

ano 14 - n. 57 | julho/setembro - 2014  
Belo Horizonte | p. 1-262 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA  
**Fórum**

© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



**Luís Cláudio Rodrigues Ferreira**  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Revisão: Lourdes Nascimento  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos  
Diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral  
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial  
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis  
Daniel Wunder Hachem  
Ana Cláudia Finger

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luis Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

#### Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luis Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televidas e programas religiosos

Emerson Gabardo

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Doutor pela Fordham University School of Law. Advogado no escritório de advocacia Gonçalves, Razuk, Lemos & Gabardo Advogados.

Thiago Priess Valiati

Bacharel em Direito pela UFPR. Pós-Graduando em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado no escritório de advocacia Gonçalves, Razuk, Lemos & Gabardo Advogados.

---

Resumo: A prática da subconcessão difundiu-se consideravelmente nos últimos anos, especialmente através de programas religiosos e exclusivamente comerciais, como os programas de televidas. O presente artigo analisa a locação de horários televisivos através da prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Destarte, em primeiro lugar, o artigo analisa o conceito de serviço público e a caracterização das atividades de radiodifusão com a mencionada noção. Assim, a partir desta identificação com o conceito de serviço público, realiza-se na sequência uma investigação acerca da subconcessão no direito brasileiro e a sua viabilidade jurídica. Por derradeiro, o estudo conclui pela inviabilidade jurídica da subconcessão no setor de radiodifusão mediante a locação de horários televisivos.

Palavras-chave: Radiodifusão. Serviço público. Subconcessão. Locação de horários. Interesse público.

Sumário: 1 Introdução – 2 As atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens – Constituição como serviço público – 3 A subconcessão no Direito brasileiro – 4 A inviabilidade jurídica da subconcessão no setor de radiodifusão sonora e de sons e imagens – 5 Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

A prática da subconcessão no setor de radiodifusão difundiu-se amplamente nos últimos anos através da locação de horários na grade televisiva por parte dos concessionários. Em especial, através do crescimento de programas religiosos e exclusivamente comerciais, como os programas de televidas. Conforme levantamento

realizado pelo Coletivo Intervozes, determinadas emissoras chegam ao limite de ter 92% da sua programação vendida, como o Canal 21 (do Grupo Bandeirantes).<sup>1</sup> O assunto é polêmico, tanto do ponto de vista político, como do sociológico e, notadamente, do jurídico.

Em que pese o setor de prestação do serviço público de comunicação (e, com grande ênfase, o de radiodifusão de sons e imagens) possa ser considerado aquele com maior nível de autonomia jurídica e política, ele não escapa de algumas situações limitrofes — em que sua capacidade de autodeliberação passa a ser contestada. Não são poucas as análises críticas ao atual modelo de autonomia de gestão das empresas concessionárias de radiodifusão que acabam por propugnar por uma mais eficiente intervenção do Poder Público.

Os críticos da mencionada prática alegam, por exemplo, que as emissoras que veiculam programas de cunho confessional (através da locação dos horários televisivos em contraste ao originariamente disposto no edital de licitação e no contrato administrativo) concedem um privilégio ilegítimo a um determinado particular ou a uma certa religião, ofendendo-se, por conseguinte, o interesse público. Autores como Joana Zylberztajn, nesse passo, preocupam-se com a ofensa à laicidade do Estado e com a configuração de proselitismo.<sup>2</sup> Portanto, o problema não somente seria simplesmente jurídico (legal), mas principalmente de caráter ético-constitucional.

Sendo assim, conforme será exposto adiante, denota-se que a situação atual no direito brasileiro acerca da mencionada prática é de extrema fragilidade jurídica. Não há dispositivo expresso na legislação do setor proibindo a prática da subconcessão, embora a matéria já tenha sido alvo de discussão no Congresso Nacional,<sup>3</sup> e o Poder Executivo já tenha tentado regulamentar a matéria mediante Decreto.<sup>4</sup> Aparentemente, não teve força política para dar seguimento ao intento.

Por conseguinte, ante a polêmica e o debate atual existente em torno do tema, merece discussão a viabilidade jurídica da prática promovida por concessionários de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Seria possível fazer um debate mais amplo, de caráter interdisciplinar. Todavia, nessa oportunidade, será feito um recorte metodológico, a fim de ser abordado apenas o antagonismo de teses concernentes à dogmática jurídico-constitucional que envolve a temática.

<sup>1</sup> INTERVOZES: coletivo brasil de comunicação social. Disponível em: <<http://intervozes.org.br/intervozes-fndc-e-mpf-criticam-arrendamento-das-grades-de-tv-em-audiencia-publica-na-camara/>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

<sup>2</sup> ZYLBERSTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 130.

<sup>3</sup> A respeito do tema, há Projeto de Lei nº 4.021, de 2012, de autoria do Deputado Ivan Valente (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1003327.pdf>>) e existência de audiência, em 05.08.2014, na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, na Câmara dos Deputados (Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cctci/noticias/noticias-2014/subconcessao-de-servicos-publicos-de-radiodifusao-e-tema-de-audiencia>>).

<sup>4</sup> WIZIACK, Julio. Dilma quer acabar com aluguel de horário na TV. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/46579-dilma-quer-acabar-com-aluguel-de-horario-na-tv.shtml>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

Em um primeiro momento, far-se-á análise acerca do conceito de serviço público e a identificação das atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens com a aludida noção. A partir dessa caracterização, será verificado o instituto da subconcessão no direito brasileiro e a sua viabilidade jurídica a partir dos conceitos anteriormente expostos. Finalmente, a partir da análise dos citados institutos, almeja-se alcançar uma conclusão a respeito do cenário exposto (que, de pronto, é possível ser entendido como de extrema fragilidade jurídica) no setor de radiodifusão.

## 2 As atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens – Constituição como serviço público

As atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens constituem um serviço público. Por certo esta afirmação não é de todo intelegível, haja vista a significativa diferença entre tais atividades e os demais serviços públicos privativos de Estado. Apesar da expressa redação constitucional incluindo tais atividades na categoria “serviço público”, cada vez mais torna-se difícil o seu enquadramento, seja em razão das peculiaridades formais trazidas na legislação, seja pela realidade prática do setor. Os meios de comunicação de massa resistem cada vez mais à regulação estatal de suas atividades e, desse modo, é estabelecida uma relação de forças. Quando se trata de rádios, por exemplo, há uma impactação muito maior da intervenção estatal do que quando se trata de televisão. E mesmo no caso das televisões, certamente o impacto da regulação estatal irá variar conforme o poder adquirido da empresa prestadora.

Os meios de comunicação comemoram esta realidade, defendendo com unhas e dentes sua autonomia — mais que isso, os seus direitos constitucionais inerentes à liberdade de iniciativa, de opinião, de imprensa, entre várias outras liberdades. Raríssimas vezes é possível observar jornalistas, comentaristas, atores, diretores e demais agentes dos meios de comunicação discutindo seus deveres como prestadores de serviço público e promotores de outros direitos fundamentais.<sup>5</sup> Salvo quando a questão for exatamente a quebra deste regime, na defesa (atualmente inconstitucional) do desenquadramento da atividade como serviço (artigo 175 da CF) público e seu conseqüente reenquadramento como atividade econômica em sentido estrito (artigo 173 da CF). Por outro lado, o ambiente regulatório brasileiro em termo

<sup>5</sup> Sobre o caráter “ambivalente” da intervenção estatal na liberdade de comunicação é interessante o artigo de Indiara Liz Fazolo Pinto, ainda que tendo com enfoque principal questão diversa. Cf.: PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, lei de imprensa e discurso do ódio – da restrição como violação à limitação como proteção. A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013.

de radiodifusão sonora e de sons e imagens tradicionalmente é muito restrito e imensamente confuso. Mais recentemente, o Poder Público tem feito esforços de criação de um ambiente institucional adequado. Todavia, com o aparecimento das novas tecnológicas e, particularmente, da internet, torna-se difícil para os órgãos estatais adquirirem uma eficiência regulatória que nunca tiveram e, simultaneamente, desenvolverem uma expertise a respeito do inusitado. Há, portanto, uma problemática institucional (e de gestão) e uma problemática jurídica a respeito da questão. Ambas estão imbricadas.

Restringindo-se à questão jurídico-dogmática, cabe rememorar que os serviços públicos constituem atividades econômicas lato sensu “que não tem ínsita em si a integração à esfera pública ou privada”. Isto é, tais atividades poderiam pertencer tanto a uma esfera como outra, mas em razão da imposição de um interesse da coletividade em certo momento histórico, entendeu o legislador como sendo necessário tomar a atividade como competência do Poder Público.<sup>6</sup> Portanto, o serviço público nada mais é do que uma atividade econômica em sentido estrito — e aqui se emprega a clássica distinção realizada por Eros Roberto Grau<sup>7</sup> —, que, através de uma ação imperativa do Poder Público, teve o seu regime jurídico alterado, tornando-o típico.<sup>8</sup>

Com efeito, para Celso Antônio Bandeira de Mello, são dois os elementos que definem o conceito de serviço público: o elemento formal (como atividade circunscrita ao regime específico de direito público) e o elemento material (através da prestação de uma atividade de utilidade pública).<sup>9</sup> O primeiro elemento relaciona-se à previsão

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 132.

<sup>7</sup> O referido autor entende que o serviço público, ao lado da atividade econômica em sentido estrito, como espécies, integram o mesmo gênero, qual seja, a atividade econômica em sentido amplo: “pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). É a partir deste confronto — do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico — que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é — permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal — decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informe adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 108-109).

<sup>8</sup> “Como uma atividade econômica qualquer, submetia-se ao regime jurídico de Direito privado, caracterizado pela autonomia da vontade, capacidade universal, vinculação negativa ao Direito, disponibilidade de direitos e interesses e igualdade das partes. Diferentemente, como serviço público propriamente dito, será conduzido pelo regime jurídico de Direito público, cujos adjetivos fundamentais são, mutatis mutandis, a heteronomia, a capacidade por atribuição legal, a vinculação positiva ao Direito, a indisponibilidade de direitos e interesses e a desigualdade entre as partes” (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 134).

<sup>9</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 688. O conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca de serviço público é consagrado no direito brasileiro. Para o mencionado autor, serviço público “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público — portanto consagrador de prerrogativas e de restrições especiais —

expressa da constituição da atividade como serviço público no ordenamento jurídico. Nesse particular, é clássica a lição de Dinorá Grotti: “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel”.<sup>10</sup> Já o elemento material diz respeito ao oferecimento aos cidadãos, por parte do Estado, de utilidades ou comodidades materiais singularmente fruíveis pelos administrados, reputadas como imprescindíveis e necessárias.<sup>11</sup>

Marçal Justen Filho identifica também, além dos supracitados elementos, um terceiro elemento na caracterização do serviço público: o aspecto subjetivo.<sup>12</sup> No mesmo sentido, Adriana Schier identifica este terceiro traço no conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello: o aspecto da subjetividade como elemento autônomo do serviço público.<sup>13</sup> Vale dizer, relaciona-se ao vínculo orgânico da atividade com o Poder Público. Trata-se, por conseguinte, de atuação desenvolvida pelo Estado. Para Bandeira de Mello, os serviços públicos “pertencem, por definição, ao setor público e estão nele inamovivelmente sediados [...]. Significa, entretanto, que o titular deles é o Estado: que a senhoria sobre eles fica permanentemente retida em mãos do Poder Público”.<sup>14</sup>

Nesse contexto, repise-se que, conforme o Supremo Tribunal Federal já decidiu, as atividades de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão) constituem um serviço público.<sup>15</sup> E, constituindo um serviço público, a atividade deve ser

---

instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido no próprio sistema normativo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo..., p. 689).

<sup>10</sup> GROTTI, Dinorá. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. Malheiro Editores, 2003. p. 87. “É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico” (GROTTI, Dinorá. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988..., p. 87).

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo..., p. 690. O aludido doutrinador, a propósito, menciona que é por isso que o Estado presta os serviços públicos sob o regime de direito público.

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 697. O autor pontua que: “sob o ângulo material ou objetivo, o serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais ou transindividuais de cunho essencial. Sob o ângulo subjetivo, trata-se de atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes). Sob o ângulo formal, configura-se o serviço público pela aplicação do regime jurídico de direito público” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo..., p. 697).

<sup>13</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 30.

<sup>14</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Privatização e serviços públicos. Revista trimestral de serviço público, São Paulo, n. 22, p. 173.

<sup>15</sup> No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.944, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em face de dispositivos do Decreto nº 5.820/2006, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, ao votar pela improcedência da ADIn, entendeu que a “consignação de canal de radiofrequência (ou autorização de uso de espectro de radiofrequência) não se confunde com concessão ou autorização do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. A primeira (consignação), regulada pela Lei 9.472/97, é acessória da segunda (concessão ou permissão). 4. A norma inscrita no art. 7º do Decreto 5.820/2006 (e também nos arts. 8º a 10) cuida de autorização de uso do espectro de radiofrequências, e não de outorga de concessão do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. O que se deu, na verdade, foi o seguinte: diante da evolução tecnológica, e para a instituição no país da tecnologia digital de transmissão de sons e imagens, sem interrupção da transmissão de sinais analógicos, fez-se imprescindível a consignação temporária de mais um canal às atuais concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens”. No referido acórdão, o



sempre prestada em benefício da coletividade, isto é, em prol do interesse público, sem ocorrer a sobreposição de eventuais interesses privados. Trata-se, portanto, de um ideal republicano, que deve prevalecer na Administração Pública: a prevalência do bem comum e da satisfação coletiva — valores estes que, ao serem positivados, tornam-se “interesse público no sentido restrito”, como bem esclarece Daniel Wunder Hachem.<sup>16</sup>

É clássica a lição de Jean Rivero que explica o regime jurídico-administrativo através de um binômio de prerrogativas e sujeições da Administração Pública. Isto é, de um lado normas que atribuem à Administração prerrogativas que inexistem nas relações privadas e, de outro, normas que também submetem o Poder Público a restrições muito mais severas do que aquelas percebidas nas relações entre particulares.<sup>17</sup> Lição esta acolhida por Guy Braibant, que enuncia que o Direito Administrativo é “um conjunto indivisível de prerrogativas e sujeições que são com frequência estreitamente ligadas umas às outras”.<sup>18</sup> Alejandro Nieto, por seu turno, conclui que é o interesse público que, de um lado, legitima a constituição de prerrogativas especiais ao Poder Público e, de outro lado, limita a sua atuação.<sup>19</sup> Portanto, é através da consecução do interesse público que se justificam os privilégios da Administração Pública e a proteção das garantias dos cidadãos.

Acerca da noção de interesse público, Renato Alessi diferencia o interesse público primário, relativo ao bem geral, do interesse público secundário, o qual seria o interesse observado especificamente pela pessoa jurídica da Administração.<sup>20</sup> Tendo em vista a distinção feita por Alessi em relação à noção de interesse público, vê-se que o interesse do administrador somente deverá se efetivar na medida em que coincida com o interesse público da coletividade, isto é, o interesse público primário. No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho assevera que a Administração não pode basear suas atividades em interesses particulares, vez que “o princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida através da Administração Pública, é o bem comum”.<sup>21</sup>

---

STF entendeu que a televisão digital não se trata de um novo serviço público, mas sim de uma adaptação tecnológica, isto é, uma atualização para fins de melhoramento na prestação do serviço.

<sup>16</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 181.

<sup>17</sup> RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1982. p. 42.

<sup>18</sup> BRAIBANT, Guy. Le Droit Administratif Français. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984. p. 167-170.

<sup>19</sup> NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. v. 3. Madrid: Civitas, 1991. p. 2251.

<sup>20</sup> ALESSI, Renato. Sistema istituzionali del diritto amministrativo. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953. p. 196.

<sup>21</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões sobre direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 128.

Sendo assim, no contexto do serviço público de radiodifusão, tem-se que o atendimento ao interesse público primário e do bem comum está intimamente conectado à prestação do serviço, de forma adequada, e em nome do povo.<sup>22</sup> Nesse passo, observe-se a disposição expressa no artigo 221, incisos I e II, da Constituição Federal, que destaca que, entre os princípios a que a programação das emissoras de rádio e televisão devem se submeter, estão a “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas” e a “promoção da cultura nacional e regional”.<sup>23</sup> Se for realizada uma tomada de contas nas atividades atualmente pelas empresas de radiodifusão, será possível observar o cumprimento dessas finalidades?

Mas é possível ir além. Considerando que várias empresas beneficiárias da prática da “terceirização da programação” veiculam programas de cunho profissional, isso não configuraria um privilégio ilegítimo concedido a um sujeito particular ou a uma determinada religião? Não estaria ferido o interesse abstrato da coletividade, bem como o princípio da impessoalidade? Uma empresa que promove tal prática cumpre sua finalidade constitucional e a finalidade estabelecida no contrato de concessão? Aparentemente estas questões apontam para um problema importante, mas que não tem sido levado muito a sério. Nessa seara parece existir certa dificuldade de serem concretizados os comandos consagrados no artigo 37 do texto constitucional.<sup>24</sup>

Destaque-se que a concessão, por si só, para determinada instituição religiosa não ofende o referido princípio constitucional, tendo em vista que neste caso ela se submete ao regular processo licitatório e aos termos estipulados no instrumento convocatório. Atualmente não há restrição jurídica a essa possibilidade, ainda que existam fortes contestações do ponto de vista ético. Porém, a locação em excesso

<sup>22</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: BUCCI, Eugênio (Org.). A TV aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000. p. 193.

<sup>23</sup> Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli, por seu turno, destaca que: “neste diapasão, o art. 221 estabelece agora princípios que incidem sobre o conteúdo da informação que transita pelo ar através das ondas eletromagnéticas dos serviços de radiodifusão. Assim, o inc. I determina aos difusores a concessão de preferências a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. O inciso seguinte (II) fala em promoção da cultura nacional, primeiramente, o que combina nas tintas com o estabelecido na primeira parte do caput do art. 215 da mesma CF, quando determina que o Estado garantirá a todos o acesso às fontes da cultura nacional”. (BITELLI, Marcos Alberto Sant’anna. O direito da comunicação e da comunicação social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 271). Nesse exato sentido, veja-se a lição de J. C. Mariense Escobar: “Quanto à programação, segundo o Decreto nº 88.066, de 26.01.83, que deu nova regulamentação à Lei nº 5.785, de 23.06.72 (e legislação consolidada), as prestadoras deverão: subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão [...]” (ESCOBAR, J. C. Mariense. Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 122-123).

<sup>24</sup> Nesse contexto, Joana Zylbersztajn, em tese de doutorado sobre o tema, preocupa-se com a ofensa ao princípio do Estado laico através da concessão de radiodifusão a determinadas igrejas específicas. “O Estado, por meio da concessão de radiodifusão a determinada Igreja, está, de certa forma, subvencionando aquela religião específica. Evidentemente, como este espaço não é oferecido nas mesmas proporções a outras religiões, nos deparamos com eventual violação da laicidade do Estado, seja quanto à exigência de igualdade, seja quanto à separação entre Estado e Igreja” (ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012, p. 130).

de horários na televisão, em confronto com os termos dispostos originariamente no contrato de concessão e no edital de licitação, ofende claramente a necessidade de impessoalidade na Administração.

Guilherme Fernandes Neto, no mesmo sentido, destaca que um dos princípios jurídicos básicos da Comunicação Social é a sua função social. O autor destaca que a função social da comunicação de massa é evidenciada em virtude da sua capacidade de alterar comportamentos e do impacto causado por esta na sociedade. Com efeito, Fernandes Neto salienta que, “em razão de os serviços de radiodifusão existirem em virtude de concessão estatal, reforça-se a função social”.<sup>25</sup> A propósito, como Guilherme Fernandes Neto bem destaca, o Código Brasileiro de Telecomunicações, em seu artigo 124, destaca que “o tempo destinado na programação das estações de radiodifusão, à publicidade comercial, não poderá exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do total”.

Nesse passo, caso se alegue que o espaço alugado da grade televisiva é publicitário, deve-se atentar para o limite de 25% da programação estabelecido na legislação brasileira, o que reduziria em muito a prática em questão.<sup>26</sup> Por outro lado, caso se entenda que o espaço locado a terceiros não configura publicidade, deve-se, então, examinar detalhadamente o instituto da subconcessão no Direito brasileiro — o que será feito na sequência —, tendo em vista que a locação de horários televisivos não integraria os 25% permitidos pela legislação pátria.<sup>27</sup>

Porém, antes de adentrar na análise do instituto da subconcessão, cumpre repisar que, nos termos do artigo 21, inciso XII, alínea “a”, da Constituição Federal, as outorgas de radiodifusão são concretizadas por meio de contratos administrativos de concessão da União Federal. De acordo com Cristiano Aguiar Lopes, a Constituição

<sup>25</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. Direito da comunicação social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78-81. O autor destaca que: “o Dec. 52.795/63, ao regulamentar essa função social, espancou as dúvidas que pudessem existir por seu art. 3º, ao dispor que a exploração da radiodifusão só é concebível se for seguido o interesse nacional e a sua finalidade educativa e cultural, tratando da já mencionada limitação, na televisão do tempo máximo de publicidade em 25% [...]” (FERNANDES NETO, Guilherme. Direito da comunicação social, p. 78-81).

<sup>26</sup> Conforme já destacado, segundo levantamento realizado pelo Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social, determinadas emissoras chegam ao limite de ter 92% da sua programação vendida, como o Canal 21 (do Grupo Bandeirantes). Ainda, segundo a entidade, existem casos de emissoras maiores que ampliaram a venda da grade televisiva: por exemplo, de 2008 para 2014, a RedeTV, aumentou de 32% para 50% o total da locação de sua programação. Disponível em: <<http://intervezes.org.br/intervezes-fndc-e-mpf-criticam-arrendamento-das-grades-de-tv-em-audiencia-publica-na-camara/>>.

<sup>27</sup> Cumpre repisar que a prática da locação de horários na televisão já foi alvo de Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, conforme assinalado anteriormente. O Projeto de Lei nº 4.021/2012, de autoria do Deputado Ivan Valente, pretendia vedar a subconcessão no setor de radiodifusão, estabelecendo que a referida prática possuisse fins diversos da publicidade comercial. Assim, denota-se que, nos termos do referido Projeto de Lei, a usual prática da locação de horários em grades televisivas não integraria os 25% permitidos pela legislação específica do setor. Conforme o art. 2º, inciso I, do aludido Projeto, o conceito de subconcessão da outorga de serviço de radiodifusão consistiria na: “cessão ou venda total ou parcial a terceiros, para fins diversos da publicidade comercial, da grade de programação da emissora concessionária” (Projeto de Lei nº 4.021, de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1003327.pdf>>).

de 1988 consagrou o entendimento do trustship model, modelo em que é fixada a responsabilidade governamental em organizar racionalmente o espectro radioelétrico, considerado um bem público, estando, assim, autorizado o Estado a operar os serviços de radiodifusão ou, por outro lado, transferir essa responsabilidade a um sujeito particular, mediante outorga pública.<sup>28</sup>

Veja-se que o caput do artigo 223 do texto constitucional impõe, simultaneamente à competência do Poder Executivo para outorgar e renovar as concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a observância do princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Acerca do referido princípio, Luciana Raso Sardinha salienta que os serviços de radiodifusão são prestados pelo particular em substituição à União “sob a orientação político-filosófica das finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, obrigando-se à promoção da cultura nacional e à regionalização, ao respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.<sup>29</sup>

Com efeito, a concessão de serviço público supõe a adesão voluntária de um sujeito particular, o concessionário, à relação jurídica de concessão, para a prestação de um serviço, prestado em nome da coletividade.<sup>30</sup> Lembre-se, nesse particular, que, apesar de as atividades serem repassadas aos particulares através da concessão, elas não perdem, no entanto, a sua concepção originária de serviço público.<sup>31</sup> Portanto, a atividade, mesmo que executada por um sujeito particular, continua submetida ao regime de direito público, devendo ainda atender, por óbvio, o interesse público.

Mas há alguns detalhes que merecem atenção. Por exemplo, Maria Sylvia Zanella di Pietro define a concessão de serviço público “como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.<sup>32</sup> Porém, aspecto marcante do serviço de radiodifusão consiste na ausência

<sup>28</sup> LOPES, Cristiano Aguiar. Subsídios – a prática da subconcessão, arrendamento ou alienação a terceiros promovida por concessionários de serviços públicos de radiodifusão. 2011. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. p. 11.

<sup>29</sup> PARDINHO, Luciana Raso. Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 113.

<sup>30</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição Federal de 1988, p. 142.

<sup>31</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessões, permissões e autorizações de serviço público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões sobre direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 181-182.

<sup>32</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77. A autora faz referência à concessão de serviço público como uma forma de privatização, considerada esta no seu sentido amplo; isto é, abrangendo não apenas a privatização em si mesma como uma das formas de mudança do Estado, mas também outras ferramentas para a sua transformação (como as parcerias público-privadas, a própria concessão de serviço público e a desburocratização). DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na administração pública, p. 7-8.

do recebimento de tarifa por parte do concessionário, razão pela qual o conceito de serviço público de Di Pietro mostra-se insuficiente. É preciso recorrer-se ao conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello para solucionar o impasse, ao ser definido o instituto da concessão como a atribuição do exercício de um serviço público, pelo Estado, àquele que aceita realizar tal prestação por sua conta e risco, com a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro em face do fato de a execução do contrato se dar nas condições fixadas e alteráveis pelo Poder Público de forma unilateral, “remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.<sup>33</sup> Mas nem sempre. E este é o caso da radiodifusão, cuja remuneração indireta torna o regime jurídico aplicável significativamente peculiar, afastando-o do que seria compreendido como uma teoria geral dos serviços públicos — a menos do ponto de vista formal (e apesar da includente redação constitucional).

### 3 A subconcessão no Direito brasileiro

Com efeito, entre as características desses contratos de concessão, afirma-se serem os mesmos firmados *intuitu personae*, característica derivada da obrigação de prestação pessoal do serviço pela concessionária.

Nesse contexto, Marçal Justen Filho leciona que, ao se dizer que um contrato é *pactuado intuitu personae*, significa que o preenchimento de certos requisitos foi fundamental para a escolha da contratação de um particular em específico, requisitos esses objetivamente definidos, pois ao Estado é indiferente a personalidade psicológica do particular. Ou seja, a Administração não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor, porquanto está interessada somente na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 720. Por seu turno, Romeu Felipe Bacellar Filho destaca que “o concessionário é remunerado, de um modo geral, por intermédio das tarifas pagas pelos usuários do serviço” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143).

<sup>34</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões e serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 51. Como bem destaca Cristiana Fortini: “os contratos em que é parte a Administração Pública, sejam eles contratos de direito privado ou público, são celebrados, como regra, após um procedimento licitatório em que se avaliam as propostas, mas também são examinadas as condições/características de cada licitante” (FORTINI, Cristiana. Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP. São Paulo: Atlas, 2009. p. 77). A aludida autora menciona que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca do caráter *intuitu personae* do contrato de concessão. Observe-se: “caracteriza ofensa a essas normas a conduta da empresa que, após sagrar-se vencedora da concorrência e antes de o Congresso aprovar o decreto de concessão, transfere todas as cotas a terceiras pessoas que não participaram do certame, que não tiveram sua documentação submetida à análise da Administração e à impugnação dos demais concorrentes. Afinal, o caráter personalíssimo da concessão exige que o poder concedente realize um rigoroso controle da composição do quadro societário e diretivo das entidades que se propõem a executar os serviços, devendo ser informada ao Congresso Nacional toda e qualquer alteração no controle societário, na forma do art. 222 da Constituição Federal, controle esse que é exercido pelos demais licitantes, mas que, no caso, restou frustrado. O espírito da lei é coibir a burla aos princípios da licitação e resguardar o caráter *intuitu personae* da concessão” (MS nº 8.937-DF, 1ª Seção

Entretanto, e como bem ressalva Romeu Felipe Bacellar Filho, o fato de os contratos administrativos serem pactuados no “intuito da pessoa”, tendo em vista que exigem a pessoa do contratado para a sua execução, não afasta por completo a possibilidade de serem cumpridos por outrem, em casos específicos e autorizados expressamente por Lei.<sup>35</sup>

Veja-se que, nesse contexto, a Lei Geral das Concessões, Lei nº 8.987/1995, admite a figura da subconcessão em seu artigo 26. O citado diploma legal estabelece que a subconcessão deve ser expressamente autorizada pelo poder concedente e que a sua outorga será sempre precedida de concorrência. Ademais, estabelece que a sua realização, sem a prévia anuência do poder concedente, implicará a caducidade da concessão. Cristiana Fortini salienta que a característica intuito personae dos contratos administrativos coloca em discussão o disposto no artigo 26 da Lei Geral de Concessões (assim como o previsto no artigo 72 da Lei nº 8.666/1993).<sup>36</sup>

Nessa toada, Maria Sylvania Zanella Di Pietro ressalta que a subconcessão tem a mesma natureza jurídica do contrato de concessão (e, por isso mesmo, faz-se através de contrato administrativo) e que parte do próprio objeto da concessão é transferida para terceiro.<sup>37</sup> Por seu turno, Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar salientam que, como a lei determina que a outorga da subconcessão seja necessariamente prevista de concorrência, será de competência do poder concedente a escolha do subconcessionário.<sup>38</sup>

De outro vértice, já no tocante ao setor de radiodifusão, o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), a Lei nº 4.117/62, em seu artigo 8º, alínea “c”, e o Decreto nº 52.795/63 (Regulamento dos Serviços de Radiodifusão), por meio do artigo 89, admitem a possibilidade de transferência da concessão (de forma direta ou indireta). A transferência direta da concessão se dá quando ela é transferida de uma pessoa jurídica para outra; por outro lado, a transferência indireta ocorre quando a maioria das cotas ou ações representativas do capital é transferida para um outro grupo de cotistas ou acionistas, que passam a ter o mando da sociedade.<sup>39</sup> Já em relação ao

do STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU, p. 202, 09 dez. 2003). FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP*, p. 79.

<sup>35</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

<sup>36</sup> FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP*, p. 77.

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 112-113. Ainda a respeito, a aludida autora destaca que: “o que a lei não esclarece, com relação à subconcessão, é se o próprio concessionário, sendo entidade privada, pode fazer ele mesmo a licitação para escolha do subconcessionário; e também se essa entidade privada tem competência para decretar a intervenção na subconcessionária” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 112-113).

<sup>38</sup> AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.937 e 9.074 (Parte Geral)*, com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.05.98. São Paulo: Malheiro Editores, 1998. p. 110.

<sup>39</sup> LOPES, Cristiano Aguiar. *Subsídios – a prática da subconcessão, arrendamento ou alienação a terceiros promovida por concessionários de serviços públicos de radiodifusão*, p. 9. Acerca da transferência de concessão, relevante norma foi inserida em outubro de 1985 pelo Decreto nº 91.837. O referido diploma legal estabeleceu que, a partir de então, não poderia ser autorizada a transferência da concessão, direta ou indireta,

instituto da subconcessão, todavia, denota-se que não existe previsão na legislação específica do setor de radiodifusão.

Cumprir repisar, nesse passo, que os conceitos de subconcessão e transferência da concessão são nitidamente distintos. Enquanto na subconcessão parte da concessão é desmembrada e transferida a um terceiro, na transferência da concessão (direta), uma outra pessoa jurídica substitui a concessionária no polo da relação jurídico-contratual.<sup>40</sup> Ou seja, enquanto na subconcessão, ao invés de uma concessão, o resultado após a sua efetivação é a existência de duas ou mais concessões, na transferência da concessão (direta), por outro lado, mantém-se apenas uma concessão, porém, mediante concessionária distinta da original.<sup>41</sup>

Nesse contexto, Mauro Roberto Gomes de Mattos salienta que o artigo 27 da Lei Geral de Concessão não se confunde com a previsão da subconcessão contida no artigo 26 do referido diploma legal. Segundo o aludido autor, “na hipótese do artigo 27, o contrato administrativo é transferido para um terceiro, com o desaparecimento do sujeito que originalmente disputou e foi o vencedor do certame”.<sup>42</sup> Isto é, trata-se da figura da transferência da concessão, diferentemente da subconcessão prevista no artigo precedente.

Cumprir verificar, agora, se o instituto da subconcessão aplica-se ao serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, tendo em vista que não há previsão expressa do referido instituto na legislação específica do setor, conforme visto anteriormente.

---

durante o período de instalação da estação e nem nos cinco anos imediatamente subsequentes à data da expedição do certificado de licença para funcionamento.

<sup>40</sup> Para Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar, a transferência da concessão dá-se pela transferência do controle acionário da empresa vencedora da concorrência, destacando, dessa forma, que o problema da ausência de licitação não se coloca (AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos*, p. 111).

<sup>41</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 107. A respeito do assunto, Antônio Carlos Cintral do Amaral aduz que: “A chamada subconcessionária é uma nova concessionária relativamente à parte da concessão original que lhe foi outorgada. A rigor, efetuada a subconcessão não passam a existir uma concessionária e uma subconcessionária, mas sim duas concessionárias: a concessionária inicial, com a parte da concessão que com ela permaneceu, e outra concessionária, com a parte da concessão que lhe foi subconcedida. Na transferência, muda a concessionária — “B” em lugar de “A” — permanecendo a concessão, no resto, imutável” (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos*, p. 109).

<sup>42</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo*. Disponível em: <[http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da\\_subconcessao\\_e\\_da\\_transferencia\\_da\\_concessao.pdf](http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da_subconcessao_e_da_transferencia_da_concessao.pdf)>. Segundo Gomes de Mattos, “pela dicção do presente comando legal somente poderá ocorrer a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária após a prévia anuência do poder concedente, sob pena de se operar a caducidade da mesma sem a manifestação de vontade do Poder Concedente, que deverá ser motivado, tanto para deferir o pleito como para negá-lo, e derivando dessa manifestação efeitos jurídicos conseqüentes da decisão a ser tomada pela Administração. A razão da manifestação do ente público reside no fato que o serviço público é regulado pelo Poder Concedente, mesmo quando ele delegou a prestação do serviço ao concessionário. O fator preponderante para o concedente é que o concessionário possua solvência, seja idôneo, sério e capaz tecnicamente” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo*, p. 5).



## 4 A inviabilidade jurídica da subconcessão no setor de radiodifusão sonora e de sons e imagens

Observe-se que, apesar de a Lei nº 8.987/1995 admitir a figura da subconcessão em seu artigo 26, denota-se que o artigo 41 dispõe que a aludida Lei não se aplica aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.<sup>43</sup>

Por conseguinte, em que pese a legislação pareça abrir uma brecha para a viabilidade da locação de horários na televisão através da previsão da figura da subconcessão disposta na Lei Geral de Concessões, o referido diploma legal possui, em contrapartida, dispositivo expresso determinando que, nos casos dos serviços de radiodifusão, a aludida Lei não é aplicável. Aplica-se, por conseguinte, a legislação específica, qual seja, a Lei nº 4.117/62 (CBT) e o Decreto nº 52.795/63, que, conforme ressaltado, não possuem previsão acerca da figura da subconcessão do serviço público de radiodifusão.<sup>44</sup>

Mesmo que fosse admitida a aplicabilidade do instituto da subconcessão aos serviços de radiodifusão, parcela da doutrina brasileira é enfática em defender a inconstitucionalidade dos artigos 26 e 27 da Lei nº 8.987/1995. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, destaca que o referido instituto é inconstitucional, tendo em vista que ele ofenderia o princípio licitatório.<sup>45</sup> É o mesmo entendimento

<sup>43</sup> “Art. 41. O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

<sup>44</sup> WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio Penna. Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación, v. XI, n. 1, enero/abril 2009. Disponível em: <www.eptic.com.br>. “Sobretudo, deve-se ressaltar que praticamente nenhuma garantia tradicionalmente associada à figura da concessão de serviço público incide sobre as concessões na área de comunicação social eletrônica. Sintomático dessa situação é o fato de a norma jurídica aplicável a todas as concessões — a Lei de Concessões, nº 8.987 de 1995 — não se aplicar à radiodifusão, nem aos serviços de telecomunicações, entre os quais se incluem os serviços de TV por Assinatura, como dispõe a LGT” (WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio Penna. Serviços públicos de radiodifusão).

<sup>45</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, p. 741. “Tendo em vista que a concessão depende de licitação — até mesmo por imposição constitucional — e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem a concordância da Administração. [...] Sem embargo, a Lei 8.987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração [...]” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, p. 741). Mauro Roberto Gomes de Mattos, por outro lado, defende a legalidade da subconcessão no direito brasileiro. Segundo o referido autor, é “plenamente legal o art. 27 da Lei nº 8.987/95, não ferindo a CF, em razão do Constituinte atual permitir que a lei estabeleça os casos que são inexigíveis ou que as licitações são dispensadas (arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93). Sendo certo, que tanto na transferência da concessão ou do controle societário da concessionária por não caracterizar as hipóteses de nova concorrência, não há que se falar em licitação, bastando a anuência prévia do poder concedente através de ato motivado” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo, p. 9). É o mesmo entendimento perfilhado por Arnoldo Wald: “na generalidade, poder-se-ia entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido, quando da outorga da concessão, para o atendimento dos fins econômicos, não sendo, em tese, obrigatório um segundo procedimento licitatório para a mesma concessão, a ser realizado quando de sua transferência a outra pessoa. Nesse caso, bastaria que o interessado reunisse todos os requisitos de capacitação técnica e idoneidade financeira exigíveis, demonstrando-os perante a autoridade do poder concedente incumbida de concordar com a transferência da concessão” (WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O direito e a Lei de Concessões. RT, 1996. p. 146).



adotado por Cristiana Fortini, para quem a subconcessão não é aplicável na prática, vez que se ofende de forma brutal o disposto no texto constitucional. Para a citada autora, a Lei nº 8.987/1995, ao arrolar os requisitos necessários da subconcessão, omite-se inconstitucionalmente quanto à existência de necessário e prévio procedimento licitatório.<sup>46</sup>

Resta mais do que evidente que, apesar de consistir em ação corriqueira na praxis administrativa brasileira, a locação de horários na televisão mediante subconcessão não encontra amparo no texto constitucional e na legislação do setor. Contudo, alega-se o fato de o Direito brasileiro não proibir a prática de forma expressa; isto é, apesar de não prever a figura da subconcessão, por outro lado, a lei também não a proíbe. Todavia, o fato de não haver vedação expressa da prática no ordenamento jurídico brasileiro não pode servir como fundamento de sua legalidade. Até porque na seara do direito público a vigência do princípio da legalidade é diversa do que ocorre no direito privado: ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração, por outro lado, só pode fazer o que a lei expressamente autoriza.<sup>47</sup>

Este é o entendimento perfilhado por Cristiano Aguiar Lopes, o qual destaca que há uma vinculação entre a escolha do Estado de qual sujeito será agraciado com a outorga do serviço de radiodifusão e a sua posterior execução.<sup>48</sup> Nesse particular, o referido autor defende que, qualquer ofensa a esse preceito, seja por arrendamento de programação, seja por subconcessão, trata-se de uma subversão de princípios, que acaba, em verdade, por dissimular quem são os verdadeiros responsáveis pela programação de uma determinada emissora e, por consequência, configuram uma tentativa de se enganar o Poder Público. Destarte, a vinculação exata entre a escolha original do Estado para a prestação do serviço público e o seu sujeito executor está em plena conformidade com o interesse público primário, à luz da Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo vértice, Celso Antônio Bandeira de Mello, como já destacado supra, destaca que a transferência de concessão a um terceiro consistiria numa flagrante burla ao princípio licitatório, consagrado expressamente na Constituição Federal, além de ofender o princípio da isonomia, também garantido em sede de texto constitucional.<sup>49</sup> É o que preceitua o artigo 175 da Constituição, in verbis:

<sup>46</sup> FORTINI, Cristiana. Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP, p. 79.

<sup>47</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, p. 108.

<sup>48</sup> LOPES, Cristiano Aguiar. Subsídios – a prática da subconcessão, arrendamento ou alienação a terceiros promovida por concessionários de serviços públicos de radiodifusão, p. 11. “Ou seja, é primordial que a entidade que esteja prestando o serviço seja, de fato, aquela que originalmente foi aprovada pelo Poder Público ou, quando permitido, aquela que cumpriu todos os trâmites legais para a transferência da outorga” (LOPES, Cristiano Aguiar. Subsídios – a prática da subconcessão, arrendamento ou alienação a terceiros promovida por concessionários de serviços públicos de radiodifusão, p. 11).

<sup>49</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 741.

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

No tocante ao setor dos serviços de radiodifusão, a fim de se conformar com o texto constitucional, importante alteração legislativa ocorreu em 1995, quando o Decreto nº 1.720 (revogado pelo Decreto nº 2.108, de 1996) passou a estabelecer, a partir daquele momento, que a outorga de radiodifusão comercial seria, necessariamente, precedida de licitação. Nesse jaez, observe-se a redação *ipsis litteris* do artigo 10 do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, atualizado pelo Decreto nº 2.108/96: “a outorga para execução dos serviços de radiodifusão será precedida de procedimento licitatório, observadas as disposições legais e regulamentares”.

Logo, tem-se como inviável a prática da subconcessão do serviço público de radiodifusão, tendo em vista que ela foi originariamente delegada para um sujeito em particular, com condições específicas delineadas no contrato administrativo. Por outro lado, em virtude de sua disseminação na prática e do fato de o Ministério das Comunicações não se irredimir contra a situação, a única hipótese de utilização prática da subconcessão nos serviços de radiodifusão consistiria na hipótese em que o próprio edital de licitação ou contrato de concessão admitisse expressamente a sua aplicabilidade (ainda que tal previsão seja antijurídica, ela abre brecha para interpretação sobre o assunto).<sup>50</sup>

## 5 Conclusão

Conforme visto no presente artigo, a prática da subconcessão promovida por concessionários de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens é ilegal e, mais do que isso, inconstitucional. Além de não existir previsão na legislação infraconstitucional, a subconcessão de serviços de radiodifusão afronta os princípios constitucionais da impessoalidade, consagrado no artigo 37, e a necessidade de licitação, disposta no artigo 175 do texto constitucional.

Viu-se que a legislação específica do setor faz previsão, tão somente, das possibilidades de transferência da concessão; todavia, conforme destacado, as figuras da subconcessão e da transferência de concessão são nitidamente diferentes. Assim, a locação de horários na grade televisiva para instituições privadas — por exemplo, instituições religiosas — vai de encontro ao que determina a Constituição e a legislação ordinária do setor de radiodifusão.

Não se ignora que, na prática, as concessionárias tradicionalmente descumprem a Constituição e a legislação ao “alugar” horários da programação a terceiros,

<sup>50</sup> Na visão de Vera de Oliveira Nusdeo Lopes, a omissão legislativa possui, em verdade, um objetivo específico e previsto: a tentativa, por parte dos governantes, em ganhar a simpatia dos empresários do setor, em nada servindo aos interesses sociais. LOPES, Vera de Oliveira Nusdeo. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: BUCCI, Eugênio (Org.). A TV aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000. p. 168.

sem que tal fato seja minimamente levado em consideração pelo Poder Executivo ou pelo Congresso Nacional quando da renovação da concessão. Mais do que isso, a conduta encontra conviência do poder concedente, o Ministério das Comunicações, consistindo em prática amplamente arraigada no setor de radiodifusão. Portanto, em razão de sua disseminação na práxis administrativa e em função da não irrisignação do Poder Público, parece razoável supor que, no mínimo, a utilização da subconcessão no setor de radiodifusão exigiria o preestabelecimento, no próprio edital de licitação ou contrato de concessão, da sua possibilidade de realização. Ou então, é preciso que seja editada alguma espécie de legislação reguladora (ou até mesmo uma agência específica para regulação da radiodifusão, independente daquela de telecomunicações em geral).

Por outro lado, a única comercialização possível da grade televisiva prevista no direito brasileiro consiste na venda de espaços publicitários, limitada a 25% do tempo total da programação, conforme previsão disposta no artigo 124 do Código Brasileiro de Telecomunicações. Dessa forma, caso se alegue que o espaço alugado é publicitário, deve-se atentar para o limite expresso de 25% da programação estabelecido na lei. De outro vértice, caso se entenda que o espaço locado a terceiros não configura publicidade, tem-se como inviável a comercialização de horários, haja vista que o espaço alugado não é abarcado pelo permissivo legal. Porém, convém destacar que, conforme Projeto de Lei de autoria do Deputado Ivan Valente na Câmara dos Deputados, entendeu-se que a prática da subconcessão não se confunde com o limite dos 25% possíveis de serem comercializados, segundo o Código Brasileiro de Telecomunicações.<sup>51</sup> O dispositivo contido no projeto é perigoso para a finalidade pública da prestação do serviço e, na realidade, caso aprovado, prestar-se-ia para legitimar o rompimento do limite existente por razões materialmente insustentáveis.

Destarte, vê-se que a situação exposta de fragilidade jurídica pode alterar-se com a regulamentação da matéria pelo Congresso Nacional. A discussão já foi colocada em discussão na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados, no dia 5 de agosto de 2014 (após requerimento realizado pela deputada federal Luiza Erundina – PSB-SP).<sup>52</sup> A solução da controvérsia também pode estar no Poder Judiciário através da propositura de uma ação pelo Ministério Público Federal.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Projeto de Lei nº 4.021, de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1003327.pdf>>.

<sup>52</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cctci/noticias/noticias-2014/subconcessao-de-servicos-publicos-de-radiodifusao-e-tema-de-audiencia>>.

<sup>53</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/07/1487104-locacao-de-canais-de-tv-tem-fragilidades-juridicas.shtml>>. O Procurador Regional da República, Domingos Sávio Dresch, na audiência da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, realizada na Câmara dos Deputados na data de 05.08.2014, defendeu que: “essas práticas, que são ilegais, devem ter no Judiciário um controle”. Ainda, salientou que a prática “desnatura por completo a figura da concessão; esvazia, se houvesse por vontade política, a possibilidade de se realizar a fiscalização dessa concessão”. Disponível em: <<http://intervozes.org.br/intervozes-fndc-e-mpf-criticam-arrendamento-das-grades-de-tv-em-audiencia-publica-na-camara/>>.

De todo modo, a questão exige um nível de reflexão social ainda inexistente. Até porque a parcela das empresas atuantes do mercado que não tem interesse na discussão alia-se à parcela minoritária da população que tem sido beneficiada pela captura de parcela dos horários televisivos e radiofônicos para a promoção de sua doutrina. E, por outro lado, o assunto acaba sendo sensível para a discussão nas instâncias legislativas de representação e mesmo na seara dos meios de comunicação. Cada qual teme pelo atingimento de seus próprios interesses.

---

Subconcession of Television and Radio Broadcast – The Problem of the Airtime Renting to Religious and Informercials Programs

Abstract: Subconcession of television and radio broadcast airtime has spread considerably over the last few years, specially due to religious programs and infomercials. This article analyzes the renting of television time through subconcession used by public radio and television broadcasting, reviews the concept of public service and the definition of broadcasting activities, following an investigation into the subconcession in brazilian law and its legal viability. At last, concludes the legal impracticability of subconcession in the broadcasting sector by renting of television schedules.

Key words: Broadcasting. Public services. Subconcession. Airtime renting. Public interest.

---

## Referências

- ALESSI, Renato. Sistema istituzionali del diritto amministrativo. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de serviços públicos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.937 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões sobre direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessões, permissões e autorizações de serviço público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões sobre direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Privatização e serviços públicos. Revista Trimestral de Serviço Público, São Paulo, n. 22.
- BRAIBANT, Guy. Le Droit Administratif Français. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984.

- COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: BUCCI, Eugênio (Org.). A TV aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERNANDES NETO, Guilherme. Direito da comunicação social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FORTINI, Cristiana. Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP. São Paulo: Atlas, 2009.
- GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição Federal de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GROTTI, Dinorá. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 181.
- INTERVOZES: coletivo brasil de comunicação social. Disponível em: <<http://intervozes.org.br/intervozes-fndc-e-mpf-criticam-arrendamento-das-grades-de-tv-em-audiencia-publica-na-camara/>>. Acesso em: 09 ago. 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões e serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOPES, Cristiano Aguiar. Subsídios – a prática da subconcessão, arrendamento ou alienação a terceiros promovida por concessionários de serviços públicos de radiodifusão. 2011. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados.
- LOPES, Vera de Oliveira Nusdeo. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: BUCCI, Eugênio (Org.). A TV aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2000.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo. Disponível em: <[http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da\\_subconcessao\\_e\\_da\\_transferencia\\_da\\_concessao.pdf](http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da_subconcessao_e_da_transferencia_da_concessao.pdf)>.
- NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991. v. 3.
- PARDINHO, Luciana Raso. Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, lei de imprensa e discurso do ódio – da restrição como violação à limitação como proteção. A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013.
- RIVERO, Jean. Direito administrativo. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1982.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O direito e a Lei de Concessões. RT, 1996.

WIMMER, Miriam; PIERANTI, Octavio Penna. Serviços públicos de radiodifusão? Incoerências, insuficiências e contradições na regulamentação infraconstitucional. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación, v. XI, n. 1, enero/abr. 2009. Disponível em: <www.eptic.com.br>.

WIZIACK, Julio. Dilma quer acabar com aluguel de horário na TV. Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/46579-dilma-quer-acabar-com-aluguel-de-horario-na-tv.shtml>. Acesso em: 03 jun. 2012.

ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess. A prática de subconcessão promovida por concessionárias de serviços públicos de radiodifusão sonora e de sons e imagens – “Aluguel” de horários para televidas e programas religiosos. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 85-103, jul./set. 2014.

---

Recebido em: 09.08.2014

Aprovado em: 12.09.2014