

Cópia

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL – HELLEN GRACIE NORTHFLEET**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Coordenadoria de

Processamento Inicial

21/08/2007 16:12 131193



ADI - 3944

“O desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas” MINISTRO CELSO DE MELLO, ADI 2.105-DF, julgamento em 20.03.2000.

ADI 3944

O **PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL**, partido político com representação no Congresso Nacional, com sede à Avenida W-3 Sul, Quadra 508, nº 75 – Sobreloja, Fone 3242.5759, Brasília-DF, inscrito no CNPJ sob o nº 06.954.942/0001-95, constituído conforme os dispositivos do art. 17, da Constituição Federal e da Lei Partidária – Lei nº 9.096, de 1995, conforme Resolução 22.083-TSE, por sua presidente nacional, Heloísa Helena Lima de Moraes Carvalho, brasileira, inscrita no CPF nº 364.503.164-20, RG nº 377.773 SSP/AL, residente e domiciliada em Maceió-AL, por intermédio de seus advogados abaixo subscritos e firmados, devidamente constituídos, vem perante este Colendo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 103, VIII e 102, I “a” e “p”, da Constituição Federal e na Lei nº 9.868, de 1999, propor a seguinte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido liminar em face dos artigos 7º, 8º, 9º e 10º, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2.006, por violação ao §5º do artigo 220 e artigo 223 da Constituição Federal, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

1

DA LEGITIMIDADE

Por força do art. 103, VIII da Constituição Federal, assim como do art. 2º, VIII da Lei nº 9.868, de 1999, o Partido Socialismo e Liberdade, que tem em seus quadros três deputados federais e um senador, representa-se no Congresso Nacional e possui a legitimidade ativa universal necessária para a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade.

DOS FATOS

Para que melhor se compreendam as razões que tornaram necessária a propositura da presente ação, de significativa complexidade técnica, assim fixando as razões de fato e direito ensejadores da declaração de inconstitucionalidade, necessários se fazem alguns esclarecimentos iniciais.

Atualmente, prevalece no Brasil a chamada “TV aberta” (terrestre), presente em mais de 90% dos lares brasileiros.

São chamados de “televisão aberta”, os canais de TV gratuitos, disponíveis nas frequências VHF e UHF, para recepção e transmissão, que, para tanto, utilizam canais analógicos com largura de banda de 6 MHz.

Esses canais abertos têm sua exploração autorizada pelo Governo Federal, através do instrumento da concessão, a qual deverá ser referendada pelo Congresso Nacional, nos termos do disposto no artigo 223 e respectivo § 1º, da Constituição da República, que diz:

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

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

Diferentemente dos textos constitucionais que o precederam, essa foi a forma do legislador constituinte de 1.988 assegurar a participação do Poder Legislativo no ato de concessão, evitando-se, ou ao menos buscando evitar, o controle político desse meio de comunicação imprescindível na formação de opiniões e, conseqüentemente, de controle da opinião pública. A regra intenta o controle, a fiscalização, a correção e a democratização das concessões

públicas para os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens, haja vista tratar-se a comunicação de massa de bem estatal estratégico e constitucionalmente relevante.

Mas essa forma conhecida, tão popular, de TV aberta, analógica, encontra-se com os dias contados, uma vez que está para ser implementada no Brasil a chamada “TV Digital”.

Essa televisão digital se traduz em uma mudança do padrão tecnológico atualmente adotado pelo serviço público federal de transmissão de sons e imagens, que deixará de ser analógico, para adotar o sistema digital.

Isso equivale dizer que as emissões abertas que atualmente chegam aos televisores brasileiros, e que ocupam uma faixa (também vulgarmente chamada “canal”) do espectro de radiofrequência, passarão a ser compactadas e transformadas em *bites*, propagados pelo ar até os aparelhos de televisão, agora conectados a um decodificador.

Sendo a televisão capaz de tal penetração nos lares brasileiros, não é difícil imaginar a importância de que se reveste o assunto, bem como a necessidade de amplo e público debate entre o Poder Público e a sociedade civil de modo particular ou por intermédio da ratificação da concessão pelo Congresso Nacional. Infelizmente, os necessários debate e a ratificação não foram atendidos na alteração do sistema de transmissão, tendo sido editado recente Decreto Presidencial “consignando” aos atuais exploradores do serviço de radiodifusão de sons e imagens analógicos as concessões para transmissão pelo sistema digital.

Não obstante as exigências constitucionais olvidadas, é uníssona a opinião do amplíssimo alcance que essa nova tecnologia permite abarcar. Valemo-nos do relatório do CpqD¹, acerca das vantagens da TV digital brasileira, a ser implementada:

“A TV Digital não deve ser vista apenas como uma evolução tecnológica da televisão. Trata-se de uma nova plataforma de comunicação baseada em tecnologia digital para transmissão de sinais. Esta tecnologia proporciona ganhos em termos de qualidade de vídeo e áudio, aumento da oferta de programas televisivos e novas possibilidades de serviços e aplicações.”

¹ - Fundação privada de direito público resultante do processo de privatização do Sistema Telebrás. O CPqD foi contratado pelo governo federal, em conformidade com o Decreto Presidencial nº 4.901/03, para produzir uma série de estudos referentes à implantação da TV digital no Brasil.

Combinando as características tradicionais da televisão analógica com algumas das funcionalidades proporcionadas pelo computador pessoal – hoje exclusivo meio de acesso à Internet – com a TV Digital, será possível experimentar algumas das facilidades da tecnologia digital, chegando mesmo, em alguns casos, a acessar a rede mundial de computadores a partir de um aparelho de televisão, utilizando parte significativa da infra estrutura existente. Assim, ao ser implementada, seus benefícios serão sentidos pela maioria da população. Comparativamente ao uso da Internet, que é baseado em computadores, a televisão digital demandará menos custos e não deverá apresentar maiores dificuldades de adaptação.

Com a potencialidade de oferecer um número maior de canais, comunicação bidirecional entre telespectadores e entre emissoras a partir de um canal interativo, além de um portal conveniente para serviços on line, a TV Digital poderá estender os benefícios da era da informação a uma vasta camada da população que atualmente tem acesso ao entretenimento audiovisual de forma passiva, com pouca ou quase nenhuma interação com o provedor da informação ou mesmo com poucas oportunidades de prover informação.

O acesso a uma gama maior de serviços, diferentemente do que é oferecido pela TV analógica atual, dá ênfase à possibilidade de escolha a partir de um grande número de fontes e à participação mais ativa da audiência. A TV Digital poderá ainda incluir aplicações totalmente desvinculadas da programação dita normal, relacionadas ao trabalho ou negócios, ao entretenimento, à educação e à informação, bem como aplicações baseadas no protocolo IP (governo eletrônico, mensagem eletrônica, comércio eletrônico, etc).

Trata-se, sem dúvida, de uma tecnologia que tem potencial para transformar as relações de nossa sociedade, tanto ou mais do que o próprio advento da televisão como conhecemos hoje.” (grifos e negritos nossos).

Com a implantação da TV digital, a transmissão de áudio e vídeo passa a ser feita através de sinais digitais que, codificados (compactados e transformados em *bites*), permitem um uso mais eficiente do espectro

eletromagnético, devido ao aumento da taxa de transmissão de dados na banda de frequência disponível.

Com ela, será possível transmitir melhor qualidade de som e imagem, viabilizando a televisão de alta definição (HDTV), já que a resolução da TV analógica (formato atual) que é de 400 x 400 *pixels* passa a ser de até 1920 x 1080 *pixels*.

O mais importante, contudo, é **a possibilidade de ampliação, para até 8 (oito) programas sendo transmitidos simultaneamente, na mesma faixa de frequência utilizada pelos atuais canais analógicos.**

Além disso, a TV digital apresenta funcionalidades que permitem interatividade entre o telespectador e a emissora, na medida em que possibilita o acesso a informações adicionais (como por exemplo, o *menu* de programação) e a interação do usuário com a emissora, através de um canal de retorno, que pode se dar por vários meios, como linha telefônica, cabo, satélite, entre outros. Com a interatividade será possível participar de votações ou realizar aquisição de produtos, mas, principalmente, colocar à disposição do cidadão recursos de educação à distância, tele-medicina e toda uma gama serviços de “governo eletrônico”.

Para permitir a implantação desse novo sistema de televisão aberta, fez o Poder Executivo editar o Decreto nº 4.901, de 26 de novembro de 2003, o qual institui o “Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD”, cujas finalidades, previstas no próprio artigo 1º, são, dentre outras:

“artigo 1º. Fica instituído o Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD, que tem por finalidade alcançar, entre outros, os seguintes objetivos:

I – promover a inclusão social, a diversidade cultural do País e a língua pátria por meio do acesso à tecnologia digital, visando à democratização da informação;

II – propiciar a criação de rede universal de educação à distância;

III – estimular a pesquisa e o desenvolvimento e propiciar a expansão de tecnologias brasileiras e da indústria nacional relacionadas à tecnologia de informação e comunicação;

IV – *planejar o processo de transição da televisão analógica para a digital, de modo a garantir a gradual adesão de usuários a custos compatíveis com sua renda;*

V – *viabilizar a transição do sistema analógico para o digital, possibilitando às concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens, se necessário, o uso de faixa adicional de radiofrequência, observada a legislação específica;*

VI – *estimular a evolução das atuais exploradoras de serviço de televisão analógica, bem assim o ingresso de novas empresas, propiciando a expansão do setor e possibilitando o desenvolvimento de inúmeros serviços decorrentes da tecnologia digital, conforme legislação específica;*

VII – *estabelecer ações e modelos de negócios para a televisão digital adequados à realidade econômica e empresarial do País;*

VIII – *aperfeiçoar o uso do espectro de radiofrequências;*

IX – *contribuir para a convergência tecnológica e empresarial dos serviços de comunicações;*

X – *aprimorar a qualidade de áudio, vídeo e serviços, consideradas as atuais condições do parque instalado de receptores no Brasil; e*

XI – *incentivar a indústria regional e local na produção de instrumentos e serviços digitais.*” (grifos nossos).

O artigo 2º do mesmo diploma, por seu turno, instituiu um Comitê de Desenvolvimento, vinculado à Presidência da República, a quem compete, entre outras atribuições previstas no artigo 3º, a apresentação de relatório contendo propostas quanto à definição do modelo de referência, ao padrão a ser adotado, à forma de exploração do serviço, bem como ao período de transição dos sistemas, nos termos do Decreto nº 4.901/03, artigo 3º, inciso VIII, que diz:

“Art. 3º. Ao Comitê de Desenvolvimento do SBTVD compete:

I – *fixar critérios e condições para a escolha das pesquisas e dos projetos a serem realizados para o desenvolvimento do SBTVD, bem como de seus participantes;*

II – *estabelecer as diretrizes e estratégias para implantação da tecnologia digital no serviço de radiodifusão de sons e imagens;*

III – definir estratégias, planejar as ações necessárias e aprovar planos de aplicação para a condução da pesquisa e o desenvolvimento do SBTVD;

VI – controlar e acompanhar as ações e o desenvolvimento das pesquisas e dos projetos em tecnologia aplicáveis à televisão digital;

V- supervisionar os trabalhos do Grupo Gestor;

VI – decidir sobre as propostas de desenvolvimento do SBTVD;

VII – fixar as diretrizes básicas para o adequado estabelecimento de modelos de negócios de televisão digital; e

VIII – apresentar relatório contendo propostas referentes:

a) à definição do modelo de referencia do sistema brasileiro de televisão digital;

b) ao padrão de televisão digital a ser adotado no País;

c) ao padrão de exploração do serviço de televisão digital; e

d) ao período e modelo de transição do sistema analógico para o digital.” (grifos nossos).

Esse relatório deveria ser apresentado no prazo de 23 (vinte e três) meses a contar da instalação do referido comitê, conforme determina o parágrafo único do mesmo artigo 3º.

No passo seguinte, e em complemento ao processo de implementação da TV digital, foi publicado, em 29 de julho de 2.006, o Decreto nº 5.820, também da Presidência da República, o qual dispõe sobre a “*implementação do SBTVD, estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão*”.

Bem intencionada, a exposição de motivos do Decreto nº 4.901/03, determinou que a nova tecnologia deveria ser capaz de oferecer, “*entre outros, os seguintes benefícios para a sociedade em geral, e para os usuários, em particular: a) democratização do acesso à informação promovendo as inclusões digital e social; b) novos serviços e aplicações de telecomunicações, integrando sinais digitais de diversas naturezas (além de áudio e vídeo), principalmente aqueles baseados em interatividade; c) possibilidade da exploradora de serviço de radiodifusão de sons e imagens ofertar conteúdo de programação com diversos*

sinais simultâneos de imagem e de áudio, cuja seleção caberá a cada usuário; d) melhor qualidade de vídeo e áudio.”

Infelizmente, não se concretizaram as intenções mencionadas na exposição de motivos, evidenciando-se, então, as inconstitucionalidades do processo de implantação da TV Digital.

A edição do Decreto nº 5.820/06 foi precedida de longo período de estudos e pesquisas, com especial ênfase àquelas coordenadas pelo CPqD, ao custo aproximado de R\$ 60 milhões ao Erário Federal, tendo dela (a pesquisa) participado diversos consórcios universitários e centros de pesquisa de todo País. Basta dizer que o Governo Federal fez publicar mais de 22 (vinte e dois) editais de pesquisa para que esses consórcios universitários, centros de pesquisa e empresas públicas e privadas pudessem desenvolver peças e programas que, juntas, formariam o Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD).

Após o final desse processo, com apresentação, pelos consórcios e centros de pesquisa, dos respectivos relatórios, apontando benefícios e vantagens de cada um dos padrões tecnológicos já existentes no mundo, a saber: padrão japonês (ISDB), padrão europeu (DVB) e padrão norte americano (ATSC). Anotaram, ainda, a criação de uma modulação nacional (a parte central de um padrão), esta última tornada possível através de profunda e abrangente pesquisa tecnológica. Acreditava-se, enfim, no desenvolvimento de uma tecnologia digital que pudesse ser instrumento efetivo de desenvolvimento cultural, político, social e econômico, com o que se estariam atingindo, ademais, os objetivos instituídos no próprio Decreto nº 4.901/03 (artigo 1º e respectivos incisos, com especial ênfase aos incisos I, II e III).

A modulação nacional, entretanto, não se concretizou.

Como é sabido, posto que amplamente divulgado pela imprensa, foi adotado o padrão japonês (ISDB).

À par o desperdício de verbas públicas, de tecnologia e de pesquisa despendidos, e contrariamente ao previsto no supra citado parágrafo único, do artigo 3º do Decreto nº 4.901/03, **o Relatório elaborado pelo Comitê de desenvolvimento, cuja finalidade consistia exatamente em tornar públicas as razões que levaram à adoção de determinado padrão, se existente, jamais foi divulgado**, impossibilitando-se tornar conhecidas as razões pelas quais foi adotado aquele padrão (japonês - ISDB), em detrimento, inclusive, da tecnologia nacional de modulação.

Nem mesmo a pedido de informações formulado por cidadãos brasileiros, com fundamento nos incisos XXXIII e XXXIV, do art. 5º da Constituição Federal, houve por bem o Poder Público Executivo responder, impedindo-se assim que se tornassem públicas as razões da escolha.

A omissão na divulgação do relatório, que contraria expressamente o texto legal que institui e delibera acerca da implantação e das finalidades pretendidas com a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD – *ex vi* do artigo 1º e respectivos incisos, do Decreto nº 4.901/03 supra transcritos - é por si só suficiente para assegurar a nulidade do processo desse processo. Contudo, essa não se afigura a única razão.

Isto porque, como já dito, uma das características do sistema de TV digital a ser implementado, é a possibilidade de ampliação do espectro de radiofrequência, permitindo-se a inclusão de até 8 (oito) programações simultâneas na mesma faixa de frequência utilizada pela TV analógica. Em linguagem comum, isso equivale dizer que, **na mesma faixa de frequência onde antes havia apenas uma única programação por canal, torna-se possível explorar ao mesmo tempo até 8 (oito) programações, sem prejuízo da qualidade em qualquer deles.**

Não é difícil concluir que isso multiplicaria as possibilidades de exploração das faixas de radiofrequência, ampliando-se, também, as concessões desses novos canais.

Aliando-se a possibilidade de ampliação, com a criação dessas novas faixas de radiofrequência, às vantagens tecnológicas permitidas pela TV Digital, assim como aos objetivos sociais buscados pela implantação do SBTVD, estar-se-ia abrindo um universo de possibilidades para serviços interativos de educação, de canais interativos de caráter cultural, e, por que não, até mesmo de serviços comerciais, como venda interativa, jogos, consultas personalizadas, enfim, todas as facilidades inerentes à Internet, aliadas aos conteúdos da televisão.

Para que se tenha uma dimensão do seu significado, basta lembrar que, enquanto apenas 20% da população tem acesso à Internet, mais 90% da mesma possui televisão. A ampliação do número de concessionários permite a ampliação dos produtores de conteúdo televisivo, criando-se oportunidade para canais de televisão explorados por outros programadores antes excluídos do universo televisivo.

Segundo pesquisa² do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC), realizada em 2001, as seis principais redes de televisão concentram 92% da audiência e 98% do faturamento da TV aberta brasileira. Através de suas filiadas, estes mesmos grupos controlam, direta ou indiretamente, 668 (seiscentos e sessenta e oito) veículos de comunicação (entre TVs, rádios, jornais e revistas). Apenas o maior grupo de mídia nacional detém 54% da audiência e 53% da receita da TV aberta. A possibilidade de desconcentrar este mercado está, assim, de acordo com o disposto no § 5º do artigo 220 da Constituição Federal que assim determina: **“os meios de comunicação não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”**.

Mas, na forma como previsto no Decreto nº 5.820/06, tais objetivos não serão alcançados.

Ao permitir que os atuais radiodifusores façam eles mesmos a transmissão de mais de uma programação simultaneamente (a chamada multiprogramação), **concedendo um canal inteiro de 6 MHz para cada radiodifusor** (ao invés de fracioná-lo para a entrada de novos concessionários), **o Decreto nº 5820/06 aprofunda o atual cenário de concentração, indo em sentido contrário ao da Constituição Federal**.

Dizem-nos os especialistas:

“A digitalização é, de fato, uma possibilidade do espectro ser ampliado para outras vozes. Hoje, temos quatro, cinco redes abertas com cobertura nacional. Poderíamos ter muito mais, com diferentes perfis de programação. Equivocadamente, o debate sobre a TV digital foi, durante muito tempo, tratado como questão exclusivamente técnica. Mas trata-se de uma questão política.” Prof. Murilo César Ramos, da Universidade de Brasília.

“Agora, há uma chance histórica de democratizarmos o rádio e a TV porque a tecnologia potencializa o acesso. E a entrada de outros players em ação rompe de alguma maneira com o cartel que existe hoje.” Celso Schröder, Secretário Executivo do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC).

Ainda mais grave, alegam os atuais concessionários dos canais de radiofrequência que a outorga conferida para a exploração da TV aberta

² - Disponível em <http://www.fndc.org.br/arquivos/donosdamidia.pdf>.

analógica lhes garante automaticamente o direito de explorar um novo canal de 6 MHz na TV digital, sem que seja necessário cumprir o disposto no artigo 223 da Constituição Federal.

Essa tese, em descompasso com o melhor interesse público, vem ganhando força junto ao Poder Executivo, sendo da lavra do I. Ministro das Comunicações a afirmação de que “*uma das coisas fundamentais no processo de digitalização é não mexer nas concessões*”.

O “não mexer nas concessões” tem ainda a potencialidade de outros prejuízos aos interesses públicos. Isto porque haverá um período onde a transmissão digital ainda conviverá com a transmissão analógica. Este período, chamado de *simulcasting*, é estimado em cerca de 10 anos. Como com o Decreto Presidencial 5.820/2006 foi entregue um novo canal de TV inteiro (6 MHz) para cada emissora, durante o *simulcasting*, cada emissora ocupará dois canais inteiros de televisão, não sendo mais utilizado o VHF para as transmissões digitais.

Nesta distribuição dos canais pelo Decreto 5.820, temos que o canal 37 (608-614 Mhz), que é usado para radioastronomia, não estará disponível para a TV digital e que durante o período em que ainda haverá transmissão analógica, alguns canais não poderão ser utilizados, porque sofrem interferência.

Feitos todos estes decréscimos na disposição dos canais, na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, existirão apenas 15 canais disponíveis para a transmissão digital. A cidade do Rio de Janeiro (no VHF e no UHF) possui atualmente 14 emissoras, que receberão, cada uma, um canal inteiro de TV. Assim, pelos próximos 10 anos, haverá somente UM ÚNICO canal de TV disponível para novas emissoras.

Os equívocos, a demonstrar o inconstitucional açodamento na implantação do sistema digital, anotam ainda que, mantida a política adotada pelo Decreto 5.820/2006, a única chance de ser disponibilizado um espaço para novas emissoras é a ocupação dos canais localizados entre o 60 e o 69 do UHF. Ocorre que, atualmente, estes canais são reservados para que as emissoras façam o enlace terrestre entre uma geradora e suas repetidoras ou retransmissoras. Este serviço chama-se RpTV, funciona a partir de autorizações precárias e de duração indeterminada. Sua regulamentação está amparada no Decreto Presidencial nº 3.451/2000.

O governo, então, teria que remover o serviço de RpTV dos canais 60 a 69 para liberá-los ao uso da TV Digital. Caso isso seja feito, ficarão disponíveis 10 novos canais. Entretanto, já existe uma demanda para o uso destes novos canais: são as emissoras comunitárias, as universitárias, as legislativas (Senado, Câmara Federal, assembleias legislativas, câmaras de vereadores) e a TV Justiça. Pela redação do Decreto 5.820, não há garantia de que estas emissoras terão seu espaço assegurado nos canais 60 a 69.

Veja que caso estas emissoras comecem a transmitir apenas no modo digital, ficarão reduzidas a um público mínimo, pois somente após muitos anos é que haverá uma audiência significativa no modo digital. O correto seria garantir-lhes, também, o direito de transmitir no modo analógico o que, como vimos, não foi a intenção do Decreto 5.820, de 2006, que não previu espaço para as emissoras mencionadas transmitam também pelo sistema analógico. Isto mesmo com o uso dos canais 60 a 69.

O Decreto 5.820, de 2006, relega as emissoras comunitárias, as universitárias, as legislativas a um "gueto" no final do *dial*, enquanto as emissoras comerciais ficarão com a melhor parte do sistema e do espectro.

Finalmente, e não bastassem as irregularidades já narradas, os artigos 7º e seguintes do Decreto nº 5.820/06 inovam no universo jurídico ao prever a "consignação" de canais de radiofrequência com largura de banda de 6 MHz, às concessionárias e autorizadas pela exploração do serviço de radiodifusão.

SOBRE AS CONSIGNAÇÕES

O Decreto 5.820, de 2006, possui as seguintes determinações, relativamente às concessões: o art. 7º consigna às atuais concessionárias e autorizadas do serviço público canais de radiofrequência digital; o art. 8º³ determina que o Ministério das Comunicações deverá fixar, em até dois

³Art. 8º O Ministério das Comunicações estabelecerá, no prazo máximo de sessenta dias a partir da publicação deste Decreto, cronograma para a consignação dos canais de transmissão digital.

Parágrafo único. O cronograma a que se refere o *caput* observará o limite de até sete anos e respeitará a seguinte ordem:

- I - estações geradoras de televisão nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal;
- II - estações geradoras nos demais Municípios;
- III - serviços de retransmissão de televisão nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal; e
- IV - serviços de retransmissão de televisão nos demais Municípios.

meses, cronograma para as consignações; o art. 9^o estabelece que as consignações deverão ser disciplinadas por instrumento de contrato específico, a ordem para que as outorgadas apresentem projeto de instalação da estação emissora e o prazo de 18 meses para o início das transmissões digitais; já o art. 10⁵ fixa o prazo de 10 anos para a transição do sistema analógico para o digital, período no qual os dois sistemas funcionaram simultaneamente, e a ordem de devolução dos canais analógicos à União após vencido o prazo de transição.

Contra estas regras, especificamente é que se fundam as razões da presente ação de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal determina:

“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 complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

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

⁴Art. 9º A consignação de canais de que trata o art. 7º será disciplinada por instrumento contratual celebrado entre o Ministério das Comunicações e as outorgadas, com cláusulas que estabeleçam ao menos:

I - prazo para utilização plena do canal previsto no *caput*, sob pena da revogação da consignação prevista; e

II - condições técnicas mínimas para a utilização do canal consignado.

§ 1º O Ministério das Comunicações firmará, nos prazos fixados no cronograma referido no art. 8º, os respectivos instrumentos contratuais.

§ 2º Celebrado o instrumento contratual a que se refere o *caput*, a outorgada deverá apresentar ao Ministério das Comunicações, em prazo não superior a seis meses, projeto de instalação da estação transmissora.

§ 3º A outorgada deverá iniciar a transmissão digital em prazo não superior a dezoito meses, contados a partir da aprovação do projeto, sob pena de revogação da consignação prevista no art. 7º.

⁵Art.10. O período de transição do sistema de transmissão analógica para o SBTVD-T será de dez anos, contados a partir da publicação deste Decreto.

§1º A transmissão digital de sons e imagens incluirá, durante o período de transição, a veiculação simultânea da programação em tecnologia analógica.

§2º Os canais utilizados para transmissão analógica serão devolvidos à União após o prazo de transição previsto no *caput*.

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

Contrariamente aos ditames constitucionais do art. 223 e seus parágrafos, o Decreto nº 5.820/06, em seu artigo 7º⁶, afirma que **“será consignado, às concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, para cada canal outorgado, canal de radiofrequência com largura de banda de seis megahertz, a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos”**.

A suposta razão para tal inconstitucionalidade - a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos – não serve como justificativa constitucional plausível para a não aplicação do art. 223, ou sequer possui o condão de suplantar expressa disposição constitucional que exige forma e instância própria para a validade de concessões. Como dito, ao permitir que os atuais radiodifusores façam eles mesmos a transmissão de mais de uma programação simultaneamente, concedendo um canal inteiro de 6 MHz para cada radiodifusor, o Decreto nº 5820/06 aprofunda o atual cenário de concentração, indo em sentido contrário ao da Constituição Federal (que determina que deverá ser outorgada concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens). Veja-se que muitas outras opções poderia ter adotado o diploma legal indigitado, como por exemplo o de fracionar o canal para a entrada de novos concessionários. A TV digital é novo serviço de radiodifusão e portanto precisa de concessão nova, não é continuidade do serviço prestado atualmente, até porque esse serviço será extinto e a empresa somente transmitirá sinal digital se tiver condições técnicas para isso, o que será aferido no momento da concessão, nos moldes do art. 223 da CF.

Em que pese a necessidade de garantir que todos os cidadãos brasileiros terão assegurado o seu direito de receber os sinais da televisão, mesmo que não tenham adquirido ainda os equipamentos necessários para a

⁶Art. 7º Será consignado, às concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão de sons e imagens, para cada canal outorgado, canal de radiofrequência com largura de banda de seis megahertz, a fim de permitir a transição para a tecnologia digital sem interrupção da transmissão de sinais analógicos.

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

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

recepção digital, a atribuição de novos canais de televisão, conforme determinação constitucional, deve necessariamente ser apreciada pelo Congresso Nacional. Não pode ser uma decisão solitária do Poder Executivo. Não se pode fazer prevalecer os interesses privados sob os públicos, quanto mais quando diante de potencialidade de prejuízo aos interesses maiores.

Não se cuida, diga-se, de mera extensão ou aditamento de uma outorga, ou ainda de uma “consignação”, expressão utilizada na deliberada intenção de maquiar a real natureza dos atos administrativos relativos à implantação da TV Digital. Trata-se verdadeiramente de uma nova concessão ou autorização. Seja pela inovação e substancial diferença entre os sistemas de transmissão de sinais para a televisão ou pela nova relação do telespectador com o meio de comunicação, a “consignação” muda profunda e definitivamente os atos de concessão vigentes.

Este fato é “confessado” no próprio texto de indigitado Decreto 5.820, que no art. 9º determina que as consignações deverão ser objeto de instrumento contratual específico. Nesse novo contrato, obviamente, inicia-se uma nova relação jurídica, com novas e outras obrigações e direitos. A distinta relação contratual com a administração pública, com objeto especialíssimo e destacado na Constituição Federal, por força do art. 223 necessita do crivo formal e meritual do Congresso Nacional.

O art. 10 também reafirma a idéia de diferente concessão, quando determina que os sistemas (que são diversos), devem continuar a funcionar concomitantemente e que os sinais analógicos deverão ser devolvidos à União.

A artimanha jurídico-legal de se denominar consignação uma nova concessão pública especial, sem a observância dos ditames constitucionais é um dos objetos da ação.

Embora a exploração do serviço de radiodifusão seja matéria da competência exclusiva da União (conforme art. 22, IV da CF/88), com a conseqüente competência administrativa fixada ao Poder Executivo Federal, a sua outorga constitui-se ato administrativo complexo, pois resulta, necessariamente, da conjugação de vontade de órgãos diferentes. A outorga do serviço de radiodifusão requer a manifestação do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Cabe lembrar que o mesmo Decreto nº 5.820, de 2006, em seu artigo 6º, explica que será permitido que estes novos canais, alvo das

consignações, transmitam em alta definição, para recepção móvel e portátil e com recursos de interatividade. Tais serviços são inexistentes na atual TV Analógica. Os canais consignados, portanto, não serão utilizados para que as atuais emissoras possam transmitir o mesmo serviço atualmente prestado na TV analógica. Trata-se de um novo serviço, que, conforme reza a Constituição Federal, deveria ter as concessões apreciadas pelo Congresso Nacional.

Os concessionários do serviço público de telecomunicações e de radiodifusão sonora de sons e imagens, utilizam-se de um bem público – o espectro de radiofrequências, bem público por força do art. 157 da Lei 9.472, de 1997 e também do art. 223 da CF- , através da outorga de uma delegação do Estado para atender a finalidades e interesses públicos, por meio da exploração de tais serviços viabilizada por uma concessão pública. Cuida-se de espécie de concessão constitutiva, aquela que a maioria dos doutrinadores pátrios qualificam como a constituição pelo Estado, em favor do concessionário, de um poder menor para uso do bem público. As concessões de radiodifusão são concessões de uso, vez que o Estado consente que o particular se utilize parte do bem público, sem a transferência absoluta ou perene do direito.

O art. 2º, II, da Lei 8.987, de 1995, define esta modalidade de concessão como uma transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante licitação tipo concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre melhor capacidade para o desempenho do *munus*, que será exercido por sua conta e risco e por prazo determinado.

A condição diferenciada e natureza jurídica de contrato administrativo das outorgas ou renovações de concessão na área da radiodifusão exige que se deva levar em consideração **o interesse coletivo na sua obtenção**, por delegação do poder concedente.

O primeiro modo de se cumprir o interesse público no caso é se observando irrestritamente do devido processo para as outorgas, preservando a competência e autoridade do Congresso Nacional.

Por fim, ante ao disposto no art. 223, da CF/88, certo é que a inconstitucionalidade das outorgas realizadas pelo Decreto 5.820 independe do entendimento de serem elas concessão, permissão ou autorização. A Constituição Fe-

deral ordena que em qualquer das modalidades de outorga de uso privado, deva o instrumento estatal submeter-se ao crivo do legislativo federal.

ACORDO INTERNACIONAL PARA INSTALAÇÃO DE SISTEMA DIGITAL - O NÃO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL

O ministro das Relações Exteriores do Brasil, Celso Amorim, assinou em Tóquio, com o chanceler japonês Taro Aso, no dia 13 de abril de 2006, um memorando de entendimento para instalação no Brasil de um sistema de TV digital baseado no padrão japonês ISDB. Então, simultânea e conseqüentemente em relação ao Decreto nº 5.820, o Brasil assinou o memorando com o Japão para a adoção do sistema de televisão digital japonês. Entre outros problemas, este acordo/memorando não é claro sobre o pagamento ou não de *royalties* e nem menciona nenhuma prática efetiva de transferência de tecnologia.

O acordo, em linhas gerais, estipula que: o Brasil e o Japão cooperarão para criar um sistema nipo-brasileiro de televisão digital que expresse o desejo de ambos os países de estabelecer uma parceria sólida e duradoura; para este fim, o Governo brasileiro manifesta seu forte desejo de implementar o SBTVD, com base no ISDB-T; o Governo japonês apoiará, ao máximo possível, os seguintes pontos expressos pela ARIB e pelo setor industrial japonês: (1) a participação de instituições brasileiras correlatas no trabalho de padronização relativa à diversificação de conteúdo do padrão ISDB-T, inclusive com a participação de representante brasileiro como membro do Comitê de Padronização do Consórcio ARIB, (2) a cooperação para a introdução de tecnologia inovadora desenvolvida pelo Brasil no padrão ISDB-T, (3) a organização de fóruns de especialistas dos dois países e o estabelecimento de interlocutor de serviços de cooperação na transferência de tecnologia do padrão ISDB-T, (4) além disso, o Governo japonês recebe de bom grado a dispensa de pagamento, pelo Brasil, de *royalties* relativos a patentes das próprias tecnologias ISDB-T.

O artigo 49, I da CF determina que é responsabilidade do Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

Após a celebração do Acordo, o Presidente da República, respeitando o disposto no artigo 49, I, da Constituição Federal, deve remeter o ato internacional para apreciação e aprovação do Congresso Nacional. A aprovação do Congresso Nacional ocorre mediante decreto legislativo, conforme disposto no art. 59, VI, da Carta Magna, necessitando, para aprovação, da maioria simples de votos, conforme disposto no artigo 47 da Constituição Federal.

Para sua validade no ordenamento jurídico nacional, a incorporação dos tratados e acordos internacionais, precipuamente aqueles que fixam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, deve cumprir atos formais e complexos, de natureza político-jurídico, e que compreende obrigatoriamente as seguintes fases: a celebração pelo Presidente da República; a aprovação pelo Congresso Nacional, através de um decreto legislativo; a ratificação pelo Presidente da República, mediante o depósito do referido instrumento legal; e a promulgação, realizada por um decreto presidencial. Os procedimentos são condição *sine qua nom* para a incorporação e vigência dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, o acordo entre o Brasil e o Japão não foi ratificado pelo Congresso Nacional, como determina a Constituição Federal, apesar de o sistema constitucional brasileiro não consagrar o “princípio do efeito direto” e nem o postulado da “aplicabilidade imediata” dos tratados ou convenções internacionais (Carta Rogatória nº 8.279-STF).

Em seguida e em conseqüência ao acordo, o mesmo governo determinou a criação do chamado Programa de Apoio à Implementação do Sistema Brasileiro de TV Digital Terrestre (Pro TVD), por parte do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. Este programa irá financiar fornecedores de equipamentos, radiodifusores e produtores de conteúdo, para a adoção da tecnologia japonesa. Há, portanto, notoriamente a incidência de "encargos e compromissos gravosos ao patrimônio público" derivados do acordo Brasil - Japão, o que obrigaria a que o Congresso Nacional fosse ouvido.

Não obstante a disposição do art. 49, I da CF/88, temos ainda a disposição do art. 48, XII, segundo o qual cabe ao Congresso Nacional dispor especialmente sobre “telecomunicações e radiodifusão”.

Em conclusão: exige a Constituição Federal a oitiva, a disposição, a análise merital pelo Congresso Nacional, das matérias relativas à implantação de um novo sistema de transmissão de radiodifusão de sons e imagens. As iniciativas do Executivo Federal no âmbito externo não podem, nunca, vir a ocasionar, como no caso versado, a usurpação das competências do Legislativo, sob pena de não serem válidas ou não possuírem vigência interna.

Uma vez mais, embora a exploração do serviço de radiodifusão seja matéria da competência exclusiva da União (conforme art. 22, IV da CF/88), com a conseqüente competência administrativa fixada ao Poder Executivo Federal, qualquer acordo, tratado ou memorando internacional que disponha sobre a radiodifusão, exige a constituição de ato administrativo complexo, pois resulta, necessariamente, da conjugação de vontade de órgãos diferentes (o Executivo Federal e o Congresso Nacional).

As inconstitucionalidades apontadas na adoção do sistema japonês de televisão digital, origem e fundamento do decreto impugnado, impingem às pretensões do Executivo vício de validade em face do atual sistema legislativo pátrio, o que impede a aplicação válida e constitucional do sistema escolhido e das normas fixadas.

DO DIREITO

Analisados os fatos ensejadores da presente lide, cabe agora analisar os fundamentos legais que tornam possível a pretensão do autor.

Várias são as razões pelas quais deve ser reconhecida a nulidade por inconstitucionalidade dos atos administrativos impetrados pelo Decreto nº 5.820, de 2006.

Passemos, pois, a examiná-las.

Antes, porém, necessário se faz demonstrar o cabimento da presente demanda.

O INTERESSE DE AGIR – NATUREZA AUTÔNOMA E TEOR PROPRIAMENTE LEGISLATIVO DO DECRETO IMPUGNADO

Constituem-se atos administrativos aqueles por meio ⁷dos quais a Administração Pública exerce sua função típica. Na lição de HELY LOPES MEIRELLES⁸, “o conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. (...) Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”

Dentre os atos administrativos típicos, de caráter normativo, destacam-se os “decretos”, sendo estes os atos administrativos próprios do Chefe do Poder Executivo, “destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresse, explícito ou implícito, pela legislação.”

Sendo, pois, o decreto ato administrativo típico, está, como os demais atos administrativos, sujeito ao controle pelo Poder Judiciário.

Novamente nos valemos da lição de HELY LOPES MEIRELLES⁹:

“A invalidação dos atos administrativos inconvenientes, inoportunos ou ilegítimos constitui tema de alto interesse tanto para a Administração como para o Judiciário, uma vez que a ambos cabe, em determinadas circunstâncias, desfazer os que se revelarem inadequados aos fins visados pelo Poder Público ou contrários às normas legais que os regem.

A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, com destaque para o da moralidade administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. A legitimidade da atividade decorre do respeito à lei e aos referidos princípios. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorciar-se dos princípios, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por

⁷ - In obra citada, pg. 179.

⁸ - In “Direito Administrativo Brasileiro”, 30ª edição, atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestrero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, ed. Malheiros, 2005, pg.149.

⁹ - op citada, pg. 198/199.

inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal. Se não o fizer a tempo, poderá o interessado recorrer às vias judiciais. (...)

O controle judicial dos atos administrativos é unicamente de legalidade, mas nesse campo a revisão é ampla em face dos preceitos constitucionais de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV)..... Diante desses mandamentos da Constituição, nenhum ato do Poder Público poderá ser subtraído do exame judicial, seja ele de que categoria for (vinculada ou discricionário) e provenha de qualquer agente, órgão ou Poder.

Certo é que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e, por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus *interna corporis*. Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesse da coletividade.” (grifos nossos).

Nessa função, de controle da atividade pública pelo Poder Judiciário, nasce a presente ação.

Coerente com o objeto social do autor, a procedência da presente ação garante a proteção e salvaguarda dos interesses, difusos, de toda sociedade brasileira, afrontada pelos atos da requerida, consubstanciados nos artigos 7º, 8º, 9º e 10º do Decreto nº 5.820/06.

O Decreto 5.820, de 2006 é ato propriamente normativo e autônomo, regulando de modo independente as concessões para o serviço público de transmissões de sons e imagens.

Dada sua natureza autônoma, não há vinculação direta, ou meramente regulamentar, com nenhuma outra norma infraconstitucional, senão a regulação e relação direta com a própria Carta Maior, no exercício de competência presidencial, o que abre, assim, a possibilidade do controle direto, concentrado de sua constitucionalidade.

Demonstrado, pois, o cabimento e adequação da ação ao caso em tela, passemos às questões de direito pelas quais deverá ser reconhecida a nulidade dos apontados textos normativos.

OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO

Insertos no *caput* do artigo 37, da Constituição da República, os princípios da publicidade e da motivação buscam assegurar a fiscalização da atividade administrativa pelos seus jurisdicionados. Afinal, “se todo Poder emana do povo e em seu nome é exercido”, conforme nos diz o parágrafo único do artigo 1º, da Constituição da República, tornam-se necessários, se não essenciais, a existência de mecanismos que permitam a efetivação desse controle, atendendo-se assim aos reclamos de uma sociedade em constante avanço, cada vez mais cônica de seus direitos, e de molde a não tornar o texto constitucional “mera folha de papel”, como diria *Ferdinand Lassale*.

Ambos os princípios encontram sua essência nesse controle. Ora, para que haja controle dos atos da Administração, esses devem ser públicos, assim como motivados.

A esse respeito diz-nos CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰:

“O fundamento constitucional da obrigação de motivar está (...) implícito tanto no artigo 1º, II, (da Constituição republicana), que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo poder emana do povo, como ainda no artigo 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do ‘porquê’ das ações de quem gere negócios que lhe dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só tem que se conformar às que foram ajustadas às leis.

Por isso Ramon Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática – e outra não se concebe em um Estado

¹⁰ - in “Curso de Direito Administrativo”, Ed. Malheiros, 2001, São Paulo, p. 82.

que se declara 'Estado Democrático de Direito' (artigo 1º, caput) -, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.

De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. É que, se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodiamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões ad hoc, 'construir' motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes e/ou se foram deveras sopesados à época em que se expediu o ato questionado."

Iguais conceitos se aplicam ao princípio da publicidade, pois não adianta motivação, sem que essa seja conhecida, assim como o próprio ato.

Sem mencionar o completo descaso demonstrado pelo Réu com os altíssimos valores despendidos até o momento em pesquisa científica, em grande medida desperdiçados com a adoção, sem qualquer motivação, do padrão japonês, em detrimento da modulação brasileira desenvolvida no interior do próprio SBTVD.

Apenas com a procedência da presente ação tais inconstitucionalidades podem ser coibidas, atendendo-se finalmente, as finalidades buscadas com a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD.

A MANUTENÇÃO DAS CONCESSÕES E A CRIAÇÃO DE NOVOS CANAIS DE FREQUÊNCIA – A INEXISTÊNCIA DE “DIREITO ADQUIRIDO” DOS CONCESSIONÁRIOS

Pugnamos os atuais detentores das concessões dos serviços de radiodifusão possuírem o direito a um novo canal de 6 MHz, à revelia do disposto no artigo 223 da Constituição Federal. Alegação essa também defendida pelo Réu.

A Constituição Federal não permite a concessão deste direito.

No Brasil, assim como na maior parte do mundo, a exploração dos serviços de radiodifusão pertence ao Estado que, por sua vez, a autoriza sua exploração pelos particulares.

Essa autorização, no sistema político-constitucional brasileiro, se dá através do instituto da concessão, conforme dispõe os artigos 175 e 223 da Constituição da República.

Diz o artigo 175, da Constituição:

“artigo 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos 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;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter um serviço adequado.”

Já o artigo 223 preceitua:

“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 complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

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

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

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

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

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

Com a possibilidade de inclusão, no espectro eletromagnético de frequência já existente, de até 8 (oito) programações, estará sendo ampliado, por até oito, o número de possíveis concessionários daquele serviço, ainda que esses estejam utilizando a mesma faixa de frequência.

Esse entendimento também é defendido por juristas, como o professor MÁRCIO ARANHA, da Universidade de Brasília (UnB), que confirma ter o Estado a obrigação de dar a melhor utilização possível ao espectro magnético, já que “a outorga é aquela necessária para a prestação do serviço para o qual se propôs, no caso o da transmissão de uma programação. A emissora não pode utilizar o argumento de que ela deve continuar com aquela faixa pelo simples fato de já possuí-la. Esse argumento não é juridicamente sustentável.” E prossegue confirmando que, se a tecnologia adotada permite a adoção de mais programações, ou seja, de mais emissoras no mesmo espectro de frequência, deve ser adotada a melhor e mais ampla utilidade para o mesmo (espectro), já que “é uma ordem normativa, não é uma opção do administrador nem do governante. É uma regra vigente, que é a de que o Estado deve dar a melhor utilização possível para um bem público.”

Melhor não poderíamos expressar as razões pelas quais deve ser democratizada a exploração dos canais de transmissão senão utilizando-nos de parecer proferido pela Advocacia-Geral da União, o qual pedimos vênua para transcrever parte:

“22. O sistema criado para outorga de serviço de radiodifusão pela Constituição da República de 1.988, por seu turno, impõe a manifestação do Congresso Nacional (CRFB/88, art. 223):

Artigo 223. (...).

23. Entretanto, como é de se notar, a participação do Poder Legislativo na outorga se exaure nos dispositivos citados, cabendo ao Poder Executivo editar os atos normativos necessários à execução do serviço de radiodifusão.

24. Por essa razão, a Lei n. 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) prevê que a autorização do uso de radiofrequência é um ato administrativo vinculado, associado ao serviço a ser prestado (art. 163), sendo o espectro de radiofrequência um bem público da União, administrado pela Anatel (art. 157 da LGT). Trata-se de matéria tipicamente administrativa inerente à execução dos serviços outorgados.

25. Conforme referido anteriormente, o Decreto nº 4.901, de 26.11.2003, instituiu o Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD como forma de se permitir a atualização tecnológica da prestação do serviço de radiodifusão de sons e imagens. Nesta seara, observados os princípios gerais fixados, foram desenvolvidos estudos com vistas à materialização da Televisão Digital no Brasil, competindo ao Presidente da República dispor, mediante Decreto, sobre a migração da tecnologia atual para a tecnologia digital. Trata-se da aplicação dos princípios que regem os contratos de prestação de serviço público, sendo matéria de reserva da Administração Pública, por força das disposições do art. 21, XII, “a” da CRFB/88.

26. É de se recordar que o princípio da atualidade, corolário do princípio da eficiência, é especialmente caro no que tange à prestação de serviços públicos, visto que o alvo principal da concessão é a prestação de um serviço adequado¹¹. Diante disso, é possível exigir do Poder Público todo o empenho no aperfeiçoamento das técnicas de prestação de serviços públicos. Veja ensinamento de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹²:

¹¹“De fato, o serviço delegado é prestado em favor da coletividade. Assim sendo, maior deve ser o cuidado do Poder Público e do prestador na qualidade do serviço.”FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, 9ª edição, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2002, p. 316.

¹²NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p. 418.

‘Antes mais conhecido como princípio do aperfeiçoamento, o legislador ordinário o rebatizou como princípio da atualidade, indicando o dever da Administração de atender, da melhor maneira e o mais prontamente que possível, à extrema sensibilidade, que têm os serviços de utilidade pública, aos avanços científicos e tecnológicos, uma vez que se tratam de atividades de crescente expressão econômica e altamente demandante de recursos, notadamente no tocante à qualidade das prestações aos usuários.

Neste sentido, tido como cláusula de progresso, o princípio da atualidade vem ser um corolário do princípio da eficiência, no sentido de que o progresso da qualidade das prestações ao usuário deve ser considerado um dos direitos do cidadão, de modo que o Estado, ao assumir um serviço como público, impõe-se também o correlato dever de zelar pelo seu aperfeiçoamento, para que os frutos da ciência e da tecnologia sejam distribuídos mais rapidamente possível.’

27. Assim, o Poder Concedente poderá determinar ao prestador a adequação dos serviços aos novos equipamentos e técnicas em benefício da coletividade.

28. Portanto, o Decreto é ato normativo apto à veiculação dos critérios aplicáveis ao sistema de transmissão digital de sinais de televisão (nova tecnologia) uma vez que a matéria é tipicamente administrativa inerente a prestação do serviço público de radiodifusão, com observância do princípio da atualidade.

29. Nesta senda, o Decreto define aspectos relativos a características de natureza técnica para a transmissão digital terrestre. Estabelece regras de transição e os elementos necessários para que a implantação da nova tecnologia aconteça no País.”

Mais poderia ser dito, em peça que já se faz longa.

Apenas através da abertura de espaço no espectro original se estará possibilitando, de fato, o perfeito e adequando atendimento às finalidades buscadas com a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD, previstos no artigo 1º do Decreto nº 4.901/03.

Outra forma não é possível para se alcançar esse objetivo senão através da procedência da presente ação.

DA NECESSIDADE DE MEDIDA LIMINAR

A concessão de medida liminar, na ação direta, é medida que se faz necessária, como forma de assegurar-se, desde logo, o pleno exercício do direito, antecipando-se os efeitos do provimento jurisdicional final.

Não se busca mera simplificação ou agilização do sistema processual, mas verdadeira contemplação do direito material, de maneira célere, sem prejuízo da segurança das relações, pois, conforme leciona Carnelutti, o tempo é inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas.

É um instrumento processual utilizado para que o transcorrer do tempo não cause prejuízos irreversíveis à pretensão pública e geral da presente ação direta, não acabe por danificar o direito material objeto da ação.

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier, *“trata-se de tutela satisfativa no sentido de que o que se concede ao autor liminarmente coincide, em termos práticos e no plano dos fatos (embora reversível e provisoriamente), com o que está sendo pleiteado principalite.”*

Pressupõe direito que, desde logo, aparece como evidente e que, por isso mesmo, deve ser tutelado de forma especial pelo sistema para que posteriormente não se torne ineficaz ou, até mesmo deixe de existir ou produzir efeitos na esfera prática.

Com toda propriedade que lhe é peculiar, afirma Tereza Arruda Alvim Wambier que *“hoje, à luz dos valores e das necessidades contemporâneas, se entende que o direito à prestação jurisdicional é o direito a uma prestação justa e eficaz”*.

A função da liminar, verdadeira tutela antecipada, é justamente esta, ou seja, é função de tal instituto do direito processual tornar a prestação jurisdicional efetiva e eficaz.

Assim, sempre que estiverem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, estará vinculada a decisão do magistrado, deverá o juiz da causa antecipar liminarmente os efeitos práticos da lide por meio do instrumento denominado tutela antecipada.

O *fumus boni juris* diz respeito a plausibilidade do direito invocado, enquanto que o *periculum in mora* refere-se a um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do perigo da demora.

Como já fartamente demonstrado, no presente caso, ambos os requisitos vinculadores da concessão da medida liminar estão presentes e, por isso mesmo, deverá ser concedida a antecipação de tutela de tal sorte que se impeçam os efeitos deletérios da aplicação dos artigos 6º, 7º, 8º, 9º. e 10º do Decreto nº 5.820, com o que deverá ser suspensa a aplicação dos efeitos dos artigos 7º, 8º, 9º. e 10º, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2.006. Tal medida se faz necessária devido ao grau de irreversibilidade do que foi disposto nos artigos citados. Caso o processo de transição venha a ser iniciado, não será mais possível, ou será quase impossível, reverter as determinações do Decreto 5.820, de 2006.

Essa circunstância caracteriza a conveniência política e a abrangência social a exigir a suspensão imediata dos efeitos dos indigitados dispositivos do Decreto.

O presente chamamento do Judiciário à matéria será o quanto mais juridicamente eficaz, eficiente politicamente e socialmente justo e abrangente se, portanto, tutelar liminarmente a questão.

Assim sendo, demonstrada a imprescindibilidade da concessão da medida liminar *inaudita altera parte*, requer-se seja a mesma concedida **LIMINARMENTE**, determinando-se a imediata suspensão da aplicação dos efeitos dos artigos 7º, 8º, 9º. e 10º, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2.006;

DOS PEDIDOS

Pelo acima exposto, requer-se:

A - O recebimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos moldes do art. 2º e seguintes da Lei 9.868, de 1999, com seu devido processamento;

B - a concessão da medida liminar pleiteada, de modo a que se proceda a imediata suspensão da aplicação dos efeitos dos artigos 7º, 8º, 9º. e 10º, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2.006;

C - a procedência da presente ação, a fim de que seja reconhecida a inconstitucionalidade dos artigos 7º, 8º, 9º. e 10º, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2.006, com o que deverão ser suspensos definitivamente os efeitos dos mesmos;

D - requer-se que nas informações seja apresentado o relatório elaborado pelo Comitê de Desenvolvimento, nos termos do disposto no artigo 3º, inciso VIII, do Decreto nº 4.901/03;

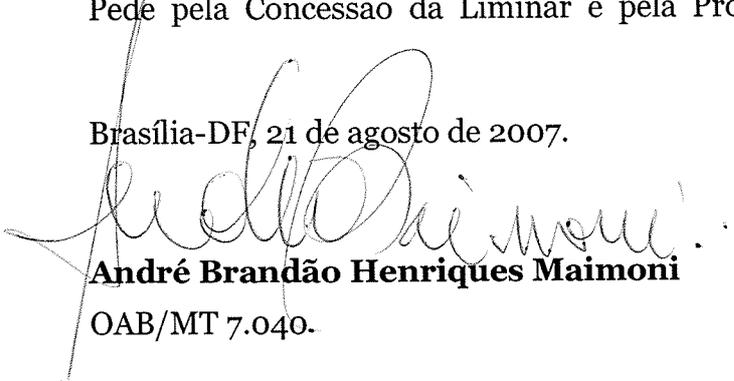
E - A solicitação de informações ao Presidente da República, na pessoa de seu mandatário, Luis Inácio Lula da Silva, autoridade que decretou as regras inconstitucionais e o responsável pelo órgão o qual emanou o ato normativo impugnado;

F - Depois de colhidas as informações necessárias seja citada a Advocacia-Geral da União, por seu representante, e ouvida a Procuradoria-Geral da República, julgando-se, ao final, procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Nestes Termos,

Ação. Pedê pela Concessão da Liminar e pela Procedência da

Brasília-DF, 21 de agosto de 2007.



André Brandão Henriques Maimoni

OAB/MT 7.040.

Alberto Brandão Henriques Maimoni

OAB/DF 21.144

Maurício Alves Santana

OAB/DF 20.636