

LEGITIMAÇÃO PARA A EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO
EDUCATIVA E COMERCIAL, NO CONTEXTO DA LEI 4.117, DE 1962, E DO DE-
CRETO-LEI 236, DE 1967¹.

Demetrius Barreto Teixeira²

Ricardo Antonio Lucas Camargo³

Resumo: discute-se a legitimação para a exploração dos serviços de radiodifusão a partir da contextualização da Lei 4.117, de 1962 – conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações – nos períodos constitucionais concomitantes à sua vigência, bem como da caracterização de tal atividade como “serviço público”, embora, as mais das vezes, explorada por particulares. Trabalha-se o conceito de legitimação quer sob o prisma dos valores que se colocam em questão quando se tome em consideração o regime jurídico adotado em relação a esta atividade, quer sob o prisma da habilitação para o respectivo exercício.

Sumário: 1. Introdução – 2.Contexto histórico-constitucional da Lei 4.117, de 1962 – 2.1.A Constituição de 1946 – 2.2.Competência para a exploração dos serviços de radiodifusão – 2.3.Advento da Constituição de 1967 e revisão implementada pelo Decreto-lei 236/67 – 2.3.1.Contexto histórico da Constituição de 1967 – 2.3.2.Mudanças e inovações trazidas pelo Decreto-lei 236 sobre a matéria de radiodifusão – 2.4.Aspectos atuais da norma e sua adequação material à Constituição de 1988 – 3.Legitimação sob o aspecto analítico-normativo – 4.Conclusão - 5.Bibliografia

1.INTRODUÇÃO

A análise ora suscitada visa à compreensão da normatização da exploração das telecomunicações, em particular no serviço de radiodifusão comercial e educativa, no contexto da lei

¹ O presente texto integra a pesquisa sobre o tema Concentração de empresas no setor de comunicação social, orientada pelo segundo signatário junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

² Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

³ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública

4117/62 e do decreto-lei 236/67, ambos com papel regulatório do setor econômico de exploração das telecomunicações.

Diante de tal empreendimento faz-se necessário definir o campo de análise em questão no interior do tema aventado. A reflexão será feita no âmbito normativo em geral e no âmbito contratual na espécie, já que ao analisarmos a legitimação para exploração de um determinado setor da economia, há que se considerar em um primeiro momento a relação jurídica estabelecida em sentido amplo, a saber, em seus planos jurídicos factuais – existência, validade e eficácia – e após isso, o contexto normativo em que tais negócios jurídicos, em tese, se estabelecem. Os efeitos do negócio jurídico no interior do ordenamento como um todo, suas possibilidades e limitações impostas no interior do mesmo, na medida em que se adequa, no critério coerência ao sistema normativo em que nasce.

A relevância da investigação à luz do contexto histórico em que surgiu tem dois pontos. Em primeiro lugar, todo trabalho de interpretação não pode prescindir do contexto em que a fonte a ser interpretada surgiu, sob pena de perda do próprio conteúdo a ser interpretado. Em segundo lugar, porque é no surgimento da fonte a ser interpretada, no conjunto de valores determinantes, verdadeiros vetores que impulsionam o mover das instituições competentes no intuito de materializar sob a forma daquela fonte toda a carga axiológica que se fez movimentar.

Críticas à parte, sobre ser a ênfase dada a um aspecto da interpretação normativa, a saber, o histórico, em que pese outras mais aptas ao contexto atual como a lingüística ou sistemática, entendemos que, *em relação à legislação, as coisas mais importantes para o teórico conhecer e descrever são as coisas que, no julgamento do teórico, tornam importante, de um*

ponto de vista prático, que exista legislação – as coisas das quais é, portanto, importante na prática “cuidar” quando do ordenamento dos assuntos humanos⁴.

Sem dúvida, outros cânones da interpretação como o sistemático ou lingüístico são relevantes para uma compreensão do estatuto normativo no interior do universo jurídico em que está inserida. Considerando que o contexto jurídico sempre se atualiza sob as demandas sempre renovadas da sociedade, parece um contra-senso interpretar o fenômeno em questão sob o enfoque histórico. Contudo, é sob o enfoque histórico que é possível encontrar elementos nucleares da norma jurídica em questão que são de relevância para o presente estudo. Em outras palavras, é da interpretação histórica que se extrai o cerne de conteúdo axiológico que determinará o propósito, ou seja, as razões objetivas da regra em questão deslindando, assim, o sentido teleológico da norma.

Sob a crítica de que uma interpretação de cunho histórico, para desdobrar o conteúdo axiológico, seria prescindir de métodos interpretativos inerentes ao sistema jurídico para sobrevalorizar método estranho ao sistema, *v.g.*, o método histórico. Temos que o sistema jurídico é, antes de tudo, um sistema aberto e argumentativo, que permite a inserção de outros ramos do saber para construir e complementar seu sistema para adaptá-lo a realidade sempre mutante da sociedade. Neste sentido, válido é usar de métodos extrínsecos ao sistema para buscar àquilo que é essencial ao sistema.

Diante disso, damos início a análise.

2.CONTEXTO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DA LEI 4117/62

2.1.A Constituição de 1946

A realidade constitucional em que se insere a lei 4117/62 que institui o Código Brasileiro das telecomunicações era da constituição de 1946. Constituição que seguiu de perto o mo-

⁴ FINNIS, John – Lei natural e direitos naturais, Coleção Díke, 2007, Ed UNISINOS, pg 29

delo traçado pela Carta Magna de 1891 e, em particular, a de 1934. Lei maior promulgada a 18 de setembro de 1946, fruto da II Guerra Mundial. Esta formou no Brasil, depois de algumas tergiversações de Vargas, entre as democracias em luta contra as ditaduras. Vitoriosa a democracia que os aliados tomaram por bandeira contra o totalitarismo nazi-fascista, não pôde mais Vargas sustentar sua candidatura paternalista contra a maré montante que os acontecimentos internacionais ensejavam.⁵

Período conturbado de promulgação da lei onde já havia ocorrido a renúncia de Jânio Quadros, ascensão à presidência do polêmico Vice Presidente João Goulart, mal visto por setores das Forças Armadas⁶ que o consideravam “tolerante com a corrupção e amigo da subversão comunista”. Representava tudo o que, pelo voto, a maioria do povo brasileiro desejara repudiar ao eleger Jânio Quadros. Eleição possível porque no sistema de 1946, não havia vinculação entre candidato a presidente e vice e os que apoiavam Quadros se haviam dividido entre dois candidatos, para o segundo posto. Diante de todas essas variáveis, militares impugnaram a sua posse. Divididos os diferentes setores da sociedade ganha voz a legalidade. Campanha no sentido de que se cumprisse a Constituição. Alternativa encontrada no sentido de buscar um consenso foi “cumprir a Constituição sob a condição” de instituir um regime parlamentarista por meio da Emenda Constitucional nº 4, em 2 de setembro de 1961⁷.

Contudo, a mudança de regime não resolve de forma substancial a crise. De pronto o funcionamento do parlamentarismo foi falseado. Tancredo Neves, o primeiro Presidente do Con-

⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves – Comentários a Constituição Brasileira, Cap I, 5ª Edição, 1984, Ed Saraiva, pg 4 - 6

⁶ TAVARES, Lyra. O Brasil de minha geração: dois decênios de luta 1956-1976. Rio de Janeiro: Bibliex, 1976, p. 30-6; CARVALHO, José Murilo de. Forças Armadas e política no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 162.

⁷ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito Constitucional – teoria da Constituição – as Constituições brasileiras. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 175-6.

selho de Ministros, aceitou a tese de que o parlamentarismo brasileiro era híbrido, admitindo a participação do Presidente da República nas tarefas propriamente de governo (Tancredo Neves, *O Regime Parlamentar e a realidade Brasileira*).

É neste contexto que surge a lei 4117/62, o Código Brasileiro de Telecomunicações.

A constituição de 1946 em seu Art. 5º define as competências da União, dentre eles, no Inciso XII a exploração de forma direta ou mediante autorização ou concessão os serviços de telecomunicação nos seguintes termos:

Art 5º - Compete à União:

.....

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos à fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado;

A exploração dos serviços de radiocomunicação, radiodifusão, e telefonia visavam à implementação da integração do país conforme se nota no texto constitucional. Tal exploração se inseria em medidas de integração ao ser enumerada junto a temas como navegação aérea, vias férreas que liguem portos marítimos à fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado. Projeto de integração nacional, também era assunto da segurança nacional.

Em seu Art 4º a lei 4117/62 define como serviços de telecomunicações:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão

de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.

No que tange ao âmbito de atuação, a norma classifica os serviços de telecomunicações em dois grupos principais, a) *serviços do interior* que se traduzem pelos serviços explorados no território nacional; e b) *serviços internacionais* que são aqueles realizados por estações brasileiras que se achem fora dos limites da jurisdição territorial da união. Quanto aos fins que se destinam, as telecomunicações se classificam em a) *serviço público* destinado ao uso público em geral; b) *serviço público restrito* facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicações; c) *serviço limitado* executado por estações não abertas à correspondência pública e destinado ao uso de pessoas físicas ou jurídicas nacionais (o serviço limitado se subdivide em 1) de segurança; 2) de múltiplos destinos; 3) serviço rural; 4) serviço privado); d) *serviço de radiodifusão* recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendido radiodifusão sonora e televisão; e) *serviço de radio-amador*, destinado ao treinamento próprio; f) *serviço especial* relativo a determinados serviços de interesse geral, não abertos à correspondência pública e não incluídos nas definições das alíneas anteriores.

Aqui nos interessa o serviço de radiodifusão no que consiste nos fins a que se destina, conforme exposto na norma é todo serviço recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendido radiodifusão sonora e televisão⁸. Tal definição lida sob o enfoque da constituição de 1946 tem como implicações necessárias além da derivação do valor implícito da especificado, v.g, valor “integração” que na realidade se apresenta como valor de caráter

⁸ CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. A intervenção estatal nas telecomunicações – a visão do Direito Econômico. Belo Horizonte: Forum, 2005, p. 116-7; MIRANDA, Darcy de Arruda. Comentários à lei de imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 110.

instrumental viabilizante de principio constitucional premente o principio da igualdade real consubstanciado no art 141 § 1º. A integração buscada no que se refere especificamente no campo do acesso aos meios de comunicação social garantidos pela lei 4117/62 busca operacionalizar o acesso a direitos difusos como tais “educação” e “cultura” definidos como finalidades inerentes à própria radiodifusão insculpido na alínea “d” do art 38 do estatuto legal sob comento. Diante disso torna-se transparente que o tema telecomunicações no gênero e radiodifusão na espécie se encontrava, no contexto da Constituição de 46 encapsulado na realização da justiça social já que ao buscar garantir o direito de acesso de todos brasileiros a educação e cultura busca-se a realização in concreto da igualdade de condições de acesso a bens sociais, isto é, direito de disputar em igualdade de condições a melhores condições de vida, ideal de qualquer sociedade que se define como democrática.

2.2.COMPETÊNCIA PARA EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO

No âmbito do código das telecomunicações (Lei 4117/62) a exploração do serviço de radiodifusão é de competência exclusiva da União podendo, sob a forma de concessão, autorização ou permissão delegar ao particular a exploração de tal serviço. Temos então que os serviços de telecomunicações têm natureza jurídica de serviço público, em vista mesmo dos fins a que se destinam e necessários à viabilização do exercício de direitos fundamentais, ao permitirem veicular informação, idéias, criações intangíveis do homem. Trata-se de atividade que não pode deixar de ser desempenhada, cabendo, entretanto, sua exploração ou diretamente pela União ou por delegação⁹. Dito de outro modo, temos “uma ‘atividade econômica’ que, por sua origem e natureza, incumbe ao Estado, porém que este transfere ao

9 LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 82-3; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 686; AVANCINI, Helenara Braga. Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos [org.]. Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63; GASPARIN, Melissa Ferreira. Livre concorrência na prestação de serviços de telecomunicações. São Paulo: UNESP, 2002, p. 46-7.

particular”¹⁰. A exploração de tais serviços pressupõe a utilização de um bem público, que é o espectro radioelétrico¹¹. Este é um bem limitado, que poucos terão a possibilidade, tanto técnica quanto econômica, de explorar¹², embora muitos venham, em virtude da proximidade de um aparelho receptor, a receber a mensagem, sem qualquer possibilidade de retorquir¹³. Quando se delega ao particular a possibilidade de explorar serviços de radiodifusão, está-se-lhe autorizando a utilização de determinada frequência do espectro radioelétrico. A lei faz ressalva no sentido de que a exploração se deve manter dentro dos objetivos perseguidos pelo poder público ao estabelecer em primeiro lugar os critérios para a habilitação como a) prova de idoneidade moral; b) demonstração de recursos técnicos e financeiros de que se dispõem para o empreendimento; c) *demonstração dos responsáveis pela orientação intelectual* e administrativa da entidade e, se for o caso, do órgão a que compete a eventual substituição dos responsáveis. E ainda na alínea “d” do art. 38 em que expressamente expõe o propósito a que se está subordinado qualquer particular que venha explorar o serviço de radiodifusão nos seguintes termos:

Art 38º

.....

d) os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das emissoras de radiodifusão estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País;

¹⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 285.

¹¹ MASCARENHAS, Rodrigo Toste de Alencar. Direito da telecomunicação. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 213.

¹² PETERSON, Theodore. Por que são assim os meios de comunicação? In: STEINBERGER, Charles S. [org.]. Meios de comunicação de massa. Trad. Octávio Mendes Cajado. Rio de Janeiro: Cultrix, 1970, p. 90.

¹³ LOPES, Vera Maria Nusdeo. O direito à informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 148; DI FRANCO, Carlos Alberto. Comunicação social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira & NASCIMENTO, Carlos Valder [org.]. Tratado de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 535.

Primordial a leitura desta alínea integrando-a ao art. 146 da Constituição de 1946 que dispunha:

Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Diante disso, numa primeira leitura, pareceria que a exploração do serviço de radiodifusão se inseria na hipótese do art. 146 da referida Constituição de intervenção no domínio econômico em função do interesse público de operacionalizar direitos fundamentais da igualdade e de suas conseqüências implícitas, a saber, liberdade de expressão, direito à informação, direito de autor, direito à educação e a cultura dentre outros. Entretanto, o que se tem aqui é um serviço público, setor próprio, pois, do Poder Público, cuja execução pode ser – e, em regra, é – delegada ao particular¹⁴.

Interessante notar que não há plenitude no direito de exploração da atividade por parte dos concessionários ou autorizados, já que a norma estabelece que a União se reserva o direito de prestar serviço idêntico, sendo o direito de exploração concedido restrito, no caso de utilização de radiofrequência, ao respectivo uso sem limitação do direito que assiste a União de explorar serviço idêntico. Temos aí espécie das cláusulas exorbitantes no âmbito dos contratos administrativos.

14 MEIRELLES, Hely Lopes. Estudos e pareceres de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, v. 10, p. 245; LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 183; FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1962, v. 7, p. 75-6; BORGES, Ricardo C. & HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza. Radiodifusão e TV digital no Direito brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 89.

Na competência para a outorga da concessão, permissão ou autorização se investe o Presidente da República com prerrogativa para tal ressalvado o disposto no art. 33, § 5º, do Código Brasileiro de Telecomunicações, que estabelece competência do CONTEL para autorização de serviços de radiodifusão local. Diante disso, depreende-se que para serviços de radiodifusão local só se admite autorização e não concessão ou permissão.

Os prazos de concessão ou autorização são de 10 anos para serviço de radiodifusão sonora e de 15 anos para serviço de radiodifusão de televisão, podendo os mesmos ser renovados por períodos sucessivos e iguais se os concessionários mantiverem todos os pré-requisitos já tratados anteriormente.

No que tange à observância dos preceitos de cláusulas para a execução dos serviços de radiodifusão o art. 38 na redação original exprimia com maior perfeição aspectos inerentes do serviço de radiodifusão em sua inteireza já que tinha como preceito a condição de brasileiro nato de diretores, gerentes e os técnicos, no caso de estrangeiros, teriam de ter residência exclusiva no país permitida e mesmo assim para tal contratação haveria de haver autorização expressa do CONTEL. A modificação dos estatutos e atos constitutivos das empresas dependia, para sua validade, de aprovação do governo, ouvido previamente o CONTEL. E a transferência da concessão, a cessão de cotas ou ações representativas do capital social dependiam, para sua validade, de autorização do governo após pronunciado o CONTEL. Diante disso, o que se percebe é verdadeiro dirigismo sobre a atividade empresarial visto a intervenção direta do poder público no âmbito da constituição mesma da empresa de radiodifusão. Tal dirigismo se devia a vinculatividade da atividade a suas finalidades educativas e culturais inerentes à própria radiodifusão. Caso se perdessem os fins, se perderia a própria radiodifusão tamanha a imbricação entre fins e meios. Tal era a concepção do legislador e assim construiu esse dirigismo sobre a atividade empresarial.

Interessante destacar a redação do art. 44, que veda expressamente a concessão ou autorização do serviço de radiodifusão a sociedades por ações ao portador ou empresas que não sejam constituídas exclusivamente dos brasileiros natos. . A razão de ser do dispositivo estaria em que as ações ao portador, existentes à época (a Lei 8.021, de 1990, extirpou-as do Direito brasileiro) asseguravam a quem quer que tivesse posse delas o direito de participar do capital da sociedade, pouco importando que fosse nacional ou estrangeiro, de tal sorte que se poderia burlar a reserva constitucional e legal¹⁵. Hoje, a hipótese de incidência do aludido dispositivo não teria como verificar-se, justamente diante da extinção das ações ao portador.

2.3.ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1967 E REVISÃO IMPLEMENTADA PELO DECRETO LEI 236/67

Analisaremos agora as implicações no âmbito da atividade econômica de exploração dos serviços de radiodifusão no contexto da constituição de 1937 e a revisão da matéria implementada pelo decreto lei nº 236 de 28 de fevereiro de 1967 que, além de modificar a lei 4117/62 cria a televisão educativa, materializando no âmbito da sociedade aquilo que a norma dispôs ao falar de finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão.

2.3.1.CONTEXTO HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO DE 1967

Época de turbulências político institucionais foi a marca da época da promulgação da Carta de 1967 e também do Decreto-lei 236, ambos nascidos no mesmo ano, quase no mesmo mês, senão no mesmo trimestre. A constituição nasce no dia 24 de janeiro de 1967 o decreto lei 236 no dia 28 de fevereiro de 1967. Pode-se se dizer, metaforicamente, que são como que leis irmãs, visto terem nascido sob a força da mesma ordem política institucional que lhes “garantia” a existência. Parafraseando Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, todas as

¹⁵ MIRANDA, Darcy de Arruda, op. cit., p. 118-9.

normas de um ordenamento jurídico estão escoradas em um mesmo alicerce, qual seja, a norma fundamental. Condição de possibilidade de tal ordenamento, a norma fundamental é pressuposto lógico para toda e qualquer sistema normativo¹⁶. Como condição de possibilidade no plano do dever ser, torna-se o alicerce de todo o sistema sendo o sustentáculo de legitimidade para as outras normas. Define o processo de nascimento das mesmas e a competência para editar normas que terão, no universo jurídico de um determinado Estado, o papel de regradoras da conduta de seus membros. Contudo, o direito não se faz apenas na dimensão normativa. Imprescindível o tripé (dimensões fática, normativa e axiológica) para uma visão coerente do fenômeno jurídico. Nestes termos, a tridimensionalidade do direito, legitimada por uma estrutura de poder que fundamente todos os atos no interior da mesma, esta é a ordem político institucional que impregna o conteúdo das normas de valores. Diríamos institutos jurídicos irmãos por terem nascidos ambos na mesma ordem político institucional em vigor, o ato institucional nº 4. Este determinou a elaboração de uma nova Constituição. Conforme o preâmbulo, esse Ato entendia “imperioso dar ao país uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução”. Note-se que ocorria um dado curioso, no que toca ao advento da Constituição de 1967, que, em tese, deveria ser o fundamento de validade último de todo o ordenamento jurídico a partir de 24 de janeiro daquele ano, rompendo com o que lhe fosse contrário e recepcionando o que estivesse conforme a ela. Punha-se, evidentemente, em

¹⁶ Kelsen, Hans, Teoria Pura do Direito, Ed Martins Fontes, Edição 1999, pg 136; “*Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito*”.

posição superior à do Decreto-lei 236, de 1967, que foi editado em momento posterior e, em princípio, deveria ser o seu fundamento de validade formal e material. Entretanto, o Ato Institucional n. 4 foi considerado como seu fundamento, não sendo dado, pois, como revogado pela Constituição superveniente. Daí por que se diz que os Atos Institucionais materializavam “um poder constituinte originário, de exercício permanente ou ordinário, conforme depois se confirmou, e que fez sombra ao poder constituinte derivado e paralelo da Constituição”¹⁷.

Nestes termos o Ato Institucional nº 4 versava sobre o nascimento da Constituição de 1967:

Art 8º - No dia 24 de janeiro de 1967 as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgarão a Constituição, segundo a redação final da Comissão, seja a do projeto com as emendas aprovadas, ou seja, o que tenha sido aprovado de acordo com o art. 4º, se nenhuma emenda tiver merecido aprovação, ou se a votação não tiver sido encerrada até o dia 21 de janeiro.

E logo abaixo definia a competência do Presidente da República para baixar decretos e atos complementares:

Art 9º - O Presidente da República, na forma do art. 30 do Ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional até 15 de março de 1967.

§ 1º - Durante o período de convocação extraordinária, o Presidente da República também poderá baixar decretos-leis sobre matéria financeira.

17 BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 164; FRANCO, Afonso Arinos de Melo, op. cit., p. 156.

§ 2º - *Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira. (grifos nosso)*

É sob o amparo do texto em negrito que o decreto-lei 236/67 nasce. É evidente que ao dar nova redação ao texto da lei 4117/62 entendeu-se que tal matéria era de segurança nacional, daí a competência exarada pelo AI4. Questões relativas à integração ou desenvolvimento eram permeadas pelo conceito de segurança nacional, conforme a lição da Escola Superior de Guerra de que segurança e desenvolvimento são duas faces de um mesmo processo, que a segurança só pode ser alcançada pelo desenvolvimento e o desenvolvimento pela segurança. Integração é condição necessária ao desenvolvimento, sendo elemento de caráter instrumental na busca do objetivo final “desenvolvimento”. Contudo, na conjuntura em questão, não havia “desenvolvimento” sem “segurança”. Segurança passa a ser o valor objetivo determinante para a interpretação do estatuto legal e o princípio erigido na nova ordem jurídica instituída pelo golpe de 64 passou a ser a *segurança nacional* e suas implicações institucionais. Neste contexto é interessante observar as palavras proferidas pelo Mal. Castello Branco por ocasião da solenidade de diplomação dos estagiários da Escola Superior de Guerra acerca do tema segurança e desenvolvimento: “Segurança Nacional é o grau relativo de garantia, que, através de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, o Estado proporciona, em determinada época, à nação que jurisdiciona, para a consecução dos Objetivos Nacionais, a despeito de antagonismos ou pressões, existentes ou potenciais”. É evidente a influencia dos valores implícitos da temática sob a ordem jurídica em questão.

2.3.2.MUDANÇAS E INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO DECRETO LEI 236 SOB A MATÉRIA DA RADIODIFUSÃO

As alterações na redação da lei 4117 operadas pelo decreto-lei 236 são em sua maior parte mudanças acerca das disposições punitivas da norma em sua maior parte tornando as sanções mais rígidas como, por exemplo, no art. 53, que define o delito de abuso de liberdade de radiodifusão dentre os crimes e contravenções previstos na legislação em vigor no país no exercício de liberdade de radiodifusão, inclusive:

- a) incitar a desobediência às leis ou decisões judiciárias;
- b) divulgar segredos de Estado ou assuntos que prejudiquem a defesa nacional;
- c) ultrajar a honra nacional;
- d) fazer propaganda de guerra ou de processos de subversão da ordem política e social;
- e) promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião;
- f) insuflar a rebeldia ou a indisciplina nas forças armadas ou nas organizações de segurança pública;
- g) comprometer as relações internacionais do País;
- h) ofender a moral familiar pública, ou os bons costumes;
- i) caluniar, injuriar ou difamar os Poderes Legislativos, Executivo ou Judiciário ou os respectivos membros;
- j) veicular notícias falsas, com perigo para ordem pública, econômica e social;
- l) colaborar na prática de rebeldia, desordens ou manifestações proibidas “.

Como se pode notar, o matiz do discurso era o da necessidade de segurança nacional que se materializava na segurança institucional e no recrudescimento de todo o aparelho coercitivo estatal no sentido de “promover” o referido ideal.

Acerca das inovações, interessante observar o art. 4º do decreto-lei em que se define a competência exclusiva na execução do serviço de radiodifusão na: a) União. b) Estados, Territórios e Municípios, c) as Universidades brasileiras, d) as fundações constituídas no

Brasil, cujos estatutos não contrariem o Código Brasileiro de Telecomunicações (lei 4117/62) e) *as sociedades nacionais por ações nominativas ou por cotas, desde que subscritas, as ações ou cotas, em sua totalidade, por brasileiros natos*. Combinando a alínea “e” com o parágrafo único do referido artigo que dispõe que:

Parágrafo único – nem pessoas jurídicas, excetuadas os partidos políticos nacionais, nem estrangeiros poderão ser sócios ou participar de sociedade que executem serviço de radiodifusão, nem exercer sobre ela qualquer tipo de controle direto ou indireto.

Ao confrontar a norma do art. 44 da lei 4117, que veda a concessão ou autorização do serviço de radiodifusão a sociedades por ações ao portador, com a inovação da alínea “e” combinada com o parágrafo único do art. 4º do decreto-lei 236 percebe-se que houve inovação no que concerne à possibilidade de sociedades anônimas deterem a concessão para exploração dos serviços de radiodifusão, evidenciando a revogação do art. 44 da lei 4117 *ratione materiae* pelo artigo 4º do decreto-lei 236. A limitação não é mais sobre a natureza constitutiva da personalidade jurídica, se sociedade limitada ou sociedade anônima e sim em razão da propriedade das ações por brasileiros natos. A dúvida inicial sobre o porquê de tal inovação se esclarece analisando-se, sob o enfoque da política concentracionista implementada no período militar sob o argumento de que era preciso incentivar a concentração das empresas brasileiras para fazer frente às multinacionais que ameaçavam a ainda incipiente indústria nacional¹⁸. Diante disso, seria um contrassenso não admitir companhias ou corporações como parceiras no projeto de implementação do desenvolvimento aliado à

¹⁸ FORGIONI, Paula Andréa. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 122-4; BRITO, Beatriz Gontijo de. Concentração de empresas no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 78-9; SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e concorrência. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 180; MENEGAT, Bruno & CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. O regime da concentração empresarial como estratégia de desenvolvimento econômico na doutrina contemporânea ao advento da Lei das Sociedades Anônimas de 1976. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 21º. Anais. Florianópolis/Uberlândia, 2012.

segurança, por isso a necessidade de acionistas brasileiros natos. Mas a necessidade de acionistas brasileiros natos era reforçada, ainda, pelo argumento de que, diante da imediatidade dos efeitos da mensagem, seria certa a possibilidade de deformação dos comportamentos em nome da lógica do lucro: “o sistema privado de sua exploração permite o controle por parte dos anunciantes, verificando-se o emprego abusivo destes instrumentos de comunicação para divulgar vícios, elementos de contra-cultura e princípios ideológicos capazes de influir na opinião pública”¹⁹. Interessante também a inovação quanto à limitação ao *Holding* no § 7º do art. 12 do mesmo decreto-lei²⁰.

Aqui se vislumbra vedação à subordinação de concessionárias de radiodifusão a empresas *holding* em função de sua complexidade estrutural em que, em tese, poderia deter o controle da concessionária ou permissionária, não obstante ser dirigida por corporações ou companhias estrangeiras. Nisso reside a vedação, embora já existissem casos de “propriedade cruzada”, ou seja, de controlador de empresa de mídia impressa titularizar, também, o comando de rádio e televisão²¹. A razão estaria, à luz da Constituição de então, em “resguardar os meios de informação (e, conseqüentemente, o controle intelectual da sociedade, com importantes reflexos no mundo material) de influências alienígenas e contrárias aos interesses da comunidade nacional”²².

¹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Capitais estrangeiros: regime jurídico e modelo econômico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 29, n. 26/27, p. 141, 1983/1984.

²⁰ Verbis: “As emprêsas concessionárias ou permissionárias de serviço de radiodifusão não poderão estar subordinadas a outras entidades que se constituem com a finalidade de estabelecer direção ou orientação única, através de cadeias ou associações de qualquer espécie.”

²¹ SARAIVA, Paulo Lopo. Constituição e mídia no Brasil. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 26-7; LOPES, Vera Maria Nusdeo, op. cit., p. 290-1; FERREIRA, Waldemar., op. cit., p. 163.

²² ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão de. O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 21.

Contudo, todas as inovações de caráter instrumental não se comparam à criação da televisão educativa, sem caráter comercial, sendo vedada qualquer propaganda, direta ou indiretamente, bem como patrocínio dos programas transmitidos, mesmo que nenhuma propaganda seja feita através dos mesmos. A competência para a exploração da televisão educativa é da a) União; b) Estados Territórios e Municípios; c) Universidades Brasileiras; d) fundações constituídas no Brasil, cujos estatutos não contrariem o código brasileiro de telecomunicações. Interessante notar que a partir da criação da televisão educativa podendo ser explorado pelas pessoas jurídicas de direito público acima expostas parece ter o legislador distinguido competências funcionais ao tratar no art. 16 da figura da emissora comercial da radiodifusão, de caráter privado com fins possivelmente distintos do educativo. Não atentou para a alínea “d” do Art. 38 da lei 4117 que dispõe sobre a subordinação dos serviços de radiodifusão as finalidades educativas e culturais inerentes ao próprio conceito de radiodifusão. Temos que as consequências de tal inovação na distinção entre serviço de radiodifusão comercial e educativa se dão em função da situação fática em que já haviam os serviços de televisão definido os seus fins lucrativos. Interessante notar que a partir da criação da televisão educativa podendo ser explorado pelas pessoas jurídicas de direito público acima expostas parece ter o legislador distinguido competências funcionais ao tratar no art. 16 da figura da emissora comercial da radiodifusão, de caráter privado com fins possivelmente distintos do educativo. Daí por que parece que próprio da programação da televisão comercial ter “sua qualidade governada pela lógica segundo a qual é mister possam os produtos oferecidos atrair o consumidor”²³. A alínea d) do Art 38 da lei 4117 dispõe sobre a subordinação dos serviços de radiodifusão as finalidades educativas e culturais inerentes ao próprio

²³ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico. São Paulo: Memória Jurídica, 2007, p. 42.

conceito de radiodifusão. Temos que as consequências de tal inovação na distinção entre serviço de radiodifusão comercial e educativa se dá em função da situação fática em que já haviam os serviços de televisão definidos os seus fins lucrativos²⁴. Marco para a análise posterior sob a ótica atual da constituição de 1988 e sua relevância no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a obrigatoriedade de transmissão de programas educacionais nas emissoras comerciais de radiodifusão, (art. 16) estabelece objetivamente o critério temporal de programação em função da subordinação as finalidades educativas e culturais inerentes a radiodifusão. À primeira vista, parece que houve interesse do legislador em estabelecer através de critérios objetivos (temporal) o cumprimento da finalidade educativa e cultural da radiodifusão. Contudo, nos parece que houve sim limitação aos fins de cunho qualitativo, a saber, educativo e cultural a critério de caráter quantitativo (temporal). Perda no conteúdo axiológico da norma em função de tais critérios.

2.4.ASPECTOS ATUAIS DA NORMA E SUA ADEQUAÇÃO MATERIAL A CONSTITUIÇÃO DE 1988.

A lei 4117/62 foi revogada parcialmente pela Lei nº 9472/97. Parcialmente porque explicitamente esta não revogou os dispositivos que tratam da matéria penal e os preceitos relativos à radiodifusão. Incumbe tratar da matéria penal e dos dispositivos relativos aos preceitos da radiodifusão sob a ótica da constituição de 88.

Acima de tudo interpretar a norma em função de seus fins objetivos, isto é, sob o critério teleológico da norma. Sob esse enfoque hermenêutico cabem aqui prévias considerações, principalmente porque trata-se de diploma legal que se manteve vigente sob três ordens

24 FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 240-1.

constitucionais distintas in tese (1946, 1967, 1988) e in concreto, sob seis ordens normativas diferentes (1946, AI 1 a AI 4, 1967, EC 01/69, AI 5, 1988) diante de todas a mais variadas ordens normativas cabe uma interpretação do dispositivo legal (lei 4117/62) sob o enfoque teleológico da norma isto é sob sua *ratio legis*. A despeito de críticas sobre a via hermenêutica a ser empregada aqui, mormente a teleológica, entendemos que no contexto em que se dá o fenômeno normativo em questão o critério para interpretação do instituto normativo que melhor se adequa sob uma interpretação conforme a constituição é, sem dúvida, o teleológico. Temos que, diante de uma série de ordenamentos jurídicos sucessivos, a lei que se transporta de um para outro ao longo do tempo, sendo recepcionado segundo seu conteúdo material por todos estes ordenamentos como compatível com os mesmos presume-se que, em seu conteúdo material, há elementos de caráter principiológico que subsistem a despeito de transformações de ordem sócio política. Neste sentido são as palavras de Neil MacCormick:

*“As leis não surgem por acidente. Elas são produto de decisões legislativas, promovidas por governos e editadas por parlamentares. Elas são promovidas e editadas, normalmente, com o objetivo de reformar o direito... O cerne da argumentação que estamos aqui considerando autoriza olhar para a legislação como uma atividade racional e teleológica. Aqueles que participam da edição de uma lei, ou apóiam a sua edição, devem supor que algum tipo de valor será alcançado através de sua implementação.”*²⁵

Diante disso, entendemos que há valores que são tutelados pela lei 4117 e decreto-lei 236 que se mantêm em íntima consonância com o ordenamento jurídico atual e que, a despeito

²⁵ MacCormick, Neil, *retórica e Estado de direito*. Trad. Cláudio Michelon et alii. Rio de Janeiro: Ed Elsevier, 2008, pgs 176 e 178

de todas as mudanças de enfoque normativo, em última instância, tais valores sempre perduraram no cerne da norma.

Ao observar com mais atenção a alínea “d” do artigo 38 da lei 4117 em sua redação sobre os preceitos da radiodifusão, alínea que não sofreu alteração pela lei 10.610/02 e manteve-se intacto, extrai-se conteúdo valorativo que, ao nosso ver, além de reter o núcleo de sentido de toda a normatização acerca do serviço de radiodifusão, remete o legislador ou operador do direito aos fins da própria relação jurídica constituída a partir da incidência da regra. Tal relação jurídica – exploração do serviço de radiodifusão comercial e educativa – somente se legitima se se observar as finalidades inerentes ao próprio serviço, v.g, educativa e cultural. A conformidade de tal interpretação com o ordenamento jurídico atual se sustenta em função de tais valores terem sido tutelados sob enfoque constitucional conforme se extrai da leitura do Art. 221 c/c 205 e 215 da Carta Magna.²⁶

Temos como transparente que os preceitos da exploração de radiodifusão previstos na lei 4117/62 estão em perfeito alinhamento com os princípios consubstanciados na Constituição atual. Valores como educação e cultura tornam-se tutelados constitucionalmente tendo como obrigação do Estado garantir o acesso na máxima medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Além de subordinação aos preceitos como critérios de *legitimidade material*, a constituição e conjuntamente a lei 4117/62 e decreto lei 236/67

²⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm:

“Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

estabelecem critérios de *legitimidade formal* para exploração dos serviços de radiodifusão, no âmbito da Constituição Federal, artigo 222²⁷, e no das leis infraconstitucionais, dentre outras: Lei 4117/62²⁸, decreto lei 236/67²⁹ e Lei 9472/97³⁰.

²⁷ Constituição Federal de 1988:

“Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social”

²⁸ “Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas: (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

a) os administradores ou gerentes que detenham poder de gestão e de representação civil e judicial serão brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Os técnicos encarregados da operação dos equipamentos transmissores serão brasileiros ou estrangeiros com residência exclusiva no País, permitida, porém, em caráter excepcional e com autorização expressa do órgão competente do Poder Executivo, a admissão de especialistas estrangeiros, mediante contrato; (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

b) as alterações contratuais ou estatutárias que não impliquem alteração dos objetivos sociais ou modificação do quadro diretivo e as cessões de cotas ou ações ou aumento de capital social que não resultem em alteração de controle societário deverão ser informadas ao órgão do Poder Executivo expressamente definido pelo Presidente da República, no prazo de sessenta dias a contar da realização do ato; (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

c) a alteração dos objetivos sociais, a modificação do quadro diretivo, a alteração do controle societário das empresas e a transferência da concessão, da permissão ou da autorização dependem, para sua validade, de prévia anuência do órgão competente do Poder Executivo; (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

e) as emissoras de radiodifusão, excluídas as de televisão, são obrigadas a retransmitir, diariamente, das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Poderes da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso Nacional;

f) as empresas, não só através da seleção de seu pessoal, mas também das normas de trabalho observadas nas estações emissoras devem criar as condições mais eficazes para que se evite a prática de qualquer das infrações previstas na presente lei;

g) a mesma pessoa não poderá participar da administração ou da gerência de mais de uma concessionária, permissionária ou autorizada do mesmo tipo de serviço de radiodifusão, na mesma localidade (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

h) as emissoras de radiodifusão, inclusive televisão, deverão cumprir sua finalidade informativa, destinando um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso.

i) as concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão deverão apresentar, até o último dia útil de cada ano, ao órgão do Poder Executivo expressamente definido pelo Presidente da República e aos órgãos de registro comercial ou de registro civil de pessoas jurídicas, declaração com a composição de seu capital social, incluindo a nomeação dos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos titulares, direta ou indiretamente, de pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante. (Incluída pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

Parágrafo único. Não poderá exercer a função de diretor ou gerente de concessionária, permissionária ou autorizada de serviço de radiodifusão quem esteja no gozo de imunidade parlamentar ou de foro especial.”

²⁹ “Art 5º As entidades interessadas na execução de serviço de radiodifusão deverão possuir, comprovadamente, recursos financeiros para fazer face ao custo das instalações, equipamentos acessórios e os indispensáveis à exploração do serviço.

§ 1º - A comprovação a que se refere este artigo, compreendendo especialmente, a origem e o montante dos recursos, será feita perante o Conselho Nacional de Telecomunicações, na oportunidade da habilitação para a execução do serviço, segundo normas a serem por ele baixadas.

§ 2º - Os financiamentos para aquisição de equipamentos serão considerados como recursos financeiros para os fins do § 1º, desde que fornecidos pelos próprios fabricantes.

Art 6º Só os brasileiros natos poderão exercer, nas entidades executantes de serviço de radiodifusão, os cargos e funções de direção, gerência, chefia, de assessoramento e assistência administrativa e intelectual.

Art 7º É vedado às empresas de radiodifusão manter contratos de assistência técnica com empresas ou organizações estrangeiras, quer a respeito de administração, quer de orientação, sendo rigorosamente proibido que estas, por qualquer forma ou modalidade, pretexto expediente mantenham ou nomeiem servidores ou técnicas que, de forma direta ou indireta, tenham intervenção ou conhecimento da vida administrativa ou da orientação da empresa de radiodifusão.

Parágrafo único. A vedação a que se refere este artigo não alcança a parte estritamente técnica ou artística da programação e do aparelhamento da empresa, nem se aplica aos casos de contrato de assistência técnica, com empresa ou organização estrangeira, não superior a seis meses e exclusivamente referentes à base de instalação e início de funcionamento de equipamentos, máquinas e aparelhamentos técnicos.”

³⁰ “Art. 87. A outorga a empresa ou grupo empresarial que, na mesma região, localidade ou área, já preste a mesma modalidade de serviço, será condicionada à assunção do compromisso de, no prazo máximo de dezoito meses, contado da data de assinatura do contrato, transferir a outrem o serviço anteriormente explorado, sob pena de sua caducidade e de outras sanções previstas no processo de outorga.

Art. 88. As concessões serão outorgadas mediante licitação.

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis;

II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia;

III - o instrumento convocatório identificará o serviço objeto do certame e as condições de sua prestação, expansão e universalização, definirá o universo de proponentes, estabelecerá fatores e critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, determinará a quantidade de fases e seus objetivos, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato de concessão;

IV - as qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, bem como as garantias da proposta e do contrato, exigidas indistintamente dos proponentes, deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão;

V - o interessado deverá comprovar situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social;

VI - a participação de consórcio, que se constituirá em empresa antes da outorga da concessão, será sempre admitida;

VII - o julgamento atenderá aos princípios de vinculação ao instrumento convocatório e comparação objetiva;

VIII - os fatores de julgamento poderão ser, isolada ou conjuntamente, os de menor tarifa, maior oferta pela outorga, melhor qualidade dos serviços e melhor atendimento da demanda, respeitado sempre o princípio da objetividade;

IX - o empate será resolvido por sorteio;

X - as regras procedimentais assegurarão a adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos compatíveis com o preparo de propostas e os direitos ao contraditório, ao recurso e à ampla defesa.

Art. 90. Não poderá participar da licitação ou receber outorga de concessão a empresa proibida de licitar ou contratar com o Poder Público ou que tenha sido declarada inidônea, bem como aquela que tenha sido punida nos dois anos anteriores com a decretação de caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência.

Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder realizar o serviço, nas condições estipuladas.

Importante ressaltar que no âmbito da Lei 9472 os critérios de legitimidade formal não se resumem aos aqui expostos, contudo, como a referida lei não é objeto do presente estudo não faremos aqui a inserção de todos os mesmos sob pena de desvio do foco.

Interessa destacar que os critérios de legitimidade material precedem aos de legitimidade formal, mormente quando se trata de valores como os tutelados pelo ordenamento jurídico ao incidir sob as relações estabelecidas entre o Poder Público e sua obrigatoriedade em garantir o acesso à educação e cultura, valores essenciais ao exercício pleno da liberdade e esta como condição suficiente da igualdade social (igualdade de oportunidades pressupõe igualdade de acesso à informação como condição necessária para as escolhas adequadas³¹) e este ente estatal ao conceder a exploração de tal atividade ao particular não elide este mesmo particular da obrigatoriedade inerente à relação jurídica em questão em vista da mesma ter como objeto o dever de garantir tais valores.

3.LEGITIMAÇÃO SOB O ENFOQUE ANALÍTICO-NORMATIVO

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço por todos os interessados que atendam às condições requeridas.

§ 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá chamamento público para apurar o número de interessados.

Art. 92. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a outorga de concessão dependerá de procedimento administrativo sujeito aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório, para verificar o preenchimento das condições relativas às qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, à regularidade fiscal e às garantias do contrato

Parágrafo único. As condições deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão.”

³¹ Sen, Amartya, Desenvolvimento como Liberdade, Ed Companhia das Letras, Edição 2008, pg 322/ 323 “ A alternativa ao apoio exclusivo na responsabilidade individual não é, como as vezes se supõe, o chamado “Estado babá”. Há uma diferença entre “pajear” as escolhas de um individuo e criar mais oportunidades de escolha e decisões substantivas para as pessoas, que então poderão agir de modo responsável sustentando-se nessa base. O comportamento social com a liberdade individual obviamente não precisa atuar apenas por meio do Estado; deve envolver também outras instituições: organizações políticas e sociais, disposições de bases comunitárias, instituições não governamentais de vários tipos, a mídia e outros meios de comunicação e entendimento publico, bem como as instituições que permitem o funcionamento de mercados e relações contratuais. A visão arbitrariamente restrita de responsabilidade individual – com o individuo posto em uma ilha imaginária, sem ser ajudado nem estorvado por outros – tem de ser ampliada, reconhecendo-se não meramente o papel do Estado, mas também as funções de outras instituições e agentes”.

A que se considerar em um primeiro momento o que se quer dizer quando se busca tratar da legitimação para exploração dos serviços de radio difusão comercial e educativa.

A respeito do termo *legitimação* sob o enfoque dogmático normativo, isto é, sob o aspecto técnico, esclarecedora é a definição de Vicente Ráo ao tratar do conceito no âmbito de sua análise do ato jurídico. Neste sentido define legitimação como:

*“Exigência legal, imposta a certas pessoas capazes, de preenchimento de especiais habilitações subjetivas ou objetivas para celebração de determinados atos, segundo a natureza da relação de que se trate e segundo a situação, perante a mesma, de quem pretenda ser seu sujeito ativo ou passivo”*³².

Diante disso, é possível identificar no conceito de legitimação, como condição necessária para a mesma, primeiramente o conceito de capacidade, esta como aptidão genérica (situação passiva) da pessoa para praticar os atos de sua vida jurídica (inclusive os de outorga de poderes a terceiros).³³

Distingue-se do conceito de poder que designa o conteúdo ativo dos direitos, isto é, aquilo que, em razão dos direitos, pode-se fazer ou pretender, em contraposição ao dever jurídico ou obrigação.

Pode-se entender, a partir desta definição que o conceito de legitimidade decorre do conceito de capacidade, isto é, o pressupõe, e tem como especificidade a exigência legal de preenchimento de habilitações especiais de natureza subjetivas ou objetivas. Temos aí condição interessante em que ao mesmo tempo em que há a aptidão genérica para a prática de atos de sua vida jurídica, situação passiva no sentido jurídico, ocorre a necessidade do preenchimento de habilitações especiais por exigência legal o que pressupõe uma certa especificida-

³² Ráo, Vicente, Ato Jurídico, Ed Saraiva 2ª Edição 1979, Pg 117.

³³ ibidem, pg 113

de da capacidade o que poderíamos concluir que a legitimação é uma espécie de capacidade, espécie esta exigida por lei.

É possível o desenvolvimento do tema sob um enfoque analítico de acordo com a divisão da Ciência Jurídica enquanto Ciência do Direito em sentido próprio, proposta por Robert Alexy em planos normativo, empírico e analítico.³⁴

Interessa-nos aqui de forma específica o enfoque analítico sob o tema, a saber, o conceito de legitimação. Por se tratar de uma característica do titular (A) em face do destinatário (B), característica imposta por uma norma (N), temos que tal análise pode ser tratada sob o âmbito de posição jurídica em sua formulação básica. Temos que, segundo bem exposto por Alexy sobre a estrutura dos direitos subjetivos analisados como posições jurídicas que estes se dividem, de acordo com o objeto da posição em *direitos a algo, liberdades e competências*.

Para o nosso estudo interessa-nos as competências. No âmbito destas a formulação básica tem a forma geral de que:

a tem em face de *b*, a competência para criar uma posição jurídica RP de *b*.

No âmbito das competências, assim como nos direitos a algo se admite relações conversas.

Neste caso, a mesma no âmbito das competências chama-se *sujeição*.³⁵

Temos então que ao mesmo tempo em que a norma estabelece competências implica necessariamente em sujeições para aquele que se encontra no pólo passivo da relação. Pode-se fazer, contudo, uma ressalva quanto à caracterização da competência como direito subjetivo,

³⁴ Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, Ed Malheiros, 2ªEd, 2008, Pg 33.

³⁵ Neste sentido, Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, Ed Malheiros, 2ª ed, 2009 – “Da mesma forma que ocorre nos casos de direitos a algo, também no caso das competências é possível construir relações conversas. A relação conversa à competência será chamada de *sujeição*. Se *a* tem diante de *b*, a competência para alterar uma posição jurídica de *b*, *b* encontra-se, em face *a*, e no que diz respeito a essa posição, em relação de sujeição, e vice - versa. Se se utiliza S para representar a relação de sujeição, então, vale:
(3) $Kab (RPb) \leftrightarrow Sba (RPb)$.

dado que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, encampando a doutrina mais assente no Direito brasileiro, de forte inspiração francesa, embora ela se caracterize também como uma posição ativa na relação jurídica, vem a apresentar-se como um poder-dever, irrenunciável, embora possa, dentro dos limites da lei, ser delegada³⁶. Diante de tais considerações prévias podemos observar no âmbito da norma os elementos que estabelecem competências para exploração dos serviços no âmbito comercial e educativo.

No contexto da lei 4117 no art. 32 é estabelecida a competência direta da União para a exploração dos serviços de radiodifusão, nos quais compreende o de televisão, facultando a mesma conceder, autorizar ou permitir a exploração por particulares respeitada as disposições presentes na referida lei. Temos diante disso a definição da competência por parte do Estado e a capacidade deste de autorizar, conceder ou permitir aos particulares, *desde que atendidas as exigências dispostas na presente lei*.

Depreende-se daí o conceito de legitimação como competência antes exposto como posição jurídica onde o Estado (A) tem, em face do particular (B), a competência para criar uma posição (RP) do particular (B), esta posição (RP) podendo ser uma posição jurídica de qualquer natureza, como, por exemplo, uma simples obrigação não relacional (*OaG*), um direito a algo (*RabG*) ou uma liberdade (*LabG*), mas pode simbolizar competências de nível inferior (*K' bc (RPc)*)³⁷, que mais se adequa ao modelo de concessão, permissão ou autorização aqui tratado, tendo a legitimação como *o preenchimento de requisitos específicos, por parte do particular, criados pelo Estado para a consecução de determinados fins definidos pelo Estado*.

³⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.544/RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJU 17 nov 2006.

³⁷ Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, Ed Malheiros, Ed 2009, pg 243.

Pode-se falar, sob o ponto de vista da relação jurídica, de que conforme exposto por Alexy em *normas positivas de competência e normas negativas de competência*, onde as primeiras se caracterizam como normas definidoras de competências e as segundas como normas limitadoras da competência, introduzindo cláusulas de exceção onde coloca o Estado em uma posição de não competência em relação aos cidadãos e este em uma posição de não sujeição frente ao Estado.

No âmbito da lei 4117/62 a partir do art. 38 inicia-se a definição dos critérios para a outorga de concessão, autorização e permissão para os particulares, dentre eles destacamos como os mais relevantes os que tratam da própria definição do tipo societário e sua alteração como as presentes nas alíneas “b” e “c”; da definição expressa dos fins sociais da exploração do serviço de radiodifusão presente na alínea “d”; e a proibição expressa presente no art. 44 de concessão ou autorização à *sociedade por ações ao portador*, tipo de ações previsto nas S.A que foi expurgado pelo direito brasileiro.

Há que se destacar também no art. 38, “c”, da mesma lei, a necessidade de integração da autorização prévia da União para alteração de objetivos sociais, modificação do quadro diretivo, alteração do controle societário das empresas como requisito de validade e por sua vez de eficácia do ato frente ao ordenamento jurídico evidenciando o dirigismo estatal sobre as constituições societárias, postura marcadamente restritiva ao princípio da autonomia privada presente no âmbito do direito privado e da livre iniciativa.

No que tange ao decreto-lei 236/67, a proibição à empresa estrangeira amplia-se da exploração direta do serviço para até mesmo a participação nos lucros brutos ou líquidos de empresa de radiodifusão, conforme art. 8º parágrafo único da lei.

Estende também a proibição a grupos societários de fato como no caso de sociedades controladoras que tenham como sociedades controladas as empresas de radiodifusão, em espe-

cial as sociedades constituídas como *holding* que tenham como característica ser sociedade controladora de grupos societários.

Diante de tais disposições pode - se traçar o perfil de habilitações necessárias para se tornar legitimados à exploração de serviços de radiodifusão comercial no âmbito de ambos os estatutos normativos. Empresas com registro de sociedades mercantis, figurando como sociedades de pessoas em razão do *intuito personae ex lege* para as empresas de radiodifusão conforme disposto no art. 44 da lei 4117/62 em caso de sociedades por conta de responsabilidade limitada e como sociedades de capital, mantida a natureza institucional das relações internas, em caso de sociedades por ações, sendo admissível *ex lege* sociedades por ações nominativas, limitada a legitimação para a subscrição.

Diante da vedação expressa no art. 44 da lei 4117/62 figura a possibilidade de sociedades por ações de capital aberto, mas que em razão da obrigatoriedade de composição do capital por brasileiros natos, a hipótese de o controle cair em mãos de estrangeiro implicaria em **nulidade** do ato constitutivo diante de violação de norma constitucional e perda da eficácia da autorização o que implicaria na dissolução da própria sociedade diante da ineficácia dos fins sociais da empresa. O que se pode concluir, diante disso, é que há um *intuito personae ex lege* na constituição da empresa mesmo esta sendo sociedade de capital aberto, contudo somente disponível no tráfico mercantil para brasileiros natos.

No que tange ao perfil das habilitações para exploração de serviços da radiodifusão educativa, o decreto lei 236/67 expressamente delinea os habilitados à exploração de tal serviço, a saber, os do art. 14 do estatuto normativo. Vale tratar das mudanças dadas ao art. 38 da Lei 4.117, de 1962, pela lei 10 610, de 2002 denotando já a mudança de paradigmas na sociedade brasileira. Ele passa a ter nova redação onde se limita a abrangência da norma acrescentando termos na redação original (como, por exemplo, na alínea a) que passa a es-

tabelecer a condição de brasileiros natos (e estende a naturalizados há mais de dez anos) é somente para os administradores e gerentes *que detenham poder de gestão e de representação civil ou judicial*, isto é, os administradores que não reúnam em si mesmos as características de poder de gestão e representação civil ou judicial, ambas, poderão ser estrangeiros. Note-se que a leitura do contrato social ou das atas de Assembleia Geral em que tenham sido eleitos gerará uma presunção relativa de que aqueles a que se atribuem os poderes de gestão e representação serão, efetivamente, os que os exercerão, presunção passível de prova em contrário, no sentido de que os nominados não passariam de encobridores de quem deteria o verdadeiro poder de comando sobre a empresa³⁸. Na alínea b, passa limitar o controle do poder executivo sobre alterações nos atos constitutivos ou estatutos que não impliquem alteração dos objetivos sociais ou modificação do quadro diretivo e as cessões de cotas ou ações ou aumento do capital social que não resultem em alteração de controle societário à informação ao órgão do poder executivo expressamente definido pelo Presidente da República em prazo de sessenta dias a contar da realização do ato. Torna-se evidente que o ato do poder executivo na redação anterior integrava o suporte fático do ato jurídico e a inexistência dele implicava na invalidade do negócio jurídico. Contudo, com a nova redação, os atos que 1º. Não impliquem em modificação dos objetivos sociais; 2º. Modificação do quadro diretivo; 3º. As cessões de cotas ou ações ou aumento de capital que não resultem em alteração de controle societário; somente deverão ser informados ao órgão competente sessenta dias após a realização do ato. Outra inovação é acerca do órgão competente que deve ser expressamente definido pelo Presidente da República. Hipótese que, caso não tenha sido definido expressamente pelo Presidente, não há o que se falar em dever de in-

38 COMPARATO, Fábio Konder. Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 210.

formar. Na alínea c manteve-se a necessidade de prévia anuência do órgão competente do poder executivo, para sua validade, de alterações dos objetivos sociais, modificação do quadro diretivo e alteração do controle societário. Tal mudança manifesta-se também no alínea g, que na redação antiga proibia a participação de uma pessoa no cargo de direção de mais de uma concessionária ou permissionária do mesmo tipo de serviço de radiodifusão, na mesma localidade. Com a nova redação, mudança sutil se insere na norma ao estabelecer que a proibição é de participar da administração ou gerência de mais de uma concessionária, permissionária ou autorizada do mesmo tipo de serviço de radiodifusão, na mesma localidade. O que implica que um administrador ou gerente de uma concessionária, permissionária ou autorizada em uma localidade não pode administrar outra na mesma localidade com o mesmo tipo de serviço. Ao que nos parece as alterações na redação visam dar mais liberdade as empresas de exploração de radiodifusão no âmbito de sua administração interna sem interferência direta do Poder Público evidenciando a mudança de paradigmas que regiam a exploração comercial dos meios de comunicação social, passando-se, mesmo, a aproximar as empresas de comunicação social do regime geral da atividade econômica, passando-se, mesmo, à admissão da participação do capital estrangeiro no setor de comunicação social³⁹. Mesmo restrita a participação a 30% do capital votante, “o acionista estrangeiro tem condições de manipular a independência ou autonomia do sócio ou acionista controlador, inclusive pela eleição, com seu voto exclusivo de, ao menos, um membro do Conselho de Administração”⁴⁰. Note-se que tal liberalização não se há de entender como apta a desautorizar a caracterização constitucional da atividade de exploração dos serviços de ra-

39 SARAIVA, Paulo Lopo, op. cit., p. 29; BITELLI, Marcus Alberto Sant'Anna. O Direito da Comunicação e da Comunicação Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 281-2; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização, privatização, concessões, terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 146; BORGES, Ricardo C. & HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza, op. cit., p. 46-7.

40 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 548.

diodifusão como prestação de serviços públicos delegada ao particular⁴¹. Por outro lado, é fundamental verificar até que ponto isto não implicaria atrito com o § 5º do artigo 220 da Constituição Federal de 1988, pela possibilidade de instaurar situação oligopolista ou monopolista.

CONCLUSÃO

Concluimos entendendo que os diplomas legais em questão encontram-se em perfeita consonância com o ordenamento jurídico em vigor apesar da não aplicação dos mesmos sob os mais diferentes casos concretos. Sob o aspecto da legitimação para exploração dos serviços de radiodifusão comercial e educativa há que se considerar o aspecto dos direitos *prima facie*, a saber, o direito à educação e cultura de um lado e o direito à informação e a livre iniciativa de outro, neste âmbito de colisão deve-se ponderar e os de maior peso prevalecem de acordo com as condições do caso concreto. Contudo, o que não se pode é simplesmente desconsiderar a relação principiológica existente na exploração dos serviços de radiodifusão e diante de tal desconsideração não ponderar a colisão de tais princípios e tratar tal relação jurídica como mera relação administrativa contratual.

BIBLIOGRAFIA

FINNIS, John – Lei natural e direitos naturais, Coleção Díke, 2007, Ed UNISINOS

41 AMARAL, Roberto. O ordenamento constitucional-administrativo brasileiro e a disciplina dos meios de comunicação de massa (o caso da televisão): análise e prospectiva. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes [org.] Perspectivas do Direito Público – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 468; NALINI, José Renato. Constituição e Estado democrático. São Paulo: FTD, 1997, p. 269-270; FARACO, Alexandre Ditzel, op. cit., p. 107.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves – Comentários a Constituição Brasileira, Edição, 1984, Ed Saraiva

MACCORMICK, Neil, Retórica e Estado de direito. Trad. Cláudio Michelin et alii. Rio de Janeiro: Ed Elsevier, 2008.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis

SEN, Amartya, Desenvolvimento como Liberdade, Ed Cia das Letras, 2008

BETTI, Emilio, Interpretação das Leis e dos Atos jurídicos, Ed Martins Fontes,

BERNARDES DE MELLO, Marcos, Teoria do Fato Jurídico, Plano da Validade, Ed sarai-
va, 11º Ed 2011.

_____, Teoria do Fato Jurídico, Plano da Existência, Ed saraiva,
11º Ed 2011.

ALEXY, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, Ed Malheiros, Ed 2009.