A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação*

The transfer of broadcasting licenses and the trading of programming time

*Bráulio Santos Rabelo de Araújo***

RESUMO

No sistema brasileiro de radiodifusão, há duas formas frequentes de comercialização de outorgas de rádio e TV que suscitam questionamentos quanto à sua constitucionalidade e legalidade. São elas as transferências diretas e indiretas de concessões e permissões e a comercialização de tempo de programação, ampliada, nos últimos anos, em razão da expansão dos contratos de arrendamento de emissoras de rádio e TV. O presente artigo examina a licitude dessas práticas mediante a exposição e a análise da regulamentação constitucional e infraconstitucional do setor e o cotejo da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais que já se manifestaram de forma não consensual sobre o tema. A análise resulta na conclusão de que as transferências diretas e indiretas de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação acima do limite legal de 25% violam normas constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam o serviço.

* Artigo recebido em 19 de setembro de 2014 e aprovado em 6 de janeiro de 2015.

** Advogado, bacharel em direito e doutor em direito econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: bsraraujo@usp.br.

PALAVRAS-CHAVE

Radiodifusão — concessão e permissão — transferência direta e indireta — comercialização de tempo de programação — arrendamento

ABSTRACT

In the Brazilian broadcasting system, there are two frequent mechanisms for the trading of broadcasting licenses that raise questions about their constitutionality and legality. They are the direct and indirect transfer of broadcasting licenses and the trading of programming time, which were increased in recent years, due to the expansion of the lease of radio and TV stations. This article examines the lawfulness of these practices through exposure and analysis of the sectors' constitutional and infra-constitutional regulation and the confrontation of doctrine and legal precedents that have already been voiced in a non-consensual manner on the subject matter. The analysis results in the conclusion that the direct and indirect transfer of broadcasting licenses and the trading of programming time over the legal limit of 25% violate constitutional and infra-constitutional rules governing the service.

KEYWORDS

Broadcasting — licenses — direct and indirect transfer — trading of programming time — lease

1. Introdução

No sistema brasileiro de radiodifusão, há duas práticas de comercialização de outorgas de rádio e TV que suscitam questionamentos quanto à sua constitucionalidade e legalidade. São elas as transferências diretas e indiretas de concessões e permissões e a comercialização de tempo de programação, ampliada, nos últimos anos, em razão da expansão dos contratos de arrendamento de emissoras de rádio e TV.

A transferência direta se dá quando uma outorga é transferida de uma pessoa jurídica para outra.[1] Altera-se, portanto, a pessoa que detém a outorga

[1] Ver art. 89, §1º, do Decreto nº 52.795/1963.

e presta o serviço. A transferência indireta ocorre quando o controle de uma pessoa jurídica concessionária ou permissionária de serviço público é direta ou indiretamente transferido para outra pessoa ou grupo de pessoas físicas ou jurídicas, por qualquer forma juridicamente possível.[2] A pessoa jurídica titular da outorga permanece a mesma, mas seu controle passa a ser exercido por outros indivíduos ou instituições.

A comercialização de tempo de programação consiste na relação contratual em que concessionários e permissionários de radiodifusão assumem a obrigação de veicular os conteúdos determinados pelos terceiros com quem contratam em troca do pagamento de um certo valor. Da celebração desses contratos decorre que uma parcela do horário da programação das emissoras será destinada à transmissão de programas comercializados com terceiros e por eles determinados.

As transferências diretas e indiretas de outorgas de radiodifusão são expressamente permitidas pelo art. 38, "c", da Lei nº 4.117/1962[3] e pelos arts. 89 e 90 do Decreto nº 52.795/1963.[4] Sujeitam-se à prévia autorização do órgão competente do Poder Executivo,[5] que não poderá ser concedida durante o período de instalação da estação, nem nos cinco anos imediatamente subsequentes à data de expedição do certificado de licença para funcionamento.[6]

A comercialização de tempo de programação está sujeita a um limite temporal previsto pela legislação. A prática é regulamentada pelo art. 124 da Lei nº 4.117/1962 e pelo art. 28, §12, "d", do Decreto nº 52.795/1963, que determinam que o tempo destinado à publicidade comercial não pode exceder 25% do tempo total de programação.

---

2 Ver art. 38, "c", da Lei nº 4.117/1962 e art. 89, §2º, do Decreto nº 52.795/1963.

3 "Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas: (...) c) a alteração de objetivos sociais, a alteração de controle societário das empresas e a transferência da concessão, permissão ou autorização dependem, para sua validade, de prévia anuência do órgão competente do Poder Executivo".

4 "Art 89. As concessões e permissões poderão ser transferidas direta ou indiretamente.

§1º Dá-se a transferência direta quando a concessão ou permissão é transferida de uma pessoa jurídica para outra.

§2º Dá-se a transferência indireta quando a maioria das cotas ou ações representativas do capital é transferida de um para outro grupo de cotistas ou acionistas que passa a deter o mando da sociedade.

Art 90. Nenhuma transferência, direta ou indireta de concessão ou permissão, poderá se efetivar sem prévia autorização do Govêrno Federal, sendo nula, de pleno direito, qualquer transferência efetivada sem observância dêsse requisito".

5 Ver art. 38, "c", da Lei nº 4.117/1962 e art. 90 do Decreto nº 52.795/1963.

6 Ver art. 91 do Decreto nº 52.795/1963.

No mais, ambas as práticas submetem-se às normas constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam as concessões e permissões de serviços públicos.

A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação acima do limite legal são frequentes no Brasil.

Observa-se a ocorrência de um alto número de transferências feitas conforme as exigências da Lei nº 4.117/1962 e do Decreto nº 52.795/1963 ao longo de todos os governos estabelecidos após a promulgação da Constituição de 1988.[7] Paralelamente, evidências apontam que as transferências realizadas em desconformidade com a Lei e o Decreto — isto é, sem a autorização do Poder Executivo e/ou antes de decorrido o prazo de cinco anos de operação — também ocorreram em grande número.[8] A propósito, Elvira Lobato[9] refere a existência de sites que negociam abertamente a venda de estações de rádio e TV mediante a celebração de contratos de gaveta prevendo a transferência de participações societárias.

---

7 A comprovar essa afirmação, veja-se a seguir exemplos de atos do Poder Executivo que autorizaram a ocorrência de transferências diretas e indiretas de outorgas de radiodifusão após a Constituição de 1988.

Transferências diretas: (i) governo do presidente José Sarney — Portaria do Ministério das Comunicações nº 199, de 24.10.1989; (ii) governo do presidente Fernando Collor de Mello — Portaria do Ministério das Comunicações nº 139, de 20.7.1992 e Portaria do Ministério das Comunicações nº 145, de 20.7.1992; (iii) governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso — Decreto Presidencial s/nº de 9.8.2002, Decreto Presidencial s/nº de 10.9.2001, Portaria do Ministério das Comunicações nº 251, de 16.5.2001; (iv) governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva — Decreto Presidencial s/nº de 17.7.2009 e Portaria do Ministério das Comunicações nº 1.191, de 24.11.2010; (v) governo da presidenta Dilma Roussef — Decreto Presidencial s/nº de 15.6.2012, Decreto Presidencial s/nº de 21.6.2012 e Portaria do Ministério das Comunicações nº 350, de 18.12.2013.

Transferências indiretas: (i) governo do presidente José Sarney — Portaria do Ministério das Comunicações nº 08, de 19.1.1989, (ii) governo do Presidente Fernando Collor de Mello — Portaria do Ministério das Comunicações nº 147, de 20.7.1992 e Portaria do Ministério das Comunicações nº 149, de 20.7.1992, (iii) governo do Presidente Itamar Franco — Portaria do Ministério das Comunicações nº 865, de 5.7.1993 e Portaria do Ministério das Comunicações nº 921, de 29.7.1993, (iv) governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso — Portaria do Ministério das Comunicações nº 126, de 14.3.2001 e Portaria do Ministério das Comunicações nº 230, de 31.5.2000, (v) governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva — Decreto Presidencial s/nº de 27.6.2008, Portaria do Ministério das Comunicações nº 1.269, de 6.12.2010 e Portaria do Ministério das Comunicações nº 1.293, de 8.12.2010, (vi) governo da Presidenta Dilma Roussef — Portaria do Ministério das Comunicações nº 496, de 19.12.2012 e Portaria do Ministério das Comunicações nº 267, de 28.8.2013.

8 Ver LOBATO, Elvira. Comércio ilegal de rádio e TV funciona sem repressão. *Folha de S.Paulo*, 28 mar. 2011. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2803201102.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

9 Ibid.

A prática da comercialização de tempo de programação também é recorrente. Dados de 2014 apontam que, sem levar em consideração os intervalos comerciais da programação ordinária, Bandeirantes, Record, TV Gazeta, Rede TV!, Rede 21 e CNT comercializam de 19,04% a 91,66% do tempo total de sua programação, conforme descrito na tabela 1. Os principais contratantes são organizações religiosas e empresas que anunciam produtos, serviços e mensagens institucionais.[10]

Tabela 1

Tempo de programação comercializado

EMISSORA	BANDEIRANTES	RECORD	TV GAZETA	REDE TV!	REDE 21	CNT
Tempo de programação comercializado (estimado)	32 horas por semana	35 horas por semana	38 horas e 30 minutos por semana	83 horas e 50 minutos por semana	154 horas por semana	154 horas por semana
Percentual do tempo de programação comercializado	19,04%	20,83%	22,91%	49,90%	91,66%	91,66%

Fontes: INTERVOZES. COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. *Intervozes, FNDC e MPF criticam arrendamento das grades de programação de TV em audiência pública realizada na Câmara*. 9 ago. 2014. Disponível em: ‹http://intervozes.org.br/intervozes-fndc-e-mpf-criticam-arrendamento-das-grades-de-tv-em-audiencia-publica-na-camara/›. Acesso em: 1º set. 2014; Ricardo Mendonça, Avanço da Universal tira força de rivais na televisão, op. cit.

As poucas informações publicamente disponíveis dão conta de que (i) os valores envolvidos nas operações de transferência de outorgas e de comercialização de tempo de programação geralmente envolvem altas cifras, e (ii) os titulares de outorgas obtêm um lucro considerável com essas operações, como se observa pela diferença entre os valores pagos na licitação e os valores obtidos pelas duas formas de comercialização de outorgas.

[10] Segundo Ricardo Mendonça, as organizações religiosas contratam a seguinte quantidade de programação de televisão por semana: (i) a Igreja Universal do Reino de Deus — 364 horas; (ii) a Igreja Internacional da Graça de Deus — 49 horas; (iii) a Igreja Mundial do Poder de Deus — 2 horas e 30 minutos; e (iv) a Assembleia de Deus Vitória em Cristo — 2 horas. Ver MENDONÇA, Ricardo. Avanço da Universal tira força de rivais na televisão. *Folha de S.Paulo*, 17 jul. 2014. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/poder/2014/07/1487099-avanco-da-universal-tira-forca-de-rivais-na-televisao.shtml>. Acesso em: 1º set. 2014. Sobre o proselitismo religioso nos meios de comunicação de massa, veja-se SUIAMA, Sergio Gardenghi. *Limites ao exercício da liberdade religiosa nos meios de comunicação de massa*. São Paulo, 2004. Disponível em: <www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/digualdetnraclibrel/Artigo%20-%20Limites%20ao%20Exercicio%20da%20LIberdade%20Religiosa%20nos%20Mei.pdf>. Acesso em: 9 set. 2014.

A evidenciar essas afirmações, veja-se que José Ernesto Credendio[11] informa a existência de uma emissora de FM no município de Leme (SP) que foi licitada por R$ 520 mil, ao passo que outra emissora de FM do mesmo município estava à venda por cerca de R$ 2 milhões.

No que se refere à comercialização de horários, Keila Jimenez[12] relata que a Igreja Universal do Reino de Deus paga cerca de R$ 5 milhões por mês pela contratação de 22 horas diárias da CNT, e R$ 7 milhões por mês pela contratação de 22 horas diárias do Canal 21.

Importa ressaltar que, até 1995, a regulamentação do serviço público de radiodifusão não exigia a realização de procedimento de licitação nem estabelecia a necessidade de pagamento para a outorga de concessões e permissões.[13] É provável, portanto, que as instituições que receberam outorgas antes de 1995 não tenham se sujeitado a procedimento de licitação e não tenham pago por suas concessões e permissões. Nesse caso, o lucro obtido com a transferência das outorgas ou com a comercialização de tempo de programação é ainda mais evidente.

Esse pode ter sido o caso do Grupo Abril que, em 1985, obteve outorga para explorar um canal de televisão na cidade de São Paulo e, em dezembro de 2013, segundo informações do próprio Grupo,[14] transferiu essa outorga

---

11 CREDENDIO, José Ernesto. Russomanno opera rádio sem autorização. *Folha de S.Paulo*, 10 ago. 2012. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/59908-russomanno-opera-radio-sem-autorizacao.shtml>. Acesso em: 26 jun. 2014.

12 JIMENEZ, Keila. Universal aluga duas redes de TV por R$ 12 milhões. *Folha de S.Paulo*, 22 maio 2014. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/167055-universal-aluga-duas-redes-de-tv-por-r-12-milhoes.shtml>. Acesso em: 26 jul. 2014.

13 Em sua redação original, o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão (Decreto nº 52.795/1963) previa um processo de seleção de candidatos para a outorga de concessões e permissões de radiodifusão (arts. 10 a 16). No entanto, esse processo não se caracterizava como licitação propriamente dita, pois, ao final, o vencedor não era determinado a partir da verificação de quem melhor atendeu a certos critérios objetivos (*v.g.*, preço e técnica). Em vez disso, o Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel) (posteriormente substituído pelo Ministério das Comunicações), no caso das permissões, e o presidente da República, no caso das concessões, poderiam livremente escolher a instituição que receberia a outorga, ainda que informados pela análise do atendimento de determinados requisitos pelos pretendentes. O Regulamento dos Serviços de Radiodifusão foi alterado pelo Decreto nº 91.837/1985; no entanto, a ausência de pagamento e de licitação propriamente dita e a possibilidade de escolha do Poder Executivo foram mantidas. Leia-se, a propósito, o §3º do art. 16 do Regulamento, com a redação a ele atribuída pelo Decreto nº 91.837/1985: "3º Constitui ato de livre escolhida [sic] do Presidente da República a outorga de concessão, e do Ministro de Estado das Comunicações a outorga de permissão, para exploração de serviço de radiodifusão" (grifo nosso). O procedimento de licitação e a necessidade de pagamento pela outorga só foram introduzidos no Regulamento dos Serviços de Radiodifusão pelo Decreto nº 1.720, de 28.11.1995.

14 Ver ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. e empresas controladas. *Demonstrações financeiras em 31 de dezembro de 2013 e relatório dos auditores independentes*. São Paulo, 31 mar. 2014, p. 47. Disponível em: <http://grupoabril.abrilm.com.br/Abril%20Comunica%C3%A7%C3%B5es_DFs%20Dezembro%202013.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2014.

por R$ 290 milhões.[15] O mesmo pode ter ocorrido com a TV Manchete Ltda. que, em 1981, recebeu concessões para explorar o serviço de televisão em São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife e Fortaleza e, em 1999, transferiu as outorgas para a TV Ômega Ltda.[16] Segundo a *Folha de S.Paulo*,[17] a transferência envolveu a obrigação da TV Ômega Ltda. de pagar R$ 7,5 milhões aos acionistas da TV Manchete Ltda., bem como a assunção de dívidas trabalhistas e fiscais até o limite de R$ 234,5 milhões, o que perfaz um valor total de R$ 242 milhões oferecido pelas outorgas.

A constitucionalidade e a legalidade das práticas ora tratadas são questão jurídica controversa. No que se refere às transferências diretas e indiretas de outorgas, embora a legislação do setor as permitam expressamente, a doutrina e a jurisprudência divergem quanto à sua constitucionalidade, como se demonstrará ao longo deste artigo. No que respeita à comercialização de tempo de programação realizada mediante contratos de arrendamento, o Ministério das Comunicações já se manifestou afirmando que a matéria não foi regulamentada pela legislação dos serviços de radiodifusão, razão pela qual a existência desses contratos seria irrelevante para o poder concedente.[18] Por

---

[15] Em 30.12.1985, o presidente da República outorgou concessão à Televisão Abril Ltda. para explorar serviço de televisão na cidade de São Paulo mediante o Decreto Presidencial nº 92.244. A concessão foi transferida à Editora Abril S.A. pelo Decreto Presidencial s/nº de 9.8.2000 e, em seguida, à Abril Radiodifusão S.A., pelo Decreto Presidencial s/nº de 12.9.2001. No momento da conclusão deste artigo, não consta no Sistema de Controle de Radiodifusão (SRD), da Anatel, a autorização do Poder Executivo para a transferência da concessão da Abril Radiodifusão S.A. para o Grupo Spring, ocorrida em 2013. Ver ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. e empresas controladas, *Demonstrações financeiras em 31 de dezembro de 2013 e relatório dos auditores independentes*, op. cit., p. 47. A propósito, veja-se MENDONÇA, Ricardo. Canal da antiga MTV foi vendido sem aval público obrigatório. *Folha de S.Paulo*, 3 ago. 2014. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/poder/2014/08/1495056-canal-da-antiga-mtv-foi-vendido-sem-aval-publico-obrigatorio.shtml>. Acesso em: 29 ago. 2014.

[16] Em 25.3.1981, o presidente da República outorgou concessões à TV Manchete Ltda. para explorar o serviço de televisão nas cidades de Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife, Fortaleza e São Paulo mediante o Decreto Presidencial nº 85.842. Em 1999, as concessões foram transferidas para a TV Ômega Ltda. mediante o Decreto Presidencial s/nº, de 14.5.1999.

[17] FOLHA DE S.PAULO. Empresário diz que operação foi "absolutamente legal". *Folha de S.Paulo*, 8 jun. 2000. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0806200007.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

[18] Disse o Ministério: "No que se refere à questão de arrendamento do espaço da grade horária de programação de uma emissora de radiodifusão para outra empresa comercial, esclareça-se que a matéria não está capitulada no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962) tampouco no Regulamento de Serviços de Radiodifusão (Decreto nº 52.795/1963) o que dificulta a ação desta Pasta Ministerial na instauração de processo administrativo investigativo, por falta de previsão legal/regulamentar. (...) I) a legislação dos serviços de radiodifusão é omissa quanto ao contrato de arrendamento; II) o contrato de arrendamento é irrelevante para o Poder Concedente, uma vez que a responsabilização será sempre do outorgado. Quando se configurar transferência de outorga há a previsão legal". Ver MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Nota informativa nº 168/2012/DEAA/SCE-MC, emitida no âmbito do Procedimento Preparatório do MPF nº 1.34.001.007519/2011-36*. Brasília, 7 dez. 2012, p. 2-3.

outro lado, instituições da sociedade civil, parcela da doutrina e representantes do Ministério Público Federal apontam a inconstitucionalidade e a ilegalidade dessa prática.[19]

Tomando como base essa controvérsia, os itens a seguir dedicam-se a analisar se as práticas aqui referidas estão ou não de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

2. Radiodifusão: atividade econômica *extra commercium*

A radiodifusão é atividade essencial à coesão e à interdependência social, reconhecida pela Constituição como serviço público nos termos de seus arts. 21, XII, "a", e 223.[20]

As atividades econômicas reconhecidas como serviços públicos não fazem parte da esfera do comércio privado. Constituem *res extra commercium* — serviços inegociáveis, integrantes do domínio econômico público e titularizados pelo Estado. Ao reconhecê-las como serviços públicos, o Estado as retira do domínio econômico privado, assumindo-as sob sua titularidade,

---

[19] Nesse sentido, veja-se COMPARATO, Fábio Konder. *Parecer sobre ato, formal ou informal, de cessão ou arrendamento a terceiros de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, efetuado por um concessionário*. out. 2009. Disponível em: <www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed673_omissao_do_congresso_desprezo_dos_concessionarios>. Acesso em: 1º set. 2014; LIMA, Venício A. de. Omissão do Congresso, desprezo dos concessionários. *Observatório da Imprensa*, edição 673, 20 dez. 2011. Disponível em: <www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed673_omissao_do_congresso_desprezo_dos_concessionarios>. Acesso em: 1º set. 2014; Intervozes — Coletivo Brasil de Comunicação Social, *Intervozes, FNDC e MPF criticam arrendamento das grades de programação de TV em audiência pública realizada na Câmara*, op. cit.; HAJE, Lara. Venda de espaço na programação de rádio e TV é ilegal, dizem debatedores. *Agência Câmara Notícias*, 15 dez. 2011. Disponível em: <www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/207057-VENDA-DE-ESPACO-NA-PROGRAMACAO-DE-RADIO-E-TV-E-ILEGAL,-DIZEM-DEBATEDORES.html>. Acesso em: 1º set. 2014; CIMINO, James. CNT viola lei duas vezes ao arrendar até 92% da grade para Igreja Universal. *UOL*, 17 jul. 2014. Disponível em: <http://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2014/07/17/cnt-viola-lei-duas-vezes-ao-arrendar-ate-92-da-grade-para-igreja-universal.htm>. Acesso em: 1º set. 2014; CASTRO, Daniel. Ministério Público pede a cassação da Rede TV!. *Folha de S.Paulo*, 8 jun. 2000. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0806200006.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

[20] A afirmar a radiodifusão como serviço público, veja-se na doutrina: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 694; 697; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 261; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 124, 138-139. Na jurisprudência: STF, ADI 3944, rel. min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 5.8.2010, *DJe*-185, divulg. 30.9.2010, public. 1º.10.2010; STF, HC 104530, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28.9.2010, *DJe*-236, divulg. 6.12.2010, public. 7.12.2010; STF, ADPF 130, rel. min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 30.4.2009, *DJe*-208, divulg. 5.11.2009, public. 6.11.2009; TSE, Acórdão n. 556, Recurso Ordinário n. 556, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20.9.2002.

e atribui-lhes uma disciplina jurídica peculiar, nos termos do art. 175 da Constituição.[21]

Por isso, quando os serviços públicos são concedidos ou permitidos à iniciativa privada, o que se transfere é a execução do serviço e não sua titularidade, que permanece com o Estado. Aos particulares, atribui-se a incumbência de prestar o serviço adequadamente, de maneira a atender o interesse público, nas condições determinadas pelo Estado e sob a garantia de proteção dos interesses privados que os levaram a formar o vínculo com o poder público — o direito de remuneração pela exploração do serviço, mantido o equilíbrio econômico-financeiro inicial, e os limites constitucionais e legais aos poderes do órgão concedente e fiscalizador.[22]

Em razão desse regime jurídico, os concessionários e permissionários não exercem qualquer disponibilidade sobre os serviços públicos, que é a todo tempo mantida pelo Estado. Não podem negociá-los, isto é, não podem comercializar a posição de delegatários de serviços públicos. Como aponta Fábio Konder Comparato:[23]

> (...) não há nem pode haver alienação de funções públicas a particulares. Os concessionários de serviço público (...) atuam em nome próprio, mas em razão de competência alheia.
>
> (...) o direito de prestar serviço público em virtude de concessão administrativa não é um bem patrimonial suscetível de negociação pelo concessionário no mercado. Não se trata de um bem *in commercio*. **O concessionário de serviço público não pode, de forma alguma, arrendar ou alienar a terceiro sua posição de delegatário do Poder Público**.

No mesmo sentido, após observar que os serviços públicos são *res extra commercium* — inegociáveis e inamovivelmente sediados na esfera pública —, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que:[24]

---

21 Ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 678-679.

22 Ver ibid., p. 718, 720-721; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza jurídica da concessão de serviço público. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*. Porto Alegre, ano III, v. II, n. 1, p. 872-873, 898, 1951; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 304.

23 Fábio Konder Comparato, *Parecer sobre ato, formal ou informal, de cessão ou arrendamento a terceiros de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, efetuado por um concessionário*, op. cit., p. 3-4, itálicos e grifos do autor.

24 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 718, 625, itálicos do autor.

> Só as pessoas de natureza pública podem ser titulares, ter como próprias as atividades públicas. Um particular jamais poderá reter (seja pelo tempo que for) em suas mãos, como senhor, um serviço público. Por isso, o que se transfere para o concessionário — diversamente do que ocorre no caso das autarquias — é tão só e simplesmente o *exercício* da atividade pública.
>
> (...)
>
> (...) o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem *extra comercium*. O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial, sobre um interesse público, seja no que respeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração de vínculo versando sobre ele.
>
> (...)
>
> Não seria possível que o interesse público ficasse vergado ao interesse particular. Daí o sem sentido de recorrer-se à teoria do contrato em certos casos.[25]

Ora, se os serviços públicos são *res extra commercium* e os particulares que os prestam não podem comercializar sua posição de delegatários, pois sobre ela não exercem qualquer disponibilidade, então as concessões e permissões de radiodifusão não podem ser comercializadas mediante a transferência direta ou indireta de outorgas ou a comercialização de tempo de programação acima do limite legal.

3. Transferência de concessões e permissões de radiodifusão

O setor privado pode assumir a prestação de serviços públicos mediante concessão e permissão, desde que sempre precedidas de licitação, como determina o art. 175 e o inciso XXI do art. 37 da Constituição.[26]

---

[25] No mesmo sentido, veja-se ainda Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Natureza jurídica da concessão de serviço público, op. cit., p. 867; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 161-162.

[26] Excetuam-se a essa exigência os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação previstos em lei e os serviços públicos não privativos ou não exclusivos do Estado, que podem ser prestados pela

Segundo o art. 223 da Constituição, a radiodifusão deve ser composta por três sistemas complementares: privado, público e estatal. Uma vez que esses sistemas devem coexistir, a prestação de uma parcela do serviço deve obrigatoriamente ser outorgada à iniciativa privada. Eis porque, no caso da radiodifusão, a transferência da prestação do serviço ao setor privado mediante concessão e permissão, precedidas de licitação, não é apenas uma opção, mas sim uma obrigação do Poder Público.[27]

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público abre aos interessados dotados dos atributos e aptidões necessários ao cumprimento das obrigações em disputa a possibilidade de apresentar propostas para concorrer pela celebração de contratos com o poder público. Ao autor da proposta mais vantajosa às conveniências públicas, avaliada a partir de critérios objetivos, será atribuído o objeto do certame.[28]

Os objetivos da licitação são garantir a todos os administrados a possibilidade de disputar, em igualdade de condições, as contratações do poder público, bem como permitir aos entes públicos a seleção da proposta mais vantajosa.[29] De um lado, a concorrência para a seleção da proposta mais vantajosa protege o interesse e os recursos públicos e promove a eficiência da atividade administrativa.[30] De outro, a abertura dos contratos do Estado à concorrência pública atende às normas da isonomia[31] — por proporcionar

---

iniciativa privada independentemente de concessão ou de permissão, tais como a educação e a saúde (ver arts. 199 e 209 da Constituição). A propósito, veja-se Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 695; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 117; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 122-124. Na jurisprudência: (i) STF, ADI 1266, rel. min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 6.4.2005, *DJ*, 23.9.2005; (ii) STF, ADI 1007, rel. min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 31.8.2005, *DJ*, 24.2.2006.

27 Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 697.

28 Maria Sylvia Zanella di Pietro define licitação como "o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato". Ver Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 370.
Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello define-a como "o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. (...) Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessárias ao bom cumprimento das obrigações que se propõem a assumir". Ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 530, 528.

29 Ver ibid., p. 530; art. 3º da Lei nº 8.666/1993; art. 14 da Lei nº 8.987/1995.

30 Ver art. 37, *caput*, da Constituição.

31 Ver art. 5º, *caput*, da Constituição e art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

a todos a possibilidade de disputar os contratos públicos em igualdade de condições e por tratar isonomicamente os participantes da licitação — e da impessoalidade[32] — por evitar qualquer favorecimento, parcialidade, discriminação, arbítrio ou favoritismo impertinente em benefício de determinado indivíduo, garantindo assim tratamento neutro a todos os administrados.[33]

Da exigência constitucional de prévia licitação decorre o caráter pessoal das concessões e permissões de serviços públicos[34] e a conclusão de que as outorgas não podem ser transferidas direta ou indiretamente.

Isso não apenas porque as concessões e permissões são celebradas em função das características pessoais dos candidatos que venceram o certame, mas, principalmente, porque o que permite a outorga da execução de um serviço público a uma determinada pessoa e não a outra é a realização da licitação. Não se pode atribuir a qualquer particular o benefício de prestar um serviço público sem a realização prévia de procedimento que enseje a todos a possibilidade de disputar isonomicamente a contratação pública. A realização de licitação para uma determinada contratação específica não autoriza o repasse direto ou indireto dessa contratação a terceiros sem a realização de um novo certame.

Para logo se vê, portanto, que a transferência direta e indireta de outorgas de radiodifusão é inconstitucional e ilegal. Descumpre a exigência constitucional de prévia licitação[35] e a norma da isonomia,[36] pois permite o controle de outorgas por terceiros que não participaram de licitação e impede que os administrados tenham igual chance de contratar com o poder público. Afronta a norma da impessoalidade,[37] por permitir que os particulares titulares de concessões e permissões escolham, segundo sua própria conveniência e arbítrio, quem terá o benefício de controlar outorgas de um serviço público tão relevante e rentável como a radiodifusão. Viola o caráter *extra commercium*

---

32 Ver art. 37, *caput*, da Constituição e art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

33 Ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 530-531, 536.

34 Como observa Fábio Konder Comparato, "(...) a relação de concessão de serviço público é personalíssima. O Estado confia a prestação do serviço a certa e determinada pessoa ou entidade, considerada a mais apta, em confronto com todas as concorrentes, a prestar um serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários". Ver Fábio Konder Comparato, *Parecer sobre ato, formal ou informal, de cessão ou arrendamento a terceiros de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, efetuado por um concessionário*, op. cit., p. 4. No mesmo sentido, veja-se Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Natureza jurídica da concessão de serviço público, op. cit., p. 872; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 277.

35 Ver arts. 37, XXI, e 175 da Constituição e art. 2º da Lei nº 8.666/1993.

36 Ver art. 5º, *caput*, da Constituição e art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

37 Ver art. 37, *caput*, da Constituição, e art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

do serviço público de radiodifusão e do bem público constituído pelo espectro de radiofrequências[38] e enseja, nessa medida, o enriquecimento ilícito dos que transferem as outorgas.[39] Causa, ainda, prejuízo aos cofres públicos, pois priva o poder concedente de receber os pagamentos que lhe seriam devidos por conta de uma nova outorga das concessões e permissões transferidas pelos particulares. E prejudica, por fim, a pluralidade e diversidade do setor, na medida em que impede a distribuição de outorgas a outras instituições tanto da radiodifusão privada quanto da radiodifusão pública e comunitária. Tudo isso em afronta à norma da eficiência da administração[40] na gestão do serviço público de rádio e TV.

A transferência direta e indireta de outorgas de radiodifusão pode importar também em desvio de finalidade das concessões e permissões.

A licitação para os serviços de radiodifusão é feita sob a modalidade de concorrência e sob o tipo de técnica e preço. Na proposta técnica, os concorrentes devem indicar o tempo de programação destinado à transmissão de (i) programas educativos, (ii) serviço jornalístico e noticioso,[41] (iii) programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos no município de outorga, (iv) programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos por entidade que não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas ou entidades executoras de serviços de radiodifusão.[42] Na proposta de preço, os concorrentes devem indicar o valor que se propõem a pagar pela outorga, observando o preço mínimo indicado pelo edital.[43] O vencedor é determinado mediante a atribuição de pontuação e peso a cada um dos itens das propostas técnicas e de preço,[44] e as propostas específicas por ele formuladas são incorporadas ao contrato celebrado ao fim da licitação.[45]

---

38 Nos termos do art. 157 da Lei nº 9.472/1997, "[o] espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência".

39 Reitere-se que a transferência pode gerar lucros consideráveis para os concessionários e permissionários mediante a comercialização de outorgas por valores superiores aos que foram pagos no momento da licitação.

40 Ver art. 37, *caput*, da Constituição, e art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

41 Observado o tempo mínimo de 5% fixado pelo art. 38, alínea "h", da Lei nº 4.117/1962 e pelo art. 28, §12, alínea c", do Decreto nº 52.795/1963.

42 Ver *caput* e §1º do art 16 do Decreto nº 52.795/1963.

43 Ver artigo 16, §6º, do Decreto nº 52.795/1963. O edital pode ainda prever outros requisitos para o exame das propostas, considerando características específicas do serviço (ver art. 16, §2º, do Decreto nº 52.795/1963).

44 Ver §5º do art. 16 do Decreto nº 52.795/1963.

45 Ver §9º do art. 16 do Decreto nº 52.795/1963.

Disso decorre que a outorga de serviços de radiodifusão orienta-se não apenas pela oferta do maior preço, mas também pelo tipo de programação que os licitantes se propõem a oferecer.

Por outro lado, nas operações de transferência direta e indireta de outorgas de radiodifusão, o particular, negociando livremente no mercado, tende a repassar a outorga à instituição que lhe pagar o maior valor, independentemente da programação que ela pretenda adotar. Evidência disso são as alterações de padrão de programação que não raro ocorrem após as transferências.[46]

Essa conduta é ilegal, pois importa em desvio de finalidade das concessões e permissões de radiodifusão. Enquanto a seleção promovida pelo poder público considera diversos aspectos relacionados a conteúdo, qualidade e diversidade da programação, de maneira a atender os princípios de produção e programação determinados pelo art. 221 da Constituição, as transferências diretas e indiretas de outorgas realizadas por particulares tendem a considerar apenas o aspecto econômico, privilegiando a maior oferta e desconsiderando os compromissos relativos ao conteúdo do serviço.

As observações realizadas até este ponto demonstram que as transferências diretas e indiretas de outorgas de radiodifusão violam a Constituição e as leis aplicáveis ao serviço. Daí a conclusão de que o art. 38, "c", da Lei nº 4.117/1962 e os arts. 89 e 90 do Decreto nº 52.795/1963, que permitem as transferências, são inconstitucionais e ilegais.

Em conformidade com essa conclusão, Celso Antônio Bandeira de Mello,[47] Maria Sylvia Zanella di Pietro[48] e Toshio Mukai[49] apontam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/1995, que também autoriza a transferência de concessões de serviços públicos mediante a prévia anuência do poder concedente. Segundo Mello:[50]

---

[46] Mencione-se, novamente, o exemplo do canal de televisão anteriormente explorado pelo Grupo Abril em São Paulo. Após a transferência da outorga para o Grupo Spring, o canal que veiculava a programação da MTV (conteúdo músical e de entretenimento) teve sua programação comercializada e passou a transmitir cultos religiosos e leilão de gado. Ver Ricardo Mendonça, Canal da antiga MTV foi vendido sem aval público obrigatório, op. cit.

[47] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 730-731.

[48] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 113-114; id., *Direito administrativo*, op. cit., p. 309.

[49] MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*: comentários à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei n. 9.074/95, das Concessões do Setor Elétrico (com as alterações da Lei n. 9.648/98). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 52-53.

[50] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 730-731, grifo nosso.

> Tendo sido visto que a concessão depende de licitação — até mesmo por imposição constitucional — e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem a concordância da Administração.
>
> Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro — sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição.
>
> Sem embargo, a Lei 8.987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração, se o pretendente "atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor" (§1º, I e II, do artigo citado). De acordo com este preceptivo, apenas se faltar tal aquiescência preliminar é que se caracterizaria hipótese de prematura extinção da concessão por comportamento faltoso do concessionário, ou seja, o que se denomina caducidade.[51]

Na jurisprudência, há uma série de precedentes que afirmam a inconstitucionalidade de disposições normativas que permitem ou permitiam a transferência direta e indireta de concessões e permissões de serviços públicos mediante a prévia anuência do poder concedente. Embora numerosos, vale a pena mencioná-los para demonstrar a variedade de casos e de serviços nos quais a transferência foi considerada inconstitucional.

---

[51] Em sentido análogo, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Antônio Carlos Cintra do Amaral entendem que a realização de transferência de concessões sem prévia licitação viola o art. 175 da Constituição. Contudo, em vez de sustentarem a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/1995, dão ao texto normativo uma interpretação apta a conformá-lo à Constituição. Afirmam que a transferência de concessões nele prevista requer a realização de prévia licitação conduzida pelo poder público "como condição constitucional incontornável nos casos em que ela possa e deva ocorrer" (transcrição de Carmen Lúcia Antunes Rocha). Quando o procedimento não for possível ou viável, deve-se extinguir a concessão e realizar uma nova licitação. A autora ressalta que "a palavra utilizada pelo constituinte — 'sempre através de licitação' — não é apenas uma sugestão, senão que uma determinação legal, que reforça essa exigência em relação ao que se tem por ordinário em sua observância pela Administração Pública". Ver ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 46; 45-51; AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30-34.

Em incidente de inconstitucionalidade suscitado em caso que julgava a transferência de permissão de serviço público de transporte rodoviário, o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) declarou a inconstitucionalidade do *caput* e do §1º, incisos I e II, do art. 27 da Lei nº 8.987/1995, anteriormente mencionado, por considerar que o dispositivo viola a exigência constitucional de prévia licitação, bem como os princípios da igualdade e da impessoalidade.[52]

Em caso relativo a serviço de transporte público alternativo no Distrito Federal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou a inconstitucionalidade da transferência da permissão do serviço a herdeiros, prevista expressamente pelo Decreto Distrital nº 17.045/1995, em razão do caráter *intuitu personae* da outorga e da violação à exigência constitucional de prévia licitação.[53]

Em decisão que impediu a Caixa Econômica Federal de autorizar transferência de permissão de agência lotérica, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região sustentou que "[n]inguém está apto a 'vender' uma casa lotérica", pois "[a] permissão de serviço público é intuitu personae e dependente de licitação", e não outorga nada além do que o direito de explorar o serviço. Concluiu, então, que o ingresso de terceiro que não se sujeitou à licitação importa em burla ao procedimento licitatório.[54]

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) declarou a inconstitucionalidade de duas leis municipais que permitiam a transferência direta e indireta de concessões e permissões de serviços públicos mediante prévia anuência do poder concedente, por violação das regras constitucional e legal que exigem licitação e dos princípios da transparência e da moralidade.[55] Na decisão da Representação por Inconstitucionalidade 11/2001, o TJRJ ressaltou que "[a] prévia anuência do Poder concedente (...), por si só, não afasta a regra impositiva da exigibilidade de licitação". Segundo o TJRJ, ainda que a anuência "informe a presunção de regularidade dos atos administrativos",

---

52 TJPR, IDI 336996-0/03, rel. des. Paulo Habith, Órgão Especial, data do julgamento 3.9.2012.

53 STJ, RMS 22.382/DF, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 24.4.2007, *DJ*, 17.5.2007.

54 TRF4, AG 2003.04.01.041101-0, Terceira Turma, rel. des. Luiz Carlos de Castro Lugon, data do julgamento 16.12.2003, *DJ*, 21.1.2004.

55 Na Representação por Inconstitucionalidade 15/2001, o TJRJ declarou a inconstitucionalidade de artigos da Lei nº 1.462/1999, do município de Cabo Frio, que permitiam "a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária ou permissionária" de serviços e de obras públicas mediante anuência do poder concedente (TJRJ, Representação por Inconstitucionalidade 15/2001, rel. des. Marcus Faver, data de julgamento 19.12.2001). Na Representação por Inconstitucionalidade 11/2001, o TJRJ declarou a inconstitucionalidade de arts. da Lei nº 1.859/2000, do município de Maricá, que permitiam a transferência de concessão de serviços de transportes públicos mediante anuência do poder concedente (TJRJ, Representação por Inconstitucionalidade 11/2001, Processo 0032763-21.2001.8.19.0000, rel. des. Roberto Wider, data de julgamento 16.9.2002, *DJ*, 13.2.2003).

a necessidade de licitação se impõe, pois se destina "não só às partes envolvidas, ou seja, ao Poder concedente e ao concessionário, mas a toda a coletividade e aos que tenham a condição de prestar os mesmos serviços de forma mais adequada, visando o interesse público". O interesse público, observou a Corte, "não se subsume apenas à vontade do ente estatal, mas decorre do atendimento a princípios gerais superiores, previstos nas normas constitucionais".[56]

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) declarou a inconstitucionalidade de duas leis distritais que autorizavam a transferência de permissões para a execução do serviço de táxi por violação à impessoalidade, à igualdade, à legalidade, à moralidade, ao interesse público, à eficiência da administração pública e à regra da obrigatoriedade de licitação.[57]

Ainda em relação aos serviços de táxi, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) impediu a transferência de permissões a herdeiros em razão da necessidade de licitação para a outorga de serviço público.[58] Em um dos casos, o TJMG observou que "[e]m pese não desconhecer a prática corriqueira e ilegal de 'venda' e 'aluguel' das placas de táxis, definitivamente a permissão de exploração de serviço público, de natureza precária, discricionária e personalíssima, não pode ser vendida, doada, cedida, herdada e transferida".[59]

---

[56] Veja-se, por todos, TJRJ, Representação por Inconstitucionalidade 11/2001, Processo 0032763-21.2001.8.19.0000, rel. des. Roberto Wider, data de julgamento 16.9.2002, *DJ*, 13.2.2003.

[57] Segundo o TJDFT: "A possibilidade de transferência direta da permissão, sem licitação, frustra os demais interessados em contratar, impedindo-os de concorrer à prestação de serviço público, implicando em verdadeira barreira à livre concorrência, violando diretamente a isonomia, o princípio da competitividade, a impessoalidade e, por conseguinte, o interesse público, uma vez que a finalidade da licitação consiste justamente em selecionar a proposta mais vantajosa para o bem-estar coletivo, e a eficiência, já que atende o interesse de poucos, não obtendo a presteza, a segurança e a eficiência necessária ao atendimento comum" (TJDFT, Acórdão n. 369470, ADI 20090020005137, rel. des. Flávio Bostirola, Conselho Especial, data de julgamento 16.6.2009, publicado no *DJE*, 4.10.2011).

As leis que tiveram artigos declarados inconstitucionais foram a Lei Distrital nº 4.056/2007 e Lei Distrital nº 2.496/1999. As decisões em questão são as seguintes: (i) TJDFT, Acórdão n. 369470, ADI 20090020005137, rel. des. Flávio Bostirola, Conselho Especial, data de julgamento 16.6.2009, publicado no *DJE*, 4.10.2011; e (ii) TJDFT, Acórdão n. 300673, ADI 20050020103191, rel. des. Vaz de Mello, Conselho Especial, data de julgamento 29.1.2008, publicado no *DJE*, 11.7.2008. No mesmo sentido, veja-se (i) TJDFT, Acórdão n. 688692, AGI 20130020096723, rel. des. João Egmont, 5ª Turma Cível, data de julgamento 20.6.2013, publicado no *DJE*, 3.7.2013; e (ii) TJDFT, Acórdão n. 195786, 20030020112779MSG, des. rel. Lécio Resende, Conselho Especial, data de julgamento 11.5.2004, publicado no *DJU*, 10.8.2004.

[58] TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0301.12.001956-9/001, rel. des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, julgamento em 5.11.2013, publicação da súmula em 8.11.2013; e TJMG, Apelação Cível 1.0024.12.301169-4/002, rel. des. Corrêa Junior, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 8.10.2013, publicação da súmula em 18.10.2013.

[59] TJMG, Apelação Cível 1.0024.12.301169-4/002, rel. des. Corrêa Junior, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 8.10.2013, publicação da súmula em 18.10.2013.

Por fim, em caso concernente ao uso de boxes de centro comercial, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) manteve ato de município que declarou nulo um contrato de concessão de uso de bem público que fora objeto de transferência autorizada pelo poder concedente. Segundo o TJSC, a transferência sem prévia licitação, ainda que autorizada pelo município, é nula, pois viola os arts. 37, XXI, e 175 da Constituição.[60]

No Supremo Tribunal Federal (STF), tramita a ADI 2.946, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), requerendo a declaração da inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/1995.

Em sua petição inicial, a PGR[61] observa que a autorização legal à transferência direta e indireta de outorgas faz com que "a fraude ao sistema da licitação pública atinja raias de literal imoralidade", vez que permite "a uma determinada empresa especializar-se em 'vencer concorrências públicas', repassando-as, em seguida, para empresas realmente interessadas no serviço".[62] Em seu parecer, favorável à procedência da ação, a PGR[63] sustenta que tanto a "transferência da concessão" quanto a "transferência do controle societário da concessionária", viabilizadas pela "simples anuência do poder público", permitem a contemplação de "quem se furtou ao certame", violando a regra constitucional segundo a qual "toda prestação de serviço público" não promovida diretamente pelo poder público deve ocorrer "sempre através de licitação".

Por outro lado, parcela da doutrina e da jurisprudência considera que as transferências diretas e indiretas de concessões e permissões de serviço público não violam a Constituição. Para tanto, baseiam-se em quatro argumentos principais.

O primeiro afirma que a necessidade de anuência do poder concedente confere regularidade ao ato e evita o caráter especulativo das transferências.

O segundo alega que a realização de licitação no momento da celebração do contrato elimina a necessidade de nova licitação no momento da transferência. Isso porque, ao celebrar a avença inicial mediante licitação, o Estado já terá

---

60 TJSC, Apelação Cível n. 1997.001062-1, de Criciúma, rel. des. Trindade dos Santos, j. 4.5.1999.

61 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA — PGR; FONTELES, Cláudio. *Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*. Brasília, 23 jul. 2003. p. 5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=368957#2%20-%20Peticao%20inicial>. Acesso em: 12 ago. 2014.

62 Há indícios de que esse comércio de contratos públicos já ocorre no setor de radiodifusão. Veja-se Elvira Lobato, Comércio ilegal de rádio e TV funciona sem repressão, op. cit.

63 Procuradoria Geral da República — PGR e Cláudio Fonteles, *Parecer nº 1343, relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*, op. cit., p. 3.

garantido a contratação da melhor proposta. Ademais, em uma eventual transferência feita segundo as leis vigentes, o adquirente da outorga deverá se comprometer a cumprir o regulamento aplicável ao serviço e as cláusulas do contrato em vigor, bem como atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço.[64] A observância desses requisitos garantiria a continuidade da contratação, pelo Estado, da melhor proposta, pois a outorga permaneceria a ser cumprida sob as mesmas condições de técnica e preço inicialmente pactuadas. Não haveria, então, necessidade de se fazer nova licitação, vez que o objetivo de garantir a contratação da melhor proposta pelo Estado já teria sido alcançado.

O terceiro sustenta que as transferências diretas e indiretas de concessões e permissões garantem a continuidade dos serviços públicos, pois, ao viabilizar a assunção das outorgas por terceiros, evita interrupções na prestação dos serviços ocasionadas por concessionárias e permissionárias que enfrentem problemas diversos, *v.g.*, disputas jurídicas entre sócios, problemas financeiros ou decisão da empresa de deixar de prestar determinada atividade econômica.

O quarto afirma que a transferência de concessões e permissões de serviço público é admitida pela Constituição, pois o art. 176, §3º, contém disposição análoga, que autoriza a transferência de concessões e autorizações para a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica mediante prévia anuência do poder concedente.[65]

---

[64] Conforme exigem, por exemplo, o art. 93 e o §2º do art. 94 do Decreto nº 52.795/1963 e os incisos I e II do §1º do art. 27 da Lei nº 8.987/1995.

[65] A afirmar esses argumentos, guardadas as distinções entre os posicionamentos individuais, veja-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 528, 531-545; WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 144-146; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos*: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 110-111; BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*: comentários à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Curitiba: Juruá, 1995. p. 134-135; ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO — AGU; COSTA, Alvaro Augusto Ribeiro. Parecer relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946. Brasília, 4 nov. 2003. p. 8, 10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2147534>. Acesso em: 2 set. 2014; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Manifestação da Presidência da República nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2946*. Brasília, 14 ago. 2003. p. 4; 6. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2147534>. Acesso em 2 set. 2014; CONGRESSO NACIONAL. *Manifestação do Congresso Nacional nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2946*. Brasília, 14 ago. 2003. p. 4-5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2147534>. Acesso em: 2 set. 2014. Na

Esses argumentos não procedem, não obstante o conhecimento jurídico dos que os afirmam.

No que respeita às duas primeiras alegações, importa observar novamente que a licitação atende a um duplo objetivo: (i) garantir ao Estado a contratação da melhor proposta, e (ii) ensejar a todos a possibilidade de disputarem os contratos públicos em igualdade de condições. Logo, mesmo que a anuência do poder público garanta a ausência do caráter especulativo e mesmo que os requisitos da transferência garantam ao Estado a continuidade da melhor proposta, ainda assim a prática é inconstitucional e ilegal, pois, em qualquer hipótese, deixa de atender ao segundo objetivo da licitação. Em todos os casos, a transferência de concessões e permissões de serviço público impede que os administrados disputem os contratos públicos em igualdade de condições, violando, assim, as normas da isonomia e da impessoalidade. O atendimento do primeiro objetivo da licitação não elimina a necessidade de atendimento do segundo.

De mais a mais, os casos empíricos mencionados na introdução demonstram que a anuência do poder concedente não evita o caráter especulativo das transferências, nem garante a continuidade da melhor contratação por parte do Estado, pois, frequentemente, as outorgas são transferidas por preço superior ao valor pago pelos vencedores das licitações iniciais. Isso é ainda mais evidente na radiodifusão pois, reitere-se, antes de 1995 não havia procedimento de licitação propriamente dito nem necessidade de pagamento pelas outorgas do serviço. Logo, em caso de transferência de concessões e permissões de rádio e TV outorgadas antes de 1995, (i) não há como se evitar o

jurisprudência, há precedentes que admitiram a licitude de transferências diretas e indiretas de outorgas mediante prévia anuência do poder concedente e a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 8.987/1995. Veja-se, *v.g.*, os seguintes casos, que envolveram transferência de concessão do serviço público de coleta de lixo e de limpeza pública, transferência indireta de permissão para comercialização de lotéricas a herdeiros do titular da outorga, transferência de permissão de uso de bem público (área de centro gastronômico municipal), e, destaque-se, a transferência de concessão de radiodifusão: (i) TJPR, AC 420214-8, rel. des. Jurandyr Reis Junior, 5ª Câmara Cível, julgamento em 29.1.2008; (ii) TRF-3, 2002.61.04.003758-5 AC 967884, rel. juiz fed. Conv. Renato Barth, Terceira Turma, julgamento em 7.8.2008; (iii) TRF-4, AC 0003620-09.2008.404.7205/SC, rel. juiz fed. Sérgio Renato Tejada Garcia, Quarta Turma, julgamento em 26.1.2011, publicado em *DE* de 7.2.2011; (iv) TJSC, AC 2008.032712-0, rel. des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, julgamento em 14.10.2010, *DJe*, 22.10.2010, (v) TJSC, AC 2007.015381-4, rel. des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, julgamento em 11.2.2009, *DJe*, 4.3.2009. Mencione-se também a Ação Civil Pública nº 2000.61.00.011694-5, proposta pelo Ministério Público Federal, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da transferência das concessões da TV Manchete Ltda. para a TV Ômega Ltda., e a cassação das outorgas. Em 24.11.2009, a 1ª Vara da Justiça Federal de São Paulo julgou a ação improcedente. O MPF interpôs apelação e atualmente aguarda a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

caráter especulativo — afinal, se nada foi pago pelas outorgas, a transferência necessariamente destinará aos concessionários e permissionários um valor superior ao obtido pelo Estado (zero) —, e (ii) não há qualquer garantia de continuidade da melhor contratação, pois não houve sequer licitação para a outorga inicial das concessões e permissões.

No que respeita ao terceiro argumento, importa observar que a continuidade da prestação dos serviços públicos já é garantida pelas hipóteses de dispensa de licitação nos casos de contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual,[66] e nos casos de emergência ou calamidade pública.[67]

A dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento em consequência de rescisão contratual assemelha-se, em um aspecto, à transferência de outorgas, pois requer a aceitação das "mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido".[68] No entanto, dela difere em um aspecto essencial, qual seja, a exigência de atendimento à ordem de classificação da licitação anterior.[69] Nesse caso, portanto, a outorga seria repassada ao próximo colocado no certame e não a qualquer sujeito que contrata com o concessionário ou permissionário do serviço. Em razão dessa exigência, a hipótese de dispensa de licitação aqui tratada garante aos administrados a possibilidade de disputar, em igualdade de condições, as contratações com o poder público, pois se vincula ao resultado da licitação inicial. Essa garantia e essa vinculação não existem nas transferências de outorgas, que permitem ao concessionário ou permissionário escolher livremente para quem irá repassar o serviço.

Por sua vez, a dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública caracteriza-se por ser (i) parcial, destinando-se apenas aos "bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa", (ii) temporária, pois se destina apenas às "parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos", e (iii) excepcional, ocorrendo apenas "quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços,

---

66 Art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993.
67 Art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.
68 Art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993.
69 Art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993.

equipamentos e outros bens, públicos ou particulares".[70] Distingue-se, nessa medida, das transferências diretas e indiretas de concessões e permissões, que (i) abrangem todo o objeto da contratação (caráter integral), (ii) perduram até o final do prazo original das outorgas e admitem a renovação dos contratos (caráter permanente, limitado apenas pelo prazo do contrato e de suas respectivas renovações), e (iii) podem ser realizadas em qualquer circunstância (ausência de caráter excepcional), desde que observada a anuência do poder concedente.

O caráter parcial, temporário e excepcional da dispensa de licitação ora tratada mitiga as restrições aos princípios administrativos causadas pela ausência do certame. Daí a conclusão de que o instituto não apenas respeita à Constituição, como é mais adequado para garantir a continuidade da prestação de serviços públicos do que as transferências diretas e indiretas de outorgas. Não é compatível com a Constituição um mecanismo que, visando preservar a continuidade dos serviços, permite a um particular adquirir sem licitação o controle de uma outorga por todo o prazo remanescente do contrato, podendo, ainda, renová-lo. A reforçar essa conclusão, veja-se que o STF afirmou reiteradamente a inconstitucionalidade da prorrogação de concessão ou permissão de serviços públicos — justificada com base na continuidade dos serviços ou na segurança jurídica — além do prazo razoável à realização dos procedimentos licitatórios.[71] Segundo a Corte, "[s]egurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito".[72]

Para logo se vê, portanto, que, além de inconstitucional, o mecanismo da transferência direta ou indireta de concessões e permissões de serviço

---

[70] Os trechos entre aspas reproduzem a redação do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

[71] No julgamento da ADI 3521, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei que autorizava a manutenção em caráter precário de outorgas vencidas de serviço público, sob a justificativa da continuidade da prestação dos serviços públicos. Na ocasião, a Corte afirmou não haver "respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios" (STF, ADI 3521, rel. min. Eros Grau, julgamento em 28.9.2006, *DJ* de 16.3.2007). No RE 421.971 AgR, o STF afirmou que "[a] prorrogação não razoável de concessão de serviço público ofende a exigência constitucional de que ela deve ser precedida de licitação pública" (STF, RE 421.971 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 22.2.2011, *DJe*, divulg. 14.3.2011, public. 15.3.2011). No julgamento do RE 422.591, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de "[n]ormas que determinam prorrogação automática de permissões e autorizações em vigor, pelos períodos que especifica", por considerar que tais "[p]rorrogações (...) efetivamente vulneram os princípios da legalidade e da moralidade, por dispensarem certames licitatórios previamente à outorga do direito de exploração de serviços públicos" (STF, RE 422.591, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 1º.12.2010, *DJe*-046, divulg. 10.3.2011, public. 11.3.2011).

[72] STF, ADI 3521, rel. min. Eros Grau, julgamento em 28.9.2006, *DJ* de 16.3.2007.

público não é necessário nem adequado para assegurar a continuidade da prestação dos serviços públicos. E mais: se o ordenamento já conta com dois mecanismos de contratação voltados a essa finalidade, é razoável supor que o verdadeiro objetivo que motivou a inserção da transferência de outorgas em determinados diplomas legislativos não foi o de preservar a continuidade dos serviços, mas sim o de permitir a comercialização privada de contratos públicos, capaz de gerar lucros aos particulares titulares de concessões e permissões.

No caso da radiodifusão, mencione-se ainda, para fins de argumentação, que não há prejuízo em se realizar a licitação quando uma empresa decide parar de executar o serviço. Não há emergência ou calamidade pública que poderia justificar a transferência privada de outorgas. A descontinuidade temporária de concessões e permissões de radiodifusão durante o prazo necessário para a realização de nova licitação *a priori* não acarreta "urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares".[73] Daí que a necessidade de manter a prestação do serviço público não constitui motivo apto a justificar a transferência privada de outorgas de radiodifusão.

Por fim, em relação ao quarto argumento, lembre-se que se interpretam "estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição" — "*exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*".[74] A "lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica".[75] Logo, a exceção criada pelo art. 176, §3º, não se estende às atividades econômicas por ele não regulamentadas. Aplica-se apenas à pesquisa e à lavra de recursos minerais e ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica.[76] A mesma conclusão é obtida quando se analisam outras exceções

---

[73] Redação do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

[74] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 254, 183.

[75] Dicção do revogado art. 6º da Introdução ao Código Civil de 1916.

[76] Em relação a essa questão, a Procuradoria-Geral da República (2004, p. 4) sustentou o seguinte: "A circunstância que impressionou o il. Advogado-Geral da União, de, no caso dos recursos minerais e potenciais de energia elétrica, §3º, do artigo 176, da Constituição Federal ter-se bastado com a prévia anuência, não enfraquece o que até aqui se desenvolveu, e se estabeleceu, pelo fato de que díspares são as situações. Com efeito, na exploração dos recursos minerais, o particular, proprietário do solo, tem garantida a participação no resultado da lavra extraída do sub-solo (§2º), visto que concorrem particular e União na área objeto da exploração, no plano do domínio. (...) Todavia, na prestação de serviços públicos, o particular não se legitima primariamente a cumpri-lo. O dever primário é do poder público".

previstas pela Constituição, como o caso da assistência à saúde e da educação. Ao determinar que essas atividades são livres à iniciativa privada, os arts. 199 e 209 da Constituição criam uma exceção atinente a esses serviços públicos, permitindo que sejam prestados por particulares sem prévia licitação e independentemente de concessão e permissão.[77] A exceção prevista por esses artigos, no entanto, não se estende aos demais serviços públicos, que permanecem sujeitos a licitação, concessão e permissão.

4. Transferência indireta de outorgas

Embora apontem a inconstitucionalidade das transferências diretas, Celso Antônio Bandeira de Mello,[78] Maria Sylvia Zanella di Pietro[79] e Antônio Carlos Cintra do Amaral[80] afirmam serem lícitas as transferências indiretas de concessões e permissões de serviço público. Segundo a autora, não há impedimento à transferência do controle acionário de empresas titulares de outorga pois, "nesse caso, não existe alteração da pessoa do concessionário, já que os sócios possuem personalidade jurídica distinta da entidade".[81]

Esse entendimento não é adequado, pois a personalidade jurídica não tem o condão de afastar os interesses individuais dos sócios que integram as pessoas jurídicas. Como observam Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho:[82]

> Na atribuição de direitos e obrigações a uma pessoa jurídica, o que há, afinal, é uma particular disciplina dos efeitos de atos humanos em que o sujeito (autor) não é o agente (ator). Ascarelli tem, pois, toda razão ao sublinhar que as relações em que é parte uma pessoa jurídica são sempre, em última análise, relações entre homens e dizem respeito, unicamente, a interesses humanos. Trata-se de evidência esquecida por muitos juízes e doutores. Aliás, como salienta um eminente civilista, o

[77] Por conta dessa particularidade, essas atividades são chamadas de serviços públicos não privativos ou não exclusivos do Estado, conforme já se apontou acima.
[78] MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 731-732.
[79] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, op. cit., p. 114.
[80] Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Concessão de serviço público*, op. cit., p. 33-34.
[81] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, op. cit., p. 114.
[82] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2008. p. 350-351, grifo nosso.

> interesse, que se diz da "essência" do direito subjetivo refere-se sempre a indivíduos, ainda que indiretamente por intermédio da pessoa jurídica.

Tomando em conta os interesses individuais envolvidos nas operações, tem-se que as transferências indiretas provocam os mesmos efeitos das transferências diretas: (i) permitem que indivíduos que não participaram da licitação passem a controlar a exploração de serviços públicos, e (ii) ensejam a comercialização de concessões e permissões, viabilizando ganhos econômicos aos titulares de outorgas que alienam a terceiros sua participação societária e sua posição de delegatário dos serviços.

Daí a conclusão de que, tal e qual as diretas, as transferências indiretas de outorgas que importam em transmissão da concessão ou permissão de serviços públicos a outros indivíduos ou grupos econômicos são inconstitucionais e ilegais, pelos mesmos motivos já indicados na seção 3 deste trabalho.

No caso específico da radiodifusão, a Emenda Constitucional nº 36/2002 alterou a redação do art. 222, afastando a proibição à participação de capital estrangeiro e de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão.[83] De maneira a fiscalizar a participação estrangeira, o §5º do art. 222 passou a determinar que "[a]s alterações de controle societário das empresas de que trata o §1º serão comunicadas ao Congresso Nacional".

Dir-se-ia, desde uma primeira leitura, que o enunciado normativo do §5º do art. 222 admite possibilidade de alteração de controle societário de empresas de radiodifusão. Não obstante, não se interpretam os artigos constitucionais de forma isolada do todo que a Constituição compõe.[84] A análise do significado normativo do texto com base no contexto do sistema constitucional conduz à conclusão de que o §5º do art. 222 aplica-se apenas às empresas jornalísticas e não às empresas de radiodifusão.

As alterações de controle societário de empresas de radiodifusão são nulas, pois, na medida em que violam a exigência de licitação dos arts. 37, XXI, e 175 da Constituição e as normas da isonomia e da impessoalidade da administração, constituem negócios jurídicos ilícitos.[85] Por serem nulas, essas

---

[83] Em sua nova redação, o art. 222 passou a admitir a participação de 30% de capital estrangeiro nessas empresas.

[84] Ver GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 132.

[85] Nos termos do art. 166, II, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico quando for ilícito ou impossível o seu objeto.

operações estão excluídas do alcance do §5º do art. 222, que obriga apenas a comunicação de alterações de controle societário válidas juridicamente.

Note-se ainda que o objetivo do §5º do art. 222 foi criar um mecanismo de controle da participação de capital estrangeiro nos meios de comunicação, limitada pelo §1º ao montante de 30% do capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão. No caso da radiodifusão, nenhum mecanismo se faz necessário, pois o procedimento de outorga e o poder de fiscalização já permitem à administração verificar se a composição do capital social das empresas de rádio e TV atende a esse limite. Por outro lado, as demais empresas jornalísticas não prestam serviço público. Não dependem de concessão ou permissão e não se sujeitam à fiscalização do poder público. Por isso, para essas empresas, era necessário criar um novo mecanismo que permitisse a fiscalização do cumprimento do artigo. Logo, é sobre essas empresas que se aplica o §5º do art. 222 da Constituição. A incidência do dispositivo sobre as empresas de radiodifusão, além de impossível juridicamente, é desnecessária.

De resto, reitere-se que os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição devem ser interpretados estritamente.[86] O §5º do art. 222 não contém nenhum comando autorizando ou proibindo determinada conduta. Estabelece apenas que a ocorrência de um fato determinado — "alterações de controle societário das empresas de que trata o §1º" — deve ser comunicada ao Congresso Nacional. Logo, não se pode afirmar que a introdução desse parágrafo na Constituição autorizou a ocorrência de alterações de controle societário de empresas de radiodifusão, derrogando a exigência constitucional de licitação dos arts. 37, XXI, e 175 e as normas da isonomia e impessoalidade da administração, sem sequer fazer menção expressa a essa alteração.

5. Comercialização de tempo de programação

Afirmou-se acima que, ao reconhecer determinadas atividades econômicas como serviços públicos, o Estado as retira do domínio econômico privado, assumindo-as sob sua titularidade, e atribui-lhes uma disciplina jurídica peculiar, nos termos do que prevê o art. 175 da Constituição.[87]

---

[86] Ver Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, op. cit., p. 254.
[87] Ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 678-679.

O setor privado pode assumir a prestação de serviços públicos mediante concessão e permissão. Não obstante, quando isso ocorre, os serviços não poderão ser prestados sob a lógica privada da livre busca pela maximização dos resultados. Não há, nos serviços públicos, a livre concorrência e a livre-iniciativa que caracterizam as atividades econômicas em sentido estrito.[88] Neles, a autonomia privada será sempre limitada pela regulamentação constitucional e infraconstitucional voltadas a garantir o atendimento do interesse público. Tudo de modo a atender a norma da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.[89]

Uma das formas de regulamentação é a que disciplina a remuneração dos concessionários e permissionários.

Nos serviços em que o concessionário ou permissionário remunera-se mediante cobrança direta dos usuários, a lei deve dispor sobre a política tarifária[90] e as tarifas devem ser módicas,[91] pois, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello,[92] "o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da sociedade". Fixadas pelo preço da proposta vencedora da licitação, as tarifas só poderão

---

88 Nesse sentido, veja-se Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 684; MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003., p. 125; ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. Limites à concentração de propriedade dos meios de comunicação — poder do Estado e papel do SBDC. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico — RFDFE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 112-113, set. 2013/fev. 2014. Na jurisprudência: (i) STF, ADPF 46, rel. min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão min. Eros Grau, julgamento em 5.8.2009, *DJe*-035, divulg. 25.2.2010, public. 26.2.2010; e (ii) STF, ADI 845, rel. min. Eros Grau, julgamento em 22.11.2007, *DJe*-041, divulg. 6.3.2008, public. 7.3.2008.

89 Jean Rivero e Jean Waline ressaltam que o problema fundamental do instituto da concessão de serviços públicos é conciliar o interesse geral que rege os serviços públicos com o interesse pessoal do particular que assume os serviços. Os autores destacam que a questão é encaminhada mediante a sujeição do concessionário à estrita autoridade do poder concedente, e a garantia ao particular dos benefícios que ele pode legitimamente pretender. Ver RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1990. p. 584; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23. ed. Paris: Dalloz, 2010. p. 379. Lê-se em Jean Rivero: "***Problèmes fondamentaux***. *— Le régime de la concession classique résulte de la conciliation entre les deux données fondamentales, et apparemment antithétiques, du système: d'une part, un service public, soumis aux impératifs de l'*intérêt général*; d'autre part, un particulier, qui n'en accepte la gestion que mû par le souci de son* intérêt personnel. *Il a donc fallu, tout à la fois, maintenir au concédant, sur le service, une stricte autorité, et garantir au concessionnaire les bénéfices auxquels il peut légitimement prétendre. La nécessité de cette conciliation domine tout le régime de la concession*". Ver Jean Rivero, *Droit Administratif*, op. cit. p. 584, grifos e itálicos do autor. Sobre essa questão, veja-se, na doutrina nacional, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Natureza jurídica da concessão de serviço público*, op. cit., p. 869-873.

90 Ver art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição.

91 Ver arts. 6º, §1º, e 29, V, da Lei nº 8.987/1995.

92 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 743.

ser revisadas ou reajustadas de acordo com as regras previstas em lei, no edital e no contrato.[93]

No serviço público de radiodifusão, a remuneração dos concessionários e permissionários não se dá mediante a cobrança direta dos usuários. A principal fonte de renda do setor é a comercialização de tempo de programação.

A outorga de radiodifusão confere a seu titular o direito de usar um canal do espectro de radiofrequências durante as 24 horas do dia para transmitir sons ou sons e imagens para uma determinada localidade. Mediante a prática da comercialização de tempo de programação, os concessionários e permissionários de radiodifusão assumem a obrigação de veicular os conteúdos determinados pelos terceiros com quem contratam em troca do pagamento de um certo valor. Destinam, assim, parcela do horário de sua programação à transmissão de programas comercializados com terceiros e por eles determinados.

Assim como os concessionários e permissionários de serviços públicos remunerados mediante tarifas possuem restrições em seu direito de buscar a maximização de resultados em razão (i) da política tarifária determinada pelo poder concedente, (ii) da obediência à norma da modicidade tarifária, e (iii) dos limites estabelecidos em lei, no edital e no contrato para a revisão e o reajuste de tarifas, os concessionários e os permissionários de radiodifusão encontram limites para se remunerar pela exploração do serviço que executam. Esse limite é estabelecido pelo art. 124 da Lei nº 4.117/1962 e pelo art. 28, §12, "d", do Decreto nº 52.795/1963, que estipulam que "[o] tempo destinado na programação das estações de radiodifusão à publicidade comercial não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total".[94]

O limite de 25% faz parte da própria estrutura do serviço de radiodifusão. Pois ao mesmo tempo que impede que o particular preste o serviço sob uma lógica eminentemente privada de busca exclusiva pela maximização dos resultados, obriga-o a dedicar a maior parte do tempo de programação — no mínimo, 75% — aos objetivos públicos do serviço, determinados pelo art. 221 da Constituição.[95] Afinal, se o concessionário ou permissionário de

---

93 Ver arts. 9º, 18, VIII, e 23, IV, da Lei nº 8.987/1995.

94 Redação do art. 124 da Lei nº 4.117/1962.

95 "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".

radiodifusão deve utilizar no máximo 25% do tempo de programação para atender ao seu intuito lucrativo, então, consequentemente, segundo o mesmo dispositivo legal, no mínimo 75% do tempo de programação deve se voltar ao atendimento dos objetivos determinados pelo art. 221 da Constituição. Isso quem determina é a lei, ao impor o limite de 25% à publicidade comercial.

Não houvesse essa regra, o montante de programação produzida e transmitida pelos concessionários e permissionários tenderia a diminuir. Os intervalos comerciais tenderiam a aumentar de 15 minutos por hora (25%) para, *v.g.*, 30 ou 45 minutos por hora. Ou os programas comuns tenderiam a ser substituídos por programas *vendidos*, voltados à transmissão de anúncios publicitários ou de conteúdo religioso, como de fato vem ocorrendo.

É verdade que a própria concorrência do mercado tende a moderar a quantidade de programação comercializada nos meios de radiodifusão. Na medida em que uma parcela da audiência prefere os programas audiovisuais que veiculam informação, cultura, arte, conteúdo educacional e entretenimento, a própria lógica concorrencial faz com que uma parte da programação de rádio e TV seja composta por esse tipo de conteúdo e não por programação comercializada, seja ela composta por anúncio publicitário, conteúdo religioso, político ou qualquer outro tipo de programa.

No entanto, a radiodifusão, reitere-se, é um serviço público. A Constituição assim o determinou por reconhecer que o rádio e a televisão não possuem importância meramente econômica. Ao integrarem o sistema de comunicação social, espaço em que se realiza o debate público, as emissoras de rádio e de televisão desempenham um papel fundamental na democracia. Destinam-se a acompanhar e divulgar (i) as informações relativas ao exercício do poder público, (ii) as demais informações socialmente relevantes, tais como as relativas às atividades da iniciativa privada, à economia, política nacional e internacional, ciência, tecnologia e cultura, e (iii) as opiniões e os interesses de representantes de distintos setores sociais. Além disso, constituem dois dos principais canais de distribuição da produção cultural ao público. Não é por outra razão que a Constituição dedicou todo um capítulo aos meios de comunicação social e atenção diferenciada à atividade de radiodifusão.[96]

---

[96] O Capítulo V da Constituição — arts. 220 a 224 — trata da comunicação social. Os arts. 17, §3º; 21, XII, "a"; 21, XVI; 22, IV; 48, XII; 49, XII; 139, III; 155, §2º, X, "d"; 220, §3º, II; 221; 222; e 223 fazem menção expressa à atividade de radiodifusão. Além disso, a doutrina e a jurisprudência nacional e internacional reconhecem a relevância da imprensa para a democracia e sua proteção constitucional. Os meios de radiodifusão fazem parte da imprensa. Nesse sentido, veja-se SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 247; DWORKIN, Ronald.

Por isso, em nosso ordenamento, não é o mercado, mas a lei que estabelece o limite à comercialização de tempo de programação pelos concessionários e permissionários do serviço de radiodifusão.

Ocorre que, como se evidenciou na introdução, no sistema de radiodifusão tem sido frequente a comercialização de tempo de programação superior ao limite de 25%, alguns casos chegando a envolver a negociação de toda a grade da emissora. Essa prática costuma se dar sob diversas modalidades e denominações contratuais, tais como contratos de publicidade comercial, contratos de arrendamento, contratos de divulgação de programação, contratos de aquisição de espaço comercial para a veiculação de programação de televisão e rádio e contratos de terceirização comercial, administrativa e gerencial.[97] Pode, ademais, envolver a negociação de distintos direitos e obrigações a respeito, *v.g.*, (i) da divisão de responsabilidade pela produção do conteúdo e pela contratação da mão de obra e (ii) da utilização ou não dos estúdios dos concessionários e permissionários. No entanto, o que importa considerar inicialmente é que todos esses contratos importam em comercialização de tempo de programação, e devem, portanto, ser considerados para o cálculo do limite legal de 25%.

Daí a conclusão de que a comercialização, por emissoras de rádio e TV, de quantidade superior a 25% da programação, sob quaisquer modalidades e denominações contratuais — sejam as acima mencionadas ou outras que venham a ser criadas —, viola os arts. 124 da Lei nº 4.117/1962 e 28, §12, do Decreto nº 52.795/1963, bem como as normas de produção e programação estabelecidas pelo art. 221 da Constituição.

O direito da liberdade. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 300; BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*: how social production transforms markets and freedom. New Haven; Londres: Yale University Press, 2006. p. 236; ZANONE, Valério. Quarto Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1, p. 1040; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. BverfGE 20, 162. SPIEGEL-URTEIL. 05.8.1966. In: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005; e STF, ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 30.4.2009, *DJe*-208, divulg. 5.11.2009, public. 6.11.2009.

97 A título de exemplo, (i) o acórdão da Apelação Cível n. 2003.004344-6, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, refere a existência de contrato particular de arrendamento de rádio, e (ii) o acórdão do Agravo de Instrumento n. 126566-5, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, aponta a existência de contrato de terceirização comercial, administrativa e gerencial de rádio, caracterizado pelo desembargador relator como um "arrendamento de empresa de radiodifusão". Ver TJSC, Quarta Câmara de Direito Civil, Apelação cível n. 2003.004344-6, rel. des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, data de julgamento 10.12.2009; e TJPR, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento 126566-5, rel. des. Marcos de Luca Fanchin, data de julgamento 1.12.1998, data de publicação 5.12.1999.

O texto dos arts. 124 da Lei nº 4.117/1962 e 28, §12, do Decreto nº 52.795/1963 estabelece que o limite de 25% refere-se ao tempo destinado à *publicidade comercial*.

Cogitar-se-ia de afirmar, mediante interpretação meramente literal e gramatical, que, em razão do termo *publicidade comercial*, o limite de 25% aplica-se apenas à *publicidade comercial stricto sensu*, isto é, à atividade de difusão de mensagens destinadas a estimular o consumo de determinados produtos ou serviços ou a promover a imagem de determinadas instituições comerciais perante a audiência. Dessa forma, não estaria compreendida nesse limite a parcela de tempo de programação contratada para a veiculação de outro tipo de conteúdo — *v.g.*, conteúdo não comercial de cunho religioso, político, institucional ou informativo pago por entidades não comerciais tais como entes estatais (União, estados, municípios e autarquias diversas), organizações religiosas, partidos políticos e instituições sem fins lucrativos como associações, sindicatos e universidades públicas ou privadas sem finalidade lucrativa.

Essa interpretação não é correta nem adequada, pois atribui um significado equivocado ao termo "publicidade comercial" para os fins da Lei nº 4.117/1962 e do Decreto nº 52.795/1963. O termo "publicidade comercial" refere-se ao caráter comercial que a operação tem para o concessionário ou permissionário de radiodifusão, e não ao caráter comercial ou não do conteúdo ou da instituição que contrata determinado tempo de programação. Observe-se que uma emissora de rádio ou televisão pode:

(i) comercializar tempo de programação com uma instituição comercial — como um banco, uma empresa de cosméticos, uma rede varejistas de eletrodomésticos — que pague pela veiculação de conteúdo de caráter comercial, caracterizado como "publicidade comercial *stricto sensu*" — como uma propaganda em intervalo comercial, um *merchandising* que se realize dentro da própria programação ou um programa todo voltado à publicidade de uma instituição, como, *v.g.*, programas de meia hora ou uma hora vendidos para redes de farmácias ou academias promoverem suas atividades; ou

(ii) comercializar tempo de programação com uma instituição não comercial — como a União, os estados e os municípios, organizações religiosas, associações, partidos políticos, sindicatos e universidades públicas ou privadas sem fins lucrativos — que pague pela veiculação de conteúdo de caráter não comercial, não caracterizado como "publicidade comercial *stricto sensu*" — *v.g.* (a) propaganda institucional de ações governamentais, (b) comunicações de caráter informativo a respeito, por exemplo, de campanhas de vacinação,

cuidados com saúde ou obrigações com a justiça eleitoral, (c) mensagens de interesse de sindicatos, como a promoção de atividades sindicais (*v.g.*, festa do dia do trabalho), comunicações a respeito de uma greve ou manifestações favoráveis ou contrárias a determinada medida governamental, (d) mensagens promovendo a imagem institucional de universidades públicas, universidades privadas sem fins lucrativos ou associações sem fins lucrativos como, *v.g.*, a AACD, e (d) a transmissão de programas religiosos, tão difundidos na atualidade.

Em qualquer dessas hipóteses, o concessionário ou permissionário de radiodifusão comercializa tempo de programação. Para ele, a operação sempre tem caráter comercial — sempre é "publicidade comercial" — pois, com ela, aufere renda. E isso ocorre independentemente da destinação comercial ou não que o terceiro dará à programação contratada — se irá anunciar a venda de carros ou transmitir programação religiosa.[98]

Em todos os casos anteriormente cogitados, a emissora de rádio ou TV assume a mesma obrigação, qual seja, a de veicular o conteúdo determinado pelo terceiro com quem contrata em troca do pagamento de um certo valor. O caráter jurídico e econômico dessas operações são idênticos. Logo, da perspectiva do concessionário ou permissionário de radiodifusão, todas essas operações caracterizam-se como "publicidade comercial". Não é à toa que os textos normativos ora tratados regulamentam os concessionários e permissionários de radiodifusão — referem-se a eles — e não aos terceiros que contratam tempo de programação.

Por todos esses motivos, conclui-se que o termo "publicidade comercial" inserto no art. 124 da Lei nº 4.117/1962 e no art. 28, §12, do Decreto nº 52.795/1963 designa toda e qualquer operação de comercialização de tempo de programação realizada por todo e qualquer concessionário e permissionário de radiodifusão, independentemente do caráter comercial ou não do contratante e da caracterização ou não do conteúdo como "publicidade comercial *stricto sensu*".

---

[98] A título de comparação, imagine-se, por exemplo, uma rede de papelaria, que comercializa materiais didáticos, equipamentos de computação e materiais para escritório. A loja tanto pode vender folhas de papel para um estudante, que as utilizará para *finalidades não comerciais* (estudo), quanto para uma gráfica, que as destinará a *finalidades comerciais*, tais como a produção de fotocópias ou de materiais gráficos comercializados com terceiros. Em ambos os casos, a rede de papelaria recebe pagamentos como contraprestação ao fornecimento das folhas de papel. Logo, para essa rede, as duas operações possuem *caráter comercial*, independentemente da *destinação comercial ou não* que seus clientes darão às folhas de papel vendidas.

Interpretação contrária a essa torna as normas em questão inócuas, incapazes de atingir suas finalidades, além de esvaziar-lhes o objeto.

A afirmação de que o limite de 25% não se aplica aos conteúdos que — da perspectiva dos terceiros contratantes — não possuem caráter comercial ou não se caracterizam como "publicidade comercial *stricto sensu*" permitiria que as emissoras de rádio ou televisão comercializassem todo o tempo de programação que lhe foi concedido, desde que o conteúdo veiculado fosse diverso da "publicidade comercial *stricto sensu*". Em outras palavras, permitria a destinação da integralidade do serviço público de radiodifusão à maximização dos resultados do particular, em clara inversão da norma da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Voltadas a restringir o intuito lucrativo privado no serviço de radiodifusão, as normas aqui tratadas, compreendidas de maneira tão restritiva, a nada serviriam.

Interpretação inadequada como essa valeria apenas como subterfúgio para iludir o limite de 25% mediante a diferenciação de operações idênticas, que claramente se enquadram nas normas em questão. Se o particular que presta radiodifusão não pode comercializar mais de 25% da programação, não importa se contrata com A ou B, nem qual o conteúdo se obriga a veicular. Pois, como ensina Carlos Maximiliano:[99]

> Cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito, ou ato jurídico; bem como se aplica às coisas virtualmente compreendidas no objeto da norma.
>
> (...)
>
> Quando se proíbe um fato, implicitamente ficam vedados todos os meios conducentes a realizar o ato condenado, ou iludir a disposição impeditiva. A regra prevalece até mesmo quando provenha de terceiro a ação adequada a facilitar o que a lei fulmina. *Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumbenit*: "procede contra a lei quem faz o que a lei proíbe; age em fraude da mesma o que respeita as palavras do texto e contorna, ilude a objeção legal" (Paulo, no *Digesto*, liv. 1, tít. 3, frag. 29).

[99] Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, op. cit., p. 166, itálicos do autor.

O direito deve ser interpretado de maneira a realizar as finalidades a que almeja. Recorrendo, novamente, a Carlos Maximiliano:[100]

> *Deve o Direito ser interpretado inteligentemente*: não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.
>
> (...)
>
> *Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam peereat*: "Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade".
>
> (...)
>
> *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*: "Saber as leis é conhecer-lhes, não as palavras, mas a força e o poder", isto é, o sentido e o alcance respectivos.

Não deve, portanto, prevalecer a interpretação meramente literal e gramatical que, além de se fiar erroneamente à redação do art. 124 da Lei nº 4.117/1962 e do art. 28, §12, do Decreto nº 52.795/1963 — pois atribui aos textos um sentido incorreto —, confere-lhes um significado que lhes retira o efeito que pretendem produzir.

O regime jurídico da radiodifusão no Brasil é claro: (i) concede ao privado um canal no espectro de radiofrequências para a veiculação de 24 h de programação, (ii) permite-lhe comercializar até 25% desse tempo para se financiar e (iii) obriga-o a destinar no mínimo 75% do tempo para a veiculação de programação que atenda ao art. 221 da Constituição. Qualquer comercialização além do limite de 25% importa em violação ao regulamento do serviço e ao art. 221 da Constituição.

Dando seguimento à análise, importa mencionar que o limite de 25% aplica-se isonomicamente a todos os concessionários e permissionários de radiodifusão. O agente que o viola obtém uma receita ilegal, que lhe permite aumentar arbitrariamente seus lucros em prejuízo de seus concorrentes. Logo, a não observância do limite de 25% constitui infração à ordem econômica, nos

---

100 Ibid., p. 136, 203, 100, itálicos do autor.

termos do disposto no art. 36, III (aumento arbitrário de lucros) e I (prejuízo à concorrência) da Lei nº 12.529/2011.

Além disso, o desrespeito ao limite de 25% enseja as mesmas violações provocadas pela transferência de outorgas.

A contratação de tempo de programação acima do limite permitido em lei constitui uma forma contratual de transferência parcial ou integral da outorga.[101] Ao invés de obter a prestação do serviço mediante o processo de licitação, o indivíduo contrata horários de rádio ou TV acima do limite legal e, assim, passa a controlar uma parcela relevante de determinada outorga de radiodifusão. Isso é bastante evidente nos casos em que se comercializa toda ou quase toda a programação.[102]

A comercialização de parcela maior do que 25% da programação implica, portanto, alienação da posição de delegatário de serviço público a um terceiro que não participou do processo de licitação. Viola, assim, o *caráter extra commercium* do serviço público de radiodifusão, a regra constitucional que exige a realização de licitação para a celebração de contratos pelo poder público (arts. 37, XXI, e 175 da Constituição), o caráter pessoal das concessões e das permissões, as normas da isonomia, da impessoalidade e da eficiência da administração, bem como importa em desvio de finalidade das concessões e permissões de radiodifusão e enseja o enriquecimento ilícito do titular da outorga. Tudo conforme já explicado na seção 3 deste artigo.

Por fim, ressalte-se que (i) os contratos de arrendamento — que envolvem a cessão do uso e do gozo do canal de rádio ou TV, de forma integral (24 h por dia) ou parcial (por um determinado número de horas por dia) — e (ii) os contratos de terceirização comercial, administrativa e gerencial — que promovem a transferência a terceiros da execução da atividade principal da

---

[101] Análoga aos casos de controle externo de sociedades mediante relações contratuais. Veja-se Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, *O poder de controle na sociedade anônima*, op. cit., p. 89 e ss.

[102] Tome-se como exemplos: (i) a CNT e o Canal 21, que comercializaram 22 horas de sua programação, (ii) as emissoras que comercializam toda a programação, como o caso do arrendamento da Rede Brasil FM, da cidade de Leme (SP), informado pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, e (iii) os contratos de arrendamento e de terceirização comercial, administrativa e gerencial de rádio reportados pela jurisprudência — (a) TJSC, Quarta Câmara de Direito Civil, Apelação cível n. 2003.004344-6, rel. des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, data de julgamento 10.12.2009; e (b) TJPR, Primeira Câmara Cível, Agravo de Instrumento 126566-5, rel. des. Marcos de Luca Fanchin, data de julgamento 1.12.1998, data de publicação 5.12.1999. Ver Ricardo Mendonça, Avanço da Universal tira força de rivais na televisão, op. cit.; Keila Jimenez, Universal aluga duas redes de TV por R$ 12 milhões, op. cit.; Ricardo Chapola, Russomanno nega irregularidades em rádio que opera no interior de SP. *O Estado de S. Paulo*, 10 ago. 2012. Disponível em: <www.estadao.com.br/noticias/politica,russomanno-nega-irregularidades-em-radio-que-opera-no-interior-de-sp,914533,0.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

emissora de rádio ou de TV, de forma integral ou parcial — são nulos, por ilicitude de objeto, independentemente da parcela de programação comercializada, seja ela menor ou maior do que o limite de 25%.

Os contratos de arrendamento são nulos, pois envolvem a negociação sem prévia licitação de bem público inegociável (o espectro de radiofrequências), cujo uso é concedido a título *intuitu personae*, mediante licitação, ao concessionário ou permissionário de radiodifusão. Note-se — a lei permite que o executor dos serviços de radiodifusão comercialize 25% da programação. Não admite, no entanto, a alienação do uso e do gozo do bem público utilizado para a prestação do serviço (o canal no espectro de radiofrequências). O que o concessionário ou permissionário pode fazer é se comprometer a veicular o conteúdo determinado pelo terceiro. Não pode, contudo, alienar ao terceiro a própria execução do serviço de radiodifusão, permitindo que ele mesmo utilize o canal para veicular sua programação. Quem deve transmitir a programação é o concessionário ou permissionário, e não o terceiro que contrata a divulgação de conteúdo.

O mesmo raciocínio vale para os contratos de terceirização comercial, administrativa e gerencial que, ademais, são ilícitos, pois a terceirização da atividade principal (atividade-fim) da concessão ou da permissão de serviço público não é admitida no ordenamento brasileiro.[103]

Essa foi a conclusão obtida por Fábio Konder Comparato em parecer emitido sobre o tema. Após considerar que (i) os serviços públicos devem ser prestados sempre através de licitação, (ii) a relação de concessão é personalíssima e (iii) os serviços públicos são *res extra commercium*, não podendo o concessionário de forma alguma "arrendar ou alienar a terceiro sua posição de delegatário do Poder Público", o autor conclui que são "nulos e de nenhum efeito os atos de arrendamento de concessão de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens".[104]

O exposto demonstra que não tem razão o Ministério das Comunicações[105] ao afirmar que a prática de arrendamento não pode ser fiscalizada pelo Estado, pois constitui um negócio privado não previsto pela legislação. Além de constituir forma de comercialização de tempo de programação, que deveria ao menos respeitar ao limite legal de 25%, esse contrato é nulo,

---

[103] Ver Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, op. cit., p. 227-231.

[104] Fábio Konder Comparato, *Parecer sobre ato, formal ou informal, de cessão ou arrendamento a terceiros de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, efetuado por um concessionário*, op. cit., p. 3-5.

[105] Ver Ministério das Comunicações, *Nota informativa nº 168/2012/DEAA/SCE-MC, emitida no âmbito do Procedimento Preparatório do MPF nº 1.34.001.007519/2011-36*, op. cit., p. 2-3.

pois, como se viu, viola o regime jurídico das concessões e permissões do serviço de radiodifusão. O poder concedente tem, portanto, o dever de coibir essa prática, seja mediante a adoção das medidas para obter a declaração de nulidade dos contratos, quanto pela imposição das sanções aos concessionários e permissionários responsáveis, inclusive a de extinção da concessão ou permissão, quando cabível.

A jurisprudência sobre o assunto é escassa. Há precedentes já mencionados que referem a existência de contratos de arrendamento de radiodifusão, mas cujo objeto da lide não era a licitude ou não da prática. No entanto, vale dizer que, nesses casos, os magistrados não consideraram nulos os contratos, como poderiam fazê-lo com base no parágrafo único do art. 168 e no art. 169 do Código Civil.

Por outro lado, a confirmar a conclusão obtida nos itens indicados, vale citar a decisão do TJSC que afirmou a ilicitude de locação de bem público concedido a um particular, ainda que autorizada pelo poder concedente, por "fraude ao procedimento licitatório e enriquecimento ilícito do locador, que paga ínfima remuneração ao poder público e recebe aluguéis em quantia superior".[106] Como se vê, trata-se de um caso análogo à comercialização de tempo de programação de radiodifusão. Lá, houve aluguel de bem público por valor superior ao que foi pago à administração; aqui, trata-se de "aluguel" de parte ou da integralidade de canais de rádio ou TV em troca de remuneração em geral superior à que foi paga pela concessão ou permissão do serviço.

Vale ainda dizer que a prática da comercialização de tempo de programação não constitui um "estímulo à produção independente", nos termos do art. 221, II, da Constituição.

Essa produção é estimulada quando as emissoras de rádio e TV compram programas feitos por produtores independentes,[107] direcionando, assim, a outras empresas parcela da renda da atividade de radiodifusão e ampliando a demanda por produção audiovisual. Por aí se vê que o art. 221, II, da Constituição atua no sentido de incentivar a desconcentração do setor. Se, por um lado, o Estado outorga a um particular o controle sobre todo um canal de rádio ou TV, por outro, determina que ele compre programas audiovisuais produzidos por outras empresas. Assim, uma parte da renda auferida com a

---

[106] TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.008412-9, de Criciúma, rel. des. Jaime Ramos, j. 11.8.2003.

[107] Sobre a definição de produtores independentes, o artigo 16, §1º, alínea "d" do Decreto nº 52.795/1963 refere-se a "entidade que não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas ou entidades executoras de serviços de radiodifusão".

radiodifusão é dirigida para o mercado. O estímulo à produção independente constitui forma de *distribuição* e não de *obtenção* de renda pelo radiodifusor.

No caso ora avaliado, os radiodifusores *não compram* programas, mas *sim comercializam* horários de sua programação. Os terceiros contratantes *não auferem renda*. Ao contrário, *pagam pela veiculação de programas* por terem interesse em atingir a audiência da emissora.

Não se pode, portanto, dizer que a comercialização de tempo de programação constitui "estímulo à produção independente", nos termos do art. 221, II, da Constituição, pois essa operação não gera demanda nem direciona recursos a produtores independentes. De mais a mais, ainda que assim se considerasse, a comercialização de programação permaneceria vinculada ao limite de 25% determinado pela Lei nº 4.117/1962.

6. Comparações

Admitir a constitucionalidade e a legalidade (i) da comercialização de tempo de programação acima do limite de 25% e (ii) das transferências diretas ou indiretas de concessões e permissões de radiodifusão é análogo a admitir a possibilidade de arrendamentos ou transferências de cargos públicos providos mediante concurso público.

Esses distintos institutos — cargos públicos, de um lado, e concessões e permissões de serviço público, de outro — são semelhantes em alguns aspectos. Assim como ocorre no caso das concessões e permissões, a posse não confere ao indivíduo nenhuma disponibilidade ou direito de propriedade sobre o cargo público. Isto é, o titular do cargo não pode comercializar sua posição de servidor público.

Daí porque é inadmissível que um titular de cargo público aprovado mediante concurso (*v.g.*, um juiz ou um professor de universidade pública) transfira ou arrende seu cargo a outro indivíduo, a título gratuito ou oneroso, ainda que essa transferência ou arrendamento tenha sido precedida/o por anuência do poder público e ainda que o indivíduo para o qual o cargo é transferido ou arrendado possua capacidade técnica e condições jurídicas para assumi-lo e se comprometa a cumprir todas as normas estatutárias aplicáveis ao cargo em questão.

E mais: não é possível justificar a transferência ou o arrendamento de cargo público em razão da necessidade de manter a continuidade da prestação dos serviços. Em casos emergenciais, a Constituição estabelece a possibilidade de

"contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (art. 37, IX), tal qual ocorre nas concessões e permissões de serviço público, no caso de dispensa de licitação em casos de emergência ou de calamidade pública.

Por fim, admitir que o titular de outorga de radiodifusão possa comercializar mais de 25% do tempo de programação é tão incorreto quanto admitir que um concessionário ou permissionário de serviço público possa aumentar a tarifa acima do permitido pelas regras estabelecidas na lei, no edital e no contrato.[108]

7. Conclusão

Em síntese, a exposição aqui desenvolvida resulta na conclusão de que as transferências diretas e indiretas de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação acima do limite legal de 25% — realizadas sob qualquer modalidade e denominação contratual — violam a Constituição e a legislação que regulamenta o serviço. O art. 38, "c", da Lei nº 4.117/1962 e os arts. 89 e 90 do Decreto nº 52.795/1963, que permitem as transferências diretas e indiretas de outorgas de radiodifusão, são inconstitucionais. Os contratos de arrendamento e os contratos de terceirização comercial, administrativa e gerencial de emissoras de rádio e TV são nulos, pois violam o regime jurídico das concessões e permissões de radiodifusão.

O Ministério das Comunicações, responsável pela fiscalização do serviço, tem o dever de coibir essas práticas. Nos casos em que não o fizer, o Ministério Público Federal deve atuar requerendo a declaração de nulidade das operações e a punição dos responsáveis, inclusive do poder concedente, quando omisso.

A adoção de medidas no sentido da redução da comercialização privada de outorgas contribuirá para a proteção dos recursos públicos e para viabilizar aos interessados condições isonômicas de disputar concessões e permissões de radiodifusão.

Uma eventual abertura de espaço para novos radiodifusores daí decorrente pode, inclusive, ser utilizada pelo poder público para democratizar o setor, ampliando a diversidade e a pluralidade dos prestadores do serviço, em especial, mediante a atribuição de outorgas para o serviço público e comunitário de radiodifusão.

---

[108] Veja-se o art. 9º da Lei nº 8.987/1995.

Além disso, o combate às transferências e à comercialização de programação acima do limite legal tende a reduzir o proselitismo religioso que atualmente ocupa espaço excessivo na grade das emissoras de TV e rádio do país.

Referências

ABRIL COMUNICAÇÕES S.A. e empresas controladas. *Demonstrações financeiras em 31 de dezembro de 2013 e relatório dos auditores independentes*. São Paulo, 31 mar. 2014. Disponível em: <http://grupoabril.abrilm.com.br/Abril%20Comunica%C3%A7%C3%B5es_DFs%20Dezembro%202013.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2014.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO — AGU; COSTA, Alvaro Augusto Ribeiro. *Parecer relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*. Brasília, 4 nov. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2147534>. Acesso em: 2 set. 2014.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. Limites à concentração de propriedade dos meios de comunicação — poder do Estado e papel do SBDC. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico — RFDFE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 105-137, set. 2013/fev. 2014.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos*: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.

BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*: how social production transforms markets and freedom. New Haven; Londres: Yale University Press, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*: comentários à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Curitiba: Juruá, 1995.

CASTRO, Daniel. Ministério Público pede a cassação da Rede TV! *Folha de S.Paulo*, 8 jun. 2000. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0806200006.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

CHAPOLA, Ricardo. Russomanno nega irregularidades em rádio que opera no interior de SP. *O Estado de S. Paulo*, 10 ago. 2012. Disponível em: <www.estadao.com.br/noticias/politica,russomanno-nega-irregularidades-em-radio-que-opera-no-interior-de-sp,914533,0.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

CIMINO, James. CNT viola lei duas vezes ao arrendar até 92% da grade para Igreja Universal. *UOL*, 17 jul. 2014. Disponível em: <http://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2014/07/17/cnt-viola-lei-duas-vezes-ao-arrendar-ate-92-da-grade-para-igreja-universal.htm>. Acesso em: 1º set. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Parecer sobre ato, formal ou informal, de cessão ou arrendamento a terceiros de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, efetuado por um concessionário*. out. 2009. Disponível em: <www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed673_omissao_do_congresso_desprezo_dos_concessionarios>. Acesso em: 1º set. 2014.

CONGRESSO NACIONAL. *Manifestação do Congresso Nacional nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*. Brasília, 14 ago. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2147534>. Acesso em: 2 set. 2014.

CREDENDIO, José Ernesto. Russomanno opera rádio sem autorização. *Folha de S.Paulo*, 10 ago. 2012. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/59908-russomanno-opera-radio-sem-autorizacao.shtml>. Acesso em: 26 jun. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

____. *Parcerias na administração pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOLHA DE S.PAULO. Empresário diz que operação foi "absolutamente legal". *Folha de S. Paulo*, 8 jun. 2000. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0806200007.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HAJE, Lara. Venda de espaço na programação de rádio e TV é ilegal, dizem debatedores. *Agência Câmara Notícias*, 15 dez. 2011. Disponível em: <www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/207057-VENDA-DE-ESPACO-NA-PROGRAMACAO-DE-RADIO-E-TV-E-ILEGAL,-DIZEM-DEBATEDORES.html>. Acesso em: 1º set. 2014.

INTERVOZES — COLETIVO BRASIL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. *Intervozes, FNDC e MPF criticam arrendamento das grades de programação de TV em audiência pública realizada na Câmara*. 9 ago. 2014. Disponível em: <http://intervozes.org.br/intervozes-fndc-e-mpf-criticam-arrendamento-das-grades-de-tv-em-audiencia-publica-na-camara/>. Acesso em: 1º set. 2014.

JIMENEZ, Keila. Universal aluga duas redes de TV por R$ 12 milhões. *Folha de S.Paulo*, 22 maio 2014. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrada/167055-universal-aluga-duas-redes-de-tv-por-r-12-milhoes.shtml>. Acesso em: 26 jul. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

LIMA, Venício A. de. Omissão do Congresso, desprezo dos concessionários. *Observatório da Imprensa*, edição 673, 20 dez. 2011. Disponível em: <www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed673_omissao_do_congresso_desprezo_dos_concessionarios>. Acesso em: 1º set. 2014.

LOBATO, Elvira. Comércio ilegal de rádio e TV funciona sem repressão. *Folha de S.Paulo*, 28 mar. 2011. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2803201102.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 115-126.

MENDONÇA, Ricardo. Avanço da Universal tira força de rivais na televisão. *Folha de S.Paulo*, 17 jul. 2014. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/poder/2014/07/1487099-avanco-da-universal-tira-forca-de-rivais-na-televisao.shtml>. Acesso em: 1º set. 2014.

____. Canal da antiga MTV foi vendido sem aval público obrigatório. *Folha de S.Paulo*, 3 ago. 2014. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/poder/2014/08/1495056-canal-da-antiga-mtv-foi-vendido-sem-aval-publico-obrigatorio.shtml>. Acesso em: 29 ago. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza jurídica da concessão de serviço público. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, Porto Alegre, ano III, v. II, n. 1, p. 859-899, 1951.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. *Nota informativa nº 168/2012/DEAA/SCE-MC, emitida no âmbito do Procedimento Preparatório do MPF nº 1.34.001.007519/2011-36*. Brasília, 7 dez. 2012.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*: comentários à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e à Lei n. 9.074/95, das Concessões do Setor Elétrico (com as alterações da Lei n. 9.648/98). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Manifestação da Presidência da República nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*. Brasília, 14 ago. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2147534>. Acesso em: 2 set. 2014.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA — PGR; FONTELES, Cláudio. *Parecer nº 1.343, relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*. Brasília, 11 fev. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2147534>. Acesso em: 31 ago. 2014.

____. *Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946*. Brasília, 23 jul. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=368957#2%20-%20Peticao%20inicial>. Acesso em: 12 ago. 2014.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1990.

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

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

____. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. *Limites ao exercício da liberdade religiosa nos meios de comunicação de massa*. São Paulo, 2004. Disponível em: <www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/digualdetnraclibrel/Artigo%20-%20Limites%20ao%20Exercicio%20da%20LIberdade%20Religiosa%20nos%20Mei.pdf>. Acesso em: 9 set. 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. BverfGE 20, 162. SPIEGEL-URTEIL. 5 ago. 1966. In: SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23. ed. Paris: Dalloz, 2010.

ZANONE, Valério. Quarto Poder. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. v. 1.