

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

IGGOR GOMES ROCHA

REGIME JURÍDICO DA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TELEVISÃO

CURITIBA

2010

IGGOR GOMES ROCHA

REGIME JURÍDICO DA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TELEVISÃO

**Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel no Curso de
Graduação em Direito, do Setor de Ciências
Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná**

**Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar
Filho**

CURITIBA

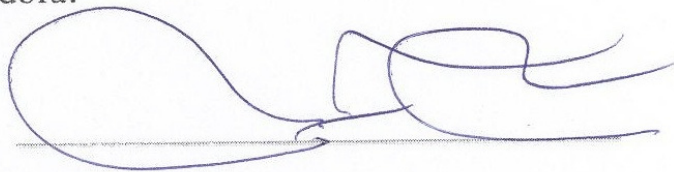
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

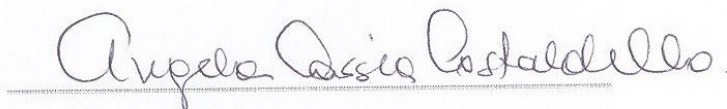
IGGOR GOMES ROCHA

REGIME JURÍDICO DA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TELEVISÃO

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 RICARDO SCHIER
Segundo Membro

RESUMO

Este presente estudo elege por foco o regime em que o serviço de radiodifusão – serviço esse que, por uma escolha política, é considerado serviço público no ordenamento jurídico brasileiro – é concedido aos particulares. Apesar do domínio da iniciativa privada, e das possíveis críticas que podem ser feitas ao sistema adotado no Brasil, far-se-á uma apreciação do que hoje vige em se tratando de concessão de televisão comercial (aqui importante recorte temático feito no trabalho, já que se aterá à concessão do serviço de radiodifusão de sons e imagens, isto é, da chamada TV aberta, outorgada às emissoras). Por essa razão, por diversos momentos o presente trabalho passará a fazer uma análise de textos legais atinentes ao tema, como, por exemplo, quando se comentará os principais dispositivos do Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, ou mesmo do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, que estabeleceu diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão. Assim sendo, ainda que contenha críticas à atual forma em que tais concessões são conduzidas tanto pelos concessionários como pelo Poder Concedente, este estudo direciona-se, precisamente, ao panorama legal no qual estão imersas as concessões de TV, seu procedimento e etc.

Palavras-chave: radiodifusão, televisão, serviço público, concessão, licitação.

SUMÁRIO

RESUMO	03
INTRODUÇÃO	05
1. ESCOLHAS CONCEITUAIS	07
1.1. Serviço Público	07
1.2. Concessão de Serviço Público.....	10
1.3. Contrato administrativo de concessão de serviço público.....	13
2. SERVIÇO PÚBLICO DE RÁDIO-DIFUSÃO DE SOMS E IMAGENS	15
2.1. Primeiras noções, características, função e outros aspectos.....	15
2.2. Televisão por radiodifusão como serviço público	21
3. REGIME JURÍDICO DAS CONCESSÕES DE TV	29
3.1. Procedimento licitatório: do edital ao contrato.....	30
3.2. Renovação, extinção, e outras previsões.....	48
3.3. Transferência da concessão	54
3.4. Serviços ancilares, auxiliares e correlatos	59
3.5. Considerações sobre a TV Digital no Brasil	63
CONCLUSÕES	70
BIBLIOGRAFIA	72

INTRODUÇÃO

Entre a primeira transmissão da extinta TV Tupi, em São Paulo, em setembro de 1950, até a atual penetração em mais de 95% nos domicílios do País, muitos foram os marcos legais disciplinadores deste meio de comunicação capaz de integrar as pessoas, dar-lhes acesso gratuito à informação, cultura e entretenimento, e valorizar as realidades regionais. Por essa razão, a mídia nacional tem, ao longo deste ano, noticiado o sexagésimo aniversário da televisão brasileira, trazendo à discussão diversos problemas a ela relacionados. Ocorre que uma questão específica tem sido deixada de lado durante esses 60 anos: o reconhecimento efetivo do fato de que os serviços de radiodifusão são verdadeiros serviços públicos. Por mais que se tenha em mente que a Constituição da República de 1988 fixou serem os serviços de radiodifusão titularizados pela União, essa positivação não teve o necessário reflexo na prática.

O presente trabalho pretende traçar um perfil do regime ao qual estão submetidos os serviços de radiodifusão, com especial atenção ao serviço de radiodifusão de sons e imagens, isto é, a televisão – claro que sem pretender dizer que há maior ou menor importância no estudo das peculiaridades que caracterizam o serviço de radiodifusão de sons (rádio) – sobretudo quanto à forma em que tal serviço é concedido aos particulares: as emissoras de TV.

Partir-se-á de um breve estabelecimento de premissas-alcance, que servirão, ao mesmo tempo, como delimitadoras do tema-objeto do presente trabalho, e como explicativas das escolhas conceituais que tiveram de ser feitas para fins de alcançar as conclusões a que se pretende chegar à parte final do estudo. Frise-se que tais premissas foram assentadas, todas elas, com fundamento no direito brasileiro, na legislação vigente, de modo que se possa problematizar toda a questão da concessão de TV sob um viés prático.

Sublinhe-se, ainda, que todo o trabalho está pautado no fato de que o espectro eletromagnético pelo qual as emissoras (concessionárias) transmitem seus sinais de comunicação é um bem público, e nas consequências que isso traz ao longo da execução do serviço concedido.

Dessa forma, primeiramente será demonstrada a noção de serviço público adotada ao longo do presente estudo. Prosseguindo, será necessário que se estabeleça uma conceituação do instituto da concessão de serviço público, ainda que de maneira um tanto quanto breve, bem como se faça uma sucinta caracterização quantos aos contratos administrativos de concessão.

Feito isso, passar-se-á ao foco do trabalho: os serviços de radiodifusão. Como opção metodológica, foi feito um recorte dentro do tema, de modo que a questão axial do presente estudo será o regime das concessões do serviço público de radiodifusão de sons e imagens, isto é, a televisão por radiodifusão (TV aberta). Outro recorte, diz respeito à necessidade de se ater à chamada televisão comercial, que é justamente aquela concedida aos particulares, às grandes empresas radiodifusoras do país. Trata-se, portanto, de serviço público concedido.

Justamente o caminho feito até a efetiva formalização do contrato de concessão, bem como suas hipóteses de extinção dentre outras previsões, é que será traçado nas próximas páginas, evidenciando-se algumas das principais problemáticas encontráveis nesse percurso, em especial o fato de que, no Brasil, os concessionários agem como se fossem verdadeiras proprietários de um bem que é público, e, precipuamente, as dificuldades encontras para que, no processo licitatório, tenha-se a escolha da licitante que, efetivamente, tenha apresentado a melhor proposta ao interesse público.

Em razão disso, temas aptos a gerar, por si só, monografias inteiras, não serão objeto de maior aprofundamento, como é o caso específico da regulação do mercado existente na prestação dos serviços de radiodifusão e a sua relação com o controle de programação, a liberdade de imprensa, etc. Aspectos políticos, como as consequências eleitorais do fato de dezenas de políticos no Brasil deterem algum tipo de controle sobre esse tipo de serviço (o que é vedado legal e constitucionalmente, como se verá), também, por escolhas metodológicas, acabam não sendo objeto das análises que passarão a ser feitas. O foco, repise-se, é o processo de concessão e suas principais nuances.

1. ESCOLHAS CONCEITUAIS E DELIMITAÇÃO DO TEMA

A título de ponto de partida do presente trabalho, identificar-se-ão alguns dos principais conceitos adotados ao longo do texto, de modo a delimitar o tema ao mesmo tempo em que se evitam contradições teóricas entre as premissas das quais se parte e as conclusões a que se pretende chegar ao fim do estudo. O conjunto de premissas conceituais a seguir delineado traduz, portanto, mais do que uma preocupação metodológica, um verdadeiro alicerce estrutural do trabalho.

1.1. Serviço Público

Como não poderia deixar de ser, todo o trabalho desenvolve-se em torno de uma *noção de serviço público*. Tal locução, como se sabe, está longe de ter um conceito único e, por isso, deve-se por ora identificar qual é a *noção de serviço público* adotada e desenvolvida pelo direito brasileiro, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, e que servirá de base para o desenvolvimento do trabalho.

Adotando-se, inicialmente, uma perspectiva mais formalista, por assim dizer, fala-se que é serviço público o que a Constituição diz ser. A respeito dessa perspectiva, leciona Dinorá Adelaide Musetti GROTTI:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento histórico.¹

Também nessa esteira, Alexandre Santos de ARAGÃO assinala interessante idéia. Para o jurista, há “serviços públicos” que, ontologicamente, poderiam pertencer, inclusive, a outra esfera, pública ou privada, mas que em determinada conjuntura histórica e política o Poder Constituinte (ou mesmo o legislador

¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

infraconstitucional) entendeu que o Estado deveria tomar a atividade como sua, como *serviço público*.²

De todo modo, ainda que se adote essa visão mais formalista do que venha a ser serviço público, importante que se tenha em mente que muitos autores identificam em determinadas atividades uma *vocação para o serviço público*. Cesar Guimarães PEREIRA lembra que, a partir de uma consideração de natureza *essencialista* do serviço público, determinadas características levam a lei a considerar certa atividade como pública, submetendo-a ao regime de serviço público.³

Dito isso, pode-se buscar por uma noção mais concreta de serviço público para ser adotada no presente trabalho. Entende-se que a conceituação feita por Celso Antônio Bandeira de MELLO seja das mais adequadas a englobar ambos os vieses, formalista e essencialista, já que ao mesmo tempo em que caracteriza a atividade, foca-se na assunção, pelo Estado, de sua prestação:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador das prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁴

Bandeira de MELLO, assim, reconhecendo a dualidade de elementos/naturezas do serviço público, formal e material, mas tendente a uma concepção formal, afirma ainda que apenas o elemento formal traduziria um conceito verdadeiramente jurídico, de modo que o serviço público é aquele ao qual o legislador atribuiu o regime administrativo, que é um regime especial.⁵

De qualquer forma, veja-se que por mais que se adote uma concepção formalista do que venha a ser o serviço público (serviço público é o que a Constituição – ou a lei – diz ser), não se deixará de lado no presente trabalho que

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 132.

³ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 254.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 671.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1968, p. 167-168.

determinadas características são, de fato, constatáveis como comuns entre as atividades consideradas serviços públicos.

Por isso, outro aspecto que foi levado em conta neste estudo diz respeito ao acréscimo, a essa noção de serviço público, de uma determinada “função”, ou finalidade⁶, que seria capaz de alterar a sua própria conceituação, que é, segundo Marçal JUSTEN FILHO, “*a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira.*”⁷ O mesmo JUSTEN FILHO, em outra obra, assim define, de forma absolutamente brilhante, o serviço público:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público.⁸

Diante disso, tal conceituação parece abarcar tanto os aspectos materiais (satisfação de necessidades), subjetivos (identifica quem presta, e a quem é prestada tal atividade), e formais (atinentes à incidência do regime de direito público). Outrossim, destaca merecer a locução “*qualificada legislativamente*”, pois, como explica o próprio autor do conceito acima transcrito, “*não existe serviço público sem ato estatal formal assim o reconhecendo*”.⁹

Assim sendo, e retomando o entendimento de Dinorá GROTTI, pode-se dizer, então, que não há propriamente um serviço público assim caracterizado apenas por sua natureza ou por sua essência, ainda que verificável, de certo modo, determinada *vocação da atividade para ser serviço público*. É a partir de uma decisão política, positivada Constituição Federal ou na lei ordinária editada em observância às diretrizes constitucionalmente estabelecidas, que determinadas

⁶ Para Romeu Felipe Bacellar Filho, trata-se da função de satisfação e proteção dos direitos fundamentais, da cidadania, e da dignidade humana. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 173-174.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 596.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 599

atividades serão *verdadeiros* serviços públicos.¹⁰ Frise-se, de todo modo, que, assim como ensina Lúcia Valle FIGUEIREDO, serviço público, como atividade material fornecida pelo Estado, poderá não ser por ele prestado, se houver permissão constitucional e legal para isso, mas em ambos os casos o fim permanece: implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, a ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público.¹¹

Feitas essas observações, e com inclinação a uma concepção mais formalista, como adiante se sustentará melhor, tem-se como primeira *premissa-alicerce* do presente trabalho o que pode ser resumido em ao dizer-se que existirá (e será assim considerado) serviço público aquele assim determinado pela Constituição, em que pese a necessidade do reconhecimento dos três elementos que compõem a sua definição.¹²

1.2. Concessão de Serviço Público

Com a promulgação da Lei Federal nº 8.987/95, foram estabelecidas diversas normas disciplinadoras do regime de concessões no Brasil sem que, entretanto, conceituasse-se propriamente o instituto da concessão de serviço público. Além disso, e como bem anota Vera MONTEIRO, não há também um conceito constitucional de concessão, ficando tal tarefa, portanto, a cargo da doutrina.¹³ Todavia, necessário que se faça, assim como se fez no tópico anterior, uma escolha sobre qual noção conceitual será adotada para os fins do trabalho. É o que se passa a expor.

Na dicção de Marçal JUSTEN FILHO, encontramos importante conceituação do que viria a ser uma concessão de serviço público, já em um contexto pós-Constituição de 1988, e já promulgada a Lei Geral das Concessões:

A concessão de serviço público consiste na delegação temporária da prestação de serviço público a um particular, que passa a atuar por conta e risco próprios (na acepção acima indicada). Portanto, a concessão de serviço público conduz a uma alternativa organizacional para a prestação

¹⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88.

¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p.78-79.

¹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 102.

¹³ MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros: 2010, p. 79.

dos serviços fundada na concepção de associação entre interesse público e iniciativa privada para atendimento a necessidades coletivas de grande relevância.¹⁴

O destaque nessa primeira conceituação diz respeito ao que o doutrinador paranaense chamou de *alternativa organizacional*. Trata-se de interessante locução, dotada de grande profundidade, e que traduz o contexto em que o instituto da concessão fora concebido, de “redução” da máquina estatal em prol de um novo modelo de arranjo institucional da Administração. JUSTEN FILHO, em outra e mais recente obra, trabalhou sua já bem elaborada definição e assim a escreveu:

A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.¹⁵

Deste modo, JUSTEN FILHO propõe um conceito mais analítico do que venha a ser o instituto da *concessão comum de serviço público* (diferenciando esta das chamadas concessões patrocinadas e concessões administrativas). Salta aos olhos, em relação à sua primeira conceituação, a inclusão dos dizeres “contrato plurilateral”, pois entende o autor que o contrato de concessão é pactuado entre o Poder Concedente, a sociedade, e o particular, em uma relação não mais bilateral (Poder Concedente – particular), como entendem outros autores. Tal aspecto é de suma importância para a compreensão do papel da sociedade civil nas concessões de serviço público, isto é, muito além de mera destinatária da prestação dos serviços públicos, estaria a sociedade imbuída no desempenho de funções de verdadeiro controle das concessões.

Todavia, difícil o desenvolvimento do presente trabalho seria caso assentasse-se o mesmo em tal conceituação, pois, como se verá mais adiante, aspecto marcante do serviço público de radiodifusão, e da sua concessão, é a ausência de recebimento de remuneração pelo concessionário por parte dos

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 105.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 591.

usuários, importante observação feita por Romeu Felipe BACELLAR FILHO.¹⁶ Por essa razão, como no conceito anteriormente trazido optou o autor por alocar o elemento *remuneração* na própria definição de concessão de serviço público, não se poderá adotar o mesmo no presente trabalho, sob risco de se partir de premissa incondizente com as conclusões que pretende chegar. Não obstante tal ressalva, há que se frisar que a própria reflexão acerca da definição de JUSTEN FILHO traz consigo importantes ganhos teóricos e que, certamente, engrandecem qualquer trabalho acerca do assunto.

De outra banda, Celso Antônio Bandeira de MELLO ameniza o debate ora posto ao definir o instituto da concessão de serviço público como atribuição do exercício de um serviço público, pelo Estado, àquele que aceita realizar tal prestação por sua conta e risco, com a garantia de um equilíbrio econômico financeiro em face do fato da execução do contrato se dar nas condições fixadas e alteráveis pelo Poder Público de forma unilateral, “*remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço*”.¹⁷ Grifou-se nas palavras do mestre juspublicista expressões que traduzem a cautela do autor em não generalizar a todos os serviços públicos o elemento remuneração por parte dos usuários. Nesse sentido, o conceito trazido por MELLO se adéqua de melhor forma às escolhas conceituais feitas ao longo do presente trabalho. Destarte, repise-se que o elemento tarifa deve ser retirado do conceito de concessão de serviço público, afirmação essa que servirá de alicerce para toda a seqüência do trabalho, já que se demonstrará que o contrato firmado entre a União, representada pelo Ministério das Comunicações, e a empresa, trata-se de um legítimo contrato administrativo de concessão de serviço público, com as nuances e implicações que tal assertiva traz consigo, mas com determinadas peculiaridades.

Destarte, importante frisar que ao se falar em concessão, como bem assenta Di PIETRO, está-se falando, dentre vários aspectos, de (i) um serviço de titularidade do Estado (como é o serviço de televisão por radiodifusão), (ii) da transferência apenas da execução do serviço, e não da titularidade, (iii) e de licitação.¹⁸

¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 701.

¹⁸ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 294-295.

Quanto à concessão específica a que se refere o trabalho – concessão dos serviços públicos de radiodifusão – cabe uma importante observação a ser feita, no que diz respeito à utilização do termo *outorga*, quando, em verdade, trata-se de uma *delegação*, já que se está diante de uma transferência, via contrato de concessão, apenas da execução do serviço, para que o delegado preste tal serviço em seu nome e por sua conta e risco. Independentemente disso, como a própria Constituição, bem como o Código Brasileiro de Telecomunicações, utiliza o termo *outorga*, o presente trabalho seguirá a terminologia constitucional, ainda que, como alerta Luciana Moraes Raso Sardinha PINTO, só exista *outorga* em situação de descentralização por serviços, e há *delegação* quando há descentralização por colaboração, como ocorre nos serviços de radiodifusão, vez que a União delega ao particular a exploração do serviço, por prazo determinado, e por sua conta e risco, isto é, é “menos” que a *outorga*.¹⁹

1.3. Contrato administrativo de concessão de serviço público

Nesse tópico, importante ressaltar alguns pontos específicos que fazem do contrato de concessão de serviço público um verdadeiro contrato administrativo. Romeu Felipe BACELLAR FILHO é incisivo ao posicionar-se pela adoção daquela corrente majoritária segundo a qual o contrato de concessão é um contrato administrativo com todas as suas características, isto é, é uma espécie do gênero mais abrangente dos contratos de direito público, sendo, ainda, o *contrato administrativo por excelência*.²⁰

Tendo em vista que o contrato de concessão é um verdadeiro contrato administrativo, necessário que se indique, nesse momento inicial do trabalho, o conceito de contrato administrativo que se pretende utilizar. Nessa esteira, e seguindo a linha doutrinária adotada, Celso Antônio Bandeira de MELLO define o contrato administrativo como uma “*avença travada entre a Administração Pública e o terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a*

¹⁹ PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 90.

²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142.

*cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.”*²¹

Outrossim, lembre-se há na legislação infraconstitucional brasileira, mais precisamente na Lei nº 8.666/93, um conceito legal de contrato administrativo que, ainda que deva ser observado com ressalvados, merece atenção:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. **Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.**

Como ao longo de todo o trabalho se retomarão algumas dessas escolhas teóricas feitas no presente tópico, basta, por ora, que se trace um panorama geral dos caracteres que identificam um contrato como verdadeiro contrato administrativo. Nesse sentido, insta retomar novamente a obra de BACELLAR FILHO, que enumera seis caracteres/elementos aptos a explicar o contrato administrativo, são eles: a bilateralidade, a consensualidade, a formalidade, a comutatividade, a onerosidade, e o fato de serem tais contratos *intuitu personae*, isto é, exigem a pessoa do contratado para o seu cumprimento²² – característica que merecerá adiante maior reflexão. JUSTEN FILHO, por sua vez, define o que chama de contrato administrativo em sentido estrito, como

...um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original.²³

De todas essas facetas distintivas dos contratos administrativos, importante serem fixados, para os fins do presente trabalho, três dados básicos sobre a origem

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 701.

²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356.

e constituição dessas figuras: a presença do Poder Público titular (e potencial prestador) do serviço público, o particular dotado de capacidade para contratar, e o próprio serviço que, por suas peculiaridades, integra a esfera de competência administrativa e submete-se ao regime jurídico administrativo.²⁴

Alexandre dos Santos de ARAGÃO, ao já posto, acrescenta que o contrato de concessão de serviço público é instrumento que define o serviço concedido, e é ele que delimita a área de abrangência, estabelece os direitos e obrigações dos contratantes e dos usuários do serviço, bem como fixa a forma e o tempo de sua exploração.²⁵

Desta feita, tem-se, ainda que de forma sucinta, um panorama geral das principais noções adiante repetidamente utilizadas, podendo-se passar ao tópico seguinte, quando se adentrar ao serviço público específico tratado neste estudo (televisão por radiodifusão), sua forma de concessão (mediante licitação), até chegar-se à formalização do contrato administrativo com a licitante vencedora.

2. SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO

2.1. Primeiras noções, características, função e outros aspectos.

Adentrando-se especificamente à temática do serviço de radiodifusão de sons e imagens (televisão por radiodifusão), algumas notas introdutórias devem ser tomadas. Inicialmente, sem que se pretenda aprofundar em seara mais tecnicista acerca do tema, algumas definições para que se possa facilitar a compreensão terminológica do trabalho se fazem necessárias. Para tanto, apegar-nos-emos, em alguns momentos, aos conceitos postos na legislação vigente.

Em primeiro lugar, de um ponto de vista inicialmente mais simplório, sem deixar de ser importante, pode-se dizer que a radiodifusão é a *transmissão de ondas de radiofrequência que se propagam eletromagneticamente através do espaço*.

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 320-321.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 132.

Sob um viés mais legalista, por assim dizer, prevê o art. 6º do Código Brasileiro de Telecomunicações que o serviço de radiodifusão é espécie do gênero serviço de telecomunicação *destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão.*

MACHADO destaca o fato de que a noção de radiodifusão compreende, de forma genérica, toda a comunicação dirigida a um número indeterminado de pessoas através das ondas eletromagnéticas, utilizando-se ou não de cabos, abrangendo, assim, o rádio (radiodifusão sonora) e a televisão (radiodifusão televisiva), por via hertziana terrestre, por cabo ou satélite, aparecendo nos textos normativos brasileiros, portanto, como um conceito por demais genérico.²⁶

Por essa razão, far-se-á no presente tópico, também, importante delimitação do tema, que diz respeito à opção em se demarcar todo o trabalho em torno da radiodifusão de sons e imagens, isto é, a dita *televisão aberta*, deixando-se de lado, por vezes, determinadas peculiaridades atinentes à radiodifusão sonora (rádio). Tal esclarecimento se faz necessário porque o intento maior do trabalho é um estudo sobre o regime das concessões de televisão, ainda que a grande parte da legislação e da doutrina trate conjuntamente do serviço de radiodifusão de sons e imagens (TV) e do serviço de radiodifusão sonora (rádio). Portanto, necessário que se busque um conceito melhor aplicável ao *serviço de televisão por radiodifusão.*

Ainda, importante aqui mais uma delimitação do tema, no que diz respeito à diferenciação entre as normas legais para a concessão dos serviços de televisão aberta (foco do presente estudo) e de televisão paga (“TV por assinatura”). Aquela é a precisamente considerada radiodifusão, regida por legislação específica, como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), e seu Regulamento próprio (Decreto nº 52.795/63), enquanto a televisão por assinatura é, em nosso ordenamento, tratada no âmbito dos serviços de telecomunicações, e é disciplinada por normas que dependem da tecnologia utilizada, como por exemplo, o fato da Lei nº 8977/95 reger a televisão via cabo.²⁷

²⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.* Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 601.

²⁷ Frise-se, de todo modo, que o regime jurídico aplicável à execução do serviço de TV a cabo em muito se aproxima do regime público, já que a Lei nº 8977/95 define que será a concessão o instrumento de outorga por meio do qual o Poder Executivo confere à pessoa jurídica de direito privado o direito de executar e explorar tal serviço. Nesse sentido, MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações.* Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 167.

Ainda, importante lembrar que nem sempre os serviços de radiodifusão e os serviços de telecomunicação no Brasil tiveram ordenamento jurídico próprio, com arrimo na Constituição, que os define tal como legítimos serviços públicos. O texto original da Constituição dava tratamento único aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão, sendo estes considerados parte daqueles na definição constitucional (alínea “a”, inciso XII do art. 21).

Ocorre que em 1995, com a edição da Emenda Constitucional nº 8, cujo escopo era o de permitir a *privatização* dos serviços de telefonia e dos de transmissão de dados, explorados pela Telecomunicações Brasileiras S.A – TELEBRAS e pela Empresa Brasileira de Telecomunicações – EMBRATEL, promoveu-se a reorganização dos serviços, distinguindo os serviços de telecomunicações dos serviços de radiodifusão, estabelecendo-se também, no novo texto constitucional, que seria criado um órgão regulador dos serviços de telecomunicações. A esse respeito, atente-se à mudança acima descrita:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

~~a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;~~

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

Tal mudança, todavia, não implicou em alteração no regime de titularidade de tais atividades, já que permanecem titularizados pela União tanto os serviços de radiodifusão como os de telecomunicação, ainda que possam, ambos, serem prestados pela iniciativa privada, como bem alerta Rodrigo MASCARENHAS.²⁸

Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações, que, de fato, inaugurou um novo modelo de mercado de telecomunicações no Brasil, com o início do processo de privatização, implantando-se um regime baseado na prestação da atividade de telecomunicação pela iniciativa privada e na concorrência, restando o Estado com as funções de agente normativo e regulador, funções essas exercidas pela Agência Nacional de Telecomunicações

²⁸ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 32.

(Anatel), cuja criação, bem como a delimitação de funções, deu-se com a própria Lei Geral de Telecomunicações.²⁹

Assentadas essas questões, e feitas essas breves digressões para ainda mais delimitar o tema (excluindo-se outros serviços do foco do presente estudo), retomemos o debate sobre o serviço de televisão por radiodifusão e a problemática sobre a sua conceituação. Ericson Scorsim MEISTER aponta o que chama de *elementos normativos* para a conceituação do serviço de televisão por radiodifusão, quais sejam: (i) a natureza técnica do meio de difusão que utiliza o espectro eletromagnético; (ii) a atividade de emissão e de transmissão de sons e de imagens; e (iii) o alcance da prestação referente à recepção direta e livre pelo público em geral.³⁰

Quanto ao primeiro elemento, pode-se dizer que como característica básica do serviço de radiodifusão, e como anteriormente já adiantado, tem-se que tal serviço depende da utilização do espectro eletromagnético de frequências para a transmissão de sinais de áudio e de vídeo para o público em geral, o qual é recurso limitado, classificado juridicamente como um bem público.³¹

Sobre o segundo elemento, atinente à emissão e transmissão dos sinais sonoros e visuais, lembre-se que mesmo o já revogado Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações conceituava a televisão como "*forma de telecomunicação caracterizada pela transmissão de imagens transientes, animadas ou fixas, reproduzíveis em tela optoeletrônica à medida de sua recepção*" (art. 6º, 151, do Decreto nº 95.744/88).

Quanto ao alcance, o próprio Código Brasileiro de Telecomunicações afirma que o serviço de radiodifusão é destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral (art. 6º, 4, b).

Sobre outros aspectos importantes quanto à conceituação da radiodifusão, cabe citar o que traz Alexandre Ditzel FARACO, para quem

O termo radiodifusão abrange a transmissão de conteúdos sonoros ou audiovisuais a partir de um ponto determinado para diversos outros pontos.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 269.

³⁰ PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 90.

³¹ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 72.

Os conteúdos são transmitidos na forma de espectros eletromagnéticos de determinada frequência que se propagam sem qualquer suporte físico tangível. Essa transmissão é normalmente feita de forma “aberta” e para um público indeterminado, de modo que qualquer pessoa com um terminal receptor adequado dentro da área de transmissão (i.e., um aparelho de rádio ou de televisão) pode captá-la. Em regra, dentro da mesma área, nenhuma outra estação irá emitir ondas na mesma frequência, de forma a evitar interferência entre transmissões distintas (isso é normalmente garantido por meio da atribuição, pelo poder público, do direito exclusivo de uso de certa porção do espectro eletromagnético a determinado agente).³²

Outro aspecto importante a ser mencionado diz respeito à classificação do serviço de televisão por radiodifusão, sobretudo aquela que se utiliza, como critério diferenciador, o sujeito/emissor, dividindo o serviço em setor privado, setor público, e setor estatal.³³

Em primeiro lugar, tem-se o setor privado, que, aliás, é o objeto de estudo do presente trabalho. Trata-se do setor cuja existência é garantida pelo texto constitucional, fundando-se na proteção do regime democrático, na liberdade de expressão, informação e comunicação, propriedade privada e livre iniciativa.³⁴ Ora, como visto no primeiro tópico deste trabalho, o serviço público tem determinada função (elemento material), e que, para Romeu Felipe BACELLAR FILHO, é a de satisfação e proteção dos direitos fundamentais.³⁵ E não há dúvidas que todos estes direitos (liberdade de expressão, informação e comunicação, propriedade privada e livre iniciativa), são verdadeiros direitos fundamentais

Outrossim, e ainda a este respeito, cumpre esclarecer que, conforme afirma Eros GRAU, serviço público “*é a atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social.*”³⁶ É mais que evidente que o serviço de televisão por radiodifusão está diretamente vinculado a interesses sociais, bem como é instrumento que leva a informação aos telespectadores, seja de caráter social, ou vinculado a interesses

³² FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 80.

³³ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 109.

³⁴ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 109.

³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 173-174.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 257.

igualmente importantes da seara específica de determinadas camadas da população.

Retomando a classificação (quanto ao sujeito/emissor) anteriormente colocada, há que se mencionar a existência do setor estatal e o setor público não-estatal. O primeiro diz respeito às emissoras de televisão gerenciadas por um ente federativo ou por uma entidade por ele criada. Inclui-se aqui, por exemplo, a Empresa Brasileira de Comunicação, a TV NBR, a TV Brasil, etc. O destaque aqui cabe à Empresa Brasil de Comunicação (EBC), criada pela Medida Provisória nº 398/2007, posteriormente convertida em lei (Lei nº 11.652/2008), que institui os princípios e objetivos dos serviços de radiodifusão pública explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta. Já o chamado setor público não-estatal é, em suma, aquele reservado à esfera da sociedade civil, pra fins de utilização do espectro eletromagnético e oferecimento do serviço de televisão por radiodifusão pelos próprios cidadãos.³⁷

Ocorre que o caput do art. 223 da Constituição Federal impõe, simultaneamente à competência do Poder Executivo para outorgar e renovar as concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a observância do *princípio da complementaridade* dos sistemas privado, público e estatal. Todavia, e novamente aqui se invoca a lição de MEISTER, “o modelo legal de radiodifusão ainda em vigor (Lei nº 4.117/62) não apresenta as ferramentas institucionais adequadas para a formatação de um sistema público de comunicação social no campo da radiodifusão.”³⁸

Também nesse sentido, Alexandre FARACO sustenta que a complementariedade dos sistemas estatal, público e privado, prevista no art. 223 da Constituição, traduz a idéia de que a titularidade da União em relação aos serviços de radiodifusão (art. 21) “não permite a opção por organizar essa atividade exclusivamente a partir de entidades de direito público intero.”³⁹

³⁷ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111-117.

³⁸ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 116.

³⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 86.

2.2. Televisão por radiodifusão como serviço público

Os serviços de radiodifusão, livres e abertos à comunidade de acesso ao público em geral, com finalidades educativas e culturais, foram tratados na Constituição como verdadeiros serviços públicos, e considerados de interesse nacional, bastando para se chegar a tal conclusão a observância a sua titularidade (União), e a forma como se dá a sua exploração comercial (mediante concessão).⁴⁰

Lembre-se que se adotou como primeira premissa do presente trabalho, a partir de uma inclinação a uma concepção mais formalista de serviço público, o que pode ser resumido ao dizer-se que consistirá (e será assim considerado) serviço público aquele assim determinado pela Constituição.⁴¹ Logo, sem embargos, diante dos pressupostos ora fixados, a atividade de radiodifusão é serviço público, com as implicações que esta caracterização lhe aferir, seja na sua abrangência pelo regime jurídico administrativo, seus princípios típicos e institutos correlatos.

Assim, o entendimento mais difundido é aquele segundo o qual os serviços previstos no art. 21, além de outros espalhados ao longo do texto constitucional, constituem serviços públicos de titularidade da União. Esse entendimento é reforçado pela referência, no art. 21, à possibilidade de prestação direta pelo Estado e pela menção às figuras da concessão e da permissão, às quais se refere também o art. 175. As divergências, contudo, começam pela existência da figura da 'autorização' constante dos artigos XI e XII do art. 21, destoante do regime geral de serviços públicos previsto no artigo 175. Questões atinentes especificamente à autorização serão mencionadas em momentos oportunos, sem que se possa aprofundar no tema no presente trabalho, que tem como foco maior a figura da concessão propriamente dita do serviço de radiodifusão televisiva.

De todo modo, frise-se que no que se refere aos serviços de radiodifusão, tais dúvidas são ampliadas pela regulamentação infraconstitucional, onde o critério de repartição entre concessões, permissões e autorizações segue, em geral, uma lógica baseada no alcance das emissões e não em qualquer parâmetro relacionado à relevância do serviço prestado, exceção feita à radiodifusão comunitária que,

⁴⁰ HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza; BORGES, Ricardo Capucio. *Radiodifusão e TV digital no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 29.

⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101.

segundo a lógica do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62), deve ser prestada mediante permissão, mas, por força da Lei nº 9.612/98, aderente ao modelo instituído pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), é prestada mediante autorização.

Assim, os concessionários do serviço público de telecomunicações e de radiodifusão sonora de sons e imagens, utilizando-se de um bem público – o espectro de radiofrequências, expressamente elevado à categoria de bem público pelo artigo 157 da Lei 9.472/97 – recebem delegação do Estado para atender a finalidades e interesses públicos, por meio da exploração de tais serviços, tudo conforme o disposto no artigo 21, XI, XII, "a" da CF/88.

Vera Maria de Oliveira Nusdeo LOPES enumera duas razões centrais para a extensão da noção de serviço público aos serviços de radiodifusão.⁴² A primeira seria relevância dos serviços de radiodifusão na sociedade, idéia essa muito ligada à imensurável penetração dos meios de comunicação de massa na sociedade e seu poder de formação da opinião pública. Em outro viés, aponta-se para importância dos serviços de rádio e TV no contato entre os representantes políticos e os representados, já que num país de proporções continentais, o conhecimento pela população dos candidatos aos cargos eletivos nas três esferas federativas, bem como suas concepções e propostas pelo gerenciamento técnico e político da Administração Pública, possui dependência intrínseca com divulgação por meio de radiodifusão.

A segunda razão seria a escassez do espectro eletromagnético. Na dicção de Vera Maria de Oliveira Nusdeo LOPES,

...o espectro por onde se transmitem as ondas é um bem natural e limitado. Em outras palavras, poucos (em comparação com o tamanho da população) poderão ter acesso à utilização desse meio de comunicação e expressão, enquanto muitos ou quase todos têm acesso para ouvir e receber as mensagens, sem oportunidade de estabelecer uma verdadeira comunicação de “mão dupla”⁴³

De outra banda, Ericson Scorsim MEISTER, ao longo de toda sua obra, defende serem fortes as razões jurídicas que sustentam uma flexibilização do modelo

⁴² LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 142-150.

⁴³ ⁴³ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 148-150.

de concessão de serviço público aplicado como regra geral no âmbito dos serviços de televisão por radiodifusão, no chamado sistema privado, objeto deste estudo. Partindo de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, em conformidade com a evolução histórico-social dos institutos do serviço público e da concessão, entende o SCORSIM que a concessão do serviço de televisão por radiodifusão não se amoldaria ao instituto clássico da concessão, em vista da incompatibilidade da existência de prerrogativas administrativas em favor da organização, da disciplina e da fixação do conteúdo do serviço, naturais à concessão, com o exercício da liberdade de comunicação social pelas emissoras de televisão. Ora, para autor, se o poder público é o titular do serviço público, em caráter exclusivo, na concessão há o poder de fixar o conteúdo da prestação material, disciplinando inclusive a organização interna da gestão, daí a referida incompatibilidade natural entre a concessão e o serviço de televisão por radiodifusão no sistema de radiodifusão privado. Sem que se aprofunde na obra em tela, cabe mencionar a conclusão a que chega MEISTER, para quem *“os serviços de televisão por radiodifusão de natureza devem ser qualificados como uma atividade econômica em sentido estrito, afastando-se a aplicação da noção de serviço público a esse setor.”*⁴⁴

JUSTEN FILHO afirma que nem todos os serviços presentes no art. 21 da Constituição Federal são serviços públicos. Para o autor, apenas quando as atividades referidas nesse dispositivo constitucional envolverem prestações de utilidades destinadas a satisfazer direitos fundamentais, serão consideradas serviços públicos. Nessa visão, não seria toda atividade de radiodifusão de sons e imagens considerada serviço público: somente aquela que se prestasse a atender direitos fundamentais⁴⁵.

Não obstante, as assertivas feitas por JUSTEN FILHO não se prestam a desconstruir qualquer conceituação de serviço público ao ramo da radiodifusão. Isso porque coloca os serviços prolatados no artigo 21 da Constituição Federal, como condicionados às suas especificidades para adentrarem, por derradeiro, à abrangência dos serviços públicos. Assim, não há porque excluir o serviço de radiodifusão de sons e imagens do conceito inerente ao serviço público. João Batista

⁴⁴ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 377.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 598.

Gomes MOREIRA, que também se assenta nos princípios, deveres e garantias fundamentais para a definição de serviço público, destaca a regra do art. 5º da Constituição que prevê a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, como um direito fundamental que tem por instrumento os serviços públicos de comunicação de massa.⁴⁶

Esses serviços são uma das formas de concretização desse direito, não havendo porque excluí-los do conceito de serviço público.

Portanto, é clarividente na doutrina pátria a dificuldade de se conceituar serviço público com nuances deveras específicas, próprias do regime imposto ao serviço de radiodifusão. Entretanto, incontestável é a característica intrínseca do serviço em tela de propagação de direitos fundamentais ligados à informação, inclusive aqueles conformados no art. 5º da Constituição que prevê a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Por outro lado, não se pode recair na ingenuidade científica de procurar impor ao serviço de radiodifusão todas as implicações jurídicas típicas de outros serviços públicos. Isso porque, como dito, a radiodifusão se apropria de aspectos muito específicos, que não permitem, na sua atual conformação, aplicarem-se indiscriminadamente todos os institutos direcionados à moldura dos serviços públicos. Nesse sentido, Vera NUSDEO, afirma categoricamente que:

O enquadramento da radiodifusão como serviço público parece impor-se, não sendo possível, contudo, simplesmente pretender transferir toda a disciplina jurídica tradicional relativa aos serviços públicos para o setor, pois este apresenta peculiaridades a serem obrigatoriamente levadas em consideração na construção do modelo aplicável neste campo.⁴⁷

Todavia, como fora dito no início deste trabalho, todo o seu desenrolar dar-se-á sobre as escolhas conceituais feitas neste momento. Logo, é preciso verificar-se quais as conseqüências jurídicas que a adoção da noção de serviço público em se tratando dos serviços de radiodifusão pode trazer. Em primeiro lugar deve-se atentar ao fato de que uma vez compreendidos como legítimos serviços públicos, os serviços de radiodifusão ficam submetidos ao regime jurídico administrativo

⁴⁶ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p 390.

⁴⁷ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 152.

aplicável. Da mesma forma, quanto à questão principiológica que envolvem os serviços públicos, alguns apontamentos não podem ser feitos.

Deixadas essas divergências de lado, analisemos o conhecido rol de princípios inerentes ao regime de prestação dos serviços públicos, dentre os quais está a obrigação de prestar “serviço adequado” (art. 175, inciso IV da Constituição Federal de 1988), com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º da Lei n.º 8.987, intitulada Lei de Concessões, lei esta que, ao menos em princípio, não se aplica à radiodifusão, conforme preceitua seu artigo 41⁴⁸). De todo modo, ainda que poucas garantias tradicionalmente associadas à figura da concessão de serviço público estejam presentes em se tratando das concessões na área de comunicação social (radiodifusão e telecomunicações), sobretudo em razão de a norma jurídica aplicável às concessões (Lei nº 8.987/95) não se aplicar à radiodifusão, algumas análises devem ser feitas.

Salta aos olhos em um primeiro momento a problemática atinente à ausência de tarifa em relação aos serviços de radiodifusão, já tratada anteriormente. Ocorre que dentro da principiológica dos serviços públicos, como se sabe, existe o princípio da modicidade das tarifas. A discussão parece esgotar-se em si mesma, vez que não há que se falar em tarifa módica se tarifa não há.⁴⁹

O princípio da universalidade é uma verdadeira marca distintiva dos serviços de radiodifusão, pois, como é inclusive do conhecimento popular, o alcance das rádios e TVs no país é superior, muitas das vezes, a de serviços públicos como o transporte e etc. Lembre-se que segundo o art. 6º, 4, d, o serviço de radiodifusão é destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral.

Celso Antônio Bandeira de MELLO define o princípio da continuidade do serviço público como a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido, alocando tal princípio dentre os principais do dito regime jurídico do serviço público.⁵⁰ Por certo, não pode

⁴⁸ Art. 41. O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

⁴⁹ SARDINHA, Luciana Raso. *Radiodifusão: O controle estatal e social sobre suas outorgas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 110.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 282.

ser simplesmente suprimida a garantia de continuidade do serviço público, nem constitui *faculdade* da Administração, que está constitucionalmente a ela vinculada.

Optou-se por se tratar de forma conjugada os princípios da continuidade e da regularidade, por entendermos que ainda que distintos, a melhor compreensão de ambos se dá quando estudados conjuntamente. Atenderá a exigência de continuidade o serviço de radiodifusão (bem como os demais serviços públicos) quando prestado de forma permanente. A esse respeito, pode-se mencionar, inclusive, que há no Código Brasileiro de Telecomunicações a previsão de cassação concessão do serviço de radiodifusão quando ocorresse interrupção do funcionamento do serviço por mais de trinta dias consecutivos. No entanto, cabe frisar que em face da regra do art. 223, § 4º, da Constituição Federal (posterior ao CBT), apenas no caso de sentença judicial poderá ser determinada a cassação.

Sobre tais princípios, lembre-se que a regularidade, conforme leciona Dinorá GROTTI, traduz-se como uma espécie de “plus” à continuidade, não se admitindo que tais princípios sejam tratados de forma indistinta. Para GROTTI, pode ocorrer que um serviço, ainda que prestado com continuidade, não o seja com regularidade, todavia o contrário não seria possível, pois não pode um serviço não ser regular se não for contínuo.⁵¹

Frise-se que a continuidade dos serviços públicos, quando prestados após concessão, como no caso dos serviços de radiodifusão, é garantida pela mutabilidade dos contratos administrativos firmados.⁵²

Como se sabe, a prestação de um serviço público deve atentar ao princípio da supremacia do interesse público, segundo o qual, na dicção de Bandeira de MELLO, “*tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; jamais os interesses secundários do Estado ou os do que hajam sido investidos no direito de prestá-los*”.⁵³ A esse respeito, ressalte-se que o interesse público em jogo é dos mais relevantes, ligado diretamente à concretização de direitos fundamentais como a liberdade de expressão e liberdade

⁵¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 287.

⁵² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 626.

de informação. Ademais, adiante a questão da supremacia do interesse público será melhor tratada, quando analisadas implicações do regime de concessão de TV por radiodifusão.

Quanto à eficiência administrativa, a propósito, e na dicção de BACELLAR FILHO, “*quer significar realizar mais e melhor com menos, ou seja, prover os serviços públicos necessários para toda a população, de maneira satisfatória e com qualidade, utilizando o mínimo necessário de suporte financeiro.*”⁵⁴ Em virtude disso pode-se invocar aqui, também, o que Alexandre Santos de ARAGÃO chama de direito à manutenção das condições de prestação do serviço ou vedação ao retrocesso, senão vejamos:

Constituindo os serviços públicos instrumento de efetivação de direitos fundamentais de pessoas físicas e jurídicas, deve ser aventado que, uma vez implantados em determinada qualidade e quantidade, poder-se-ia depois diminuir o nível da sua prestação. (...) se a Constituição determina programaticamente dado tipo de prestação do Estado, após implantá-la, resolver abandoná-la estaria nesse segundo momento, violando aquela norma constitucional.⁵⁵

A utilização de novas tecnologias pode vir a servir como exemplo da aplicação de tal princípio no âmbito dos serviços de radiodifusão. Basta pensar no caso que uma vez instituído o Sistema Brasileiro de Televisão Digital (que merecerá análise em tópico próprio, mais adiante), houve certamente um acréscimo qualitativo na prestação do serviço, e no uso mais eficiente do espectro – acréscimo esse que não poderá ser objeto de medidas administrativas anacrônicas.

Enfim, a observância de todo este regime principiológico, que é, em essência, o regime jurídico administrativo, é dever da própria Administração, bem como o de preservar a integridade do princípio constitucional da prestação do serviço público adequado, que engloba todos os demais, e representa, ao mesmo tempo, um dever da Administração e um direito dos usuários.

Ainda que a discussão tomasse rumos no sentido de opor-se o público ao privado, clara é a lição de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, para quem é irrecusável a subordinação ao regime jurídico administrativo, de qualquer atividade, de cunho público ou privado, submetendo-se ao poder regulador e fiscalizatório do

⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54.

⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 542.

Estado - isso sem falar que a atividade pode ser considerada econômica e nem por isso deixar de ser arrolada entre aquelas tidas como serviço público.⁵⁶ Para o mesmo autor, O regime alusivo aos contratos administrativos, de cunho jurídico-administrativo, impõe à Administração um rol de sujeições que restringem a sua esfera de atuação, mas que, sobre outro enfoque, lhe outorga algumas prerrogativas. As sujeições são representadas, entre outras, pela própria imposição do procedimento licitatório antecedendo a contratação administrativa.⁵⁷

De fato, a análise das Constituições Brasileiras demonstra que os serviços de telecomunicações e de radiodifusão foram tratados como serviços públicos reiteradamente sob titularidade Estatal, o que não confere dúvidas à intenção do legislador de lhes caracterizar como serviços públicos. Tendo em vista que os serviços de telecomunicações e de radiodifusão têm sido reiteradamente definidos, pelas Constituições brasileiras, como serviços de competência da União, a serem explorados diretamente pelo Estado ou mediante delegação por concessão, autorização ou permissão, pode-se defender que esses serviços são constitucionalmente definidos como serviços públicos, conforme afirma a maior parte dos autores.

Um destaque a ser feito ainda quanto ao tratamento dado pelo Poder Constituinte aos serviços de radiodifusão. Definiu-se na Carta Magna que a titularidade de tais serviços é da União, titularidade essa que, como bem repisa BACELLAR FILHO, não se altera pela mera concessão do serviço. Não à toa, estampa os processos de outorga a locução *serviço público federal*. Deste modo, pouquíssimas são as competências dos Municípios e Estados membros em se tratando de radiodifusão, já que as competências, material e legislativa, em sede de radiodifusão, foram reservadas à União.

Também não deixa a Constituição que, ao eleger a forma de prestação de serviço público indireta e delegada ao particular, o administrador possa afastar-se dos princípios gerais fundamentais que regem a atividade administrativa. Daí por que não permite a Lei Maior que o administrador escolha a quem ele quer delegar a prestação de serviço público, segundo critérios subjetivos, pessoais, insondáveis pelos instrumentos de controle administrativos próprios, somente podendo fazer incidir tal escolha sobre

⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 192.

⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo*: Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 321.

aquele que se mostre para tanto habilitado e classificado segundo os termos constitucionalmente afirmados e legalmente definidos. Por isso impõe-se, na forma de prestação delegada a particular, que se faça a escolha do prestador *sempre através de licitação*, pelo que se tem assegurado o cumprimento dos princípios basilares da igualdade, da impessoalidade, da moralidade administrativa na eleição do prestador e na forma pontuada e obrigada da prestação ali estabelecida no desempenho da atividade.⁵⁸

Como se vê, a doutrina é sobremaneira instável em relação à temática da radiodifusão no âmbito do conceito de serviço público. Entretanto, certo é que a atividade ora debatida possui peculiaridades que a separam de qualquer determinismo pré-moldado aplicável a outros serviços. Como proclama FONTES JUNIOR, tem-se que da classificação da atividade de televisão por radiodifusão, pela Constituição, como serviço público, decorrem uma série de consequências, dentre as quais se destaca a submissão ao regime de direito administrativo típico dos serviços públicos (sobretudo a sujeição à obrigatoriedade de licitação e à orientação do Estado), regime esse que varia conforme especificidades capazes de alterar substancialmente as condições da prestação do serviço⁵⁹. Por essa razão, imperioso que se reconheça que cada comunidade, de acordo com sua trajetória política e do modelo constitucional que adota, constrói sua própria noção de serviço público, e arquiteta como cada *serviço público* se caracteriza ou se rege, permanecendo apenas o direcionamento à realização de alguns dos fins últimos do Estado.⁶⁰

3. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DAS CONCESSÕES DE TV

Prosseguindo na metodologia adotada até o momento, demonstrou-se que (i) trata-se a radiodifusão de sons e imagens (TV aberta) realmente de um serviço público e que (ii) tal afirmação traz consigo uma série de consequências sociais e, sobretudo jurídicas, dentre as quais está (iii) o dever da União prestar tal serviço diretamente ou (iv) por intermédio de concessão. Ora, com essa última premissa inicia-se o desenvolvimento de questão axial a qual se propõe o presente trabalho, o

⁵⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 33.

⁵⁹ FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 59.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões e Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 58-59.

estudo do regime jurídico-administrativo das concessões de radiodifusão. Por essa razão, passará o presente estudo por um momento um tanto quanto mais legalista, por assim dizer, e menos teórico, para que se tente dar uma noção direta e procedimental de como se desenrola um certame licitatório cujo objeto é a concessão do serviço de televisão por radiodifusão.

3.1. Procedimento licitatório: do edital ao contrato⁶¹.

Se um dos principais objetivos do presente trabalho é análise das licitações para a outorga de concessões e permissões de serviços de radiodifusão (rádio e televisão), deve-se lembrar que há décadas tem-se criticado a utilização das outorgas de radiodifusão como moeda política que, hipoteticamente, teria (ou não) se findado com o advento da obrigatoriedade de realização de licitações para concessões de tais serviços. Não que se esteja aqui sustentando não haver quaisquer *lacunas* no regime atual que ainda permitam a existência de critérios políticos para a outorga, mas sim que o foco da análise a seguir feita diz respeito ao regime dessas concessões como ele está positivado e como vindo sendo conduzido pelo Poder Público, sobretudo após às alterações ao Regulamento dos Serviços de Radiodifusão (Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963). Isto é, dar-se-á ênfase ao regime jurídico dessas delegações mais como “é”, do que propriamente como “deveria ser”. Posto isso, passa-se a análise de tal regime.

As alterações acima mencionadas dizem respeito às mudanças de substancial profundidade à política de concessões e permissões de rádio e TV no Brasil, trazidas pelo Decreto nº 1.720/1995 e pelo Decreto nº 2.108/1996, principalmente ao introduzir do referido regulamento, em seu art. 10, a imposição de que as outorgas de radiodifusão comercial sejam precedidas de procedimento licitatório, observadas as disposições legais e regulamentares. Desse modo, foram previstas regras para as concorrências de radiodifusão, que adotam o tipo *técnica e preço*. Assim, para além da proposta financeira, as propostas técnicas passariam a

⁶¹ Com o objetivo de dar um enfoque mais prático ao estudo, todo o desenvolvimento deste tópico se deu com base na legislação vigente, com observação às principais nuances existentes nas normas regulamentares atinentes a esse específico tema. Além disso, acompanhou-se o desenrolar de alguns procedimentos licitatórios cujo objeto era a outorga do serviço de radiodifusão, sobretudo a Concorrência nº 066/2009 – CEL/MC (53000.034341/2009-91), encetada para fins da delegação da exploração do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens (TV), na localidade de Umuarama – PR (Canal TV: 45+).

ser consideradas na decisão final do Poder Público. A esse respeito, frise-se que antes destas alterações, em 1988, com a promulgação da Constituição, houve uma efetiva reformulação do processo de outorgas de radiodifusão. A maior mudança, à época, foi a retirada da exclusividade na competência de outorgar concessões e permissões de radiodifusão do Poder Executivo, cabendo também ao Congresso Nacional apreciar as outorgas e renovações de outorga.⁶²

Dito isso, cabem alguns comentários à escolha do tipo de licitação feita pelo legislador. Como se sabe, *técnica e preço* é o tipo de licitação onde a proposta mais vantajosa para a Administração tem embasamento na maior média ponderada, considerando-se as notas obtidas nas propostas de preço e de técnica⁶³. É

⁶² O inciso XII do art. 49 da Constituição Federal estabeleceu como competência exclusiva do Congresso Nacional “*apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão*”. Já o art. 223 estabelece que “*compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens*”, ao passo que o seu § 3º deixa claro que “*o ato de outorga ou renovação de outorga somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional*”. Tal aspecto merecerá adiante maiores comentários.

⁶³ Conforme dispõe a Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação;

IV - as propostas de preços serão devolvidas intactas aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica.

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

obrigatório, por exemplo, na contratação de bens e serviços de informática, nas modalidades tomada de preços e concorrência. Bandeira de MELLO alerta que os pesos e critérios estabelecidos a serem ponderados quando da atribuição de notas devem estar detalhadamente estabelecidos no ato convocatório.⁶⁴

O problema, como se verá, é que o Ministério das Comunicações não tem logrado êxito na árdua tarefa de determinar nos editais de concorrência para concessão do serviço de televisão por radiodifusão quais seriam propriamente os tais rigorosos critérios, os atributos a serem preenchidos, nem mesmo o que deveria ser precisamente pesado quando da pontuação das propostas técnicas. A dificuldade em estabelecer exatamente o que irá ser valorado quando da análise da proposta técnica acresce-se à dúvida se tais critérios técnicos efetivamente teriam o condão de definir o vencedor do certame, fazendo surgir um quadro de incerteza se a proposta de preço ou os compromissos para a veiculação de programas educativos, informativos e etc. decidiriam as concorrências. Tal situação acaba por gerar uma questionável avaliação das propostas, que deveriam ter notas atribuídas a partir de critérios, por óbvio, técnicos, para serem ponderadas juntamente com as notas dadas quando analisado o critério econômico.

A crítica que se poderia fazer a esse respeito relaciona-se a esta mudança de critérios trazida com as supracitadas alterações legislativas: o protagonismo do critério político deu lugar à supervalorização do critério econômico. É intuitivo que, se a valoração da proposta técnica ainda não é devidamente feita, valendo-se o Poder Público, para fins de definição do vencedor do certame, de uma supervalorização da proposta financeira, robustece-se a estrutura vigente e mantém o funcionamento do sistema sob as mesmas bases anteriores, privilegiando-se os concessionários já atuantes, que dispõem de experiência e, principalmente, de recursos para a operação de novas emissoras. Deixadas as críticas ao modelo de lado, retomemos a análise quanto ao procedimento de outorga.

§ 3º Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 604.

Assim como fez em sua obra Odete MEDAUAR, as exigências legais que devem ser observadas pela Administração antes do anúncio público da licitação, chamado por alguns de fase interna, não serão objeto de maiores minúcias, iniciando-se a nossa análise a partir da dita fase inicial, de instauração ou abertura.⁶⁵

Nesse momento, importante destaque merece o ato convocatório de tais certames. O papel do edital nas licitações em geral é deveras crucial para todo o desenrolar das mesmas. Tanto é que se fala, em diversas obras, sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. De forma mais contumaz, diz-se que o edital seria “lei” entre as partes⁶⁶. Por essa razão, e como leciona Diógenes GASPARINI, estão a Administração Pública licitante e os interessados na licitação, submetidos à rigorosa observância dos termos e condições do edital.⁶⁷ De um lado, não se pode cobrar da proponente exigência não prevista no Edital, de outro, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, sob pena de infringência ao art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93⁶⁸, sobretudo ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. A esse respeito, o conteúdo normativo do art. 41 da mesma Lei reflete diretamente o princípio em exame, ao assim dispor: “A Administração não pode

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190.

⁶⁶ Tal entendimento chegou a constar, inclusive, em decisões do Superior Tribunal de Justiça, como se exemplifica com a seguinte ementa: “DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA. É entendimento correntio na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação. Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia. A administração, segundo os ditames da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento convocatório, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do Edital) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação. Se o Edital dispensou às empresas recém-criadas da apresentação do balanço de abertura, defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento para inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preenchia os requisitos da lei). Em face da lei brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição de contador habilitado, dispensada a assinatura do Diretor da empresa respectiva. Segurança concedida. Decisão unânime”. (STJ, MS nº 5.418/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998).

⁶⁷ GASPARINI, Diógenes. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 404-405.

⁶⁸ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 495, de 2010)

descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.” Tratando desta vinculação ao edital, pondera PEREIRA JÚNIOR:

A importância dos princípios nomeados no art. 3º esta em que: [...] o da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições; o art. 41 da Lei nº 8.666/93 ilustra a extensão do princípio ao declarar que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”, reconhecendo, no §1º, a qualquer cidadão, legitimidade “para impugnar o edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei;”⁶⁹

O edital das concessões de radiodifusão, assim como nos demais processos licitatórios, portanto, deve ser preciso, objetivo, pois vinculará o Poder Público licitante, bem como as proponentes. Nesse sentido, deve indicar, dentre outras previsões: o objeto da licitação, o valor mínimo da outorga, condições de pagamento, relação de documentos necessários à habilitação, critérios para julgamento das propostas técnicas e de preço e etc. Também deve haver no edital indicação de critérios objetivos para a gradação da pontuação, sendo vedada a comparação entre propostas.

Nesse sentido, frise-se que toda a problemática que se evidencia quando da dificuldade constatável no julgamento das propostas se inicia no próprio edital. Isso porque caso o ato convocatório fosse mais preciso, fixando desde já os critérios que melhor atendessem ao interesse público, sobretudo aqueles atinentes aos requisitos para pontuação das propostas técnicas, para fins de diminuição do protagonismo da proposta financeira. Nessa esteira, garantir-se-ia o tratamento igualitário a todos os licitantes ao longo do certame, estando todos jungidos ao edital, às “regras do jogo”, tornando possível, inclusive, a anulação dos atos a ele contrários.⁷⁰

Quando ao objeto da licitação, trata-se, em síntese, da outorga de concessão para a exploração do serviço de radiodifusão de sons e imagens (TV). Por óbvio, os editais de licitação de radiodifusão devem especificar o objeto da licitação com dados como o horário de execução do serviço e a localidade de

⁶⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública* – 5. ed., rev. atual. e ampl., de acordo com as E.C. de nº 06/95 e 19/98, com a L.C. nº 101/2000, com as Leis de nº 9.648/98 e 9.854/99 e com a M.P. nº 1.108/2001 e seus regulamentos. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 55.

⁷⁰ GUIMARÃES, Edgard. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética: 2002, p. 53.

prestação do mesmo. Quanto ao horário, pode-se ter um serviço de radiodifusão classificado como de horário limitado, ou de horário ilimitado (execução durante as 24 horas do dia). No que tange à localidade, ou mais precisamente quanto à área de serviços, existem os serviços de radiodifusão regional, nacional e local, conforme art. 4º do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão. Além disso, especificada a localidade de prestação do serviço, deverão ser previstas suas características, como a frequência/canal, a classe, e o grupo de enquadramento.⁷¹

Além da perfeita delimitação do objeto, o Edital deverá trazer o prazo de concessão. A esse respeito, não há muito que se discutir, já que a legislação vigente é imperativa a determinar que o prazo seja de quinze anos.⁷² Vale aqui apenas observação quanto às disposições transitórias previstas no Regulamento, que fixou, em seu art. 177, que os prazos das concessões para execução de serviços de radiodifusão vigentes à época de sua aprovação seriam, automaticamente, prorrogados por quinze anos no caso de radiodifusão de sons e imagens (televisão), a contar de 27.08.62. De todo modo, a clareza de tais dispositivos faz economizarem-se maiores argumentações, que serão despendidas quando da análise do procedimento de renovação de tais outorgas.

Além disso, e antes de se adentrar no procedimento propriamente dito, insta ressaltar que o ato convocatório identificará a Comissão Especial de Licitação instituída para condução do certame, estabelecerá o preço mínimo da outorga, preverá a data e local para recebimento da documentação de habilitação e das propostas, que será no próprio Ministério das Comunicações. Dentre essas previsões, destaque maior merece a Comissão de Licitação, que, consoante lição de Odete MEDAUAR, é a responsável pela condução de todo o certame: habilitação,

⁷¹ As questões mais técnicas, sobretudo quanto à caracterização do serviço (classe, grupo de enquadramento, atributos técnicos), não figuram como foco central do presente trabalho, e, assim como todos os demais aspectos, regem-se por dispositivos constantes no Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, no Decreto-lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, no Regulamento Geral do Código Brasileiro de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, no Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963 e suas alterações, assim como pelos Regulamentos Técnicos específicos do serviço.

⁷² O art. 27 do Decreto nº 52.795/1963 prevê que “Os prazos de concessão e permissão serão de 10 (dez) anos para o serviço de radiodifusão sonora e de **15 (quinze) anos para o de televisão.**”

classificação das propostas, julgamento, publicação de atos, prestação de informações, etc.⁷³

Outrossim, deve o Edital prever formas dos interessados tirarem dúvidas sobre o conteúdo do mesmo, como, por exemplo, requerimentos dirigidos ao Presidente da Comissão, em prazo anterior ao recebimento da documentação de habilitação e das propostas. A Comissão, então, responderá às consultas, fornecendo os esclarecimentos necessários, bem como disponibilizando as respostas formuladas. Ademais, e independentemente de solicitação, nada impede que a Comissão expeça esclarecimentos sobre o Edital. Ora, consoante leciona Luiz Alberto BLANCHET, a possibilidade de a Administração limitar a obtenção de informações, por parte da licitante, necessárias à elaboração das propostas, em período anterior à entrega dos respectivos envelopes, traduziria evidente caso de restrição à competitividade do certame, o que vai de encontro ao próprio interesse público.⁷⁴ Nesse sentido, não é demais lembrar que nenhuma previsão que restrinja a competitividade do certame deve ser aceita, isso porque, e sobretudo em relação aos interesses postos nas concessões de radiodifusão, licitação é procedimento que tem por função a oportunização de pessoas/empresas formularem propostas dentre as quais será selecionada a mais conveniente para a celebração do contrato, principalmente, para o resguardo do interesse público.⁷⁵

Tem-se, também, a necessidade de valorização do direito de petição em sede de licitações, pois, como bem frisa Edgard GUIMARÃES, tal direito, ao mesmo tempo em que encontra grande espaço de incidência para fins de controle dos atos do procedimento licitatório, independentemente de interesse diretamente afetado, não encontra restrição quanto ao sujeito ativo, vez que poderá ser exercido por pessoa jurídica ou pessoa física, bem como pelo próprio licitante, que poderá controlar o procedimento a qualquer tempo, restaurar sua legalidade, independente de recurso hierárquico.⁷⁶

Nesse mesmo sentido, deverá o Edital, ainda, prever a possibilidade e a forma de ser o mesmo impugnado, e os recursos administrativos cabíveis. Ao se

⁷³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 189.

⁷⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 83.

⁷⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 351.

⁷⁶ GUIMARÃES, Edgard. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética: 2002, p. 75-76.

estabelecer que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital (art. 41, §1º da Lei nº 8.666/93), visou-se assegurar a ampla fiscalização quanto á lisura do ato convocatório. Porém, e como afirma Celso Antônio Bandeira de MELLO, pode o direito de impugnar o ato convocatório decair, se a insurgência for posterior ao segundo ao prazo fixado para tanto, entendendo-se como acatamento aos termos do Edital.⁷⁷

Marçal JUSTEN FILHO, sobre os recursos administrativos, lembra que a intervenção do particular não pode ser permitida apenas *a posteriori*, devendo ser ouvido sempre que uma futura decisão puder afetar seus interesses. Aliás, importante que se tenha em mente que o direito ao recurso não pode ser reconhecido ao sujeito não titular do direito subjetivo ou de interesse diretamente afetado pela decisão que se pretende recorrer, podendo este valer-se da representação, instrumento que visa à defesa da ordem jurídica ou de interesses do sujeito enquanto integrante da sociedade.⁷⁸

De todas essas informações, pode-se inferir que há instrumentos de intervenção que devem ser utilizados pelos licitantes e, eventualmente, outros interessados, para controle da licitação em tela. Os esforços, nesse sentido, devem ser focados contra toda e qualquer previsão que traduzam o que, infelizmente, já está consolidado inclusive em sede constitucional: “*privilégios que favoreçam a concentração midiática, em detrimento da verdadeira liberdade de comunicação social que pressupõe pluralismo político e social*”.⁷⁹

Outro ponto importante diz respeito à possibilidade de alteração do edital, por razões de interesse público ou por exigência legal. Em qualquer caso, se a modificação afetar a apresentação dos documentos de habilitação e a formulação das propostas, a Comissão fará publicar, no Diário Oficial da União, aviso de alteração do edital, fixando nova data para apresentação dos referidos documentos, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido.

São previstas, também, possibilidades de anulação ou revogação da Licitação, ainda que parcial, por decisão do Ministro das Comunicações. A

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 585.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética: 2009, p. 882.

⁷⁹ FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 107.

revogação dar-se-á por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal decisão, e a anulação dar-se-á, de ofício ou por provocação de terceiros, por ilegalidade. Em ambos os casos, a decisão será antecedida de parecer da Consultoria Jurídica do MiniCom, pois, como frisa MEDAUAR, exige-se a motivação nesta decisão, e a garantia do contraditório e da ampla defesa aos interessados.⁸⁰

Sobre a anulação, leciona o Romeu Felipe BACELLAR FILHO, que a mesma implica no desfazimento de um ato administrativo ilegal ou ilegítimo, operado pela Administração Pública (ou pelo Poder Judiciário). Ou seja, “*o ato que violar a lei não só em sentido estrito, mas também em sentido amplo, que não se mostre em conformidade com o direito, torna-se passível de anulação.*”⁸¹

Difícil seria aqui adentrar na seara da provocação do Poder Judiciário para fins de anulação/invalidação dos atos administrativos, que enseja uma série de outras premissas e conclusões. Como está limitado este estudo ao processo de concessão em seu âmbito administrativo, por assim dizer, apenas lembre-se, nesse sentido, e conforme CARVALHO FILHO, que o controle judicial dos atos da Administração é eminentemente de legalidade, o que significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar o ato administrativo com a lei ou com a Constituição, para averiguar se há (in)compatibilidade normativa, isto é, se contrário à lei, ou à Constituição, cabe ao Judiciário declarar a invalidação do ato para fins de evitar que continue produzindo efeitos ilícitos.⁸²

Além do mais, pode a Comissão tornar sem efeito seus próprios atos, em face de ilegalidade, desde que a fase em que praticados não esteja encerrada. Via de regra, não cabe qualquer indenização às proponentes em caso de revogação ou anulação do Edital, apesar de que, como visto, de tais decisões cabem recurso.

Deve o Edital, também, fixar as condições de participação no certame. Por óbvio, somente poderão participar da licitação pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, que tenham pelo menos 70% do capital total e do capital votante pertencentes, direta ou indiretamente, a brasileiros

⁸⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 201.

⁸¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 602.

natos ou naturalizados há mais de dez anos. Deve a participação de capital estrangeiro nas empresas obedecer ao que prevê a Lei n.º 10.610/ 2002.⁸³

Ademais, veda-se a participação de pessoa jurídica que não tenha sido recadastrada conforme determinação contida na Portaria MC n.º 447/07,⁸⁴ que já detenha outorga, ou cujos sócios e dirigentes participem do quadro societário e diretivo, ou participem de outra delegatária do serviço de radiodifusão, nos limites estabelecidos no art. 12 do Decreto-lei n.º 236/67⁸⁵; que execute o mesmo tipo de serviço na localidade objeto da licitação, ou, ainda, cujos sócios, administradores ou gerentes participem do quadro societário ou diretivo de outra executante do mesmo tipo de serviço na localidade objeto da licitação. Isso porque, como bem aponta FONTES JUNIOR, esse sistema privado de exploração dos serviços de radiodifusão tem por si só uma “*natural tendência oligopolística, determinada pelos altos custos da atividade.*”⁸⁶ Nessa conjuntura, ainda que se tenha conhecimento de “propriedades cruzadas” de emissoras de TV, esse tipo de restrição de participação nas licitações de televisão por radiodifusão se faz quase como um “mínimo obrigatório”.

Outrossim, aquelas pessoas jurídicas que tenham sido declaradas inidôneas por qualquer órgão da Administração Direta ou Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, ou, ainda, que estejam impedidas ou com seu direito

⁸³ Tendo em vista o caráter estratégico e econômico, a Constituição da República conferiu tratamento especial à propriedade de empresa de TV aberta, ficando restrita a brasileiros natos ou naturalizados, responsáveis exclusivamente pela administração e orientação intelectual da programação. Cabe ressaltar que Emenda Constitucional n.º 36/2002 abriu o capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão ao capital estrangeiro e introduziu a definição de “Serviço de Comunicação Social Eletrônica”. Em decorrência dessa Emenda, foi editada a Lei n.º 10.610/2002 (Lei do capital estrangeiro) que no seu art. 2º, § 1º, estabeleceu o seguinte: “Art. 2º A participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a trinta por cento do capital total e do capital votante dessas empresas e somente se dará de forma indireta, por intermédio de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País. § 1º As empresas efetivamente controladas, mediante encadeamento de outras empresas ou por qualquer outro meio indireto, por estrangeiros ou por brasileiros naturalizados a menos de dez anos não poderão ter participação total superior a trinta por cento no capital social, total e votante, das empresas jornalísticas e de radiodifusão.”

⁸⁴ Dispõe sobre o recadastramento das exploradoras dos serviços de radiodifusão com vistas à atualização de dados cadastrais e homologação de atos, e dá outras providências

⁸⁵ A Proponente, executante ou não do serviço de radiodifusão, para fins dos limites a que se refere o artigo 12 do Decreto-lei n.º 236/1967, terá a quantidade de outorgas computadas a partir da assinatura dos respectivos contratos. A superação àqueles limites em número de vitórias impedirá novas homologações para o mesmo tipo de serviço, até que os contratos respectivos sejam assinados, ficando os processos, em que tal situação ocorra, sobrestados.

⁸⁶ FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 78.

de licitar e contratar com a Administração suspenso, ou cuja falência haja sido declarada ou que esteja em regime de recuperação judicial, também não participam deste tipo de certame. Em se tratando de condições de participação, ainda, frise-se que o Código Brasileiro de Telecomunicações determina que quem esteja em gozo de imunidade parlamentar não pode exercer a função de diretor ou gerente de empresa concessionária de rádio ou televisão (art. 38, parágrafo único). Esta norma foi ratificada pelo Regulamento dos Serviços de Radiodifusão que exige, como um dos documentos necessários à habilitação no certame, declaração de que os dirigentes da entidade não estão no exercício de mandato eletivo (art. 15 do Decreto 52.795/63). A Constituição também proibiu que deputados e senadores mantivessem contrato ou exercessem cargos, função ou emprego remunerado em empresas concessionárias de serviço público (art. 54, I, “a” e “b”).

Avaliadas as condições de participação acima brevemente feitas, tem-se a habilitação daquelas proponentes que satisfizeram às exigências relativas à habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.⁸⁷

Trata-se a habilitação da fase na qual será analisada a aptidão das licitantes, entendida como a qualificação imprescindível para que sua proposta possa ser objeto de avaliação (fase seguinte do certame). Assim, examina-se a habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal etc., verificando-se, assim, o atendimento a requisitos atinentes à “pessoa do licitante”.⁸⁸

Passa-se então à fase em entrega das propostas técnicas, que seguirá, também, alguns critérios. Via de regra, são elaboradas tabelas (em anexo ao Edital) para fins de pontuação de tais propostas. Tais propostas devem apresentar, no mínimo, o tempo total diário proposto para transmissão de programas jornalísticos, educativos e informativos de caráter geral, tempo total diário proposto para o serviço noticioso de caráter geral, e demais exigências constitucionais e aquelas previstas no Código Brasileiro de Telecomunicações, como o tempo total diário proposto para transmissão de programas culturais, artísticos e jornalísticos, produzidos e gerados no Município ao qual pertence à localidade objeto da outorga, o prazo, para início da execução do serviço em caráter definitivo, etc. Nesse sentido, e como já afirmado, o tipo de licitação feita pelo legislador (*técnica e preço*) impõe que a escolha da

⁸⁷ A proponente apresenta a documentação para fins de habilitação, conforme detalhamento indicado no Edital, em separado à documentação relacionada às propostas.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 586-587.

proposta mais vantajosa para a Administração tenha embasamento na maior média ponderada, considerando-se as notas obtidas nas propostas de preço e de técnica, devendo os pesos e critérios, a serem ponderados quando da atribuição de notas, estarem detalhadamente estabelecidos no ato convocatório.⁸⁹ A dificuldade tem sido precisar nos editais quais seriam propriamente os critérios a serem preenchidos e o que seria pesado quando da pontuação das propostas técnicas. O problema em estabelecer exatamente o que irá ser valorado quando da análise da proposta técnica gera uma discutível avaliação das mesmas, sendo por vezes criticadas por serem decididas com ênfase ao critério econômico (proposta de preço pela outorga).

Maria Sylvia Zanella Di PIETRO aponta para a necessidade, na licitação do tipo técnica e preço, para fins de classificação das propostas técnicas, dos mesmos critérios estabelecidos na licitação do tipo melhor técnica.⁹⁰ Isto é, ao prever os critérios técnicos no Edital, o Poder Público teria de ser extremamente rigoroso, deixando de lado o fato de que, em seguida, será prevista a proposta de preço.

Aliás, no que concerne à proposta de preço pela outorga, as disposições são mais simplórias. A proponente deverá indicar o valor da importância que se propõe a pagar pela outorga, observado o preço mínimo fixado no Edital para a outorga. A entrega de entrega da proposta financeira se dá logo após a decisão pela classificação da proposta técnica, caso contrário (desclassificação), devolve-se o envelope contendo a proposta financeira lacrado ao licitante desclassificado.⁹¹

Assim, a classificação final das propostas, feita a partir da média ponderada da pontuação obtida na proposta técnica e na proposta de preço, em razão das inconsistências e das generalidades contidas nas previsões relacionadas às exigências técnicas, acaba aumentando o peso da proposta financeira. Desta feita, há que se pôr em cheque a legitimidade e a eficácia dos critérios técnicos nas licitações para a outorga de serviços de radiodifusão. A avaliação da proposta técnica tem, portanto, “mascarado” de legalidade um procedimento de escolha cuja preponderância é do critério econômico sobre o critério técnico, restando mantida a estrutura existente no período anterior à obrigatoriedade de licitação, traduzindo-se

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 604.

⁹⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 397.

⁹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

em questionáveis privilégios aos empresários já atuantes no setor, cuja experiência e recursos financeiros para operar novas emissoras são incontestes.

A prática mostra que o exame das propostas técnicas tem sido deveras superficial. Os requisitos mínimos previstos no Edital quanto às propostas técnicas são apreciados como se fossem condições ligadas à habilitação, no sistema simplório de avaliação baseado na mera observância de documentação padrão, com base em modelos fornecidos nos próprios atos convocatórios.

Na verdade, e como explica Adilson Abreu DALLARI, na classificação das propostas deve ser feito um rigoroso e amplo em ralação ao exame das mesmas, em razão de que todo o contido na proposta afetará substancialmente o futuro contrato⁹². Não à toa, as propostas técnicas (bem como as propostas de preços pela outorga), são partes integrantes anexadas ao contrato.

O resultado dessa conjuntura é que propostas que poderiam oferecer uma maior democratização dos meios de comunicação, progressos na qualidade do conteúdo da programação televisiva, regionalização e descentralização da produção, podem ficar de fora em razão do poder econômico das demais licitantes. Como se trata de uma atividade “*naturalmente vocacionada aos oligopólios*”, como afirma FONTES JUNIOR, em um meio limitado por condições econômicas, altos custos de instalação, manutenção, desenvolvimento, além de se fundar na utilização de um bem público excludente.⁹³ Louve-se, nessa toada, a existência de movimentos que têm se mobilizado em busca de uma revisão sistemática de avaliação das propostas técnicas e financeiras nas licitações de TV comercial.

É necessário que o Poder Público estabeleça critérios que dêem maior peso às propostas técnicas, de modo a privilegiar empreendimentos que pretendam contribuir para a melhoria do conteúdo veiculado nas televisões do País. Além disso, também é necessária a construção de uma política de comunicação que fortaleça o papel regulador/fiscalizador do Estado, de modo a garantir o atendimento do interesse público na escolha dos concessionários e permissionários de radiodifusão.

Adilson DALLARI alerta para o fato de que na área de licitações é inegável a existência de manipulação e corrupção.⁹⁴ E, sem dúvida alguma, o estabelecimento

⁹² DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 153.

⁹³ FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 123.

⁹⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

de critérios técnicos de forma mais genérica, não rigorosos, implicando na valorização excessiva do critério “valor pela outorga” contribui para tanto.

A “palavra-chave” no julgamento e classificação das propostas, como se sabe, é, conforme Marçal JUSTEN FILHO a vantajosidade. Ocorre que, segundo esse autor, o julgamento deverá ser objetivo, com fulcro nos critérios anteriormente previstos no edital.⁹⁵ Por isso, e como se tem dito, o que deve ser repensado é o conjunto de exigências que se fará presente deste o ato convocatório.

O que não se pode olvidar é que, conforme a doutrina mais atual, a licitação prevista no art. 175 do texto constitucional mais que uma regra, consiste em um princípio cuja aplicação se faz em direção do alcance do interesse público, isto é, não é a licitação uma norma que se configura como *fin* em si mesmo, mas um instrumento do qual se utiliza a Administração para buscar uma forma de melhor atender ao interesse público. A esse respeito, leciona Marçal JUSTEN FILHO que “a licitação é um meio para obtenção de um contrato administrativo vantajoso e, portanto, não se justifica como uma atividade administrativa autônoma.”⁹⁶

Por essa razão, o Poder Público, ao menos em tese, deveria ater-se sempre à proposta que melhor atenda ao interesse público, o que envolveria a necessidade de uma programação plural, com conteúdos efetivamente educativos, com a valorização da cultura nacional, das manifestações populares regionais e da produção independente.

Feitas essas avaliações, e retornando ao procedimento, uma vez feita a média ponderada com fulcro nas pontuações obtidas pela proposta técnica e pela proposta financeira, chegar-se-á a uma vencedora, lembrando que, em caso de empate, os critérios de desempate estão previstos no art. 3º, § 2º da Lei de Licitações, estabelecendo uma ordem de preferência; e o art. 45, § 2º da mesma Lei prevê o sorteio em ato público, caso persista o empate.

Passado isso, o Ministro das Comunicações, à vista de parecer da Consultoria Jurídica, decidirá acerca da homologação da licitação por despacho que será publicado no Diário Oficial da União. Não havendo manifestação dos interessados, o Ministro encaminhará exposição de motivos ao Presidente da República, acompanhada da minuta do Decreto de outorga de concessão para a

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética: 2009, p. 574.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 374.

exploração do serviço. Esse momento equivale à transição entre a homologação da licitação e a adjudicação do objeto da concessão. Enquanto a homologação equivale à “aprovação do procedimento”, a adjudicação é “o ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação”.⁹⁷ A expressão *autoridade competente* aqui, como já adiante, refere-se não mais à Comissão de Licitação, pois, consoante JUSTEN FILHO

Deve-se entender como “autoridade competente” aquela que detiver poderes para vincular a entidade promotora da licitação. É aquela que dispuser de competência jurídica para “representar” a entidade.⁹⁸

Por essa razão, é o Ministro das Comunicações, após de parecer da sua consultoria jurídica, quem decidirá sobre a homologação ou não do certame. E, na inércia dos interessados, o Ministro encaminhará exposição de motivos ao Presidente da República, acompanhada da minuta do Decreto de outorga de concessão para a exploração do serviço (adjudicação).

Encerradas essas etapas, assinar-se-á o contrato de concessão, já que este, como afirma BACELLAR FILHO, é *conseqüente lógico* da licitação.⁹⁹

O Contrato a ser firmado, então, entre o Ministério das Comunicações, representando a União, e a concessionária, será assinado após a aprovação do ato de outorga pelo Congresso Nacional, conforme se elucidará mais adiante.

Será realizado o pagamento pelo preço da outorga, que será recolhido em favor do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações, lembrando que as condições de pagamento devem estar previstas no próprio Edital. Ademais, assinado o contrato, a concessionária providenciará a publicação do seu extrato no Diário Oficial da União. Sublinhe-se que as propostas técnicas e de preços pela outorga, apresentadas pela vencedora são partes integrantes anexadas ao presente contrato.

Lembre-se, como já dito anteriormente, que o contrato de concessão a ser assinado será um verdadeiro contrato administrativo, o qual, segundo Maria Sylvia Zanella Di PIETRO, é um ajuste que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 399.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética: 2009, p. 576.

⁹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 111.

públicos, segundo regime jurídico de direito público¹⁰⁰. Ou seja, mesmo que com as suas diversas peculiaridades, os referidos contratos serão regidos pelo direito público, com sujeições e prerrogativas (ao menos em tese) tratadas anteriormente.

Luiz A. BLANCHET lembra que, mesmo que se saiba que estará essa avença submetida ao regime de direito público e, conseqüentemente, ao arcabouço legal que isso implica, as condições deste específico contrato deverão constar explicitamente no ato convocatório da licitação, caso contrário, os interessados não teriam nem elementos suficientes para elaboração de suas propostas.¹⁰¹

Nessa esteira, chega-se ao ponto final do caminho que se pretendeu traçar. Nesse sentido, Marcelo Bechara de Souza HOBAIKA e Ricardo Capucio BORGES alertam para o momento exato em que se dá a efetiva formalização do contrato, quando passa, efetivamente a passam a produzir efeitos no mundo jurídico:

A formalização da outorga ocorre com a expedição de decreto presidencial (concessão ou autorização) ou portaria ministerial (permissão ou autorização) combinada com a expedição de decreto legislativo pelo Congresso Nacional. Lembre-se que é após a expedição do decreto legislativo que o ato de outorga produz efeitos legais, ou seja, passa a existir para o mundo jurídico.¹⁰²

Feito todo esse levantamento acerca do procedimento licitatório, estendendo-se da publicação do edital até a formalização do contrato, encerra-se o ponto central do presente trabalho. Todavia, cabem aqui algumas últimas observações quanto ao regime de repartição de competências no que tange às concessões de radiodifusão. Primeiramente, como já visto, tem-se que a Constituição, em seu art. 22, atribuiu à União a competência privativa para legislar (competência formal) sobre radiodifusão, a qual poderá, mediante lei complementar, ser delegada aos Estados, que assim dispõe:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
[...]
IV - águas, energia, informática, telecomunicações e **radiodifusão**;
[...]
Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 256.

¹⁰¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 92.

¹⁰² HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza; BORGES, Ricardo Capucio. *Radiodifusão e TV digital no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 41.

Ainda, e conforme o art. 21 do texto constitucional, a União também detém competência material (administrativa) exclusiva para:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

a) os serviços de **radiodifusão** sonora e de sons e imagens.

Por essa razão, pela competência exclusiva, cada entidade federativa detém o seu campo de atuação próprio, excludente dos demais entes federativos, traduzindo, assim, em uma competência indelegável. Como parte-se da premissa constitucional de que a radiodifusão constitui verdadeiro serviço público, o que, por definição, submete-o ao regime jurídico de direito público (regime jurídico administrativo), no qual prevalecem as normas ditadas pela administração pública.

Outrossim, o texto constitucional, em seu art. 223¹⁰³, atribuiu ao Poder Executivo Federal a competência para outorga e renovação das concessões, permissões e autorizações. De outra banda, a outorga ou renovação da autorização, concessão ou permissão para explorar o serviço de radiodifusão será, obrigatoriamente, apreciada pelo Congresso Nacional, na forma que determinam os artigos 49, XII, e parágrafos do artigo 223 da Constituição.¹⁰⁴

Pode-se constatar, assim, que ainda que a exploração do serviço de radiodifusão seja matéria da competência exclusiva da União, com a conseqüente competência administrativa atribuída ao Poder Executivo Federal, a sua outorga (delegação) mostra-se como um verdadeiro *ato administrativo*

¹⁰³ Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

¹⁰⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão.

Art. 223.

[...]

§ 1º. O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do artigo 64, §§ 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º. A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º. O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º. O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º. O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

complexo, aquele que resulta da conjugação de vontade de órgãos diferentes. No caso da outorga da prestação dos serviços de radiodifusão, as vontades do Poder Executivo e Poder Legislativo são exercidas como parcelas de suas competências exclusivas, das quais nenhum outro ente federativo ou órgão estatal poderá tomar para si, sob pena de verdadeira transgressão constitucional. O Poder Constituinte dispôs sobre as competências em matéria de radiodifusão, sobretudo em razão da importância do assunto. Não é demais lembrar que os meios de comunicação servem como divulgadores de idéias, cultura, notícias, e utilidade pública, constituindo, sem dúvida, seara na qual o Estado exerce sua soberania. Indiscutivelmente o monopólio de exploração do serviço em favor da União (ainda que mediante autorização, concessão ou permissão), justifica-se, serviço que pressupõe a titularidade da sociedade sobre a comunicação social, que nela, incontestavelmente tem interesse direto.

Por essas razões, há, em termos de legislação sobre radiodifusão, basicamente, normas federais. Sobre essa concentração de poder, em sede de radiodifusão, nas mãos do Executivo, Alexandre FARACO alerta:

No plano legal, a exploração do serviço ainda é regulada pela Lei no 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), não tendo sido afetada pela ampla mudança legislativa que sofreu o setor de telecomunicações com a edição da Lei Nº 9.472/97 (a Lei Geral de Telecomunicações). Dentre as implicações decorrentes desse fato está a de que a radiodifusão é o único serviço de telecomunicações cuja regulação e outorga de concessões, permissões ou autorização não cabe à Anatel. Tais competências continuam afetas ao Ministério das Comunicações, cujo titular é de livre escolha do Presidente da República e pode ser destituído a qualquer tempo (enquanto a Anatel tem como órgão dirigente um colegiado de Conselheiros, nomeados também pelo Presidente, mas que devem ter seus nomes aprovados pelo Senado Federal, os quais possuem um mandato fixo e não podem ser destituídos).¹⁰⁵

A Anatel, por sua vez, é a responsável pela elaboração, administração, e manutenção os Planos Básicos de Distribuição de Canais (radiofrequências), conforme previsto na Lei Geral de Telecomunicações (LGT), Lei nº 9.472/1997. Deste modo, as competências da Anatel estão mais relacionadas ao espectro eletromagnético do que propriamente ao serviço de radiodifusão, o qual é ainda concentrado nas mãos do Poder Executivo. Na qualidade de delegatária da União para fins de organização da exploração dos serviços de telecomunicações, cabe à

¹⁰⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 87.

Anatel, segundo leciona Eduardo Augusto de Oliveira RAMIRES, disciplinar e fiscalizar a execução, comercialização e uso dos serviços de telecomunicação, a implantação e funcionamento das redes de telecomunicação, e a utilização dos ditos recursos de órbita e do espectro de radiofrequência.¹⁰⁶

Além do mais, o §4º do art. 223 da Constituição prevê o cancelamento da concessão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. Assim, o próprio Poder Judiciário teve, para si, atribuída parcela de poder em se tratando de concessões de radiodifusão. Nesse sentido, do momento da formalização da outorga até o seu cancelamento, os três Poderes têm suas “funções”, e um funcionamento baseado no controle recíproco levará, certamente, a um aperfeiçoamento do hoje questionável sistema de repartição de competências quanto aos serviços de radiodifusão. Por isso, encerra-se o presente tópico com a lição de José Afonso da SILVA, sobre a harmonização destes três poderes:

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.¹⁰⁷

3.2. Renovação, extinção e outras previsões

Seguindo a metodologia adotada, outros dispositivos acerca da do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão devem ser mencionados.

O Título XIII do Decreto prevê as os regimes da renovação, perempção e caducidade das concessões e permissões – lembrando que o presente trabalho tem como objetivo maior enfoque às concessões de radiodifusão, deixando-se de lado, por vezes, as permissões previstas em sede de serviços de radiodifusão.

Quanto à renovação, tem-se o disposto entre os artigos 110 e 115, os quais passam a ser brevemente analisados.

Prevê o regulamento que o direito à renovação decorre do cumprimento pela concessionária, das exigências legais e regulamentares, bem como das finalidades

¹⁰⁶ RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das telecomunicações: a regulação para a competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 162.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 111.

educacionais, culturais e morais a que esteve obrigada¹⁰⁸. A renovação dar-se-á por prazo igual ao da própria concessão, e os mesmos poderão ser renovados por períodos sucessivos iguais. A duração desses prazos tem contribuído, historicamente, para que as concessões sejam, na prática, tratadas como “propriedade” e não como delegações por prazo determinado. Ainda que o objetivo aqui seja traçar um panorama dos dispositivos legais que regem as renovações, e não o de criticar e/ou propor soluções, algumas observações devem ser feitas.

Foi dito, como alicerce do presente trabalho, que as emissoras de rádio e TV aberta são concessões de um serviço público por prazo determinado e também sob determinadas condições. Todavia, as regras previstas no Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, bem como no próprio texto Constitucional para a renovação e para o cancelamento das concessões cunham uma questionável disparidade entre tais concessões e os demais contratos de prestação de serviços públicos, pois traduzem escolhas legislativas que vieram a favorecer as concessionárias, senão vejamos: ue a não renovação precisa ser votada no Congresso Nacional por 2/5 dos seus membros, em votação nominal (artigo 223, §2º da Constituição). De outro lado, e como já dito ao fim do tópico anterior, o cancelamento durante a vigência do contrato só pode ocorrer com decisão judicial (§ 4º do mesmo artigo 223).

O poder concedente, portanto, diferentemente do que ocorre quando se trata de outras formas de concessão de serviço público, não tem o poder de interromper os contratos de concessão quando julgar que houve descumprimento de normas que regem a prestação do serviço, sendo necessário que se encete processo judicial que será decidido não pelo poder concedente, mas pelo Judiciário. Ora, se o interesse público é, como aponta BLANCHET, o fundamento de todas as hipóteses de extinção de delegação de serviço público¹⁰⁹, extremamente questionável é que se tolha da própria Administração a competência de apreciar se o interesse público vem sendo ou não atendido para fins de manutenção ou extinção da outorga.

Embora a renovação das concessões para exploração dos serviços de radiodifusão fique subordinada ao interesse nacional, dependente do cumprimento

¹⁰⁸ Lembre-se que o próprio regulamento prevê que “os serviços de radiodifusão tem finalidade educativa e cultural, mesmo em seus aspectos informativo e recreativo, e são considerados de interesse nacional, sendo permitido, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.” (art. 3º)

¹⁰⁹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 153.

pelas concessionárias das disposições legais e regulamentares aplicáveis ao serviço, bem como da observância de suas finalidades, a falta de transparência nesses procedimentos é que se deve questionar.

Muitas vezes, são os interesses das concessionárias na continuidade da prestação do serviço, e não o interesse público, que motivam as renovações. A observância ao que FONTES JÚNIOR chama de “direito à programação sadia”¹¹⁰, titularizado pelas pessoas a quem se destina a comunicação social, pode estar sendo deixada de lado para que se assegure a permanência de todas as emissoras no papel de concessionárias de tão importante serviço público.

O aditamento dos prazos destes contratos, frise-se, deve levar em conta que um “*contrato administrativo qualifica-se como tal porque se dirige ao atendimento de uma finalidade pública*”¹¹¹, como assevera BACELLAR FILHO. Prossegue afirmando que

...quando a Administração Pública participa de um contrato, agindo na qualidade de Poder Público, submete-o ao regime jurídico administrativo, impondo-se a observação de indisponibilidade e de supremacia do interesse público.¹¹²

Assim, qualquer prorrogação, renovação dos contratos de concessão do serviço de televisão de radiodifusão, em que pese possuírem procedimento próprio para se concretizarem, não poderão deixar de lado o atendimento ao interesse público, que será (como sempre é) o norte da Administração.

De todo modo, feitas essas observações, voltemos à análise dos dispositivos que regem o procedimento de renovação das concessões de radiodifusão. O art. 112 do Regulamento dos serviços de radiodifusão fixa que as empresas que desejarem a renovação deverão dirigir requerimento, ao Ministério das Comunicações¹¹³, no período compreendido entre os cento e oitenta e os cento e vinte dias anteriores ao término dos respectivos prazos. Restando o órgão

¹¹⁰ FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 107-108.

¹¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

¹¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

¹¹³ A Lei fala que incube ao CONTEL, mas o mesmo já fora extinto, ficando tais atribuições a cargo do Ministério das Comunicações.

competente não decidido dentro de 120 dias, contados da entrada do requerimento, entende-se, automaticamente, que o pedido de renovação fora deferido.

O art. 113, por sua vez, elenca condições a serem preenchidas pelas concessionárias para fins de renovação dos prazos de concessão ou permissão, dentre as quais merecem menção o cumprimento das obrigações legais e contratuais, durante a vigência da concessão ou permissão a ser renovada, a manutenção da idoneidade moral e capacidade técnica e financeira, e o atendimento ao interesse público, particularmente no que se refere à finalidade educativa e cultural da radiodifusão. Preenchidas tais condições, o Ministério se manifestará sobre a conveniência ou não da renovação da concessão, encaminhando o pedido, acompanhado de Parecer e exposição de motivos, ao Presidente da República, a quem compete a decisão, renovando a concessão ou declarando-a perempta. Caso seja decidida, de fato, em favor da renovação da concessão, deverá ser assinado termo aditivo ao contrato objeto da renovação, o qual será remetido ao Tribunal de Contas para registro.

Entre os artigos 116 e 119 foram previstas, inicialmente, uma série de normas atinentes à caducidade e à preempção das concessões, todavia, todos esses artigos foram revogados pelo Decreto nº 88066/83.

O art. 120 prevê a possibilidade de o serviço de radiodifusão podem ser desapropriados ou requisitados, nos termos do art. 141, § 16, da Constituição¹¹⁴ e das leis vigentes, mediante pagamento de indenização, em cujo cálculo serão deduzidos os favores cambiais e fiscais concedidos pelo Estado. O art. 121 estabelece, por sua vez, que a execução de quaisquer serviços de radiodifusão, por meio de concessão ou permissão, está sujeita ao pagamento de taxas, cujos valores serão propostos pelo próprio MiniCom, e destinadas ao custeio da fiscalização dos serviços, e ao Fundo Nacional de Telecomunicações.

A partir do art. 122 há interessante trecho do Regulamento em análise, no qual se passa a disciplinar o regime de infrações e punições durante a execução dos serviços radiodifusão. Primeiramente, passa a elencar as infrações que podem ser

¹¹⁴ “Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”

cometidas pelas concessionárias, dentre as quais se destacam: incitar a desobediência às leis ou às decisões judiciais, divulgar segredos de Estado ou assuntos que prejudiquem a defesa nacional, promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião, não atender à exigência de serem sempre brasileiros natos os seus diretores e gerentes, criar situação que possa resultar em perigo de vida, e veicular notícias falsas, com perigo para a ordem pública, econômica e social. Quanto a essa última infração, frise-se que se for resultado de erro de informação¹¹⁵ e for objeto de desmentido imediato, a nenhuma penalidade ficará sujeita a concessionária ou permissionária (art. 123). Ainda, sublinhe-se que o próprio regulamento faz menção à figura da reincidência (art. 125), considerada como a reiteração, dentro de um ano, na prática da mesma infração, já punida anteriormente, e que ensejará, por exemplo, a aplicação da pena de multa em valor dobrado (art. 136).

O art. 124 estabelece a responsabilidade das autoridades, pessoas, entidades ou empresas noticiosas que funcionam legalmente no País, quando não sob responsabilidade da concessionária, que praticarem determinados abusos referidos no Regulamento, sujeitando-as ao disposto na Lei nº 2.083/1953. Ocorre que a referida lei tem por objeto a regulamentação da liberdade de imprensa, ensejando outra série de discussões que afastariam o presente trabalho de seu foco. Vale mencionar que tal debate envolveria a própria Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), julgada integralmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao entender que tal diploma legal não fora recepcionado pela nova ordem democrática trazida pela Constituição de 1988. Com tal decisão, a norma foi excluída totalmente do ordenamento jurídico. Por essa razão, vale aqui mencionar que o art. 124 do regulamento dos serviços de radiodifusão traz consigo reflexões que ensejariam um estudo muito direcionado, valendo, por ora, apenas destaque ao seu § 1º, que fixa que a responsabilidade prevista em seu *caput* não exclui a da concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão.

Passa o regulamento, então, ao regime de penalidades cabíveis às concessionárias de radiodifusão, antes destacando que a prescrição da ação penal a ser ajuizada em face das infrações definidas nele definidas ocorrerá dois anos

¹¹⁵ Segundo o parágrafo único do art. 123, “considera-se erro de informação a notícia falsa fornecida à concessionária ou permissionária por empresa noticiosa que funcione legalmente no País, ou por autoridade governamental.”

após a data da transmissão ou publicação incriminadas, e a da condenação do dobro do prazo em que for fixada (art. 126). O dispositivo seguinte já elenca a multa, a suspensão e a cassação como sanções cabíveis para fins de penalização às infrações mencionadas. A pena de multa, em suma, tem suas hipóteses predeterminadas, e pode ser aplicada conjunta ou isoladamente com outra pena. A suspensão, de igual forma, tem suas hipóteses de aplicação bem definidas, variando de vinte quatro horas a trinta dias, de acordo com a infração cometida. Apenas merece maior atenção o disposto no art. 132, que atribuiu ao Ministério da Justiça o poder de suspender provisoriamente as concessionárias quando, notificadas pelo Ministro da Justiça, voltarem a transmitir qualquer assunto objeto de representação, até que este seja decidida por aquela autoridade, ou quando desmentirem, no prazo fixado pelo Ministro em sua notificação, a transmissão incriminada ou desfazê-la por declarações contrárias às que tenham motivado a representação. Entre o art. 149 e o art. 153, o Regulamento disciplina a figura desta tal representação, raríssimas vezes utilizada.

Como última possibilidade de sanção às concessionárias, existe a pena de cassação, aplicada quando houver reincidência em infração anteriormente punida com suspensão, por não haver concessionária, no prazo estipulado pelo Ministro da Justiça, corrigido as irregularidades motivadoras da suspensão anteriormente impostas; ou incidir nas infrações de: interromper a execução dos serviços por mais de trinta dias consecutivos, exceto quando houver justa causa devidamente reconhecida pelo MiniCom, não atender às determinações de natureza legal, técnica ou econômica, demonstrando, assim, a superveniência de incapacidade para a execução dos serviços objeto da concessão ou permissão, ou não atender aos prazos estabelecidos para início das instalações e execução dos serviços (artigos 34, 35 e 36 do Regulamento).

Vale destacar que a aplicação das penas deverá levar em conta os antecedentes, a idoneidade da concessionária, bem como a intensidade do dolo ou o grau de culpa, os motivos, as circunstâncias e conseqüências da infração (art. 134), bem como a condição econômica da infratora (art. 135).

Sem maiores dificuldades de interpretação, o disposto do art. 137 ao art. 140 estabelece a repartição de competências para aplicação das penas, e do art. 141 ao art. 148 preceitua-se sobre a forma de recorrer contra tais penalidades, dispositivos

estes que devem ser analisados com a atenção que um diploma legal elaborado anteriormente à Constituição merece. Do art. 154 ao art. 171, há uma série de dispositivos atinentes ao exercício de direito de resposta, reparação de danos morais, dispõe sobre crimes no âmbito da radiodifusão etc., que, como visto no início do trabalho, quando feita a delimitação do tema, não fazem parte do objeto do presente trabalho. Aliás, esta última listagem fora feita apenas no intuito de ilustrar a sistemática do regulamento dos serviços de radiodifusão, sem querer se adentrar às minúcias do mesmo, vez que é o objeto principal do presente estudo o procedimento licitatório do qual resultará a outorga, sobre o qual o referido regulamento dispõe apenas em determinados trechos, já anteriormente trabalhados.

Por fim, encerrando a análise do regulamento dos serviços de radiodifusão, temos em tela disposições quanto aos serviços auxiliares de radiodifusão, melhor tratados adiante, e uma série de disposições transitórias, dentre as quais só merece maior destaque o disposto no art. 177, que determinou que os prazos das concessões para execução de serviços de radiodifusão vigentes à época de sua edição seriam prorrogados por mais quinze anos no caso de radiodifusão de sons e imagens (televisão), a contar de 27 de agosto de 1962.

3.3. Transferência da concessão

Fora fixado como premissa alicerce do presente trabalho o fato das concessões de radiodifusão serem concretizadas por meio de verdadeiros contratos administrativos de concessão. E, dentre as características marcantes destes contratos de concessão, falou-se serem os mesmos firmados *intuitu personae*, característica derivada da obrigação de prestação pessoal do serviço pela concessionária. JUSTEN FILHO, afirma que ao se dizer que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae*, está indicando um fenômeno jurídico específico, significando que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a escolha de determinado particular para contratar, requisitos esses objetivamente definidos, pois ao Estado é indiferente a personalidade psicológica do particular, isto é, a Administração não se vincula às características

subjetivas do licitante vencedor, pois está interessado apenas na execução da proposta mais vantajosa ao, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo.¹¹⁶

Todavia, e como bem ressalva o Romeu Felipe BACELLAR FILHO, o fato dos contratos administrativos serem pactuados no “intuito da pessoa”, vez que exigem a pessoa do contratado para a sua execução, não afasta por completo a possibilidade serem cumpridos por outrem, em casos específicos e autorizados por Lei.¹¹⁷ E, como se passa a demonstrar, a Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e, sobretudo o Decreto Nº 52.795/63 (Regulamento dos Serviços de Radiodifusão), prevêem no ordenamento jurídico a possibilidade de transferência da concessão. Ater-se-á às regras legais para tanto, iniciando-se com as disposições mais genéricas, até se chegar a um panorama geral do procedimento que deve ser seguido.

Primeiramente, deve-se ter em mente que deverá a concessionária solicitar prévia autorização do Ministério das Comunicações, tanto para modificar seus estatutos ou contrato social, como para transferir, direta ou indiretamente, concessão ou permissão, ou ceder cotas ou ações representativas do capital social. (art., 28, 10, “a” e “b” do Regulamento). Fato é que a validade bem como a eficácia dessas transferências está condicionada a tal autorização. Fixa o art. 90 deste mesmo regulamento que nenhuma transferência de concessão ou permissão poderá se efetivar sem prévia autorização do Governo Federal, sendo nula, de pleno direito, qualquer transferência efetivada sem observância desse requisito.

O Capítulo I do Título X do Regulamento prevê o procedimento dessas transferências, que poderão ser realizadas de forma direta ou indireta. A dita transferência direta se dá quando a concessão (ou permissão) é transferida de uma pessoa jurídica para outra, enquanto a indireta é aquela na qual a maioria das cotas ou ações representativas do capital é transferida de um para outro grupo de cotistas ou acionistas que passa a ter o mando da sociedade.

Ora, na verdade, a transferência da concessão, propriamente dita, dá-se apenas com a transferência total da concessão a terceiro, que, conforme ensina Cármen Lúcia Antunes ROCHA, “assume integralmente o lugar do concessionário e

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões e Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 51.

¹¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

passa a responder pelo objeto anteriormente concedido àquele”.¹¹⁸ A dita transferência indireta, portanto, seria uma alteração do controle societário da concessionária – em ambos os casos, repise-se, devem ser observadas as restrições impostas pela Constituição Federal, pelo CBT, pelo Regulamento do serviço e pela Lei do Capital Estrangeiro.

Ainda como disposições iniciais, o Regulamento prevê que não será autorizada a transferência, direta ou indireta, da concessão ou permissão, durante o período de instalação da estação e nem nos cinco anos imediatamente subsequentes à data de expedição do certificado de licença para funcionamento (art. 91), e, mais importante, em nenhum caso a concessão ou a permissão outorgada a pessoa jurídica de direito público interno poderá ser transferida a empresas privadas (art. 92).

No que tange mais precisamente à transferência direta, tem-se que só poderá ser efetivada se a sociedade para a qual será transferida a concessão ou permissão se condicionar às exigências constantes do § 2º do art. 28. Ocorre que com a publicação do Decreto nº 88067/83, tal dispositivo fora completamente remodelado, e passou fixar que as concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas a diversos preceitos e obrigações, que certamente deverão ser observados

O art. 94 prevê o trâmite do processo de transferência, que, basicamente, faz-se a partir da apresentação de requerimento ao MiniCom, solicitando a transferência, formulado pela detentora da concessão ou permissão, assinado por todos os cotistas, no caso de sociedade limitada, ou, instruído com a folha do *Diário Oficial* da União que publicou a ata da Assembléia Geral Extraordinária que autorizou a Diretoria a requerer transferência, e, simultaneamente, a apresentação de requerimento, também dirigido ao MiniCom, formulado pela sociedade para a qual se pretende transferir a concessão ou permissão, no qual a mesma solicita a transferência em face da concordância da concessionária ou permissionária, sendo o requerimento instruído com a documentação exigida a todas as pretendentes à execução dos serviços de radiodifusão.

¹¹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre a concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 48.

Ato contínuo, o Ministério se manifestará sobre a transferência e, quando se tratar de concessão, seu Presidente enviará exposição de motivos, acompanhada de cópia do respectivo Parecer, ao Presidente da República, a quem cabe a decisão final.¹¹⁹ Como é intuitivo, a nova concessão ou permissão será outorgada observadas as mesmas condições e pelo prazo restante da concessão ou permissão anterior.

Já em sede de transferência indireta, o processamento se encontra no art. 96, no qual, (i) em se tratando de sociedade limitada, será necessária a apresentação de requerimento assinado por todos os cotistas, dirigido ao Presidente do MiniCom, solicitando a transferência no qual se declarará expressamente, o nome dos cedentes e cessionários, bem como a quantidade e valor das cotas a serem transferidas; e (ii) em se tratando de sociedade anônima, será necessária apresentação de requerimento dirigido ao Ministério das Comunicações solicitando a transferência, instruído com a folha do *Diário Oficial* que publicar a Ata da Assembléia Geral Extraordinária que autorizou a Diretoria a requerer a transferência. De igual forma à transferência direta, o MiniCom se manifestará sobre a transferência e, em caso de concessão, seu Presidente enviará uma exposição de motivos, acompanhada de cópia do respectivo Parecer, ao Presidente da República, a quem cabe a decisão final.

Cabe ainda sublinhar a ressalva feita pelo artigo 97 do Regulamento, que determina que, uma vez autorizada a transferência, direta ou indireta, de concessão ou permissão, as entidades ficam obrigadas a submeter à aprovação do MiniCom todos os atos que praticarem na efetivação da operação, e nenhum outro pedido de transferência será considerado sem que a sociedade comprove os atos que praticou na efetivação de autorização anterior.

Por fim, para encerrar tal tópico, tem-se que encerrado o rol de dispositivos que trata da transferência da concessão, o regulamento passa a prever uma série de disposições acerca das alterações estatutárias ou contratuais das concessionárias, bem como das transferências de cotas ou ações das mesmas. Neles fica previsto que as concessionárias, bem como as permissionárias de serviços de radiodifusão,

¹¹⁹ O regulamento prevê que, seja a transferência direta ou indireta, quando se tratar de permissão o próprio CONTEL (Ministério das Comunicações) decidirá sobre o assunto. Outrossim, a Lei nº 4117/62, que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações, em seu art. 24, prevê que das deliberações do Conselho caberá pedido de reconsideração para o mesmo e, em instância superior, recurso ao Presidente da República.

não poderão alterar os respectivos atos constitutivos, estatutos ou contratos, nem efetuar transferências de cotas ou ações sem prévia autorização do poder concedente e, aquelas que pretenderem realizar este tipo de alteração, deverão dirigir requerimento contendo a proposta da alteração contratual ou estatutária ao MiniCom, justificando e explicando a operação pretendida, esclarecendo a finalidade de tal alteração e, para tanto, e a sua finalidade, bem como provando a nacionalidade dos novos cotistas ou acionistas, e demais provas exigidas no regulamento, quando se tratar de eleição ou designação de novos diretores ou gerentes. Feito isso, satisfeitos os requisitos legais, considerado o “interesse nacional”, o MiniCom baixará Portaria autorizando a alteração solicitada (art. 101).

Assim como nas transferências diretas e indiretas, uma vez autorizadas as alterações estatutárias ou contratuais, ficam as empresas obrigadas a submeter a aprovação do Conselho os atos que praticarem na efetivação das mesmas, e nenhum outro pedido de alteração estatutária ou contratual será autorizado até que a mesma comprove os atos que praticou na efetivação de alteração outorgada anteriormente.

Há previsão no regulamento, também, que determina que a transferência sucessiva de cota ou ações, ou o aumento do capital social, que impliquem na transferência indireta da concessão ou permissão, será regulada pelos preceitos estabelecidos no Capítulo III do título X, que dizem respeito justamente às disposições atinentes à transferência indireta. Assim sendo, e como faz a Lei de Concessões, estende-se a disciplina da transferência da concessão à cessão do controle societário, escolha sábia, na visão de JUSTEN FILHO, ao “*evitar disputa prática complexa e de solução quase inevitável.*”¹²⁰ Nessa toada, tanto na transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, por não se caracterizar hipótese de nova concorrência, não há que se falar em licitação, bastando a anuência prévia do poder concedente através de ato motivado.

Ademais, as sociedades anônimas, concessionárias (ou permissionárias) de serviços de radiodifusão, quando elegerem novas diretorias, são obrigadas a dirigir requerimento ao Ministério das Comunicações, solicitando aprovação dos nomes que passarão a compô-las, ficando as entidades, após a aprovação destes, obrigadas a submeterem ao Ministério das Comunicações a comprovação do

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões e Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 287.

arquivamento da referida ata na repartição competente. Fixa o art. 105, entretanto, que no silêncio do poder concedente no fim de noventa dias, contados da data da entrega do requerimento de transferência de ações ou cotas, que não caracterizem a transferência indireta da concessão ou permissão, implicará na autorização, excetuados os casos nos quais os pretendentes não possuam as qualificações estabelecidas no próprio Regulamento e legislação pertinente.

3.4. Serviços ancilares, auxiliares e correlatos

Como forma de se fazer um *adendo* ao recorte metodológico adotado, cumpre esclarecer que nem todos os serviços de radiodifusão são concedidos de igual forma ao serviço de televisão comercial (radiodifusão de sons e imagens), e nem mesmo sua prestação é regida com idênticos contornos. Senão vejamos, com base nas explicações dadas por HOBAIKA e BORGES.¹²¹

Em primeiro lugar, cumpre destacar a existência dos denominados serviços ancilares, conceito que abarca a *retransmissão* e a *repetição* de sinais de televisão gerados por terceiros, serviços esses que se limitam a permitir que as empresas autorizadas somente retransmitam ou repitam sinais gerados por uma regular exploradora do serviço de radiodifusão de sons e imagens. Por essa razão, as chamadas *repetidoras* e *retransmissoras* carecem de autonomia na medida em que sua existência pressupõe um contrato com uma emissora geradora de sinais de televisão.

Conforme dispõe o art. 12 do Regulamento do Serviço de Retransmissão de Televisão e do Serviço de Repetição de Televisão, ancilares ao Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens, aprovado pelo Decreto nº 5.371/05, o serviço de retransmissão de sinais provenientes de estação geradora de televisão comercial, educativa ou explorada diretamente pela União, somente será autorizado para localidade onde não haja concessionária ou autorizada do Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens de mesma programação básica ou autorizada para execução do Serviço de RTV de mesma programação básica. Ainda neste diploma legal, o art. 6º, inciso VIII, define Programação Básica como sendo a programação comum entre as estações geradoras de uma mesma rede.

¹²¹ HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza; BORGES, Ricardo Capucio. *Radiodifusão e TV digital no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007; p. 44-46.

Assim, distinguem-se as geradoras, repetidoras (RpTV) e retransmissoras (RTV), o fato de que a primeira é a estação autorizada a realizar emissões de programas que tem origem em seus próprios estúdios, enquanto as retransmissoras e repetidoras somente podem, como é intuitivo, retransmitir ou repetir, para a localidade onde foi autorizada a explorar o serviço de RTV ou RpTV, a programação gerada por outra empresa (do mesmo grupo ou não), se houver na área outra geradora com a mesma programação básica da geradora cedente dos sinais ou outra retransmissora retransmitindo a mesma programação básica. Ou seja, na prática, os serviços de retransmissão e repetição de sinais de televisão vêm possibilitar que os sinais das estações geradoras sejam recebidos em locais por eles não diretamente atingidos ou atingidos em condições técnicas inadequadas.

Para fins de distinção mais precisa, tem-se que a retransmissão é serviço ancilar ao Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens (TV), destinado a retransmitir de forma simultânea, ou não simultânea, os sinais de uma estação geradora de televisão, para recepção livre e gratuita pelo público em geral (art. 1º do Decreto nº 5.371/05), cuja finalidade principal é expandir a área de cobertura da estação geradora de televisão. Tal serviço é dividido em RTV Primária, na qual o autorizado tem direito a proteção contra interferências de outras estações e o canal está previsto no plano básico, e RTV Secundária, quando não se tem direito à proteção contra interferência.

O Serviço de Repetição de Televisão (RpTV) é aquele que se destina ao transporte de sinais de sons e imagens oriundos de uma estação geradora de televisão para estações repetidoras ou retransmissoras ou, ainda, para outra estação geradora de televisão, cuja programação pertença à mesma rede (art. 2º do Decreto nº 5.371/05).

Tanto os serviços de retransmissão quanto os de repetição de sinais de televisão são prestados após a outorga de autorização pelo Ministério das Comunicações, com prazo indeterminado e caráter precário, não cabendo indenização de qualquer espécie a ser paga pela Administração às pessoas jurídicas autorizadas, quando de sua extinção, que se pode dar, a qualquer título, mediante ato justificado, garantidos o contraditório e a ampla defesa. Lembre-se, como complementação ao dito, que se entende por autorização o “*ato unilateral da*

*Administração Pública, pelo qual se delega a particular, precariamente, em condições de demanda especial da coletividade, a execução de serviço público.”*¹²²

Sem se pretender adentrar no mérito do assunto, apenas recorde-se que a idéia de *precariedade* já está compreendida no dito acima, como a prerrogativa do poder concedente, titular do serviço público, revogar a qualquer momento o ato de permissão, sem acarretar o dever de indenizar.

Essa autorização, para ser concedida, deve ser precedida de requerimento específico, ao Ministério das Comunicações, instruído com a documentação estabelecida em norma complementar.

A autorização para execução do Serviço de RTV, bem como para execução do Serviço de RpTV, será formalizada mediante ato do Ministério das Comunicações, que providenciará a publicação, no Diário Oficial da União, do resumo do ato de autorização como condição indispensável à sua eficácia. Uma vez publicado o ato de autorização para execução do serviço, a Agência Nacional de Telecomunicações expedirá autorização de uso de radiofreqüência.

A esse respeito, importa destacar outras peculiaridades sobre o regime de competências, em se tratando desses serviços ancilares.

Segundo o art. 4º do Decreto nº 5.371/05, compete ao Ministério das Comunicações estabelecer as normas complementares dos Serviços de RTV e de RpTV, outorgar autorização para a execução dos Serviços de RTV e de RpTV, aprovar projetos de locais de instalação e de uso de equipamentos de estações de RTV e RpTV, expedir as respectivas licenças para funcionamento, fiscalizar, no que se refere ao conteúdo da programação, a execução do Serviço de RTV em todo o território nacional, no que diz respeito à observância das disposições legais, regulamentares e normativas aplicáveis ao serviço; e instaurar procedimento administrativo para apurar infrações de qualquer natureza referentes aos Serviços de RTV e RpTV e impor as sanções cabíveis.

No artigo seguinte (art. 5º), fixa-se que compete à ANATEL elaborar e manter atualizado o Plano Básico de Distribuição de Canais de Retransmissão de Televisão – PBRTV, outorgar as autorizações de uso de radiofreqüências dos Serviços de RTV e de RpTV, e fiscalizar, quanto aos aspectos técnicos, as estações dos Serviços de RTV e de RpTV. Além disso, no parágrafo único do art. 19,

¹²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre a concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 176.

estabelece-se que a autorização para uso de radiofrequência será outorgada a título oneroso, cabendo à ANATEL promover a cobrança do respectivo preço público, bem como providenciar a publicação, no Diário Oficial da União, do resumo do ato de autorização de uso de radiofrequência como condição indispensável à sua eficácia (art. 20).

De todo o dito, aspecto crucial no estudo desses serviços diz respeito ao caráter precário da supracitada autorização. Tal afirmação refere-se ao fato de que os sinais de televisão são provenientes de estação geradora e somente serão autorizados para localidade onde não exista concessionária ou autorizada para execução do serviço de radiodifusão sons ou imagens de mesma programação básica ou autorizada do serviço de retransmissão também de mesma programação básica. Tal condicionante significa que se, eventualmente, passe a existir uma concessionária geradora na localidade, transmitindo a mesma programação, a retransmissora estará obrigada a cessar suas operações.

Vale ainda mencionar que além destes serviços ancilares existem serviços ditos auxiliares e correlatos (SARCS). São executados pelas concessionárias ou permissionárias de serviços de radiodifusão para realizar reportagens externas, ligações entre estúdios e transmissores das estações, utilizando inclusive transceptores portáteis. Ainda, são considerados correlatos ao serviço auxiliar de radiodifusão os enlaces-rádio destinados a apoiar a execução dos serviços de radiodifusão, como comunicação de ordens internas, telecomando e telemedição.

A legislação básica sobre os SARCS é composta: (i) pela Portaria nº 985/94, que veio a estabelecer procedimentos para disciplinar a apresentação dos pedidos para execução do Serviço Auxiliar de Radiodifusão e Correlatos; (ii) a Resolução nº 82/98, que aprovou o Regulamento sobre Canalização e Condições de Uso de Frequências para os Serviços Auxiliar de Radiodifusão e Correlatos, Especial de Repetição de Televisão e Especial de Circuito Fechado de Televisão com Utilização de Radioenlace (CFTV); (iii) o Regulamento 82/98, que dispõe sobre canalização e condições de uso de frequências para os serviços auxiliar de radiodifusão e correlatos, especial de repetição de televisão, e especial de circuito fechado de televisão com utilização de radioenlace, e estabelece a canalização e as condições gerais de uso de determinadas faixas do espectro pelos SARC, Especial de RpTV, e Especial de CFTV, por sistemas analógicos ou digitais; e (iv) a Resolução nº

340/03, que aprovou o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 800 MHz, 900 MHz e 1.800 MHz para prestação do Serviço Móvel Pessoal.

3.4. Considerações sobre a TV DIGITAL NO BRASIL

Como se tem noticiado, o Brasil se encontra em um período de transição em se tratando de radiodifusão. Com o Decreto nº 4.901, de 26 de novembro de 2003, foi instituído o Sistema Brasileiro de Televisão Digital - SBTVD, fixando seus objetivos (promover a inclusão social, a diversidade cultural do País e a língua pátria por meio do acesso à tecnologia digital, visando à democratização da informação, propiciar a criação de rede universal de educação à distância, estimular a pesquisa e o desenvolvimento e propiciar a expansão de tecnologias brasileiras e da indústria nacional relacionadas à tecnologia de informação e comunicação etc.), bem como foram constituídos o Comitê de Desenvolvimento, um Comitê Consultivo e um Grupo Gestor, como órgãos integrantes do SBTVD, que ficaram responsáveis por uma série de atribuições e providências iniciais para fins de implantação do Sistema.

Posteriormente, adveio a publicação do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, formalizando-se a implantação do SBTVD-T, com o estabelecimento de diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão, além de serem previstas outras providências.

Seguindo uma metodologia já assentada anteriormente, serão analisados alguns dos principais dispositivos do referido Decreto, para fins de tentar compreender do que se trata essa transição pela qual está passada a radiodifusão brasileira.

Em primeiro lugar, frise-se que o Decreto nº 5.820/2006 é uma norma focada no processo de transição e, portanto, longe está de esgotar todas as questões que orbitam o universo da TV Digital, bem como da própria comunicação eletrônica. Nesse sentido, para melhor compreender tal decreto de transição, que traduz mais uma opção tecnológica do que propriamente um marco regulador, uma apreciação sobre seus principais dispositivos.

O artigo 1º do Decreto é claro ao delimitar a respeito de o que o mesmo dispõe: “*sobre a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre -*

SBTVD-T na plataforma de transmissão e retransmissão de sinais de radiodifusão de sons e imagens.” Deste modo, fica claro que se limita o diploma legal em referência a fixar normas sobre o processo de transição para fins de implantação

O artigo seguinte traz as definições de SBTVD-T (Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre), como o conjunto de padrões tecnológicos a serem adotados para transmissão e recepção de sinais digitais terrestres de radiodifusão de sons e imagens, e o ISDB-T (*Integrated Services Digital Broadcasting Terrestrial*), como sendo os serviços integrados de radiodifusão digital terrestre.

Também merece destaque que o fato de que os arts. 3º e 4º determinam que as concessionárias e autorizadas do serviço de radiodifusão de sons e imagens e as autorizadas e permissionárias do serviço de retransmissão de televisão adotarão o SBTVD-T, sendo que o acesso ao mesmo será assegurado, ao público em geral, de forma livre e gratuita, a fim de garantir o adequado cumprimento das condições de exploração objeto das outorgas.

O SBTVD-T, segundo o art. 5º, adotará, como base, o padrão de sinais do ISDB-T, incorporando as inovações tecnológicas aprovadas pelo Comitê de Desenvolvimento de que trata o Decreto nº 4.901/03, que, primeiramente, Institui o Sistema Brasileiro de Televisão Digital - SBTVD, conforme visto acima. O Comitê de Desenvolvimento fixará as diretrizes para elaboração das especificações técnicas a serem adotadas no SBTVD-T, inclusive para reconhecimento dos organismos internacionais competentes, bem como promoverá a criação de um Fórum do SBTVD-T (composto, basicamente, por representantes do setor de radiodifusão, do setor industrial e da comunidade científica e tecnológica) para assessorá-lo acerca de políticas e assuntos técnicos referentes à aprovação de inovações tecnológicas, especificações, desenvolvimento e implantação do Sistema.

O art. 6º é importante ao esclarecer os pilares do SBTVD-T, que são a transmissão digital em alta definição (HDTV) e em definição padrão (SDTV), a transmissão digital simultânea para recepção fixa, móvel e portátil, e a interatividade.

Indubitavelmente, o dispositivo que merece maior atenção do decreto em exame é o art. 7º, que assim dispõe:

Art. 7º Será consignado, às concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, para cada canal outorgado, canal de radiofrequência com largura de banda de seis megahertz, a fim de permitir a

transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos.

§ 1º O canal referido no *caput* somente será consignado às concessionárias e autorizadas cuja exploração do serviço esteja em regularidade com a outorga, observado o estabelecido no Plano Básico de Distribuição de Canais de Televisão Digital - PBTVD.

§ 2º A consignação de canais para as autorizadas e permissionárias do serviço de retransmissão de televisão obedecerá aos mesmos critérios referidos no § 1º e, ainda, às condições estabelecidas em norma e cronograma específicos.

A importância de tal dispositivo é evidente porque é justamente em seu corpo que se prevê a mais determinante previsão acerca do processo de transição, ao garantir às atuais concessionárias do serviço de radiodifusão uma faixa de frequência adicional na mesma largura da analógica, contudo, com propósitos e condições específicas.¹²³

Nessa esteira, merece destaque o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3944, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em face de dispositivos do Decreto nº 5.820/2006. O cerne da fundamentação do PSOL fora o fato de que a implantação da TV Digital no Brasil implicaria não em uma mera evolução tecnológica do serviço de radiodifusão. Entende o partido autor da ADI referida que “o Decreto nº 5.820/06 aprofunda o atual cenário de concentração, indo em sentido contrário ao da Constituição.” Como consequência, para se delegar a execução de tais serviços seria necessário observar o que põe a Constituição, isto é, seria necessário procedimento licitatório prévio a cada outorga.

Cumprido esclarecer que a Procuradoria Geral da República opinou pela procedência da referida ADI. Para a PGR, o artigo 223 da Constituição foi violado, pois com a utilização do termo 'consignação' para o que, na verdade, seria uma verdadeira concessão, estaria se concretizando um desprezo à competência do Congresso Nacional. Ademais, posicionou-se no sentido de que, de fato, se a tecnologia digital não acrescentasse uma capacidade maior de produzir informações e programas, tal consignação, em tese, poderia ser aceita, sob o argumento de que se trataria de uma mera modificação de natureza técnica, todavia, por implicar na concessão de um espaço ou espectro maior de atuação às emissoras atuais, pelo

¹²³ HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza; BORGES, Ricardo Capucio. *Radiodifusão e TV digital no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007; p. 84.

que, estar-se-ia diante de nova concessão, ou, no mínimo, de renovação das concessões existentes.

Após cerca de três anos de tramitação, a Corte Suprema julgou a referida ADI, em decisão que restou assim ementada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 7º A 10 DO DECRETO 5.820, DE 29 DE JUNHO DE 2006, EXPEDIDO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ADOÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE TELEVISÃO DIGITAL (SBTVD). CONSIGNAÇÃO DE MAIS UM CANAL DE RADIOFREQUÊNCIA ÀS CONCESSIONÁRIAS E “AUTORIZADAS” DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS, SEM APRECIÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. DIFERENÇA ENTRE AUTORIZAÇÃO DE USO DO ESPECTRO DE RADIOFREQUÊNCIAS E CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO § 5º DO ART. 220 E AO ART. 223, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. As normas impugnadas por esta ação direta de inconstitucionalidade são apenas as veiculadas pelos arts. 7º a 10 do Decreto federal 5.820/2006. Embora sustentadas na petição inicial, não se conhece de teses jurídicas que não tenham pertinência com os dispositivos impugnados, a saber: a) a de que um “*memorando de entendimento*”, assinado pelo Ministro das Relações Exteriores do Brasil e pelo Chanceler do Japão, não passara pelo controle do Congresso Nacional; b) a de que deixou de ser publicado o relatório do Comitê de Desenvolvimento do Sistema Brasileiro de TV Digital, referido pelo inciso VIII do art. 3º do Decreto 4.901/2003, caracterizando omissão imprestabilizadora da escolha feita pelo Poder Executivo quanto ao modelo japonês de televisão digital (ISDB). 2. O Decreto 5.820/2006, pelo menos quanto aos dispositivos objeto da ação direta, ostenta um coeficiente de generalidade, abstração e impessoalidade que afasta a alegação de se cuidar de ato de efeito concreto. Até porque “*a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos*” (ADI 2.137-MC, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). Precedentes. 3. Consignação de canal de radiofrequência (ou autorização de uso de espectro de radiofrequência) não se confunde com concessão ou autorização do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. A primeira (consignação), regulada pela Lei 9.472/97, é acessória à segunda (concessão ou permissão). 4. A norma inscrita no art. 7º do Decreto 5.820/2006 (e também nos arts. 8º a 10) cuida de autorização de uso do espectro de radiofrequências, e não de outorga de concessão do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. O que se deu, na verdade, foi o seguinte: diante da evolução tecnológica, e para a instituição no país da tecnologia digital de transmissão de sons e imagens, **sem interrupção da transmissão de sinais analógicos**, fez-se imprescindível a consignação **temporária** de mais um canal às atuais concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens. Isso para que veiculassem, simultaneamente, a **mesma programação** nas tecnologias analógica e digital. Tratou-se de um ato do Presidente da República com o objetivo de manter um serviço público adequado, tanto no que se refere à sua atualidade quanto no tocante à sua continuidade. Ato por isso mesmo serviente do princípio constitucional da eficiência no âmbito da Administração Pública. 5. A televisão digital, comparativamente com a TV analógica, não consiste em novo serviço público. Cuida-se da mesma transmissão de sons e imagens por meio de ondas radioelétricas. Transmissão que passa a ser digitalizada e a comportar avanços tecnológicos, mas sem perda de identidade jurídica. 6. Os dispositivos

impugnados na ação direta não autorizam, explícita ou implicitamente, o uso de canais complementares ou adicionais para a prática da multiprogramação, pois objetivam, em verdade, “*permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos*” (caput do art. 7º do Decreto 5.820/2006). Providência corroborada pelo item 10.3 da Portaria 24, de 11 de fevereiro de 2009, do Ministro das Comunicações. Ademais, a multiprogramação só é tecnicamente viável, dentro da faixa de 6 Mhz do espectro de radiofrequências, quando a transmissão ocorrer na definição padrão de áudio e vídeo (SD – *Standard Definition*). Para a transmissão de sons e imagens em alta definição (HD – *High Definition*), necessária se faz a utilização de quase toda a mencionada faixa de 6 Mhz. O que significa dizer que a consignação do canal “*inteiro*” de 6 Mhz é imprescindível para a adequada transição tecnológica. 7. O Decreto 5.820/2006 não outorga, não modifica, nem renova concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão de sons e imagens. Tampouco prorroga qualquer prazo. Inexistência de violação ao art. 223 da Constituição Federal. Também não há ofensa ao § 5º do art. 220 da Carta da República. Se monopólio ou oligopólio está a ocorrer, factualmente, nos meios de comunicação brasileiros, não é por conta do decreto ora impugnado, cuja declaração de inconstitucionalidade seria inútil para afastar a suposta afronta ao Texto Magno.

8. Ação que se julga improcedente.

O Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, ao votar pela improcedência da ADI 3944, sustentou que o decreto questionado não cuida de concessões, mas apenas de manter um serviço público adequado, e da sua continuidade. Ademais, frisou que como o Decreto 5.820/06 não outorga concessões, não se pode falar de afronta ao art. 223 da Constituição Federal. Tratar-se-ia, portanto, de um decreto limitado à abordagem de aspectos tecnológicos da adaptação das emissoras ao modelo digital em implantação no país. Cuida, portanto, da adequação e atualização do mercado para ao novo modelo digital, para as formas de prestação de um mesmo serviço.

O Supremo Tribunal Federal, então, entendeu não se tratar de um “novo” serviço, mas sim uma adaptação tecnológica, uma atualização para fins de melhoramento na prestação do serviço, que traz consigo as vantagens que não se resumem à qualidade e à otimização do espectro (há uma considerável mudança na concepção de escassez do espectro eletromagnético com o advento da digitalização dos sinais), mas também inúmeros outros benefícios, de cunho técnico e social, dentre os quais se destacam a interatividade (um dos objetivos do SBTDTV é a ampliação do diálogo entre o telespectador e a programação televisiva), e a convergência de mídias (telefone, internet e televisão cada mais aproximados).

Sublinhe-se o entendimento de Alexandre Santos de ARAGÃO, que sustenta haver uma verdadeira imposição, em razão do *princípio da adaptação dos serviços públicos*, de que haja uma constante atualização, sobretudo tecnológica, na

prestação desses serviços,¹²⁴ o que efetivamente aconteceu na escolha pela implantação da TV Digital no país. Isso porque, ao menos no nosso entendimento, a radiodifusão passa pela sua principal revolução tecnológica nesses sessenta anos de Brasil, revolução essa centrada nessa nova tecnologia que passará o país a adotar.

Lembre-se que já no corpo do Decreto nº 52.795/63 (Regulamento dos Serviços de Radiodifusão), mais precisamente em seu art. 21, determinou-se que o MiniCom poderia, em qualquer tempo, determinar que as concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão atendam, dentro de determinado prazo, às exigências decorrentes do progresso técnico-científico, tendo em vista a maior perfeição e o mais alto rendimento dos serviços.

A esse respeito, importante o que coloca FARACO, ao definir essa transição do modelo analógico para o modelo digital de prestação dos serviços de radiodifusão como uma mudança de plataforma, e não a criação de um novo serviço:

A televisão digital nada mais é, portanto, do que a transmissão de sinais audiovisuais a partir de uma plataforma digital. Em outras palavras, o sinal é convertido numa corrente de zeros e uns, transmitido pelos meios já usados hoje com o mesmo propósito, e novamente convertido em um conteúdo audiovisual pelo aparelho receptor. Isso exige, obviamente, uma mudança não só nos equipamentos utilizados na transmissão, mas também naqueles empregados na produção desses conteúdos e no próprio aparelho receptor do usuário. Um aspecto importante dessa mudança, já referido acima no tocando à técnica digital em geral, é a possibilidade de transmissão de um conteúdo maior de informações. Isso apresenta um potencial especialmente relevante para aqueles envolvidos na forma tradicional de oferecimento dos serviços de televisão (a radiodifusão), que não permite a diversidade de canais encontrada nas televisões por assinatura.¹²⁵

Por essa razão, compartilhamos aqui do entendimento do STF, ao não reconhecer a TV digital como um novo serviço, mas sim uma forma mais tecnológica de prestar o já existente serviço de radiodifusão, a despeito de ser criticável a figura da consignação prevista no referido decreto em razão dos malefícios que podem ser causados ao mercado de televisão no país.

¹²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 540.

¹²⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 92.

Em seguida, o art. 8º atribui ao Ministério das Comunicações o dever de estabelecer um cronograma para a consignação dos canais de transmissão digital, cronograma que já vem sendo cumprido em respeito ao disposto neste decreto.

Como não poderia ser diferente, o Decreto veio dispor sobre a necessidade de que tais consignações sejam formalizadas por instrumento contratual celebrado entre o Ministério das Comunicações e as outorgadas, com cláusulas que estabeleçam um mínimo de conjunto de disposições, dentre as quais o prazo para utilização plena do canal, sob pena da revogação da consignação prevista, e as condições técnicas mínimas para a utilização do canal consignado (art. 9º)

Os arts. 10 e 11 prevêem outras importantes normas sobre tal período de transição, que será de dez anos, contados a partir da publicação deste Decreto, incluindo, durante o período de transição, a veiculação simultânea da programação em tecnologia analógica e digital, devendo os canais utilizados para transmissão analógica devolvidos à União após o prazo de transição. Outrossim, fixa-se a data de 01.07.2013 como marco a partir do qual o Ministério das Comunicações somente poderá outorgar a exploração do serviço de radiodifusão de sons e imagens para a transmissão em tecnologia digital.

Fixa o art. 12 que o Ministério das Comunicações deverá consignar, nos Municípios contemplados no PBTVD¹²⁶ e nos limites nele estabelecidos, pelo menos quatro canais digitais de radiofrequência para a exploração direta pela União Federal, que, segundo o art. 13, poderá explorar o serviço de TV em tecnologia digital, observadas as normas de operação compartilhada a serem fixadas pelo Ministério das Comunicações, para transmissão de um Canal do Poder Executivo, um de Educação (para ensino à distância de alunos, etc.), um Canal de Cultura, e um Canal de Cidadania. Por fim, o art. 14 determina ao Ministério das

¹²⁶ A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) publicou no Diário Oficial da União de 30.06.05 o Plano Básico de Distribuição de Canais de Televisão Digital (PBTVD), fundamental para a adoção da tecnologia digital no Brasil, cuja elaboração adotou, como princípio básico, a premissa de garantir ao telespectador que hoje assiste à televisão analógica as mesmas condições de recepção para a TV Digital, isto é, o Plano pretende assegurar, para cada emissora em operação, a possibilidade de transmissão simultânea nos formatos analógico e digital, na mesma faixa de frequências. A Anatel entendeu que esses requisitos são essenciais para garantir o sucesso da introdução da televisão digital, que viabilizará milhares de novos e contemplará centenas de cidades. Frise-se que em virtude da saturação do espectro em algumas regiões brasileiras, a elaboração do Plano exigiu diferentes soluções, em função da técnica de modulação do sistema de transmissão de televisão digital, tornando-se indispensável a definição de novos critérios técnicos, visando à viabilidade técnica entre canais analógicos e digitais, alterando, inclusive, a metodologia de cálculo utilizada para o planejamento de canais digitais.

Comunicações o dever de expedir normas complementares necessárias à execução e operacionalização do SBTVD-T.

Feitas essas observações, uma única conclusão parece inquestionável: não há propriamente regulamentação da TV Digital no país, e deve-se por em pauta as conseqüências que o direito à consignação das concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, para cada canal outorgado, a um canal a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos. E mesmo antes da sua entrada em definitivo no ordenamento jurídico, já há intenso debate sobre a suposta concessão de privilégios às atuais concessionárias do serviço de radiodifusão. De um lado, alguns autores, como HOBAIKA e BORGES, sustentam que as bases jurídicas do serviço de radiodifusão permanecem as mesmas¹²⁷, para outros, como SCORSIM, deve-se ater, desde já, que qualquer tipo de privilégio, ainda que não haja a devida regulamentação do serviço, que implique em uma reserva de mercado aos atuais concessionários, será inadmissível em um Estado Democrático de Direito como nosso.¹²⁸

Fato é que o atual cenário jurídico brasileiro, quanto à regulamentação da TV digital, carece de legislação que traga consigo definições, limites, e normas sobre a forma de prestação de tal serviço, que, ao menos por quanto, será tratado a partir da legislação aplicável à radiodifusão analógico, já que o próprio STF já entendeu se tratar apenas da modernização do de serviço de radiodifusão já disponível atualmente, não havendo que se falar em novas concessões ou outorgas.

CONCLUSÃO

Como visto, o serviço de radiodifusão de sons e imagens no Brasil, isto é, a chamada *televisão aberta*, esta submetida ao regime de concessão de serviço público, afirmação essa que implica na aplicação de um conjunto de regras e princípios jurídicos, dentre os quais se destacou a obrigatoriedade de licitação.

Todavia, se de um lado a consignação na legislação aplicável desse dever de licitar traduz o atendimento a uma demanda em prol da democratização das

¹²⁷ HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza; BORGES, Ricardo Capucio. *Radiodifusão e TV digital no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007; p. 79.

¹²⁸ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 369.

comunicações, é o critério econômico que tem decidido tais licitações, em detrimento do interesse público, indo de encontro à o próprio regime democrático. Fato é que se deve ter mente que as concessionárias do serviço de radiodifusão de imagens e sons, as populares emissoras de TV, prestam um serviço de elevado valor e interesse público. A televisão por radiodifusão, mais que mera atividade econômica, é serviço público que visa à satisfação de direitos fundamentais como o direito de liberdade expressão, de comunicar-se, e é meio de alcance de interesses coletivos.

Não se pode deixar que os concessionários ajam como se fossem proprietários de um bem que é público. Entretanto, os diplomas legais sucessivamente alterados, apenas fizeram com que se consolidasse uma estrutura de escolha das delegatárias a partir de um critério predominantemente econômico (valor da oferta pela outorga), sem se observar às finalidades da radiodifusão definidas na própria lei. Assim, o privilégio ao aspecto econômico das empresas resultou num quadro de elevada concentração no mercado de radiodifusão.

Se por alguns momentos o estudo foi maçante, tentou-se, com base na observação de alguns recentes certames licitatórios com o fim de outorgar o serviço de radiodifusão, visualizar o modo como é conduzido o processo de concessão. Ademais, frise-se que a falta de transparência nos processos de concessão, renovação e transferência das outorgas, sequer tem dado ensejo a maiores (e necessárias) pesquisas doutrinárias acerca do assunto, o que, por um lado, dificultou o aprofundamento em determinadas peculiaridades do tema, mas, por outro, serviu para evidenciar o quão complexa e instigadora é a problematização da questão do reconhecimento da atividade de radiodifusão televisiva como serviço público, e do procedimento licitatório que culmina na sua outorga a particulares.

Isso porque faltam propostas para soluções, legais e jurídicas, e vontade política para superar a demonstra dificuldade em se estabelecer exatamente o que irá ser valorado na análise, feita pelo Poder Público, da proposta técnica quando da eleição da licitante vencedora. Esse cenário de incerteza quanto à escolha da empresa que melhor exercerá a atividade de televisão por radiodifusão, portanto, está repleto de dúvidas se, efetivamente, os atuais critérios técnicos seriam suficientes para definir a proposta que melhor atenda aos interesses públicos postos em jogo. Se de um lado tem-se a imposição de uma programação educativa, informativa, cultural e plural, de outro há outros interesses, sobretudo econômicos,

que podem vir a macular a própria noção de “vantajosidade”, escopo dos procedimentos licitatórios.

De todo modo, encontra-se o Brasil em um momento de transição, de alteração na plataforma na prestação do serviço (da TV analógica para a TV Digital), o que trará uma série de consequências, dentre as quais, como visto, uma maior interatividade entre as emissoras e os usuários, e uma maior convergência entre os diversos meios de comunicação social. Dito isso, não é necessário maior dispêndio de argumentação para se dizer que carece o ordenamento jurídico pátrio, especialmente nesse tema, de maior previsibilidade do que possa a vir a acontecer com a concretização dessa transição. Fato é que a legislação atinente à televisão por radiodifusão no país, afora os ditames constitucionais estabelecidos, parece manter seus olhos para o passado, enquanto esse importante veículo de comunicação e formação da opinião pública caminha a passos largos para o futuro.

Nessa esteira, buscou-se com o presente trabalho traçar apenas algumas linhas em torno desse debate: ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico brasileiro submete o serviço de televisão por radiodifusão ao regime jurídico administrativo típico dos serviços públicos, tem-se uma legislação enfadonha e confusa, que faz gerar um processo licitatório extremamente questionável, senão quanto a sua legalidade em sentido estrito, mas enquanto procedimento destinado ao melhor atendimento ao interesse público, fim último do próprio Estado.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris Edition, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Edgard. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002.

HOBAlKA, Marcelo Bechara de Souza; BORGES, Ricardo Capucio. *Rádiodifusão e TV digital no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1968.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros: 2010.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo, Saraiva, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública* – 5. ed., rev. atual. e ampl., de acordo com as E.C. de nº 06/95 e 19/98, com a L.C. nº 101/2000, com as Leis de nº 9.648/98 e 9.854/99 e com a M.P. nº 1.108/2001 e seus regulamentos. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009

PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *Rádiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das telecomunicações: a regulação para a competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.