

CONCESSÃO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS NO BRASIL

Romeu Felipe BACELLAR FILHO

A concessão dos serviços de radiodifusão sonora de sons e de imagens tem nascedouro constitucional, conforme se depreende do teor do artigo 5o., XIV, da Constituição do Brasil: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo na fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Na seqüência, a Constituição da República define ser da competência da União Federal:

XI. Explorar, diretamente ou mediante autorização concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

XII. Explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

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

Segundo nos relata Laurindo Lalo Leal Filho, sociólogo e jornalista, professor da Escola de Comunicações e Artes da USP e membro da Comissão de Acompanhamento da Programação da TV da Câmara dos Deputados,¹

as ondas da televisão trafegam pelo espaço eletromagnético, um bem público, escasso e finito, e suas mensagens chegam diretamente aos domicílios, dentro de um reduzido leque de alternativas oferecidas. A blificación, esto es, la derogación del modelo de servicio público declarado por la

¹ Artigo publicado em www.midiativa.org.br.

legislación anterior, mediante un acto jurídico-público de contrario imperio, y que produce la transformación del concepto y del régimen jurídico a que antes hemos hecho referencia, planteando nuevos aos telespectadores dos canais abertos, a maioria absoluta da população brasileira. Daí a necessidade de ser regulado pelo Estado, com o objetivo de evitar privilégios. É diferente dos jornais e revistas, veículos que se utilizam de canais privados para circular e são lidos a partir da vontade individual e espontânea dos cidadãos. A televisão, não. Além de trafegar por canais públicos, entra em nossa casa sem que possamos realizar qualquer escolha prévia. Elas operam como concessões públicas, outorgadas pelo Estado, em nome da sociedade. São concessões temporárias com 15 anos de duração, uma informação que é sonogada ao público por aqueles que tem o dever de informar, ou seja, os próprios concessionários dos canais de televisão.

Segundo o renomado professor, em razão dessas circunstâncias, grande parcela da população brasileira é levada a acreditar que as maiores empresas brasileiras como a Rede Globo, o Sistema Brasileiro de Televisão ou a Rede Record são proprietárias do espaço, sem considerar a condição dessas empresas de detentoras eventuais de uma concessão, como ocorre com as demais concessionárias. Talvez a razão que tenha originado essa forma de pensar, ligue-se ao fato de que o rádio, e depois com mais ênfase a televisão, terem surgido de maneira geral como decorrência de empreendimentos jornalísticos já estabelecidos e sedimentados. Lembra-se, na oportunidade, os dois exemplos mais significativos: o império dos Diários Associados, de Assis Chateaubriand, e as Organizações Globo, de Roberto Marinho. Tendo como base essa origem, as emisoras de rádio e televisão desses grupos passaram a escudar-se na liberdade de imprensa vigente para os jornais e revistas, com o intuito de evitar qualquer tipo de ação da sociedade sobre as programações dos meios eletrônicos. A simples outorga e renovação de concessões, que deveria se constituir num processo aberto e transparente, é algo realizado longe dos olhos da sociedade. Como grande parcela da comunidade só obtém informações pelo rádio e pela televisão, a obscuridade do processo torna-se quase absoluta.

A rigor as coisas não se passam dessa maneira. A concessão, no Brasil, assim como em qualquer outro Estado, define-se como a delegação a um particular, pessoa natural ou jurídica, da gestão ou execução de um serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, por sua

conta e risco e remuneração pelos usuários. É uma forma indireta, pois, de prestação de um serviço público. Dela se excluem, desde logo, certas atividades que só o Estado pode desempenhar atividades típicas, como as que se situam dentro dos limites de suas atribuições originárias. De todo o modo, as atividades repassadas não perdem a sua concepção originária de serviço público,² sendo certo que se reconhece ao poder público concedente a prerrogativa de retomá-las quando presentes as alternativas legais de retomada do objeto do contrato.³ Não se olvide também que, o concessionário ao assumir as obrigações constantes da delegação, quando no desempenho das atividades intrinsecamente ligadas ao objeto da outorga, assume o lugar do poder público, não só quanto aos bônus, mas também em relação aos ônus. No exercício das atividades lhe impostas pela concessão, em algumas oportunidades, o concessionário é o próprio Poder Público em ação. Como marcante exemplo dessa evidência a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 37, § 6, prescreve: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou de culpa”.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, no Brasil, desde a Constituição Federal de 1946 é encarada em termos objetivos. A reparação dos danos causados pela União, estados, municípios e autarquias, através de seus agentes, nessa qualidade, se impõe pela tão só demonstração da existência donexo causal entre o dano e a participação do agente público, independentemente da prévia perquirição de dolo ou de culpa. A interpretação do dispositivo supra transcrito faz exsurgir também para as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos essa modalidade de responsabilização. Assim é que as empresas públicas, sociedades de economia mista, quando prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que causem no exercício de seus labores. Igual forma de responsabilização, foi estendida

² Privatiza-se a entidade com a transferência do controle acionário para a iniciativa privada. O serviço público jamais sofre privatização.

³ A Lei núm. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, prescreve que a concessão extingue-se por: I. Advento de tempo; II. Encampação; III. Caducidade; IV. Rescisão; e, V. Anulação; e falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

pela Constituição às concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviço público.

Ao longo da história, muitas teorias procuraram explicar a natureza jurídica dos contratos⁴ decorrentes de concessões de serviço público, notadamente, determinar a espécie de vínculo que une o particular ao poder público, desempenhando atividades que, em princípio seriam próprias deste. Os alentados estudos a respeito dessas atividades procuram enquadrá-las em teorias que podem ser enunciadas da seguinte forma: teorias unilaterais; bilaterais ou contratuais e a chamada teoria mista.

A concepção alemã que considera a concessão um ato unilateral de soberania é um exemplo típico da teoria unilateral. Parte do pressuposto que o objeto da concessão —*serviço público*— está fora do comércio, constituindo uma emanção do poder de império. Funda-se, por igual, na inexistência de contrato, interligando as relações entre a Administração Pública e os particulares. Outra corrente, professando a mesma doutrina, defende a idéia que a concessão resulta de dois atos unilaterais, desde que a manifestação da vontade do particular é fundamental na constituição do negócio. O que se verifica, para os que abraçam esta concepção é a tangência de duas vontades: de um lado um ato administrativo praticado pelo poder público, e, de outro, um ato de direito privado, oriundo da vontade particular, sem que essas vontades se conjuguem, posto a diversidade de suas respectivas naturezas. Essas teorias, como se percebe, apoiam-se na existência de um Estado autoritário, negando, sob outro estágio de análise, a existência de *contrato* no campo do direito público, sendo dissonante com a moderna concepção de Estado.

Os adeptos da teoria bilateral ou contratual, ao seu turno, defendiam a tese de que nos ajustes concernentes à outorga de uma obra ou serviço público, o Estado ficava adstrito às prescrições do direito privado. Alicerçados no pensamento de que há contrato quando há acordo de vontades, dada a natureza privada do vínculo, a administração quando contrata, sustentavam, equipara-se ao particular. Essa idéia, ao tempo em que sugere inaceitável preocupação com os dogmas divisionários do direito, incide em grave erro ao aceitar, sem restrições, a existência de limites en-

⁴ Consultar, a propósito, as obras: Brewer-Carias, Allan, *Contratos administrativos*, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992; Chase Plate, Luis Enrique, *Los contratos públicos*, Asunción, Intercontinental editora, 1992; e *Contratos administrativos*, São Paulo, Saraiva Editora, 1981.

tre o chamado direito público e o direito privado e aquiescer que a organização e o funcionamento de um serviço público sejam disciplinados por esse último ramo. Olvidam, pois, os adeptos dessa corrente, das características inerentes ao instituto da concessão próprias do regime jurídico administrativo a que se vincula, através do qual não podem ser repassadas ao agente delegado prerrogativas expropriatórias, isenções tributárias, além do exercício do poder de polícia.

A teoria do contrato de direito misto, não passou de uma tentativa doutrinária para superar as dificuldades oriundas das críticas formuladas às idéias até então postas. Ao considerar a concessão um contrato de direito privado, informado por preceitos de direito público, a teoria mista acabou por propiciar um grande avanço no estudo do tema, redundando na sedimentação da teoria do contrato de direito público, de que seria espécie o contrato administrativo.⁵

Pensamos que o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado. Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do direito administrativo, é inobjetável a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado, este, na feliz expressão de Jean Rivero, por um misto de prerrogativas e sujeições.

O contrato administrativo, não se liberta, porém, de algumas características próprias a qualquer avença, insista-se, da categoria contrato. Como consectário de uma obrigação, o contrato, resulta de um acordo de vontades. A autonomia da vontade é elemento imprescindível a ser observado em qualquer contratação. Do mesmo modo, os princípios *lex inter partem* e *pacta sunt servanda*, fazem certo que o contrato é a lei entre

⁵ Brewer-Carias, Allan, sem, contudo, mencionar a existência de um contrato de direito misto pensa que “os contratos da administração, como em geral boa parte da atividade administrativa, estão submetidos a um regime jurídico misto, de direito administrativo e de direito privado. Portanto, sempre, os contratos da administração se regem tanto por normas de direito público como por normas de direito privado. O que pode haver nesse regime, é uma preponderância de aplicabilidade de um ou de outro ramo do direito; assim, serão contratos administrativos, aqueles com uma preponderância no regime jurídico que lhes é aplicado do direito administrativo, e serão contratos de direito privado da administração, aqueles com uma preponderância no regime que lhes é aplicado de normas de direito privado”, *Contratos administrativos, cit.*, nota 4, p. 71.

as partes e que estas, devidamente ajustadas, devem observar o que foi pactuado. Evidente que o instrumento do contrato há de sujeitar-se aos ditames da lei, companheira inseparável do administrador contratante, e que as obrigações contratadas também haverão de postar-se submissas ao conjunto normativo, eis que ao administrador não se confere nenhuma liberdade, antes, um espaço de atuação dentro da lei. Nas contratações administrativas vislumbram-se três elementos básicos de origem e constituição: (i) o poder público, administração ou pessoa jurídica pública ou privada prestadora de serviços públicos; (ii) o particular, pessoa física ou jurídica com capacidade para contratar; (iii) o serviço, que pelas suas peculiaridades, integra-se nas esferas de competência administrativa e submete-se ao regime jurídico administrativo.

O regime alusivo aos contratos administrativos, de cunho jurídico-administrativo, impõe à administração pública um rol de sujeições que restringem a sua esfera de atuação, mas que, sob outro enfoque, lhe outorga algumas prerrogativas. Enfim, como sustenta Jean Rivero, um regime de prerrogativas e sujeições.⁶

As sujeições são representadas, entre outras, pela própria imposição do procedimento licitatório antecedendo a contratação administrativa.⁷ O exemplo mais marcante das prerrogativas refletir-se-ia na presença, no corpo do contrato, ou do reconhecimento pela lei, das chamadas *cláusulas exorbitantes*.⁸ A rigor, estas cláusulas inexistem como criação ou estipulação das partes no instrumento do contrato. O que há de certo é que o regime jurídico administrativo faz exsurgir emanações decorrentes da

⁶ Rivero, Jean, *Direito administrativo*, Coimbra, Almedina, 1981, p. 42.

⁷ É imperioso referir a abalizada lição de Maria Sylvia Zanellar Di Pietro, a propósito do tema Regime Jurídico Administrativo: “Basicamente, pode-se dizer que o regime jurídico administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições”, *Direito administrativo*, 5a. ed., São Paulo, Atal, 1994.

⁸ A propósito das cláusulas exorbitantes, Brewer-Carias, apoiado em Georges Vedel, expressa sugestiva opinião: “Dos cuestiones quedar claras em torno a estas llamadas cláusulas exorbitantes: en primer lugar, como se dijo, en general non cláusulas en sentido de que non son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral próprio de la administración pública; y en segundo lugar, non son exorbitantes del derecho común, pues la administración, por señalado anteriormente, puede utilizarlas aun en aquellas relaciones contractuales en las cuales exista una preponderancia de régimen de derecho privado. Además como lo há dicho G. Vedel, la tal exorbitancia, en realidad no implica que las mismas pudieran ser ilícitas en contratos privados, sino que son desacomunadas y poco verosímiles”, *Contratos administrativos*, cit., nota 4, p. 47.

preponderância do interesse público configuradoras de prerrogativas que a doutrina acostumou-se a denominar como exorbitantes do direito comum. Os “privilégios” reconhecidos pelo conjunto normativo afetam as contratações da administração pública deixando de ser uma imposição/característica exclusiva das “contratações administrativas” passando a estigmatizar todas as avenças do poder público (§ 3o., do artigo 62, da Lei núm. 8.666/93).

A temática dos contratos da administração pública, de todo o modo, foi elevada, no Brasil, à dignidade legislativa, a partir do advento do Decreto-Lei núm. 2.300/86, mantida tal disposição no texto da Lei núm. 8.666/93 (artigo 54 e seguintes). Merece especial atenção, também, a Lei núm. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, cognominada “Lei de Concessão de Serviços Públicos”. Esta Lei, ansiosamente aguardada, foi sancionada com o propósito de regulamentar o regime da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Caracterizando junto com a autorização,⁹ formas de transferência, à terceiros, de execução de atividades públicas, a concessão e a permissão, sempre foram tratadas com cuidado pela doutrina brasileira, cuja preocupação incluía o estabelecimento das respectivas distinções. A bem de ver, a primeira, como vínculo de natureza contratual e a segunda,¹⁰ retratando, tal como a autorização, um ato administrativo unilateral, discricionário e precário para atender necessidades coletivas instáveis ou de emergência transitória, dispensavam extensas tratativas envolvendo aspectos distintivos.

A Constituição Brasileira de 1988, cujo advento foi responsável por sensíveis modificações, tratou do assunto até com maior abrangência do que se esperava. Basta verificar que o artigo 175, da carta magna, alterou a natureza jurídica da permissão, outorgando-lhe cunho contratual e, eliminando, em princípio, qualquer distinção que pudesse ser feita entre esta e a concessão.

Prescreve o artigo 175 e seu inciso I, da Constituição Federal:

⁹ Muito embora a autorização não seja referida no artigo 175 da Constituição Federal, há uma expressa alusão ao instituto no artigo 21, incisos XI e XII: “explorar, diretamente ou mediante *autorização*, concessão ou permissão...”.

¹⁰ De consulta obrigatória a obra de Grecco, Carlos M. e Muñoz, Guillermo Andrés, *La precariedad em los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992. De igual modo, a obra do notável Diogo de Moreira Neto, Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, em especial a p. 136.

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I. o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;...

Mesmo uma leitura gramatical do texto, evidencia as profundas alterações produzidas na natureza jurídica da permissão. Conceituada pela doutrina, como resultante de um “ato administrativo unilateral discricionário e precário”, a permissão, instrumentalizada por contrato de natureza especial, passou a ter, em nosso país, cunho bilateral, sendo incontroverso que a subordinação de sua existência à adrede licitação, impõe, para sua outorga, procedimento administrativo eminentemente vinculado. Sob o prisma constitucional, pois, a alteração produzida é visceral.

É imperioso que o administrador público ou qualquer aplicador da norma tenha em conta que toda a interpretação deve ser, necessariamente, uma interpretação conforme a Constituição. A interpretação conforme a Constituição, sustentam Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández está no processo de constitucionalidade das leis.¹¹

Com atenção voltada à lição dos doutrinadores espanhóis, é imperioso considerar que a Constituição do Brasil de 1988, assim como a lei de regência das concessões e permissões cuidam de possibilitar a implementação —nos termos de uma política sócio-liberal— da tão sonhada e decantada parceria entre o poder público e a iniciativa privada, propiciando a realização de empreendimentos que, sem dúvida, quanto aos seus objetivos finalísticos, podem atender às exigências do bem-comum. O importante é que a delegação, como repasse, como terceirização da atividade, não lhe retira a caracterização de “serviço público”, sendo plausível que, em caso de má prestação, desvirtuamento dos objetivos ou inadimplência do agente delegado, o Poder Público disponha de um verdadeiro arsenal para a retomada das atividades. Também mostra-se significativo que os

¹¹ Para estes autores o processo de constitucionalidade das leis significa que, antes de uma lei ser declarada inconstitucional, o juiz tem o dever de buscar, em via interpretativa, uma concordância de dita lei com a Constituição. García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, RT, 1990, p. 139.

sistemas de controle, fiscalização e normatização das atividades —através das Agências Reguladoras— funcionem a contento, isto é, com eficiência.

Inobstante a referência anterior possa parecer negativa, é imperioso não sejam olvidadas os aspectos benéficos da lei em exame. Cuida ela de possibilitar a implementação —nos termos de uma política sócio-liberal— da tão sonhada e decantada parceria entre o poder público e a iniciativa privada, propiciando a realização de empreendimentos que, sem dúvida, quanto aos seus objetivos finalísticos, podem atender às exigências do bem-comum. A concessão de serviço público precedida de obra pública, por exemplo, poderá redundar no aperfeiçoamento e na melhoria da prestação desse serviço, sendo certo que, em algumas áreas, a prestação diretamente pelo poder público não tem se comprometido com a qualidade exigível. O repasse da atividade de construção e exploração de obras viárias, ferrovias, portos e hidrovias, assim como de telecomunicações à iniciativa privada, cujo investimento e lucro será assegurado pela cobrança de tarifas ou pedágio, tem propiciado novas perspectivas, inclusive quanto à multifariedade de opções disponíveis para a comunidade usuária. Perceba-se, à título exemplificativo, sem que isso signifique um comprometimento com o assentimento às terceirizações generalizadas, a ocorrência de verdadeira democratização dos serviços de telefonia no país, possibilitando uma incomensurável ampliação no número de usuários, deixando o telefone de ser um privilégio de poucos. O importante é que a delegação, como repasse, como terceirização da atividade, não lhe retira a caracterização de “serviço público”, sendo plausível que, em caso de má prestação, desvirtuamento dos objetivos ou inadimplência do agente delegado, o poder público disponha de um verdadeiro arsenal para a retomada das atividades. O importante é que os sistemas de controle, fiscalização e normatização das atividades —através das Agências Reguladoras— funcionem a contento, isto é, com eficiência.

A lei de concessões (Lei núm. 8.987/95), no Brasil, quanto às suas *normas gerais* é dirigida à toda a Nação, não sendo restrita à uma ou mais entidades federadas (Estados e Municípios). Nestes termos, pode ser considerada, portanto, uma lei nacional, que tem a virtude de enunciar conceitos e definições, assumindo seus emissores, de plano, o entendimento que classe jurídica é a única destinatária da lei quanto à sua interpretação e compreensão. Antes, seus comandos, redigidos de maneira

inteligível, devem ser voltados para toda a coletividade, e, em especial para o cidadão.

Ao lado da Lei núm. 8.987/95, a também Lei Federal núm. 9.074, de 7 de julho de 1995, consecutivamente, elenca as atividades econômicas sujeitas ao regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos destacando-se: a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; vias federais; exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações; estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto.

Preocupa, sem exagero, que as leis de concessões, em seus textos, contenhas inúmeros conceitos jurídicos indeterminados. A lei brasileira não foge à regra. Como bem acentua Antonio Francisco de Sousa, pesquisador no Instituto de direito público da Universidade de Freiburg-RDA, os conceitos legais indeterminados, “serviço adequado”, “modicidade das tarifas”, “interesse público”, “bem comum”, “aptidão”, “idoneidade”, surgem com maior frequência no direito administrativo, dada à natureza das funções de administração, sobretudo em razão do fato de a administração se orientar à satisfação de necessidades sociais (in, RDA, vol. 166, p. 276). De qualquer modo é inegável que os chamados conceitos legais indeterminados,¹² notadamente quando genericamente lançados na norma, atribuem à autoridade administrativa “discricionariedade”, uma “certa discricionariedade” ou, nos limites da lei, “um espaço de apreciação”.¹³

Plagiando em alguns trechos, a Lei núm. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e, em outros, o Regulamento do Departamento de Transportes Rodoviários (Decreto núm. 952, de 07.10.1993), a Lei de Concessões Brasileira (núm. 8.987/95), disciplina os direitos e obrigações dos usuários, a política tarifária, o procedimento licitatório e a contratação, os encargos do Poder Concedente e da Concessionária.

12 A valoração quanto ao alcance de tais conceitos, sempre deve preocupar, na medida em que se reconhece a existência de criaturas humanas que, ao alcançarem as prerrogativas do poder, esquecem-se de que este deve ser utilizado na exata medida que o interesse público exigir, nem mais, nem menos: a justa conta. E que o uso dessa prerrogativa denominada poder, não admite comportamentos movidos por interesses outros que não representem a estrita obediência aos princípios básicos da administração pública, no Brasil, elencados no artigo 37, do texto constitucional.

13 Discordamos daqueles que conceituam discricionariedade como um espaço de “liberdade”, pois comungamos do entendimento que ao administrador público não é oferecida nenhuma margem de liberdade, senão um espaço de atuação dentro da lei.

Inobstante o atual estatuto das licitações e contratos administrativos —a Lei núm. de 8.666, de 21 de junho de 1.993— silencie acerca do tema —concessão e permissão— excluída pálida alusão inserta no parágrafo 3o., do artigo 23 e, assim mesmo, envolvendo concessões de direito real de uso, é inobjetével que, aplicam-se às concessões e permissões, as disposições gerais alusivas às licitações e aos contratos administrativos em geral. Os preceptivos constantes da lei das licitações, no Brasil, seguindo a orientação expressa na legislação anterior e, sobretudo, na Constituição Federal, porque ampliam os direitos do contratado, oferecem ao poder público a possibilidade de, em hipóteses diversas, modificar, unilateralmente, contratos em vigor, mediante atos formalmente motivados. Contudo, em respeito aos direitos do contratado, é assegurada a revisão das cláusulas econômico financeiras para que seja mantido o equilíbrio contratual inicialmente verificado.

A Lei núm. 8.987/95, antes aludida, quanto à política tarifária, prescreve:

Artigo 9o. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1 A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior, e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.¹⁴

§ 2 Os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3 Ressalvados os Impostos sobre a Renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4 Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Perceba-se, pelo teor do dispositivo legal retro transcrito, a preocupação do legislador em manter hígida a proposta apresentada pelo vencedor da licitação, assim como de evidenciar a ausência de submissão à legis-

¹⁴ Com a redação dada pela Lei núm. 9.648, de 27 de maio de 1998.

lação específica anterior, circunstância que tem suscitado acaloradas discussões quanto à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. No caso de concessão de rodovias, por exemplo, invoca-se, como fator de legitimação para a cobrança do pedágio a indispensabilidade de existência de via alternativa, pública e gratuita. De todo o modo, ao tratar da política tarifária, a legislação federal assegura a fixação da tarifa pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de previsão descritas na Lei, no Edital e no contrato. Prevê, ainda, mecanismos assecuratórios do equilíbrio econômico-financeiro, e ressalva, que qualquer tributo ou encargo legal,¹⁵ criado, alterado ou extinto após a apresentação da proposta, quando comprovado o seu impacto, implicará a revisão da tarifa.¹⁶

As prescrições legais aventadas, longe de representar um excessivo protecionismo à iniciativa privada, coadunando-se com a Constituição artigo 37, inciso XXI, ...“mantidas as condições efetivas da proposta...” prestam-se a demonstrar a preocupação do legislador em estabelecer uma política tarifária justa, de um lado, coerente com os elevados investimentos feitos pelo permissionário, de outro compatível com interesse coletivo. É mister que o relacionamento envolvendo a administração pública e os agentes delegados (concessionários e permissionários) —muito embora àquela procure resguardar o interesse público e estes objetivem o retorno e a remuneração do investimento— seja marcado pela coerência, lealdade e pela transparência nas atitudes reciprocamente tomadas. O contrato firmado deve retratar, quanto aos encargos do contratado e a remuneração a este paga, uma balança em nível. O próprio texto constitucional brasileiro, pela redação do artigo 37, inciso XXI, determina que se observe a manutenção das condições efetivas da proposta, durante toda a contratação. Daí porque, ser absolutamente desarrazoado, uma vez cons-

15 Tem sido constante a outorga de benesses através de leis estaduais e municipais específicas, sem se dar conta o legislador que esses rasgos de despreendimento podem implicar num aumento de tarifas.

16 Dissentimos de reduzida parte da doutrina especializada que entende ser o pedágio uma espécie do gênero tributo (taxa). O elenco de considerações produzidos no corpo do trabalho, somados aos estudos que vêm sendo produzidos, tanto no campo do direito administrativo, quanto na esfera do direito administrativo evidenciam *quantum satis* a assertiva. Confira-se, *v. g.*, o valioso estudo de Cintra do Amaral, Antonio Carlos, “Concessão de rodovias e cobrança de pedágio”, *Direito constitucional e administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1997, vol. II, pp. 127 e ss.

tatado o desequilíbrio na avença, em detrimento da Administração ou do contratado, procrastinar as providências indispensáveis ao ajustamento do contrato frente às vicissitudes enfrentadas. Sempre atual e de consulta obrigatória, o admirável estudo produzido pelo notável professor brasileiro Caio Tácito sobre o equilíbrio financeiro na concessão de serviço público.¹⁷

No que respeita exclusivamente às comunicações, no Brasil, a Constituição da República, em seus artigos 223 e 224, prescreve:

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

§1. O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do artigo 64, §, 22º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

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

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

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

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

Artigo 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

Quanto à forma de outorga e outros assuntos relacionados ao tema em análise, que envolve o Estado e a Comunicação, diversos debates estão agendados para o ano de 2006, durante o Intercom Brasil Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação (Brasília, setembro) e os Simpósios Regionais de Ciências da Comunicação: Intercom Sul (Curitiba-PR, maio), Intercom Sudeste (Ribeirão Preto-SP, maio), Intercom Nordeste (Maceió-AL, maio), Intercom Norte (Manaus-AM, junho) e Intercom Centro-Oeste (Campo Grande-MS, junho).

¹⁷ RDA 64/15 e 65/1.

Por que debater as relações entre Estado e comunicação na sociedade contemporânea? Este questionamento feito por José Marques de Melo,¹⁸ professor emérito da Universidade de São Paulo e diretor da Cátedra UNESCO de Comunicação na Universidade Metodista de São Paulo, além de presidente da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação Intercom, haverá, por certo, de ser respondido nos eventos antes relacionados.

Averba o insígne professor que o Congresso Nacional de Ciências da Comunicação se realiza pela primeira vez em Brasília, a capital da República Federativa do Brasil, no ano de 2006. Brasília, segundo o mestre, configura “um espaço simbólico, onde o Estado brasileiro está enraizado, além de sediar o corpo diplomático que representa os Estados com os quais o Brasil mantém relações permanentes, bem como as delegações institucionais que compartilham o poder político nacional. Por isso mesmo, a cidade emerge como principal fonte das informações públicas que circulam nas redes midiáticas de todo o país e como provedora do maior volume de recursos que financiam e das normas que regulamentam as empresas do ramo.

Lembra-se, por igual, que o evento transcorre no ano em que o país registra os 300 anos da primeira tentativa de controle da imprensa por parte do Estado. Em 1706, o Estado português decretou a supressão da primeira tipografia de que se tem notícia em funcionamento no território colonial brasileiro.

Pensa-se ser a ocasião adequada para que seja levada adiante uma revisão crítica das relações entre o Estado e os processos de comunicação, especialmente aqueles mediados por tecnologias avançadas, estabelecendo conexões entre o presente e o passado para construir um futuro promissor.

Não há dúvida e concorda-se com José Marques de Melo, que a oportunidade possibilitará uma proposta de diálogo com os agentes dos poderes constitucionais (executivo, legislativo e judiciário) sobre as políticas democráticas de comunicação e sobre o papel que nelas deve exercer o Estado, em parceria com o mercado e a sociedade civil, nesta, incluindo-se a Universidade.

Possivelmente esta seja a forma, segundo, Laurindo Leal Filho de superarmos a verdadeira *caixa-negra* da televisão brasileira. Com efeito, a

¹⁸ Artigo publicado pela Intercom www.intercom.org.br.

outorga das concessões cujos efeitos são sentidos por toda a sociedade é realizada de forma quase secreta. Em países de democracia mais consolidada que a brasileira, o processo de escolha da empresa que vai operar um canal de televisão é realizado às claras, com ampla participação dos setores organizados da sociedade. Leva-se em conta para a outorga da concessão o pagamento de um aluguel pelo uso do espectro eletromagnético (calculado sobre o possível faturamento a ser auferido pela empresa ganhadora) e um projeto de programação que atenda as necessidades culturais, informativas e de entretenimento existentes na sociedade. Em muitas ocasiões é possível que o vencedor seja aquele que oferece um lance mais baixo para o aluguel, mas apresenta uma proposta de programação mais adequada às necessidades do momento. A execução dos serviços, propostos a partir da aceitação das condições ofertadas é acompanhada pelo ente regulador que não exerce nenhum tipo de censura, mas tem poder de punir a emissora caso o contrato estabelecido deixe de ser cumprido.

É indiscutível a premente necessidade de regulação do rádio e da TV em sociedades onde o acesso a diferentes fontes de informação mostra-se importante para o equilíbrio do jogo democrático, relativizando o poder dos meios eletrônicos. No Brasil, tal providência torna-se imperiosa. A televisão está presente em 95% dos domicílios do país, sendo certo que menos de 10% da população lê jornais (em torno de 6 milhões de exemplares diários) ou dispõe de TV por assinatura (cerca de 3,6 milhões de assinantes), isso tudo sem aludir às reduzidas possibilidades dos brasileiros de baixa renda às revistas, aos livros, ao cinema ou ao teatro.

Neste cenário, o poder da televisão torna-se incomensurável, sendo imprescindível a regulação. Advirta-se, contudo, que o objetivo não é censurar, mas antes de tudo estabelecer um equilíbrio, ampliando a oferta de informações, num sistema capaz de oferecer ao cidadão um leque de alternativas suficiente para quebrar o monopólio do pensamento único. Organismos públicos são fundamentais para exercer esse papel.

A Lei das concessões e permissões, ansiosamente aguardada, cujos preceitos ainda estão sendo dissecados pela doutrina nacional, haverá de propiciar, e, por certo tem propiciado, excelentes parcerias entre o poder público e a iniciativa privada. Espera-se, sinceramente que, mercê de um relacionamento honesto, transparente e objetivando preponderantemente o bem comum, a lei editada, mereça uma aplicação à altura das justas ex-

pectativas da comunidade, sem perder de vista que “*serviço público*” é atividade imune à privatização, admitindo-se, no máximo, o seu repasse ou delegação à iniciativa privada, mediante, todavia, à onipresente regulação e fiscalização pelo Estado. Não se perca de vista, a importância sempre presente da noção de serviço público, inobstante se reconheça que um significativo número de trabalhos produzidos proponha a rediscussão do conceito, diante das naturais dificuldades encontradas de diferenciá-lo das atividades econômicas exercidas de pelo Estado (artigo 173 da CF).¹⁹ Carmen Lúcia Antunes Rocha, com a autoridade de sempre, manifesta entendimento no sentido de *serviço público* é o que:

...cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas. Constitui ele uma atividade que não é incompatível nem contrária à atividade econômica, como se chegou a supor e a encarecer anteriormente na doutrina. A atividade pode ser considerada econômica e nem por isso deixar de arrolar-se entre aquelas tidas como serviço público.²⁰

Atento à essa preciosa lição é inegável, contudo que, pela irrecusável submissão ao regime jurídico administrativo, qualquer atividade, seja de cunho público ou privado, submete-se ao poder regulador e fiscalizatório do Estado, através da administração pública, cuja existência, entre outros, mantém-se e justifica-se pelo atendimento à esses superiores fins.

19 Verificar a obra de autoria do professor Porto Neto, Benedicto, *Concessão de serviço público no regime da Lei núm. 8987/95*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 29.

20 *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 507.