administrativas para a radiodifusão, SCORSIM argumenta no sentido de que a categoria jurídica da concessão aplicada à radiodifusão é fruto de um “determinado contexto histórico no qual foi construída, bem como utilizada em setores econômicos relacionados à infraestrutura material do País (ex: ferrovias, portos, transportes, geração de energia elétrica, estradas, etc.)”

Alguns elementos tendem a demonstrar a necessidade de enquadramento da radiodifusão pelo menos como atividade de interesse público, conforme já demonstrado no capítulo precedente, especialmente sua vinculação e impacto imediatos na formação da opinião pública e na construção, manutenção e consolidação de valores democráticos.

Porém, o entendimento quanto a uma natureza de serviço público não é pacífico, haja vista a gênese privada da radiodifusão no Brasil e a participação

---

<sup>103</sup> SCORSIM, op.cit., p.

extremamente restrita da TV pública e estatal na audiência<sup>104</sup>, além da falta de respaldo no direito comparado para se referir a tal de modo unívoco, notadamente tendo-se em conta o modelo norte-americano e as profundas mudanças na radiodifusão europeia.

Assim, se quisermos ver no “interesse público” razão para justificar a disciplina da radiodifusão sob as vestes da concessão, temos de ter em vista que há muitos obstáculos a superar a fim de caracterizá-la como serviço público, hipótese em que caberia a concessão/permissão. De toda forma, imaginar que a adoção do modelo de concessão, por si, vai resguardar os interesses reputados relevantes, pode ser um equívoco, conforme demonstra SALOMÃO FILHO:

“O regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Sendo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas, ele passa a delegá-las aos particulares, acreditando que pode controlá-los através de um regime de direito público. (...) Se o regime de concessões deveria substituir com vantagens o mercado, estabelecendo fins públicos para os agentes particulares, sua eficácia tem sido muito limitada. Esse regime tem, de um lado, originado a captura do poder concedente pelo concessionário, que, logo após a licitação, torna-se monopolista daquela atividade”.<sup>105</sup>

A intenção deste trabalho monográfico não é, nem poderia, como se disse, propor uma resposta a esta questão. Porém, suscitam-se aqui os pontos controversos que requerem enfrentamento necessário, principalmente tendo em vista a possibilidade de transformações legais em alguns anos<sup>106</sup>. Assim, é de se questionar, na outra vertente, a procedência no modelo atual de um regime de concessões/permissões distinto do regime geral previsto pela Lei nº 8987/95, inclusive quanto à constitucionalidade. Outra questão, igualmente relevante, refere-se à condição de contrato administrativo da concessão, especialmente à

---

<sup>104</sup> “Pesquisas indicam que a TV Pública em seu conjunto (federal, estaduais, universitárias, legislativas e do Judiciário) alcança 1,6% de *share* no Brasil”, segundo o relatório de atividades da Empresa Brasil de Comunicação para o período de novembro de 2007 a dezembro de 2008. Pode-se argumentar que há inércia do Estado em estabelecer políticas para a radiodifusão pública, especialmente em vista do contido no art. 223 da Constituição. Porém, historicamente, a formatação do sistema de radiodifusão se deu no âmbito privado.

<sup>105</sup> SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 20.

<sup>106</sup> A pressão de entidades que pretendem a democratização dos meios de comunicação resultou na convocação, via decreto presidencial de 16/04/2009, de uma Conferência Nacional de Comunicação – Confecom, um fórum de proposição de políticas públicas na área de comunicação, no qual as concessões de radiodifusão e suas vicissitudes são um tema candente. A iniciativa veio a contragosto dos veículos de mídia eletrônica, contudo não se esperam alterações consideráveis no modelo, embora certo quadro institucional esteja montado para tanto.

observância dos prazos para a sua vigência e para as condições de renovação.

A atual da regulamentação de radiodifusão não concorre para evitar-se o oligopólio ou a concentração de veículos por um mesmo titular *de facto*. Conforme bem observou FARACO<sup>107</sup>, a regulação estrutural de radiodifusão no Brasil se caracteriza pela simplicidade, mas é inócua, na medida em que contempla apenas limites horizontais e nominais no controle da titularidade de veículos de radiodifusão, sem qualquer controle sobre a propriedade cruzada e o uso de pessoas interpostas (“laranjas”) para contornar os limites ao número de emissoras e vincular as emissoras locais a uma rede. Também é escandalosa a inobservância da vedação a parlamentares quanto à propriedade de veículos de radiodifusão.

Já demonstramos que há uma verdadeira blindagem contra a não-renovação das outorgas de radiodifusão, criada sobretudo pela impugnação, via votação nominal de dois quintos do Congresso Nacional e à necessidade de sentença judicial definitiva para a cassação da outorga. Frise-se também que o procedimento para a renovação no âmbito do Ministério das Comunicações é lento e burocrático, passível de sucessivas prorrogações, durante as quais a outorga, embora vencida, permanece dando condições de operação à emissora. Trata-se de verdadeira eternização da outorga, que só não ficará mais nas mãos do operador se este realmente não quiser mais operá-la.

### **3.1 Concessões e os contratos administrativos desnaturados**

Afora a discussão sobre se tratar a radiodifusão de serviço público, em se admitindo o modelo atual, no qual a operação de rádio e TV é considerada nesta condição, o caráter do contrato administrativo que, em tese, deveria estar presente nas outorgas é, se não desnaturado, ao menos mitigado. Em primeiro lugar, a bilateralidade de interesses fica deslocada, visto que o Estado não demonstra interesse que os agentes ingressem no mercado para prestar os serviços de rádio e TV, mas estes procuram o Estado para operar frequência, que, até então, não é ocupada pelo Estado.

Assim, se houvesse interesse do Estado em ocupação das frequências

---

<sup>107</sup>

FARACO, *op. cit.*, p. 147

disponíveis, o Poder Público poderia entrar subsidiariamente com novos canais ou então fomentar a rádio e a televisão comunitárias. Outrossim, se realmente há interesse do Estado na prestação dos serviços de radiodifusão, por que motivo não há políticas públicas para o ingresso e manutenção de agentes neste mercado, onde, sabe-se, os investimentos são bastante elevados?

Como contratos, as concessões/permissões de rádio e TV devem ser onerosos e comutativos, o que implica o pagamento de valores pelo uso da concessão/permissão. Os valores pagos não são objeto de controle social<sup>108</sup>, assim como não são conhecidas dos usuários as obrigações que as emissoras têm de cumprir.

Igualmente, devem ser *intuitu personæ*, o que, como se demonstrou, não significa a “irracionalidade” das escolhas dos contratos privados, mas a adesão critérios objetivos de capacidade técnica para o desempenho do contrato. No entanto, uma prática recorrente nas emissoras brasileiras é o “arrendamento de espaço” para terceiros, especialmente para grupos religiosos, que são totalmente estranhos à sua relação com o poder concedente, bem como a estranha “venda” da emissora (e respectiva outorga) para outros agentes<sup>109</sup>.

O resgate e a encampação, características das concessões, não se aplicam às de radiodifusão, mas por uma razão ínsita ao objeto de que tratam – a comunicação, que numa sociedade democrática, como se pretende a brasileira, não pode ser passível a arroubos do Estado<sup>110</sup>, cujos dirigentes podem ser tentados a usar critérios políticos para supostamente aplicar a regulação de radiodifusão de maneira a perseguir vozes dissonantes.

---

<sup>108</sup> Os usuários não pagam diretamente pelo serviço de radiodifusão comercial, nos quais estariam inclusos os valores devidos pela concessão. No entanto, nos custos dos produtos e serviços que consome está embutido o custo da publicidade que mantém as emissoras, que pode chegar até 10% do valor. Sobre o tema,

<sup>109</sup> Embora neste último caso haja apreciação da venda pelo Ministério das Comunicações e pelo Congresso Nacional.

<sup>110</sup> NUSDEO LOPES, op. cit. p. 239. Caso emblemático de como os agentes da radiodifusão podem ser objeto de decisões governamentais ilegais numa democracia formal é o caso da RCTV, da Venezuela, que teve sua concessão não renovada pelo governo Hugo Chávez em 2007 por ter uma linha editorial de confrontação do regime – embora reunisse condições para a renovação. A situação perversa contrasta com outra simétrica, mas também danosa à democracia, que é a perenização no Brasil de outorgas de rádio e TV por agentes que não reúnem as condições para tanto. Sobre o tema: HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2008 - Events of 2007*, Nova York, 2008, p. 227/228.

### 3.2 Coronelismo eletrônico – perpetuação de estruturas arcaicas e formas de superação

Em que pese vários caminhos serem possíveis, algumas mudanças são necessárias, pois, a se manter o sistema atual sem medidas, o “coronelismo eletrônico”, um dos maiores vícios da política de telecomunicações no Brasil, subsistirá, ainda que de outras formas dificilmente a sociedade brasileira concretizará o pluralismo apregoado no preâmbulo da Constituição Federal.

Por “coronelismo eletrônico” entende-se a prática de se conceder emissoras de rádio e TV para pessoas ou grupos econômicos diretamente ligados aos grupos oligárquicos nacionais ou regionais, para, em troca, estes veículos passem a fornecer apoio velado ou aberto aos agentes do poder concedente. A prática que lembra os sistemas medievais de proteção e acobertamento recíproco baseado em vínculos de fidelidade, tem, com efeito, raízes profundas na sociedade brasileira. Conforme Raymundo FAORO, o Brasil herdou de Portugal o patrimonialismo e o capitalismo politicamente orientado:

Nenhuma exploração industrial e comercial está isenta de seu controle — guarda, todavia, para seu comando imediato os setores mais lucrativos, que concede, privilegia e autoriza à burguesia nascente, presa, desde o berço, às rédeas douradas da Coroa. As outorgas de atividades, dispersas e tímidas, ganham relevo com as grandes viagens, com os reis senhores incontestáveis dos mares e das rotas abertas na África, Ásia e América. O Estado torna-se uma empresa do príncipe, que intervém em tudo, empresário audacioso, exposto a muitos riscos por amor à riqueza e à glória: empresa de paz e empresa de guerra. Estão lançadas as bases do capitalismo de Estado, politicamente condicionado, que floresceria ideologicamente no mercantilismo.<sup>111</sup>

Nesta medida, quando o patrimonialismo e a intervenção do 'príncipe' para firmar acordo de apoios recíprocos são tão impregnados na cultura política, superar heranças consolidadas como o mecanismo pernicioso de outorgas de radiodifusão parece ser tarefa das mais complexas<sup>112</sup>, como já se pretendeu, de maneira

---

<sup>111</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro*. Editora Globo, Rio de Janeiro, 2001. p. 21

<sup>112</sup> A situação é bem ilustrada com a *Ley de Medios*, que tenta se aplicar na Argentina, país também acometido, em certa medida, de uma cultura de privilégios que atinge a radiodifusão. Pela *Ley*, a propriedade dos veículos de radiodifusão será pulverizada, inclusive no que atine à propriedade cruzada, e se implantará de maneira vigorosa a complementaridade entre os três setores da radiodifusão, a exemplo que se prevê constitucionalmente no Brasil. A *Ley de Medios*, que substitui a Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual, de 15 de setembro de 1980, foi objeto de

imperfeita, com o Decreto 1.720/1995. Como nas companhias dos “amigos d’El Rey”, vige no atual modelo de concessões, ainda, o compadrio e a reciprocidade nos apoios e benefícios, mesmo que acobertada por uma estrutura legal burocrática de tipo moderno<sup>113</sup>.

Segundo Israel BAYMA, “instrumentos de poder e de troca de favores e interesses, as concessões de rádio e televisão têm servido, no Brasil, como moeda de troca entre o Governo Federal e o setor privado”. De acordo com o autor, entre 1985 e 1988, o então presidente José Sarney concedeu um grande número de licenças de emissoras de rádio e TV para empresas ligadas a parlamentares federais, os quais ajudaram a aprovar a emenda que lhe deu 5 anos. Ao passo que Fernando Henrique Cardoso, até setembro de 1996, autorizou 1.848 licenças de repetidoras de televisão em todo o país, sendo que 268 para entidades ou empresas controladas por 87 políticos, todos favoráveis à emenda da reeleição.<sup>114</sup> O governo Lula, por sua vez, não envidou esforços para alterar a metodologia canhestra de renovação das outorgas.

Não apenas a estrutura viciada estabelecida não concorre para que se abram brechas a novas formas de regulamentação mais democráticas, como

---

críticas, por parecer destinado a minar o poderio do grupo Clarín, destacado oligopolista argentino, de oposição ao atual governo. Contudo, objetivamente, especialistas concordam que as 264 licenças de radiodifusão detidas pelo grupo Clarín comprometem qualquer forma de pluralismo na sociedade argentina.

<sup>113</sup> FAORO, *ibidem*, p. 249, referindo-se aos “coronéis” do Império: “O coronel, por isso que se integra no poder estadual, constituindo o governador a espinha dorsal da vida política, representa uma forma peculiar de delegação do poder público no campo privado. Ao contrário da tese consagrada, não se trata de remanescente do privatismo, particularizando a estrutura estatal, senão que corporifica aspecto de domínio não burocrático da sociedade, com larga interpenetração dos dois setores, numa indistinção peculiar ao sistema. Quebrada a armadura estatal, de tendência burocrática, do Império, não emergiram, na superfície social, os elementos autônomos, sempre evocados pelos liberais”.

<sup>114</sup> BAYMA, Israel. *A concentração da propriedade de meios de comunicação e o coronelismo eletrônico no Brasil*, 2001, disponível em <<http://www.fndc.org.br/arquivos/Relatoriolsrael.pdf>>, último acesso em 3 de setembro de 2009. Ainda conforme o autor, embora as conseqüências do coronelismo eletrônico se projetem sobre toda a vida política do país, ele atua no reduzido cenário do governo local e, por ausência do poder público, no caso o Ministério das Comunicações, a Anatel e Congresso Nacional, como incursão do poder privado no domínio político. Veja-se o quadro que demonstra o incremento no número de concessões no governo Sarney:

<b>Período</b>	<b>Presidente</b>	<b>Nº de concessões outorgadas</b>
1956-1964	JK, Janio Quadros e João Goulart	14
1964-1969	Castello Branco e Costa e Silva	23
1969-1974	Emílio Garrastazu Médici	20
1974-1979	Ernesto Geisel	47
1979-1985	João Baptista Figueiredo	46
1985-1990	José Sarney	90 (42 apenas em 1988)



também a falta de interesse dos meios impede que a sociedade mesmo chegue sequer a discutir a possibilidade de alterações normativas em áreas afetas à comunicação, no que se pode exemplificar com a reação contrária absolutamente unânime dos grandes veículos de comunicação à proposta de um Conselho Federal de Jornalismo, voltado à categoria dos jornalistas profissionais, no modelo dos demais conselhos de classe<sup>115</sup>. A grande mídia viu na iniciativa tão somente um esforço de o governo federal tutelar o jornalismo e se implantar uma censura escamoteada. A mídia não deu, contudo, qualquer margem a se discutir de forma mais acurada o tema com a sociedade.

Contrasta o ataque frontal que recebeu a ideia do Conselho Federal de Jornalismo a absoluta escassez de menções na mídia às gestões feitas no Ministério das Comunicações para a adoção de um padrão de TV digital para o país. O silêncio fazia sentido, afinal os concessionários desejavam – como conseguiram – a adoção do padrão japonês de TV digital, que, em meio a outras possibilidades técnicas, era o que permitia a manutenção das atuais bandas de frequências, de maneira a impedir a entrada de novos agentes na televisão por radiodifusão no país.

A adoção de outro dos padrões poderia significar a ruptura com a escassez do espectro radioelétrico, de que se falou algumas vezes neste trabalho, e da concomitante entrada de novos *players* na radiodifusão. No entanto, convenientemente, não se criou a oportunidade de se discutir de maneira aberta as diversas alternativas e optou-se por um padrão que privilegia o incremento na qualidade de som e imagem em detrimento da expansão do número de canais<sup>116</sup>. Vê-se, pois, que quando fala e quando cala, a mídia é sempre eloquente.

Um dos pontos mais sensíveis do novo modelo de TV por radiodifusão no Brasil foi a “consignação” de um canal paralelo de 6MHz para que as emissoras já

---

<sup>115</sup> ROMÃO, Juliana Galindo. *Conselho Federal de Jornalismo: interesses, pressão e desequilíbrio na cobertura jornalística*. 2008. 168 f. Dissertação, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Segundo a autora, os principais veículos de comunicação do país trataram o CFJ como ilegítimo, antidemocrático e como forma de ingerência governamental no jornalismo, de maneira a se criar uma censura velada, sem qualquer problematização do tema.

<sup>116</sup> Se restavam dúvidas que a Administração realizava esforços para proteger as emissoras já em operação da entrada de novos *players*, diante da digitalização, o superintendente de Serviços de Comunicação de Massa da Anatel, Ara Apkár Minassian, em entrevista à revista Tela Viva, esclareceu que “a agência fez opções fortemente técnicas como impedir a entrada de novas empresas durante os nove anos de transição do modelo analógico para o digital”. (in MAZZA, Mariana. *Intervozes alerta para necessidade de atualizar regras frente à digitalização*. Tela Viva News, disponível em <<http://www.telaviva.com.br/News.asp?ID=152355&Chapeu=>>. Último acesso em 20 de outubro de 2009)

existentes operassem no período de transição para o novo sistema. O Partido Socialismo e Liberdade (PSol) ingressou com uma ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 3944/2007) questionando o que considerou uma violação à previsão constitucional de concessão de radiodifusão, que restaria prejudicada neste caso pois a frequência seria conferida ao radiodifusor de sons e imagens como um direito adquirido, dispensada a licitação. O argumento da Administração é de que não foram criadas novas concessões, mas apenas condições técnicas para que as já existentes operem regularmente, prevista de antemão a posterior “devolução” do canal analógico.<sup>117</sup>

Por outro lado, uma certa tendência dos meios de comunicação e do próprio meio jurídico em admitir que regulações na área de comunicação sejam necessariamente mecanismos de censura incompatíveis com a nova ordem constitucional impede que se tenha um debate mais franco sobre a mídia e se tome qualquer medida mais incisiva tendente a dar concretude aos princípios e normas constitucionais. Algo como a aplicação da *fairness doctrine*, princípio originário do direito norte-americano, pelo qual os programas jornalísticos têm de dar tratamento isonômico entre os diversos “lados” de uma reportagem, seria impensável atualmente<sup>118</sup>.

De toda forma, o quadro demonstrado neste trabalho sugere que algumas mudanças se fazem necessárias na regulação da mídia brasileira, especialmente no que tange às concessões de rádio e TV. Assim, cumpre demonstrar o que se

---

<sup>117</sup> Antes da ADI do PSol, o Ministério Público Federal em Minas Gerais havia movido ação civil pública em face da União (autos 2006.38.00.026780-0) requerendo que fosse declarada a nulidade absoluta do decreto que instituiu o padrão japonês de TV. Entre os motivos do pleito – que restou indeferido por falta de interesse de agir –, estava a ofensa ao princípio da motivação, por implicar maiores custos aos usuários e por ofensa ao art. 223 da Constituição Federal por representar “verdadeira ‘renovação branca’ de todas as concessões públicas de radiodifusão do país, sem a imprescindível manifestação do Congresso Nacional”. Segundo o *parquet*, o decreto 5.820/2006 entregou a banda de seis megahertz “para que as emissoras ‘façam o que bem entenderem’ com os mesmos”, sustentando que “o único parâmetro de outorga passível de ser deferido às concessionárias é o de garantir que cada programação transmitida atualmente seja reproduzida *ipsis litteris* no novo modelo digital”.

<sup>118</sup> Com efeito, a ideia é polêmica, e é combatida pela imprensa conservadora norte-americana, especialmente naquela concentrada no rádio, que vê na aplicação da *fairness doctrine* uma forma de seus detratores *liberals* ocuparem os mais diversos espaços na mídia. A proposta do Conselho Federal de Jornalismo caminhava na direção de certa aplicação da *fairness doctrine*. A regra teria uma incidência muito maior sobre o jornalismo do que sobre o entretenimento, no entanto, há a tendência no Brasil à desregulamentação da profissão de jornalista, que, em seu Código de Ética (art. 12, I), contempla uma previsão para o tratamento isonômico entre as “partes”. Sobre o tema: MEDIA RESEARCH CENTER, *Unmasking the Myths Behind the Fairness Doctrine*, Alexandria: John Templeton Foundation, 2008.

vislumbra como possibilidade político-jurídica para tentar dar aos serviços de radiodifusão uma disciplina mais conforme à Constituição.

### 3.2 Possibilidades de alteração normativa

A série de inconsistências – ou equívocos de fundo – do modelo de concessões/permissões para a radiodifusão no Brasil levou os estudiosos do assunto a propor, em maior ou menor grau, mudanças que contornem as dificuldades criadas ao mesmo tempo em que sejam contempladas as normas e princípios constitucionais atinentes à matéria da Comunicação Social.

SCORSIM<sup>119</sup> propõe a flexibilização do modelo atual para contemplar características de um modelo baseado em autorizações administrativas para a radiodifusão privada, que poderia ser mais eficiente que contornar as dificuldades oriundas do atual modelo, mas permanecer nele. Segundo ele, o setor de comunicação social por radiodifusão tem natureza especial, com caracteres totalmente dissociados do uso clássico que se fez da concessão administrativa.

Importa dizer que o uso do modelo de autorizações administrativas – que, como se demonstrou, é marcada pela precariedade – para a radiodifusão privada requereria o respaldo de uma legislação bem estruturada e de órgãos de acompanhamento robustos, a exemplo do que ocorre nos EUA com o Federal Communications Commission (atualmente, a Anatel trata de questões eminentemente técnicas de operação das frequências), a fim de que não a regulação e a fiscalização da matéria fiquem sob o arbítrio do governante da ocasião.

É consentâneo que o público pode e deve participar do processo que vai resultar administrativamente na outorga ou autorização para a exploração dos serviços de radiodifusão. Contrasta com a pouca oportunidade de participação no modelo brasileiro, a audiência pública norte-americana, na qual, para outorga e renovação de licenças, é possível a qualquer cidadão apresentar *petition to deny*, instrumento administrativo em que são expostos motivos pelos quais determinada licença não deve ser renovada ou outorgada pela primeira vez<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> op. cit., p. 217.

<sup>120</sup> ZYLBERSZTAJN, op. cit., p. 137.

A se manter o modelo vigente, alguns ajustes profundos são recomendados, como a sujeição ao regime geral de concessões, com algum ajuste no que respeita à forma de licitação. Assim, seria requerido maior rigor nas concessões/permissões para que estas funcionem efetivamente como contratos administrativos, com requisitos e características próprias do instituto, o que implicaria substancial mudança na legislação.

Para compensar a reticência da mídia em discutir a si mesma e os vícios do coronelismo eletrônico, a publicidade quanto aos procedimentos de outorga e renovação precisaria ser implantada por força de lei, a fim de que os usuários do serviço conhecessem quem os operará, em que condições e como poderá ser sancionado se não cumpri-las. Vale dizer, necessário dar clareza e transparência nos critérios de funcionamento das emissoras, inclusive dando ampla publicidade acerca da titularidade das emissoras e, na outra margem, garantindo-se o direito constitucional de reclamação pelo serviço prestado de maneira deficiente. No campo das comunicações, o excesso de regulamentação é antidemocrático, contudo a falta de regras claras apenas concorre para que a mídia seja usada contra a democracia.

No que atine aos princípios e normas constitucionais, algumas medidas têm impacto relevante sobre a disciplina legal das operações de radiodifusão, entre as quais a regulamentação da complementaridade dos sistemas público, estatal e privado (art. 223), que pode definir o *status* da radiodifusão privada, e da restrição do oligopólio, que, de qualquer maneira, deve contemplar também o controle velado das redes sobre as emissoras locais. Quanto à complementaridade, cabem políticas públicas para o fomento econômico, bem como da celeridade nos processos de outorga, da radiodifusão comunitária, enquanto que no campo do sistema estatal cabe uma discussão ampla com a sociedade sobre o seu conteúdo e objetivos <sup>121</sup>.

FARACO defende um conjunto mínimo de medidas que poderiam mudar a concentração da titularidade dos veículos, com a fixação de limites regionais e nacionais tendo em conta o potencial público atingido pelas emissoras de controle de um mesmo grupo, bem como de critérios que tornem efetivos estes limites; nas

---

<sup>121</sup> A criação da Empresa Brasil de Comunicação (EBC) como uma TV estatal sucessora da gerou uma má-compreensão acerca da sua natureza, que se reputou como sendo um órgão de propaganda do governo federal. Criada pela Lei 11.652/2008, a TV foi identificada e divulgada insistentemente como “TV pública”, por contar com um conselho curador formado por representantes da sociedade. No entanto, não esconde ser uma estrutura herdada da antiga Radiobrás e revela a “vergonha” de se assumir como ente estatal.

redes, a criação de um limite à programação da “cabeça de rede”; criação de limites cruzados de diferentes meios em um mesmo ambiente geográfico; deslocamento da competência para outorga de concessões e fiscalização destes limites do MiniCom para uma agência especializada.

Outras alternativas apontadas são a promoção da pluralidade e diversidade, defendida pelos militantes da democratização da comunicação num duplo aspecto – interno (com cotas na programação) e externo (promovendo-se a diversificação entre as linhas de atuação das emissoras). O direito de antena – hoje restrito aos partidos políticos no período eleitoral para propaganda e nos demais períodos para divulgação institucional – poderia ser implementado para entidades da sociedade civil e contemplado como critério de outorga das autorizações (concessões), conforme a representatividade das organizações que pleiteiam o uso da frequência.

## CONCLUSÕES

Vimos ao longo deste trabalho as principais características da legislação brasileira sobre as concessões e permissões de radiodifusão, a sua previsão constitucional e as vicissitudes oriundas da opção do legislador, que criou uma categoria de concessões com natureza peculiar. Tentamos ainda listar algumas das razões práticas para que haja uma resistência à alteração deste modelo, em que pese ele reclamar mudanças, em especial em face do disposto na nossa Constituição.

Conseguimos enfatizar a construção histórica de um modelo híbrido de radiodifusão que toma a premissa do serviço público para a aplicação numa atividade eminentemente privada, sendo tal paradigma consagrado inclusive no nosso constitucionalismo. Mas esta construção, feita com base no instrumental disponível em cada circunstância histórica, tomou corpo e hoje requer a depuração sobre peculiaridades deletérias que o tempo revela. Há vias, há caminhos, que este trabalho apenas indicou.

Como dito no início, o tema está longe de ser esgotado, nem de se dar uma resposta unívoca, pois as possibilidades interpretativas são abertas, bem como as opções legislativas. Cabe ao estudioso do Direito demonstrar a conveniência e a propriedade de cada escolha à luz da Constituição e, na mesma medida da evolução dos meios de comunicação de massa, conceber soluções que perdurem no tempo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDI - Associação Nacional dos Direitos da Infância. *Mídia e Políticas Públicas de Comunicação*. Brasília: fevereiro de 2007.

BACELLAR F.º, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAYMA, Israel. *A concentração da propriedade de meios de comunicação e o coronelismo eletrônico no Brasil*, 2001, disponível em <<http://www.fndc.org.br/arquivos/RelatorioIsrael.pdf>>.

BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. *Mercado Brasileiro de Televisão*. 2ª ed. São Paulo: Educ, 2002.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 572

\_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, p. 64.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

BRANT, João. *Spectrum policy in change: what is the impact on plurality and diversity?* (dissertação). Londres: London School of Economics and Political Science, 2006.

BRITTOS, Valério et al. *Conselho de Comunicação Social: possibilidades e limites*. in *UNIRRevista*, V1, nº 3. São Leopoldo: Unisinos, julho de 2006.

CANOTILHO, José J. G. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CHONG, Alberto, DURYEY, Suzanne, LA FERRARA, Eliana. *Soap Operas and Fertility: Evidence from Brazil*. Nova York: CEPR Discussion Papers 6785, 2008.

CRESQUI, Candice. *Tratamento desigual prejudica radiodifusão comunitária*, in Observatório do Direito à Comunicação, 24/11/2008, disponível em <<http://www.direitoacomunicacao.org.br>>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. Relatório de atividades - novembro de 2007 a dezembro de 2008. Rio de Janeiro, 2009.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder – Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e Regulamentação das Redes Eletrônicas de Comunicação – Rádio, Televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FINGER, Ana Cláudia. *Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais*. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 232.

GONTIJO, Silvana, *O Mundo em Comunicação*. Rio de Janeiro: Aeroplano Editora, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, São Paulo: RT, 1990.

GRECO F.º, Vicente. *Curso elementar de direito de telecomunicações*. São Paulo: *Revista Justitia*, v. 88, 1975.

HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2008 - Events of 2007*, Nova York, 2008.

JAMBEIRO, Othon, *A TV no Brasil do século XX*. Salvador: Edufba. 2001

\_\_\_\_\_, et al. *Regulação da Radiodifusão: A concessão de frequências no Governo Provisório de Vargas (1930-1934)*. in *Revista de Economia Política das Tecnologias da Informação e Comunicação*. Ano II n.º 03, Aracaju, dezembro de 2000.

JUSTEN F.º, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KANAYAMA, Rodrigo. *A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público*. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (org.). *Serviço Público: Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania*. Curitiba: Juruá, 2005.

LIMA, Venício A. *As “brechas” legais do coronelismo eletrônico*. in *Aurora: Revista Digital de Arte, Mídia e Política*. 1º ed., São Paulo: PUC-SP, dezembro de 2007.

MAZZA, Mariana. *Intervozes alerta para necessidade de atualizar regras frente à digitalização*. Tela Viva News, disponível em <<http://www.telaviva.com.br/News.asp?ID=152355&Chapeu=>>



MEDIA RESEARCH CENTER, *Unmasking the Myths Behind the Fairness Doctrine*, Alexandria: John Templeton Foundation, 2008.

MCQUAIL, D. *Media performance: Mass Communication and the Public Interest*. London: Sage Publications, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MICELI, Sérgio. *A noite da madrinha*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NUSDEO LOPES, Vera Maria de Oliveira. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Dennison de. *Estado e Mercado – Telecomunicações no Brasil*. Curitiba: Prephácio, 1991.

POPPER, Karl. *Televisão: um perigo para a democracia*. Lisboa: Gradiva, 1995

ORTRIWANO, Gisela S. *A informação no rádio, os grupos de poder e a determinação dos conteúdos*. 3.ª ed. São Paulo: Summus, 1985.

REBOUÇAS, Edgar. *Lobby nas políticas e estratégias de comunicações: a movimentação dos atores sociais no Brasil e no Canadá*. Porto Alegre: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2004.

RENAULT, Leticia. *Artigo 23 da Lei 8.977/1995: o Parlamento descobre a tevê*. Porto Alegre: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROMÃO, Juliana Galindo. *Conselho Federal de Jornalismo: interesses, pressão e desequilíbrio na cobertura jornalística* (dissertação) Brasília: UnB, 2008

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCORSIM, Ericson Meister. *Estatuto dos Serviços de Televisão por Radiodifusão* (tese). São Paulo: USP, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, Rodrigo Murtinho de Martinez. *O mercado de TV por assinatura no Brasil: crise e reestruturação diante da convergência tecnológica* (dissertação). Niterói: UFF, 2005,

VALENTE, Jonas, *Reforma do Artigo 222 abriu setor ao capital estrangeiro*, in

Observatório do Direito à Comunicação, Outubro/2008 disponível em <<http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo>>

VOEGELIN, Eric. *Bases morais necessárias à comunicação numa democracia*, in Caderno de Ciências Sociais Aplicadas. nº 5. Curitiba: PUC/PR. Abril 2002.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *Regulação de mídia e colisão entre direitos fundamentais* (dissertação). São Paulo: USP, 2008.