

## Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional

Miriam Wimmer<sup>1</sup>  
Octavio Penna Pieranti<sup>2</sup>

### Resumo

O artigo objetiva discutir, sob uma perspectiva crítica, os problemas na regulamentação dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, à luz da caracterização constitucional de serviços públicos. Para tanto, faz-se uma análise do tratamento infraconstitucional dos serviços de radiodifusão e dos instrumentos de outorga empregados, destacando-se a diferença de tratamento em relação ao regime geral de concessões de serviços públicos, as contradições entre os regimes aplicáveis aos serviços de telecomunicações e aos de radiodifusão e as deficiências no que tange à proteção dos interesses da coletividade.

**Palavras-Chave:** serviço público; radiodifusão; instrumentos de outorga; concessão.

### Introdução

A única unanimidade doutrinária quanto ao conceito de serviço público é, possivelmente, a dificuldade em defini-lo com precisão. O tema é controverso e as posições sustentadas variam significativamente, conforme as diversas ideologias e ordenamentos jurídicos aplicáveis em diferentes locais e momentos históricos. No cerne do conceito está o debate acerca do espaço a ser ocupado pelo Estado e da natureza das atividades a serem por ele exercidas.

Essa discussão ganha especial relevância quando aplicada aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão, não apenas em função do papel central que tais atividades desempenham para a consolidação da democracia, mas também em razão das peculiaridades na sua regulamentação, distante do regime geral de concessões de serviços públicos, contraditória ao estabelecer diferenças substanciais entre os regimes aplicáveis aos serviços de telecomunicações e aos de radiodifusão e deficiente no que tange à proteção dos interesses da coletividade. Neste artigo, pretende-se discutir, sob uma perspectiva crítica, os problemas na regulamentação infraconstitucional dos serviços de radiodifusão, à luz da caracterização constitucional de serviços públicos.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ e pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília – UnB, e-mail: mirinhaw@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Administração Pública e Doutorando em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas – EBAPE/FGV, e-mail: octavio.pieranti@fgv.br

### Conceito doutrinário de serviço público

Embora seja possível remeter a gênese do serviço público aos “serviços reais” desempenhados pelo Estado absolutista (GROTTI, 2000), foi com o surgimento do Estado Social – impulsionado por fenômenos como a Revolução Industrial, a desigualdade social, as sucessivas crises econômicas e guerras – que o Estado passou a assumir a prestação de tarefas até então exercidas exclusivamente em regime privado, mediante declaração de interesse público e conseqüente transferência de titularidade ao Estado (*publicatio*). Esse novo posicionamento do Estado está vinculado também à constitucionalização dos direitos sociais, inicialmente através da Constituição mexicana de 1917, e, posteriormente, pela Constituição de Weimar de 1919, fazendo com que o Estado passasse a ter responsabilidade direta sobre atividades assistencialistas e algumas atividades econômicas associadas diretamente aos direitos fundamentais. A noção de serviço público floresceu, portanto, no contexto do surgimento de um Estado interventor, incumbido de proporcionar variadas finalidades de bem estar coletivo.

A formulação mais tradicional do conceito de serviço público é a da escola francesa, capitaneada por nomes como Duguit, Gèze, Bonnard e Roland. A noção de serviço público era, no direito francês, pilar de todo o Direito Administrativo, substituindo o conceito de soberania ou poder Estatal como fundamento do Direito Público (DI PIETRO, 2001). Embora houvesse diferenças pontuais entre os diversos autores, é possível identificar alguns elementos comuns à conceituação do serviço público para a Escola Francesa: (i) prestação direta pelo Estado; (ii) função de satisfação de interesse geral; e (iii) submissão às normas de direito público, em detrimento das regras válidas para o direito privado (RIVERO, 1977). Essa linha teórica clássica sofreu alguns abalos com a crescente prestação de serviços públicos por particulares mediante delegações estatais (às vezes por meio de concessões), tendo, porém, sido retomada a partir da segunda metade do século XX, com novos influxos da jurisprudência do Conselho de Estado francês (VEDEL, 1976).

Já nos países anglo-saxões, onde vigora o regime de “*common law*”, a caracterização jurídica da prestação pelo Estado ocorreu de forma completamente diversa daquela desenvolvida na escola francesa. Nessa seara, salvo raríssimas exceções, sempre prevaleceu a visão de que as atividades econômicas seriam, em princípio, reservadas à órbita da iniciativa privada. As atividades com especial relevância para a coletividade eram definidas pelo direito anglo-saxão como “*public utilities*”, sujeitas a algum grau de controle de preços, qualidade e competitividade (AGUILLAR, 1999). Assim, há uma fundamental diferença entre (i) os

serviços públicos de matiz europeia e latino-americana, cujo titular é o Estado, que eventualmente os delega a particulares sob regulação e controle estatal; e (ii) as “*public utilities*” anglo-saxônicas, atividades da iniciativa privada (ARAGÃO, 2007).

Um modelo híbrido é, hoje, adotado na União Europeia, onde a tradicional noção de serviço público tem perdido lugar para o conceito de *serviços de interesse econômico geral* e *serviços universais*, prestados, em regra, pela iniciativa privada e submetidos à regulação setorial e às regras gerais da concorrência. Em face da privatização e da liberalização dos serviços públicos na Europa, parte da doutrina tem sustentado a necessidade de revisão dos sustentáculos tradicionais do conceito, substituindo os “velhos serviços públicos” por um sistema presidido pela liberdade de empresa, sem titularidade estatal ou reversão de bens (ARIÑO ORTIZ, 2005).

Também no Brasil o conceito de serviço público é vacilante. A doutrina usa, como critério de identificação do serviço público, ora aspectos *orgânicos* (serviço prestado por órgãos públicos), ora aspectos *formais* (serviço definido como público por disposições constitucionais e/ou legais e sujeito a regime de direito público), ora aspectos *materiais* (serviço correspondente a um relevante interesse da população não atendido adequadamente pela iniciativa privada) (AGUILLAR, 1999; MEIRELLES, 2004). Ademais, há divergências quanto à amplitude do conceito, variando desde aqueles que entendem ser serviço público “toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins” (MASAGÃO, 1968, p. 252) até aqueles que restringem o conceito à “atividade prestacional em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano”, excluindo-se as atividades-meio, a exemplo da arrecadação de tributos (MEDAUAR, 2006, p. 313).

### **Conceito constitucional de serviço público**

A Constituição de 1988, por sua vez, apesar de não definir o conceito com precisão, estabeleceu, em seu art. 175, três características centrais dos serviços públicos: (i) a competência para a sua prestação é do poder público; (ii) essa prestação pode ocorrer diretamente pelo Estado ou sob regime de concessão ou permissão; e (iii) nos casos em que a exploração não se dá diretamente pelo Estado, a escolha da prestadora deverá se dar sempre por meio de licitação. Nesse sentido, o artigo 21 da Constituição, em seus incisos X a XII, contém diversas previsões quanto a serviços públicos, o que leva a parte majoritária da doutrina a intitulá-los “serviços públicos por inerência”.

Deve-se, ainda, chamar atenção para a controvérsia que ainda reina no que diz respeito à figura jurídica da “autorização”, prevista nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, tendo em vista que o artigo 175 da Constituição associou apenas as figuras da “concessão” e da “permissão” à prestação de serviços públicos. Como esclarece Grotti (2000), há três possibilidades alternativas de interpretação para essa figura: (i) o artigo 175 erroneamente deixou de mencionar a “autorização” entre as modalidades de delegação de serviços públicos, ao lado da permissão e concessão; (ii) introduziu-se impropriamente no artigo 21 o regime de autorização para um serviço público, conflitando com o art. 175; ou (iii) o regime de autorização estaria a demonstrar que alguns dos serviços de competência da União previstos no artigo 21, XI e XII não seriam serviços públicos, mas constituiriam atividades econômicas em sentido restrito.

Nessa linha, há autores que entendem que a expressão “autorização de serviço público” importa uma contradição em termos: para Carvalho Filho (2005) e Justen Filho (2006), por exemplo, nem todas as atividades dispostas no artigo 21 da Constituição podem ser reconhecidas como serviço público, visto que esse deve atender a princípios apresentados adiante. Os autores, em análise que extrapola o debate acerca da figura da “autorização”, citam especificamente o exemplo da radiodifusão, porque julgam pacífico que nem todas as emissoras de rádio exercem um serviço público. Por outro lado, doutrinadores como Silveira (2003) e Bastos (1997) declaram que os serviços do artigo 21 continuam sendo serviços públicos de competência material da União, mesmo quando prestados sob regime de autorização.

Para os fins deste artigo, contudo, sem adentrar na polêmica acerca da natureza jurídica da autorização de serviço público, importa afirmar que a corrente majoritária dos autores defende que a Constituição caracteriza como serviços públicos determinadas atividades econômicas, cuja exploração compete à União, podendo ocorrer sua delegação a particulares mediante instrumentos como a concessão, a permissão ou, dependendo da corrente teórica, a autorização do Poder Público. Esse é o caso dos serviços previstos no artigo 21 da atual Constituição Federal, entre os quais se incluem os serviços de telecomunicações e de radiodifusão (AGUILLAR, 1999; GROTTI, 2000; SILVA, 2001; MEIRELLES, 2004).

É interessante notar que a titularidade da União sobre serviços de comunicação remonta à Constituição de 1934, que já determinava competir privativamente à União “explorar ou dar em concessão os serviços de telegraphos, radiocomunicação(...)” (art. 5º,

VIII). Mesmo a Constituição de 1891 já conferia um caráter público aos antecessores remotos dos serviços de (tele)comunicações, ao atribuir à União a competência para decretar “taxas dos correios e telegraphos federaes” (art. 7º, 4º).

Com base nesses aportes teóricos, tendo em vista que os serviços de telecomunicações e de radiodifusão têm sido reiteradamente definidos, pelas Constituições brasileiras, como serviços de competência da União, a serem explorados diretamente pelo Estado ou mediante delegação por concessão, autorização ou permissão, pode-se defender que esses serviços são constitucionalmente definidos como serviços públicos, conforme afirma a maior parte dos autores.

Apesar das divergências quanto à amplitude do conceito, é pacífica, na doutrina administrativa, a enunciação de determinados princípios intrínsecos aos serviços públicos. Entre tais princípios gerais está a obrigação de prestar “serviço adequado” (art. 175, inciso IV da Constituição Federal de 1988), com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º da Lei n.º 8.987, intitulada Lei de Concessões, que não se aplica à radiodifusão). Para assegurar a isonomia e a transparência, a Constituição determina que sempre que um serviço público seja prestado por um particular, a concessão ou permissão seja atribuída mediante licitação (art. 175, *caput*). Ademais, o regime de direito público pressupõe mecanismos efetivos de prestação de contas, participação e controle social, de modo a permitir que o Estado e a sociedade possam fiscalizar a adequação e eficiência do serviço. No caso específico das telecomunicações e da radiodifusão, objetos deste estudo, a Constituição de 1988 estabeleceu, ainda, em seu artigo 222, determinados princípios de produção e programação aplicáveis, desde 2002, a todos os meios de comunicação eletrônica de massa.

### **O tratamento infraconstitucional dos serviços de radiodifusão e de telecomunicações**

De 1962 a 1997, todo o setor de telecomunicações foi regido pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), aprovado pela Lei n.º 4.117/62. Com a promulgação da Constituição de 1967, a competência para a exploração de serviços de telecomunicações passou a ser de titularidade exclusiva da União, diretamente ou mediante autorização ou concessão (art. 8º, XV, “a” da Constituição de 1967). Sob a égide dessa Constituição e da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 foi constituída a empresa Telebrás, sociedade de economia mista posteriormente designada como “concessionária geral” para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações em todo o território nacional (Decreto n.º 74.379/74).

Não obstante a caracterização constitucional dos serviços de telecomunicações – compreendidos em sentido lato, englobando os serviços de radiodifusão – como serviços públicos em sentido exclusivamente técnico, de titularidade da União, suscetíveis de prestação direta ou mediante delegação a particular, deve-se chamar a atenção para a confusa redação empregada pelo CBT ao definir o conceito e os serviços incluídos no âmbito de abrangência do “serviço público”.

O CBT determinou competir privativamente à União a manutenção e exploração direta da própria rede de telecomunicações ou Sistema Nacional de Telecomunicações, bem como dos serviços públicos de telégrafos, de telefones interestaduais e de radiocomunicações (art. 10, I, CBT), ressalvadas as exceções constantes do próprio CBT, inclusive quanto ao serviço de radiodifusão, que poderia ser prestado diretamente pelo Estado ou deixado a cargo da iniciativa privada, mediante concessão, permissão ou autorização (art. 32 CBT). O CBT separou, ainda, as definições de “serviço público”, entendido como aquele “destinado ao uso do público em geral”, e de radiodifusão, definida como aquela destinada a ser recebida direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão (art. 6º). Além disso, estabeleceu, no caso da radiodifusão, uma lógica jurídica incomum no que se refere aos instrumentos de outorga de um serviço público, tratada adiante. Com base nessas e em outras inconsistências, pesquisas anteriores no campo da comunicação já ressaltaram o caráter incomum do conceito de serviço público no que tange à radiodifusão no Brasil (SANTOS; SILVEIRA, 2007).

A Constituição de 1988, por sua vez, promoveu relevantes mudanças no que tange à redefinição do papel do Estado na ordem econômica, disciplinando o setor de telecomunicações e de radiodifusão em dois incisos diferentes sem, no entanto, separá-los conceitualmente. O inciso XI do art. 21 determinou ser competência da União “explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União”. Já o inciso XII, alínea a, estabelecia ser competência da União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão “os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações”. Essa estrutura normativa se adequava perfeitamente à forma em que tais serviços eram prestados: a rede e os serviços públicos de telecomunicações, definidos no CBT, eram explorados pela União por meio das operadoras do Sistema Telebrás,

incluindo a Embratel, e os serviços de radiodifusão eram prestados, via de regra, por particulares mediante autorização, concessão ou permissão.

Na década de 1990, contudo, no âmbito dos movimentos de reforma do Estado, foi publicada a Emenda Constitucional n.º 08/95, que alterou o artigo 21, incisos XI e XII da Constituição, tratando em incisos distintos os serviços de radiodifusão e de telecomunicações e prevendo a criação de um órgão regulador para organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, que seriam abertos à exploração por empresas privadas mediante concessão, permissão ou autorização.

Vale chamar a atenção para a dimensão das alterações promovidas no texto constitucional. No inciso XI do artigo 21, não apenas foi eliminado o monopólio estatal sobre a prestação de serviços de telecomunicações, mas a própria referência a “serviços públicos de telecomunicações” foi suprimida. No inciso XII, ao eliminar a expressão “e demais serviços de telecomunicações” originalmente aposta aos serviços de radiodifusão, abriu-se espaço para os defensores da tese de que radiodifusão e telecomunicações são universos que não se confundem, o que legitimaria inclusive a existência de marcos normativos distintos para tais setores. Dois anos após a promulgação da Emenda Constitucional foi publicada a Lei n.º 9.472/97, também conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que estabeleceu as regras concernentes à reestruturação e desestatização das empresas federais de telecomunicações e previu a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), novo órgão regulador das telecomunicações, mantendo, porém, intocada a legislação aplicável à radiodifusão.

A LGT introduziu profundas mudanças em relação ao regime jurídico anteriormente vigente. Ao abrir o mercado para a iniciativa privada, eliminando a obrigatoriedade de prestação dos serviços de telecomunicações diretamente pelo Estado ou por empresa sob controle acionário estatal, a Emenda Constitucional n.º 08/95 abriu espaço para que a LGT distinguisse dois regimes jurídicos de prestação de serviços de telecomunicações: o *regime público*, prestado mediante concessão ou permissão, em consonância com o disposto no art. 175 da Constituição, e sujeito a obrigações de universalização e continuidade; e o *regime privado*, prestado mediante autorização por prazo indeterminado, baseado nos princípios constitucionais da atividade econômica e inspirado pela idéia de “mínima intervenção na vida privada” (art. 128 LGT). Além disso, a lei classificou os serviços em relação à amplitude dos interesses atendidos, separando-os em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, podendo os primeiros ser prestados tanto sob regime público quanto sob regime

privado, e os segundos apenas sob o regime de direito privado. O único serviço definido como prestado sob o regime público e por meio de concessão foi o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), sendo os demais explorados mediante simples autorização da Agência. A permissão foi reservada pela LGT para a prestação de serviços em regime público e em caráter transitório, aplicável apenas em situações excepcionais, comprometedoras do funcionamento do serviço. Da jurisdição da ANATEL foi excluída a outorga dos serviços de radiodifusão, cuja regulação permaneceu na esfera do Ministério das Comunicações, sob a regência do já combatido CBT, parcialmente revogado pela LGT, com exceção da matéria penal e dos dispositivos relativos aos serviços de radiodifusão. À recém-criada agência foi atribuída a responsabilidade apenas de elaboração e manutenção dos respectivos planos de distribuição de canais e da fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações.

Já os serviços de TV por assinatura permaneceram numa espécie de limbo jurídico. Sem tratamento adequado da matéria pela LGT, as competências que anteriormente incumbiam ao Poder Executivo e ao Ministério das Comunicações foram atribuídas a ANATEL, embora sob a égide da pré-existente Lei do Cabo e de regulamentos elaborados anteriormente pelo Ministério das Comunicações. A ANATEL foi dada a incumbência de gradativamente substituir os regulamentos, normas e demais regras então em vigor por regulamentação a ser por ela editada.

### **Instrumentos de outorga da radiodifusão**

Ao tratar das competências da União, a Constituição Federal de 1946 estabelecia, em seu artigo 5º, inciso XII, que os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão e de telefonia interestadual ou internacional, dentre outros, poderiam ser explorados diretamente ou mediante autorização ou concessão. No caso dos serviços públicos prestados por empresas concessionárias – assim explicitamente chamados no artigo 151 – haveria um controle específico, que incluiria a fiscalização e a revisão de tarifas com vistas ao emprego dos recursos no melhoramento e na expansão dos serviços. Além disso, ficaria a critério da legislação em vigor, conforme o inciso XI do artigo 157, a fixação de percentagens mínimas de trabalhadores brasileiros em empresas concessionárias.

Apesar de a Carta Magna de 1946 tentar demarcar o fim de um período autoritário e o nascimento de uma nova fase democrática da vida pública brasileira, a ruptura com o regime anterior não se fez por completo. As telecomunicações, por exemplo, continuaram regidas,



dentre outros marcos, pelos decretos 20.047 de 1931 e 21.111 de 1932, os primeiros a tratarem, também, da radiodifusão. Esse quadro não se alteraria até a década de 1960, quando foi promulgado e regulamentado o Código Brasileiro de Telecomunicações – não por acaso, até então, o decreto 21.111 era chamado por autoridades reguladoras de “o imbatível”, já que não havia outro marco voltado ao setor no qual o Estado pudesse embasar sanções (SILVA, 1990).

O decreto 20.047 determinava que o serviço internacional público (de telefonia) e o serviço de radiodifusão (à época, o rádio) seriam prestados pela União, por sociedades civis ou empresas brasileiras idôneas, mediante concessão. O serviço interior limitado (ou seja, as telecomunicações de alcance restrito, como as voltadas à orientação do tráfego e à viabilidade da comunicação privada) e os serviços especiais (para fins científicos, por exemplo) seriam prestados por meio de permissão. O decreto 21.111, que aprovou o regulamento da radiocomunicação em território nacional, acrescentou o serviço público restrito à lista das permissões. Em nenhum dos dois documentos havia menção à autorização como instrumento de outorga.

Estabeleceu-se, pois, um vazio jurídico no que se refere à regulamentação da autorização como instrumento de outorga no setor, prevista na Constituição de 1946, mas ignorada nos marcos legais voltados às telecomunicações até a promulgação do CBT em 1962. Antes dele, porém, um novo meio de comunicação de massa, recém-chegado ao Brasil, deveria se encaixar na precária lógica dos instrumentos de outorga para a prestação de serviços de telecomunicações – a televisão, cuja exploração, à luz dos decretos do regime Vargas, tornou-se possível também por meio de concessão.

No que se refere aos marcos infraconstitucionais relativos às telecomunicações, outra inovação do Código foi introduzir a figura da autorização como instrumento de outorga a ser aplicado aos serviços de caráter local, incluindo a radiodifusão. Novamente fez-se presente a idéia de reservar a figura da permissão aos serviços restritos, como o público restrito, o limitado e o de rádio amador. O decreto 52.795 de 1963, que aprovou o regulamento dos serviços de radiodifusão já com base no CBT, entretanto, criou nova interpretação para os diferentes instrumentos de outorga. De acordo com o seu artigo 5º, autorização passava a ser um instrumento genérico de outorga, reconhecido como concessão (no caso dos serviços de radiodifusão sonora de caráter nacional ou regional e de televisão) ou permissão (no caso da radiodifusão de caráter local, ou seja, as emissoras em FM, que viriam a se popularizar na

década seguinte). Mesmo assim, em outros dispositivos, o documento volta a se referir a empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas.

O critério de repartição entre concessões, permissões e autorizações estabelecido para a radiodifusão em 1962 – e, em linhas gerais, válido até hoje – difere, portanto, de todos os demais serviços públicos, o que se realça ainda mais no período posterior à Constituição Federal de 1988, com a referência à figura da autorização. Na radiodifusão, a diferença entre concessões e permissões dizia respeito unicamente ao alcance das emissões, não havendo reconhecimento explícito, por parte de normas infraconstitucionais, a nenhuma das duas como serviço público. Vale destacar que a aplicação da figura da autorização para a prestação de serviços públicos é até hoje objeto de acirradas controvérsias doutrinárias, conforme mencionado anteriormente: as posições variam entre aqueles que sustentam que a prestação de um serviço mediante autorização não o descaracteriza como serviço público (MEDAUAR, 2006) até aqueles que entendem ser a expressão “autorização” incompatível com a existência de um serviço público, tratando-se, na verdade, de atividade econômica em sentido estrito (JUSTEN FILHO, 2006).

Em 1997, a LGT estabeleceu uma nova ordenação para os serviços de telecomunicações, já abordada anteriormente. Menos de um ano depois foi aprovada a Lei de Radiodifusão Comunitária, de nº 9.612. Apesar de o artigo 2º do marco dispor que a lei obedecerá, no que couber, aos dispositivos do CBT e apesar de o serviço operar em frequência modulada, a lógica da outorga é análoga à prevista na LGT: as outorgas em questão são autorizações, ao invés das tradicionais permissões para a radiodifusão de caráter local. Progressivamente, retransmissoras e repetidoras também deixariam de ser outorgadas por meio de permissão, tornando-se autorizações.

A lógica confusa e incomum dos instrumentos de outorga da radiodifusão no Brasil impede uma associação automática entre os termos “concessão” e “serviço público”. Em parte, valem, para as concessionárias de radiodifusão, regras similares à prestação de outros serviços por empresas autorizadas ou permissionárias.

### **A visão pouco ortodoxa da “concessão”**

Mecanismos de controle das concessões de serviços públicos, que tradicionalmente são aplicados em outros setores, não eram comuns à radiodifusão até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Até então, o CBT estabelecia critérios objetivos a serem respeitados pela programação das emissoras, como um percentual máximo de publicidade e a

obrigatoriedade de transmissão do programa noticioso do Poder Público e do horário eleitoral gratuito. Além disso, estabelecia uma instância reguladora, o Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel), cuja atuação foi enfraquecida, até o desaparecimento do órgão, pela criação do Ministério das Comunicações em 1967.

Faltavam, porém, critérios objetivos que permitissem uma maior transparência e o monitoramento das outorgas, já que o CBT determinava que essas eram distribuídas livremente pelo Presidente da República. Essa fragilidade foi evidenciada durante a Assembléia Nacional Constituinte, quando o governo intensificou o processo de outorgas de emissoras de radiodifusão, sendo acusado de usá-las como forma de atingir objetivos políticos. O número de novas concessões de emissoras de televisão e de rádio em ondas curtas saltou de 61 em 1985 para 207 em 1988 (MOTTER, 1994).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 223, determina que o Congresso Nacional deve apreciar todas as outorgas e renovações de outorgas de emissoras de radiodifusão. Além disso, com base em debates travados no meio político e no âmbito da sociedade civil (BIGLIAZZI, 2007; PIERANTI, 2007), foi concebido o Conselho de Comunicação Social que, em sua concepção original, previa o monitoramento das outorgas - competência que, por fim, não lhe foi atribuída. O órgão, de natureza consultiva, só entrou em atividade em 2002, chegou a ser reconhecido como pouco importante por um de seus membros (CONGRESSO NACIONAL, 2004) e, em 2008, completou mais de um ano sem se reunir.

Apesar dos problemas na concepção das concessões para a radiodifusão, o termo acompanhou o desenvolvimento do setor de telecomunicações, estendendo-se à TV por assinatura. Regulamentado em 1988, o Serviço Especial de TV por Assinatura (TVA) foi outorgado por meio de concessões. Depois de longo debate em que se opunha a opção pela adaptação da regulamentação já existente para a radiodifusão à outra que defendia a promulgação de nova lei (RAMOS; MARTINS, 2006), o serviço de TV a Cabo passou a ser disciplinado pela Lei do Cabo (nº 8.977 de 1995). Não apenas o instrumento de outorga escolhido foi a concessão, como também são adotadas características – finalidades culturais e educativas da programação, instâncias de controle social, abertura à participação da sociedade em novos canais segmentados, dentre outras – que poderiam ser utilizadas na caracterização do serviço como público.

A promulgação da LGT, porém, colocou TVA e TV a Cabo em nova encruzilhada: se o novo marco se aplica, também, à TV por Assinatura, esses serviços deveriam ser

considerados como prestados em regime privado, contrariando a lógica da figura jurídica da concessão, reservada para a prestação de serviços em regime público. Não bastasse esse problema, os dois outros serviços de TV por Assinatura regulamentados no país – o MMDS, operado por meio de microondas, e o DTH, explorado por satélite – são outorgados por meio de autorizações. Note-se que, para o público, os quatro serviços de TV por Assinatura, a não ser pelo número de canais que oferecem, pouco têm de diferente, não havendo justificativas práticas para que dois sejam prestados mediante concessão, instrumento vinculado à prestação de serviços públicos em sentido estrito, e que os outros sejam prestados mediante autorização, com submissão ao regime privado.

Ressalte-se, por fim, que a Constituição Federal e a legislação brasileira no que tange à radiodifusão e à TV por Assinatura prevêm regras e princípios semelhantes (no âmbito do grupo de emissoras de radiodifusão e no de prestadoras de serviços de TV por assinatura) para serviços aparentemente – aos olhos do público – similares, não levando em consideração distinções conceituais entre concessões, autorizações e permissões. Sobre todos os serviços de comunicação social eletrônica, independentemente do regime jurídico orientador de sua prestação, incidem os princípios constitucionais relativos à produção e à programação previstos no artigo 221 da Constituição Federal, conforme disposto no parágrafo 3º de seu artigo 222. No que tange à radiodifusão, os três tipos de outorga devem ser apreciados pelo Congresso Nacional. A obrigação de transmissão do noticiário dos Poderes Públicos é válida para todas as emissoras de rádio, sendo que ao rádio e à televisão cabe igualmente a transmissão do horário eleitoral.

Embora seja digna de nota a ausência de diferenciação significativa no que se refere às obrigações incidentes sobre serviços de radiodifusão e TV por Assinatura prestados mediante concessão, permissão ou autorização, mais relevante é a constatação de que a maior parte dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à comunicação social eletrônica ainda carece de regulamentação, grande parte das normas que regem o setor de TV por Assinatura remonta à época anterior à privatização das telecomunicações e a lei que rege os serviços de radiodifusão remonta a 1962. Sobretudo, deve-se ressaltar que praticamente nenhuma garantia tradicionalmente associada à figura da concessão de serviço público incide sobre as concessões na área de comunicação social eletrônica. Sintomático dessa situação é o fato de a norma jurídica aplicável a todas as concessões – a Lei de Concessões, nº 8.987 de 1995 – não se aplicar à radiodifusão, nem aos serviços de telecomunicações, entre os quais se incluem os serviços de TV por Assinatura, como dispõe a LGT.

## Conclusão

Procurou-se demonstrar, ao longo deste artigo, o incomum tratamento dado ao conceito de serviço público pela legislação no que concerne aos serviços de radiodifusão. Ao longo das décadas, esse termo permeou textos jurídicos e debates, porém, no que tange à radiodifusão, jamais foi bem fundamentado, nem a ele foram associadas características tradicionais e legalmente associadas aos serviços públicos.

O maior suporte ao reconhecimento da radiodifusão como serviço público é o texto constitucional, que, a julgar por uma ampla corrente de autores, garante explicitamente essa condição, ao afirmar que a prestação da radiodifusão é competência da União, mesmo que por delegação a entes privados. O uso do instrumento jurídico da concessão (no caso da televisão e das emissoras de rádio em ondas médias e curtas), historicamente aplicado aos serviços públicos, corrobora essa condição.

Há, porém, contradições e imprecisões nas normas infraconstitucionais. A escolha do instrumento jurídico de outorga está ligada ao alcance das emissoras de radiodifusão, por si só uma lógica incomum. Além disso, não há parâmetros legais – ou eles são absolutamente imprecisos – para aferir o atendimento de determinados princípios, como eficiência e cortesia na prestação, nem tampouco existem mecanismos que privilegiem a transparência e o controle social da prestação do serviço. Além disso, tanto as emissoras de televisão e de rádio nacionais (concessionárias), quanto as locais (autorizadas ou permissionárias) devem atender a regras semelhantes relativas à programação, que vão dos princípios constitucionais à obrigatoriedade de transmissão de alguns programas, como o horário eleitoral gratuito. Por fim, impôs-se uma fragmentação legal no setor de telecomunicações (no qual estava incluída a radiodifusão), a partir da promulgação da LGT, que acabou por criar três lógicas distintas para as outorgas do setor: a das telecomunicações, a da radiodifusão e uma terceira – a da TV por Assinatura – situada em um limbo (pelo menos até a aprovação de projeto de lei que, no momento da conclusão deste artigo, se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados).

Assim, na prática, estabelece-se um cenário que pode ser explicado de pelo menos três formas. Uma é o reconhecimento da radiodifusão como serviço público em sua totalidade, tomando por base o texto constitucional, que carece, entretanto, de uma regulamentação apropriada. Outra é a interpretação de alguns autores de que alguns serviços de radiodifusão são públicos e outros não, mesmo que abarcados pelo artigo 21 da Constituição Federal. Uma terceira é o entendimento de que a legislação se opõe tanto ao conceito de serviço público, que a lógica supostamente pretendida pelo texto constitucional sofreu uma derrota. Em todos

os casos, portanto, cabe constatar a fragilidade do conceito de serviço público quando aplicado à radiodifusão no Brasil.

### Referências bibliográficas

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social dos Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

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

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”. IN: CASSAGNE, Carlos/ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Servicios públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Abeleo Perrot, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A Constituição de 1988 e seus problemas**. São Paulo: LTR, 1997.

BIGLIAZZI, Renato. **A Constituição Domada: Democracia e o Conselho de Comunicação Social**. Brasília: UnB, 2007. Dissertação de mestrado em Direito (mimeo).

BRASIL. Constituição Federal de 1891. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1934. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1946. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1967. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 20.047, de 27 de maio de 1931. Regula a execução de serviços de radiocomunicações no território nacional. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 31. dez. 1931. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6. mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 21.111, de 1º de março de 1932. Aprova o regulamento para a execução dos serviços de radiocomunicação no território nacional. **Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 31. dez. 1932. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6. mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963. Aprova o regulamento dos serviços de radiodifusão. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12. nov. 1963. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05. out. 1962. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6. jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.977, de 06 de janeiro de 1995. Dispõe sobre o Serviço de TV a Cabo e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09. jan. 1995. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6. jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14. fev. 1995. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15. jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17. jul. 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6. out. 2006.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o serviço de radiodifusão comunitária e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20. fev. 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8. mar. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005.

CONGRESSO NACIONAL. **Concentração da Mídia: debates no Conselho de Comunicação Social**, 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/comissoes/ccs/docs.asp>>. Acesso em: 23 jun. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 39-71.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

- MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MOTTER, Paulino. O uso político das concessões das emissoras de rádio e televisão no governo Sarney. **Comunicação & Política**, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, 1994, p. 89-116.
- PIERANTI, Octavio Penna. **Políticas Públicas para Radiodifusão e Imprensa**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- RAMOS, Murilo César; MARTINS, Marcus. **Tendências XXI**, Lisboa, Ano I, nº 1, Março de 1996, p. 105-123.
- RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1977.
- SANTOS, Suzy; SILVEIRA, Erico da. “Serviço público e interesse público nas comunicações”, in RAMOS, Murilo; SANTOS, Suzy. **Políticas de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2007.
- SILVA, J. A. Alencastro. **Telecomunicações: histórias para a História**. São José dos Pinhais, PR: Editel, 1990.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVEIRA, Raquel Dias da. **Regime jurídico dos serviços de telefonia fixa**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1976.