

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.070.522 PERNAMBUCO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): *A vexata quaestio* ora submetida à apreciação deste Plenário é a validade jurídico-constitucional dos procedimentos licitatórios para a outorga de permissão à exploração dos serviços de rádio, quando o instrumento convocatório define percentuais mínimos e máximos de exibição de programas locais.

O Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu repercussão geral ao *thema decidendum* veiculado neste recurso extraordinário, nos seguintes termos: “*Controvérsia relativa à nulidade de procedimento licitatório de outorga de permissão para exploração de serviço de radiodifusão comercial no qual, com amparo nas disposições do Decreto nº 52.795/1963, se fixaram percentuais mínimos e máximos a serem observados pelas emissoras de rádio na produção e na transmissão de programas culturais, artísticos e jornalísticos locais*”.

PRELIMINAR:

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Ab initio, reafirmo a admissibilidade deste Recurso Extraordinário submetido à apreciação deste Supremo Tribunal Federal.

Consoante salientado quando do reconhecimento da repercussão geral da matéria, a decisão sobre a recepção ou não das determinações contidas no artigo 16, § 1º, alínea ‘c’, e § 3º, inciso I, do Decreto 52.795/1963, editado com base no artigo 87, inciso I, da Constituição da República de 1946, possui efeito pacificador sobre a aplicabilidade ou não dessa norma, cuja vigência se estende há quase seis décadas, em todo o território nacional. Além disso, o julgado tangencia o grau de estímulo público à produção e à transmissão de conteúdos culturais, artísticos e jornalísticos, em milhares de Municípios do Brasil.

Prosseguindo no exame preliminar, consigno o preenchimento de

todos os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente a tempestividade, o prequestionamento, a legitimidade e o interesse recursais, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria (Tema 1.013 do Plenário Virtual).

Conheço, pois, do presente recurso extraordinário e passo ao exame de mérito.

I.

A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Mesmo no caso vertente, onde o regime aplicável é composto por normas de diferentes níveis hierárquicos (lei, decreto e edital de concorrência), é plenamente possível que a situação jurídica suscite violação direta a regras, princípios e valores constitucionais.

A radiodifusão sonora, para a emissão das ondas captadas pelos aparelhos de rádio, e a radiodifusão de sons e imagens, captada pelos aparelhos de televisão, estão elencadas no rol de serviços sob a competência administrativa da União e que admitem a delegação por concessão, permissão e autorização (CF/88, art. 21, XII, 'a')

Para o setor em análise, a competência administrativa se traduz em relação de domínio da União sobre as frequências, no espectro de ondas. Nas hipóteses de prestação indireta (via delegação), o ente federal conserva o direito de posse sobre esses bens públicos incorpóreos e transmite aos particulares o direito de exploração.

Renato Monteiro de Rezende, na obra *“Direitos prestacionais de comunicação”*, fruto de sua dissertação de mestrado, explica como se dá a participação de agentes privados nos serviços públicos de radiodifusão:

“Em seu art. 223, a Constituição de 1988 dispõe que compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessões,

permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Ademais, seu art. 222 alude às empresas de radiodifusão, cuja propriedade deve pertencer a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, no percentual de pelo menos 70% do capital total e do capital votante. Tais estipulações não deixam dúvidas de que a **prestação dos serviços de radiodifusão deve ser franqueada à iniciativa privada**, não se admitindo no Brasil, como ocorreu até poucas décadas atrás em diversos países europeus, o monopólio da execução desses serviços pelo Estado. Em razão disso, pode-se deduzir das normas indicadas **um direito a que o Estado conceda a particulares a exploração de frequências do espectro eletromagnético, que constitui um bem público.**

O direito ao uso de frequência do espectro tem natureza prestacional. Não pode ser satisfeito pela mera abstenção estatal. Um sistema de pura e simples inércia produziria um estado caótico de uso concomitante de um recurso escasso. Há, portanto, necessidade de normas de organização e procedimento (a cujo dever de edição correspondem direitos a prestações de meio, conforme a classificação adotada nesta obra), para disciplinar o aproveitamento desse recurso. Tais normas se destinam a regular o processo de escolha daqueles a quem serão atribuídas as frequências. Se a definição de um rito para a seleção dos operadores das frequências constitui o objeto de um direito a prestações de meio, os atos em si de outorga de seu uso constituem o objeto de um direito a prestação material. (Vide REZENDE, Renato Monteiro de. *Direitos prestacionais de comunicação*. Série IDP: linha de pesquisa acadêmica. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79)

Como a referência bibliográfica pontuou, a Carta de 1988 possui capítulo dedicado a aspectos gerais do setor audiovisual brasileiro – o Capítulo V, do Título VIII, “*Da Comunicação Social*”. Propõe-se uma abordagem exploratória sobre tais disposições da Constituição de 1988, na seara da comunicação social (CF/88, arts. 220, 222 e 223).

O artigo 220 representa um contraponto interessante ao artigo 221. Por um lado, o art. 221 simboliza o direcionamento principiológico a formatos e a fontes **preferenciais** das peças para rádio e televisão; por outro lado, o art. 220 é a garantia do livre pensamento, do pluralismo de ideias e da necessária competitividade dos mercados de difusão da informação. Confira-se:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§3º. Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§4º. A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§5º. Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§6º. A publicação de veículo impresso de comunicação

independe de licença de autoridade.

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Fica patente a orientação do art. 221: as emissoras de rádio e TV devem investir em manifestações culturais pátrias, nos níveis nacional, regional e local. *In casu*, questiona-se se o aspecto formal requerido pelo art. 221, III (a forma de lei em sentido estrito) é essencial ou secundário à validade de medidas concretizadoras, com percentuais de produção e de exibição de obras nacionais.

Indo além, as empresas dos segmentos de mídia impressa e audiovisual se submetem a outro viés de controle perante o Estado. Nessa linha, o art. 222 da Constituição traz limitações sobre as pessoas jurídicas prestadoras:

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

§1º. Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há

mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§2º. A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§3º. Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§4º. Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º.

§5º. As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.

Revela-se evidente protecionismo sobre a detenção dos meios de comunicação, com grau de rigor ímpar para a sistemática da Constituição de 1988. Fechando o arco de regulamentação, o art. 223 detalha a gestão das outorgas desses serviços:

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 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 para as de televisão.

O rito do art. 223 sugere o caráter estratégico do setor. Assim entende o Prof. Dr. Marcio Iório Aranha, especialista em direito regulatório das telecomunicações:

“Ao distribuir entre os poderes Legislativo e Executivo funções específicas próprias ao processo administrativo de prestação e controle dos serviços de radiodifusão, e ao Judiciário a reserva do cancelamento da concessão ou permissão de tais serviços, o regime jurídico-constitucional da radiodifusão tornou-se único no modelo brasileiro de prestação indireta de serviços públicos” (Vide ARANHA, Márcio Iório. Art. 223. In: Gomes, C.J. J. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 2.163, grifei).

Os breves comentários apontam para três características setoriais principais: (i) a participação direta do Presidente da República na gestão das outorgas (*ex vi* art. 223); (ii) a limitação à participação de pessoas físicas e jurídicas estrangeiras no controle dos meios de comunicação (*ex vi* art. 222); e (iii) a determinação sobre o conteúdo desejável, guiado por princípios norteadores, máxime o respeito ao livre pensamento e ao pluralismo (*ex vi* arts. 220 e 221).

O Professor Jefferson Oliveira Goulart, com *background* acadêmico de História e Ciência Política, contrapôs visão crítica ao processo constituinte e à redação originária do Texto Maior em matéria de comunicação:

“Grosso modo, o debate constitucional sobre a Comunicação Social foi polarizado por duas posições antagônicas. A primeira posição postulava a caracterização do objeto como **‘bem público’** não só passível de regulação pelo Estado como tema inscrito no rol mais geral dos direitos de cidadania. Já a segunda atitude resumia a comunicação a uma

'mercadoria' como quaisquer outras, cujo arranjo seria definido basicamente pelas relações de mercado.

Diante da radicalidade com que essas posições se enfrentaram (e continuam a se enfrentar) e de seu caráter antitético, o resultado final, embora registre algumas inovações importantes, se notabiliza por enunciados bastante genéricos e que não são autoaplicáveis. Ademais, boa parte dos dispositivos constitucionais não foi regulamentada. Nessas circunstâncias, o tema da regulação da Comunicação permanece na agenda político-institucional do país, não sem controvérsias fecundas" (Vide GOULART, Jefferson O. A agenda da regulação da Comunicação Social no Brasil: da Constituinte aos impasses contemporâneos. In: *Razón y Palabra*, n. 82, mai./2013).

Essa tensão entre o viés publicista – para não dizer, *protecionista* – e as pressões privadas para a exploração comercial dos serviços foi extremada durante a década de 1990, que marcou a segregação entre a radiodifusão e as telecomunicações. Fala-se em segregação em vista da alteração promovida pela Emenda Constitucional (EC) 8/1995.

O poder constituinte derivado fez a opção de dispor sobre as telecomunicações e sobre a radiodifusão em incisos diferentes do art. 21. Indo além de mera realocação de elementos textuais, a redação dada aos incisos XI e XII, alínea 'a', instituiu dois regimes jurídicos distintos. Vale a leitura:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

A EC 8/1995 vinculou o setor de telecomunicações à (re)organização dos serviços e à criação de um órgão regulador, impulsionando a edição da Lei 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), e a instituição da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Como consequência, as iniciativas regulatórias no campo das telecomunicações têm passado por evolução contínua. Observa-se a incorporação pela própria LGT da técnica de **assimetria regulatória**, concernente ao estabelecimento de ônus adequados a cada espécie de atividade. Nas lições do Professor Alexandre Santos de Aragão:

“O art. 62 da LGT, adotando a assimetria regulatória no setor das telecomunicações (...) atribui diversos regimes jurídicos aos serviços de telecomunicações com base na abrangência dos interesses a que atendem, distinguindo entre serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito. Tal distinção ‘é fundada no grau e gênero de regulação incidente sobre o serviço. Se este for de interesse restrito, estará sujeito apenas aos condicionamentos de conteúdo claramente negativo, indispensáveis a que sua exploração não prejudique a coletividade (art. 62, parágrafo único). Sendo o serviço de interesse coletivo, ele estará, portanto, sujeito a condicionamentos mais intensos, inclusive os de conteúdo positivo” (Vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 259-260).

Se as últimas duas décadas representaram uma fase de atualização legal e infralegal para as telecomunicações; em contrapartida, o mesmo período correspondeu à relativa estagnação para o tratamento jurídico dos serviços de radiodifusão.

Os limites conceituais da discussão estão postos da seguinte forma: os serviços de radiodifusão e de radiodifusão de sons e de imagens, referenciados pelo art. 21, XII, 'a', da CF/88 correspondem ao rádio e à televisão de sinal aberto. Perante tais segmentos, a competência da ANATEL se restringe à organização das outorgas, e não se estende à normatização.

Discutem-se, a seguir, as consequências desta circunstância: após a promulgação da Constituição de 1988, **não** sobreveio a edição de marco legislativo geral para as atividades de radiodifusão. As consequências vão além da desatualização diante do estágio tecnológico, projetando dúvidas sobre a aplicabilidade dos mecanismos normativos existentes.

II.

O REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO. RECEPÇÃO DA LEI Nº 4.117/1962 (CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES). CENTRALIDADE DOS DECRETOS PRESIDENCIAIS PARA A EVOLUÇÃO DO SETOR

A expressa inaplicabilidade da Lei 9.472/1997 (LGT) à espécie¹ e a ausência de articulação do Congresso Nacional contribuem para que as atividades tradicionais de radiodifusão permaneçam sob a égide da Lei 4.117/1962, norma pré-constitucional. Portanto, a apreciação desse regime jurídico se dá sob a óptica da recepção.

A **recepção**, enquanto o reconhecimento da compatibilidade material de norma pré-constitucional com a Constituição superveniente, cabe (i)

1 Ex vi, Lei 9.472/1997, art. 211:

“Art. 211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações”.

RE 1070522 / PE

aos órgãos jurisdicionais dotados de competência para o controle incidental de constitucionalidade²; e (ii) a esta Egrégia Corte, em controle concentrado de constitucionalidade, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)³.

Neste ponto, cabe digressão. A validação presumida desse regulamento (anterior à Carta de 1988) pela ordem constitucional vigente decorre da impossibilidade de lacuna normativa sobre tais atividades, de execução ininterrupta durante todo o período. O valor maior da segurança jurídica não deixa de influenciar o juízo de recepção e eventuais efeitos de revogação daí resultante.

2 O juízo de não-recepção de norma pré-constitucional, ao contrário da declaração de inconstitucionalidade, não precisa observar o art. 97, quanto à reserva de Plenário. Nesse sentido: “2. A cláusula de reserva de plenário (full bench) é aplicável somente aos textos normativos erigidos sob a égide da atual Constituição. 3. As normas editadas quando da vigência das Constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos Tribunais sem que se tenha por violado o art. 97 da CF. Precedentes: AI-AgR 582.280, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6.11.2006 e AI 831.166-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 29.4.2011” (ARE 705.316 AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013).

3 Sobre essa hipótese de cabimento: “9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. (...) 15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal)”. (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005).

Em homenagem à segurança jurídica, esta Suprema Corte, ao decidir pela incompatibilidade de lei de 1980 com a Constituição de 1988, projetou para o futuro a ineficácia dos dispositivos não-recepcionados. Trata-se de entendimento assentado no RE 600.885, paradigma do Tema 121 da Repercussão Geral.

A não-recepção e a conseqüente revogação de normas sobre a limitação etária dos ocupantes de cargos militares (apreciação da Lei nº 6.880/1980 em face do art. 142, §3º, X, da CF/88) foram moduladas, nos seguintes termos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI N. 6.880/1980. ART. 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO-RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...) 2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas.

3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal.

4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei n. 6.880/1980.

5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção:

manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011.

6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos. (RE 600.885, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, DJe de 01/07/2011)

Cito tal julgado para fazer valer o standard “*quem pode mais pode menos*”. Se esta Egrégia Corte já preservou a eficácia de atos administrativos praticados com fundamento em norma pré-constitucional declarada incompatível (postura mais deferente à segurança jurídica); então, há de se admitir a vigência de regulamento presumidamente compatível com a Constituição.

As pressuposições sobre a existência e a validade da Lei 4.117/1962 são ainda mais sólidas porque o seu objeto é a regulamentação de serviço público, guiado pelo princípio da continuidade.

Nesse sentido, a validação pela atual ordem constitucional remete ao art. 175, parágrafo único, I, sobre a necessidade de lei para fixar “[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”.

Feitas essas considerações sobre a eficácia dos dispositivos pré-constitucionais, passa-se à análise da Lei 4.117/1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações (“CBT”).

A recepção da Lei 4.117/1962 foi analisada pela primeira vez por este Pretório Excelso na Medida Cautelar na ADI 561. Reproduzem-se os trechos pertinentes da ementa:

RECEPÇÃO DA LEI N. 4.117/62 PELA NOVA ORDEM

CONSTITUCIONAL - PRESERVAÇÃO DO CONCEITO TÉCNICO-JURÍDICO DE TELECOMUNICAÇÕES.

- A Lei n. 4.117/62, em seus aspectos básicos e essenciais, foi recebida pela Constituição promulgada em 1988, subsistindo vigentes, em consequência, as próprias formulações conceituais nela enunciadas, concernentes às diversas modalidades de serviços de telecomunicações. A noção conceitual de telecomunicações - não obstante os sensíveis progressos de ordem tecnológica registrados nesse setor constitucionalmente monopolizado pela União Federal - ainda subsiste com o mesmo perfil e idêntico conteúdo, abrangendo, em consequência, todos os processos, formas e sistemas que possibilitam a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons e informações de qualquer natureza. O conceito técnico-jurídico de serviços de telecomunicações não se alterou com o advento da nova ordem constitucional. Consequentemente - e à semelhança do que já ocorrera com o texto constitucional de 1967 - a vigente Carta Política recebeu, em seus aspectos essenciais, o Código Brasileiro de Telecomunicações, que, embora editado em 1962, sob a égide da Constituição de 1946, ainda configura o estatuto jurídico básico disciplinador dos serviços de telecomunicações. Trata-se de diploma legislativo que dispõe sobre as diversas modalidades dos serviços de telecomunicações (...). (ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/1995, DJ de 23/03/2001)

Existem dois casos mais recentes que ratificaram a tese fixada na ADI 561-MC. Em ambos, a recepção da Lei 4.117/1962 serviu de pressuposto ao reconhecimento da constitucionalidade do programa "A Voz do Brasil":

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 9.12.2015. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 4.117/1962. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.

TRANSMISSÃO DO PROGRAMA A VOZ DO BRASIL. OBRIGATORIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO EM HORÁRIO ALTERNATIVO.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que a Constituição da República de 1988 recepcionou a Lei 4.117/1962, que impõe a obrigatoriedade de transmissão do programa A Voz do Brasil, bem como no que se refere à impossibilidade de transmissão em horário alternativo (ADI 561-MC, Rel. Min. Celso de Mello).

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 911.445 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 24/11/2017, DJe de 05/12/2017)

DIREITO CONSTITUCIONAL. PROGRAMA RADIOFÔNICO "A VOZ DO BRASIL". RETRANSMISSÃO EM HORÁRIO IMPOSITIVO DESDE QUE RAZOÁVEL E ADEQUADO À SUA FINALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (...) 3. No exame da ADI 561 MC/DF, de relatoria do Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/8/1995, o Plenário do STF declarou que o artigo 38, alínea "e", da Lei 4.117/1962 foi recepcionado pela Constituição de 1988. (RE 1.026.923, Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2020, DJe de 24/02/2021)

Essa cadeia de precedentes revela o primeiro apontamento sobre o regime jurídico do setor de radiodifusão: a regência pela Lei 4.117/1962, cuja recepção foi confirmada em recentíssimo precedente qualificado do Supremo (RE 1.026.923, Tema 1.039 da Repercussão Geral, julgado em 16/11/2020).

O segundo apontamento converge com a inércia do Congresso Nacional em aprovar novo marco regulatório setorial – de caráter geral, na forma de lei em sentido estrito. Apesar de não ter sofrido revisão abrangente e unificada (como foi o caso da LGT), o desenho jurídico-

institucional da radiodifusão foi sendo modificado por meio da **diversificação** e da **exceção** de atividades correlatas ao rádio e à televisão.

Esse cenário foi diagnosticado pela OCDE, em recente estudo sobre as telecomunicações e a radiodifusão no Brasil:

“O setor de telecomunicações evoluiu tremendamente desde os anos de 1960. Entretanto, dicotomias impostas nos marcos regulatórios e institucionais para a radiodifusão de sinal aberto e a TV por assinatura no Brasil têm bases legais que remontam a mais de 50 anos. Na época do CBT, talvez, fizesse sentido distinguir entre a radiodifusão (que, de muitas maneiras, funciona como um bem público nacional não-excluível), a TV por assinatura comercial e a prestação de serviços de comunicações. Contudo, esses arranjos podem ter superado sua utilidade: as formas de distribuição de conteúdo de áudio e audiovisual proliferam e convergem em redes de IP. É preciso, portanto, uma avaliação extensiva para promover uma abordagem mais integrada e orientada ao futuro. Essa avaliação deve englobar várias áreas, tais como concessões, licenças de espectro, controle e controle cruzado, IED e radiodifusão geral” (Vide *Avaliação da OCDE sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil*, 2020, p. 73)

Mais do que noticiar os regimes paralelos à Lei 4.117/1962, os instrumentos manejados para essas iniciativas de atualização merecem atenção. No período compreendido entre o final da década de 1990 e o início da década de 2000, sobrevieram os seguintes atos normativos: **(i)** o Decreto 2.196/1997, que criou as modalidades “Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanais” (MMDS) e “Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite” (DTH); **(ii)** o Decreto 4.901/2003, que instituiu o Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD; **(iii)** a Resolução ANATEL 411/2005, que aprovou o Plano Geral de Metas de Qualidade para os serviços de televisão por assinatura (incidindo sobre TV a cabo, MMDS, DTH e Serviço Especial de TV por

Assinatura – TVA); e (iv) o Decreto 5.820/2006, que regulamentou a implementação da TV digital (SBTVD).

Note-se: os Decretos do Presidente da República foram responsáveis por avanços, a partir da criação de tipos de serviços diferenciados, mais abertos à livre iniciativa (vide MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. *Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação*. Coleção Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 65-70).

O fenômeno de desenvolvimento e de ramificação das atividades de radiodifusão através de decretos já foi objeto de apreciação por este Pretório Excelso. Na ADI 3.944, julgada em 2010, o Plenário afirmou a constitucionalidade do Decreto 5.820/2006, reputando-lhe instrumento legítimo para a implantação da TV digital no Brasil. Confira-se a ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 7º A 10 DO DECRETO 5.820, DE 29 DE JUNHO DE 2006, EXPEDIDO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ADOÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE TELEVISÃO DIGITAL (SBTVD). CONSIGNAÇÃO DE MAIS UM CANAL DE RADIOFREQUÊNCIA ÀS CONCESSIONÁRIAS E "AUTORIZADAS" DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS, SEM APRECIÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. DIFERENÇA ENTRE AUTORIZAÇÃO DE USO DO ESPECTRO DE RADIOFREQUÊNCIAS E CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO § 5º DO ART. 220 E AO ART. 223, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(...)

2. O Decreto 5.820/2006, pelo menos quanto aos dispositivos objeto da ação direta, ostenta um coeficiente de generalidade, abstração e impessoalidade que afasta a alegação de se cuidar de ato de efeito concreto. Até porque "a

determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos" (ADI 2.137-MC, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence). Precedentes.

3. 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. Isso para que veiculassem, simultaneamente, a mesma programação nas tecnologias analógica e digital. **Tratou-se de um ato do Presidente da República com o objetivo de manter um serviço público adequado, tanto no que se refere à sua atualidade quanto no tocante à sua continuidade. Ato por isso mesmo serviente do princípio constitucional da eficiência no âmbito da Administração Pública.**

(...)

7. O Decreto 5.820/2006 não outorga, não modifica, nem renova concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão de sons e imagens. Tampouco prorroga qualquer prazo. Inexistência de violação ao art. 223 da Constituição Federal. Também não há ofensa ao § 5º do art. 220 da Carta da República. Se monopólio ou oligopólio está a ocorrer, factualmente, nos meios de comunicação brasileiros, não é por conta do decreto ora impugnado, cuja declaração de

inconstitucionalidade seria inútil para afastar a suposta afronta ao Texto Magno.

8. Ação que se julga improcedente. (ADI 3.944, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2010, DJe de 01/10/2010)

No aludido julgado, o i. Min. Relator considerou o decreto como autônomo, logo, norma de caráter primário. Não se pode perder de vista, todavia, que o próprio Decreto 5.820/2006 menciona a Lei 4.117/1962 dentre os seus fundamentos de validade⁴.

O precedente firmado na ADI 3.944 sedimenta o caminho para que se possa admitir, jurisprudencialmente, a centralidade que os decretos presidenciais assumiram para a regulamentação dos serviços de radiodifusão, inclusive para excepcionar requisitos mais rígidos de controle sobre a participação de agentes privados. Essa postura seria coerente com a regra constitucional do art. 223, que confere a gestão das outorgas aos órgãos de cúpula do Poder Executivo Federal.

Essa digressão, na medida em que ilustra como o setor incorporou as inovações tecnológicas, serve ao propósito de conferir maior carga normativa aos decretos.

Entretanto, faz-se necessário pontuar: o objeto do presente Tema de Repercussão Geral são as outorgas do direito de exploração às frequências de rádio. As normas sobre o processo seletivo e sobre as obrigações das empresas prestadoras de serviços radiofônicos continuam

4 Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006. Dispõe sobre a implantação do SBTVD-T, 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, e dá outras providências. “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, combinado com o art. 223 da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, e na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, DECRETA: (...)”.

encampadas pela Lei 4.117/1962 e pelo Decreto 52.795/1963.

III.

JUSTIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL DAS EXIGÊNCIAS QUANTO À
PROGRAMAÇÃO ESPECIAL: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
SUJEITO ÀS ESCOLHAS POLÍTICAS DO PODER CONCEDENTE.
RECEPÇÃO DO ART. 16 DO DECRETO 52.795/1963

Até esse ponto, as descrições da disciplina constitucional e do regime jurídico do setor de radiodifusão propiciam o pano de fundo para o próximo passo: a análise sobre a legitimidade de requisitos feitos pelo Poder Concedente nos certames.

No processo-paradigma, o credenciamento da proposta de empresa interessada em prestar serviços de rádio foi enquadrado sob a perspectiva da invalidade jurídico-constitucional de norma do edital, por contrariedade ao 221 da Constituição .

O Tribunal *a quo* aduziu a nulidade de cláusula que estabelecia os percentuais mínimo e máximo de transmissão de programas produzidos no Município onde se localizava a outorga. O fundamento coligido foi a inobservância da forma prescrita pela Constituição para a regionalização da produção cultural, por interpretação literal do art. 221, III:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

(...)

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, **conforme percentuais estabelecidos em lei;**

Ao contestar essa interpretação, a UNIÃO, ora recorrente, arguiu que a disposição editalícia decorreu do regular exercício de competência prevista pelo Decreto 52.795/1963, o “Regulamento dos Serviços de Telecomunicação”. O art. 16 do aludido decreto dita:

Art. 16. As propostas serão examinadas e julgadas em conformidade com os quesitos e critérios estabelecidos neste artigo. (Redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 24.12.1996)

§1º Para a classificação das propostas, serão considerados os seguintes critérios, conforme ato do Ministério das Comunicações: (Redação da pelo Decreto nº 7.670, de 2012)

a) tempo destinado a programas educativos - máximo de vinte pontos;

b) tempo destinado a serviço jornalístico e noticioso - máximo de vinte pontos;

c) tempo destinado a programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos no município de outorga - máximo de trinta pontos; e

d) tempo destinado a programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos por entidade que não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas ou entidades executoras de serviços de radiodifusão - máximo de trinta pontos.

§2º. Considerando características específicas do serviço, poderão ser previstos no edital outros quesitos para fins de exame das propostas, cuja pontuação não deverá ser superior à vinte pontos, situação em que as pontuações estabelecidas no § 1º serão proporcionalmente reduzidas de modo que seja mantido o total de cem pontos. (Redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 24.12.1996)

§ 3º Para cada quesito, o edital de licitação estabelecerá: (Redação dada pelo Decreto nº 2.108, de 24.12.1996)

I - condição mínima necessária a ser atendida;

II - critérios objetivos para a gradação da pontuação, vedada a comparação entre propostas.

A fim de transcender os interesses das partes, cabe à Corte Constitucional pacificar duas questões: (a) saber se o Decreto 52.795/1963 possui uma relação de detalhamento em relação à Lei 4.117/1962, que concerne à validade/invalidade formal; e (b) saber se o art. 16 do Decreto

52.795/1963 é materialmente compatível com a Constituição de 1988.

Primeiro, o art. 16 do Decreto 52.795/1963 é regra que institui a competência das autoridades licitantes para estabelecer discrimen positivo às propostas de programação dos candidatos, em sistema escalonado de pontos. Somando-se a isso, o §2º deste comando representa verdadeira cláusula aberta, para a estipulação de requisitos adicionais, de acordo com a conveniência da Administração Pública Federal.

Desse modo, o art. 16 do Decreto 52.795/1963 representa mecanismo de concretização de uma política pública setorial. Compõe o fomento a certos conteúdos, seja pela nobreza de sua finalidade, seja pelo grau de proximidade com a realidade de ouvintes e telespectadores. Volvendo o olhar para a Lei 4.117/1962, objeto da regulamentação, encontra-se correspondência no art. 38, alíneas 'd' e 'h', verbis:

Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002):

(...)

d) os serviços de informação, divertimento, propaganda e publicidade das empresas de radiodifusão estão subordinadas às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão, visando aos superiores interesses do País;

(...)

h) as emissoras de radiodifusão, inclusive televisão, deverão cumprir sua finalidade informativa, destinando um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso.

A relação de subordinação das empresas e dos serviços prestados às “finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão” (Lei 4.117/1962, art. 38, 'd') e a vinculação expressa de tempo mínimo para a transmissão de conteúdos noticiosos (Lei 4.117/1962, art. 38, 'h') são

RE 1070522 / PE

detalhadas, de forma satisfatória e proporcional, pelo procedimento do art. 16 do Decreto 52.795/1963.

Dito de outro modo, a margem de discricionariedade dos editais de licitação para prever percentuais obrigatórios à exibição de programas locais (art. 16, §1º, 'c' c/c §3º, I) apenas detalha o art. 38 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Uma vez caracterizado o exercício legítimo do poder regulamentar, conclui-se pela conformidade formal do art. 16 do Decreto 52.795/1963, em face da Constituição de 1946, sob a égide da qual foi editado. Tal conclusão está respaldada pela jurisprudência:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. RECEPÇÃO. (1) O salário-educação, na vigência da EC 01/69 (art. 178), foi considerado constitucional. (2) A CF/88 recepcionou o referido encargo como contribuição social destinada ao financiamento do ensino fundamental (art. 212, §5º), dando-lhe caráter tributário. Essa recepção manteve toda a disciplina jurídica do novo tributo, legitimamente editada de acordo com a ordem pretérita. (3) O art. 25 do ADCT revogou todas as delegações de competência outorgadas ao Executivo, sobre a matéria reservada ao Congresso Nacional, mas não impediu a recepção dos diplomas legais legitimamente elaborados na vigência da Constituição anterior, desde que materialmente compatíveis com a nova Carta. (4) Até a publicação da Lei nº 9.424/96, o salário-educação continuou regido pelas regras construídas no sistema precedente. (5) Recurso não conhecido. (RE 272.872, Redator do acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2001)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO
EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIÁRIA. REMUNERAÇÃO. MÉDICOS

COOPERADOS. LEGISLAÇÃO ANTERIOR À CF 88. JUÍZO DE RECEPÇÃO DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. COMPATIBILIDADE DE CONTEÚDO. INVIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL SUPERVENIENTE. NATUREZA DA RELAÇÃO ENTRE COOPERATIVA E COOPERADO E DOS ATOS PRATICADOS PARA DETERMINAR A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. MATÉRIA FÁTICA E INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O juízo de recepção de normas tributárias pela ordem constitucional em vigor se dá em razão da compatibilidade de conteúdos, independentemente da forma normativa exigida. Art. 34, § 5º, do ADCT. Impossibilidade de reconhecer-se a inconstitucionalidade formal superveniente (...). (RE 632.586 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 17/12/2013, DJe de 13/02/2014)

A d. Procuradoria-Geral da República opinou em sentido convergente nestes autos, acerca do parâmetro para a constitucionalidade formal do Decreto 52.795/1963:

“In casu, o Decreto 52.795/1963, que regulamenta os serviços de radiodifusão e prevê o questionado tempo destinado à transmissão de programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos no município de outorga, foi recepcionado pelo atual texto constitucional.

Isso significa que, **apesar de a Constituição exigir espécie normativa diversa para disciplinar o assunto, o fato dessas normas terem sido acolhidas materialmente pelo ordenamento vigente torna despicienda a adoção da forma atualmente prevista.**

Durante a vigência da Constituição de 1946, esse decreto foi validamente expedido pelo Presidente da República, com base no art. 87, I, daquela Carta, e, sem se desconsiderar o fato

de já existir amparo constitucional para a valorização da cultura local, era ausente a exigência de lei para previsão de percentuais

Desse modo, inexistente inconstitucionalidade formal no decreto em discussão que, embora diverso da forma normativa exigida pela ordem constitucional vigente, tem conteúdo que com ela se compatibiliza” (e-STF, doc. 17, fls. 9/10, grifei).

Já para aferir se o comando foi recepcionado ou revogado pela Constituição de 1988, basta a compatibilidade material. Como se passa a expor, a norma que autoriza o ente administrativo a estabelecer, casuisticamente, uma reserva de tempo para as produções locais atende às finalidades do art. 221 da CF/88.

Perquire-se sobre a compatibilidade material do art. 16 do Decreto 52.795/1963, no tocante à categoria “**processo seletivo público**”. Embora os arts. 37, XXI⁵, e 175, caput⁶ mencionem o conceito de “licitação”, a modernização da gestão pública tem contemporizado a criação de outros filtros pré-contratuais.

A respeito, o Supremo Tribunal Federal apreciou a Lei 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) e entendeu que a forma especial de celebração da parceria seria compatível com a tutela do interesse público, nesse microsistema normativo. Cuida-se da ADI 1.923:

5 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

6 “Art. 175. 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”.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. (...)

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

(...)

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

(...)

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a

todos os interessados.

(...)

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (...). (ADI 1.923, de minha redação, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, DJe de 17/12/2015)

A *ratio decidendi* do julgado é a seguinte: o Texto Maior privilegia a máxima eficácia aos princípios da moralidade e da impessoalidade e, desde que preservada a lisura, recepciona os ritos e as condições alternativas de seleção de agentes privados.

No caso em tela, a outorga de permissão para a exploração das frequências de rádio representa ato de delegação de serviço público federal. Nesse quadrante, a UNIÃO ostenta duas modalidades de controle sobre o vínculo: (i) a fixação *ex ante* de qualificações, aferidas nos momentos de habilitação ao processo seletivo e de adjudicação do objeto ao proponente vencedor; e (ii) a imposição *posterior* de deveres e obrigações, mediante a execução das cláusulas de contratos administrativos e/ou a edição de normas regulatórias setoriais.

Consoante o entendimento desta Suprema Corte, as obrigações impostas aos agentes delegatários de serviços públicos serão legítimas na exata medida em que contribuirão para a tutela de valores e bens jurídicos relevantes para a coletividade. Isso ficou claro no RE 627.189, representativo do Tema 479 da Repercussão Geral.

Em tal julgamento, o Plenário reputou indevido e afastou o

alargamento do conjunto de deveres das concessionárias de energia elétrica. A leitura da ementa é elucidativa:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 479 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, à luz dos arts. 5º, caput e inciso II, e 225, da Constituição Federal, da possibilidade, ou não, de se impor a concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, por observância ao princípio da precaução, a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população.

2. O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais.

3. Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública.

4. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado.

5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: “no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009”.

6. Recurso extraordinário provido para o fim de julgar improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência. (RE 627.189, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2016, DJe de 03/04/2017)

O princípio da precaução, avaliado *in concreto* perante a imposição superveniente de protocolos internacionais de segurança nos campos eletromagnéticos, é um dos conceitos mais *pró-intervenção estatal* do Direito Regulatório.

Na hipótese, apesar de estarem em jogo a segurança e a incolumidade públicas – dois bens jurídicos compartilhados por toda a comunidade política (e não apenas pelos usuários do serviço potencialmente danoso) – o Supremo ponderou que a probabilidade do risco não justificaria o incremento das obrigações das empresas.

Propõe-se o paralelo entre a decisão do RE 627.189, que barrou o acréscimo *ex post* de obrigação às concessionárias, e as normas de editais de licitação aqui impugnadas. Em atenção à técnica argumentativa e decisória da ponderação, a medida onerosa à pessoa jurídica prestadora de serviço público há de ser considerada necessária, adequada e proporcional em sentido estrito.

RE 1070522 / PE

Para tanto, compete ao órgão julgado cotejar (a) a efetividade da tutela ao bem jurídico coletivo (e.g. o meio ambiente, no RE 627.189) com (b) o grau de comprometimento aos atributos jurídicos dos particulares – ou seja, o quanto a prestação do serviço público se afasta da livre iniciativa, cenário ideal onde impera a abstenção estatal.

Antes de passar ao exame das finalidades sociais realizadas pelo art. 16 do Decreto 52.795/1963, exponho o meu posicionamento geral sobre o controle judicial de critérios técnicos aplicados por entes administrativos (pastas ministeriais, autarquias “típicas” e agências reguladoras), seja para a ingerência de bens e serviços públicos, seja para a fiscalização de atividades privadas.

Nesse sentido, rememoro a ADC 42, da qual fui relator, onde se propunha a análise de vários artigos do Código Florestal. O ponto que quero transpor à presente discussão está na ementa: “[N]ão cabe ao Judiciário criar requisitos extras para a permissão legal já estabelecida, limitando os sujeitos beneficiados a comunidades tradicionais ou até mesmo proibindo a utilização de agrotóxicos”. Ou seja, o Judiciário não é o foro competente para reverter totalmente a ponderação de interesses introjada em políticas públicas, incumbindo-lhe tão-somente coibir excessos, desproporções manifestas ou injustificáveis.

Na própria ADC 42, ante o questionamento das limitações normativas à exploração comercial de recursos naturais, optei pelo máximo respeito às escolhas políticas do Poder Legislativo. Isso, ciente de que os debates parlamentares e os subsídios técnicos, na base das disposições legais, extrapolavam a capacidade do Judiciário.

Nesse ímpeto, vislumbrei a oportunidade de aprendizado institucional com a jurisprudência e a doutrina norte-americanas:

“17. A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no

âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que **a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos** ('Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data').

18. A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. Laws Abnegation. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)" (ADC 42, de minha relatoria, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, DJe de 13/08/2019)

Consoante defendo, os Tribunais, ao se depararem com situação de dúvida relevante ou de ausência de elementos empíricos para compreender os parâmetros normativos e/ou para mensurar os efeitos sistêmicos da decisão, devem adotar posição preferencial de deferência às escolhas do órgão com poder normativo.

IV.

JUSTIFICAÇÃO MATERIAL DAS EXIGÊNCIAS QUANTO À PROGRAMAÇÃO ESPECIAL: OUTORGA E REGULAMENTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ORIENTADA À PROMOÇÃO DE VALORES SOCIAIS

Sob a óptica procedimental, na ausência da lei instituidora dos parâmetros da política de regionalização prevista no inciso III, do art. 221 (influenciando o potencial de aplicabilidade daquele princípio), o processo seletivo previsto pela Lei 4.117/1962 e detalhado pelo Decreto 52.795/1963 recebe sinalização positiva para a recepção.

A resposta sobre a compatibilidade material da norma requer, ainda, o exame da proporcionalidade da medida. Tal como antecipado, cabe agora cotejar (*a*) a efetividade da proteção ensejada a bens e a valores de índole constitucional com (*b*) o grau de comprometimento aos atributos jurídicos dos particulares – ou seja, o quanto a prestação do serviço público se afasta da livre iniciativa, cenário ideal onde impera a abstenção estatal.

Os limites mínimo e máximo de programação total das rádios dedicado a programas que sejam, ao mesmo tempo, de cunho informativo ou de entretenimento e de produção municipal (Decreto 52.795/1963, art. 16, §1º, 'c') tangencia o exercício do direito transindividual de acesso à cultura nacional.

A caracterização desse direito como transindividual resulta do caráter homogêneo (todos detêm o direito), porém de fruição divisível (individualizável). Cada sujeito experimenta a cultura nacional de forma diferente, única, de modo que incumbe ao Estado o dever de incentivar a produção e a difusão de produtos e valores.

Tal garantia está prevista pelo art. 215, caput, e densificada pelo art. 216-A, caput e §1º, todos da CF/88:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a

sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012).

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios (Incluídos pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012):

I – diversidade das expressões culturais;

II – universalização do acesso aos bens e serviços culturais;

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;

V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas;

VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais;

VII - transversalidade das políticas culturais;

VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil;

IX - transparência e compartilhamento das informações;

X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social;

XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações;

XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

Identifica-se que a exigência ex ante de programação especial para as emissoras de rádio possui afinidade com os incisos I a IV, do §1º, do art. 216-A. Essa “cota” favorece o volume e a diversificação do conteúdo, sob a perspectiva do ouvinte (art. 216-A, §1º, I e II); aumenta a oferta de vagas e pode ampliar o espaço criativo para jornalistas, comunicadores e artistas (art. 216-A, §1º, III); e pode ter efeito dissuasivo à entrada ou à permanência no mercado de empresas de radiodifusão sonora,

selecionando as prestadoras mais qualificadas (art. 216-A, §1º, IV).

Por conseguinte, as previsões editalícias que instituem a reserva de tempo à programação especial como critério classificatório e, excepcionalmente, como critério eliminatório em certames precisam ser cotejadas com os ganhos em termos de disponibilidade das fontes de cultura.

Cumprе contextualizar a realidade brasileira: o rádio e a televisão de sinal aberto, os meios tradicionais do setor de radiodifusão, ainda são as fontes de informação preponderantes em regiões rurais.

Considerando eventuais instabilidades de sinal ou dificuldades de implantação da infraestrutura, de modo a prejudicar contratação de outros serviços de telecomunicações, como é o caso da internet banda larga, a pluralidade e a qualidade dos conteúdos produzidos e transmitidos nas rádios é medida **necessária**.

O estímulo à geração de conteúdos que falem diretamente com os ouvintes, tendo em conta o seu espaço de socialização e as suas condições socioeconômicas, não deixa de ser uma vitória do *Brasil real*. O *Brasil real* é aquele construído pelo povo brasileiro, em sua lida diária; opõe-se ao *Brasil oficial*, que domina a linguagem e que concentra poder decisório.

Tal caracterização, que escancara a verdade com a dose certa de acidez, eu retiro de artigo de opinião publicado por Ariano Suassuna, defensor inveterado da cultura nordestina. E ele não traçou esse panorama sozinho, mas antes *subiu nos ombros de dois gigantes*, Machado de Assis e Euclides da Cunha:

“[e]ncontrei uma distinção feita por Machado de Assis e que, a meu ver, é indispensável para se entender o processo histórico brasileiro. Machado critica atos do nosso mau governo e coisas da nossa má política. Mostra-se ácido em ambos os

casos e depois explica: **‘Não é desprezo pelo que é nosso, não é desdém pelo meu país. O país real, esse é bom, revela os melhores instintos; mas o país oficial, esse é caricato e burlesco’.**

Se Machado de Assis fosse vivo, notaria que hoje o Brasil real continua a ser o do povo e a revelar-se bom, dotado dos melhores instintos; e o Brasil oficial (que é o país "do real e do mercado") continua caricato e grotesco.

Euclides da Cunha, que parece ter feito distinção parecida com a machadiana, procurou assinalar aqueles dois países diferentes por meio de dois emblemas: via o Brasil oficial na rua do Ouvidor, centro da nossa cultura urbana, falsificada, de segunda mão e com pretensões a cosmopolita; e o Brasil real, no emblema bruto e poderoso do sertão.

Eu, influenciado por Euclides da Cunha, passei muito tempo dominado por visão semelhante. Até que, depois de alguns duros exames de consciência, descobri que, para ser fiel ao mestre, eu não deveria repeti-lo: tinha era que empunhar sua chama e tentar levá-la adiante. O Brasil real teria, na verdade, não um, mas dois emblemas, pois os arraiais do sertão tinham seus equivalentes urbanos nas favelas da cidade; e se o povo do Brasil real era aquele que habitava as favelas urbanas e os arraiais do campo, o Brasil oficial tinha seus símbolos mais expressivos nos bancos e no palácio do governo, onde reinam os presidentes e seus ministros” (SUASSUNA, Ariano. A favela e o arraial. Folha de São Paulo, 27 abr. 1999, grifei).

A fim de dimensionar o impacto que a televisão de sinal aberto e o rádio ainda possuem na formação de opinião, a nível nacional, citam-se dois dados do ano de 2018.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na *“Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) – Acesso à internet e posse de telefone móvel”*, em 2018, dos 71.738 mil

domicílios particulares permanentes do País, em 96,4% havia televisão⁷.

Por sua vez, a Kantar Ibope Media, empresa também voltada ao monitoramento da audiência televisiva, divulgou, em seu “Book de rádio (2018)”: *“O meio rádio é ouvido por 86% da população nas 13 regiões metropolitanas onde há aferição. 3 a cada 5 ouvintes escutam rádio todos os dias. Cada ouvinte passa cerca de 4h40 de escuta de rádio por dia”*⁸.

A partir desses dados, visualiza-se que a reserva de programação especial é medida adequada à promoção da cultura, diante da representatividade dos meios de radiodifusão dentre os patrimônios e as prioridades de consumo dos cidadãos brasileiros. A democratização do acesso aos aparelhos transmissores de radiodifusão sonora e de sons e imagens criou uma interface poderosa de contato com a população, o que pode ser aproveitado para finalidades sociais.

A própria UNIÃO enxerga esse alcance. O ente propunha, sob padrão de repetitividade, ações judiciais para impugnar o horário de transmissão do programa oficial. A temática foi afetada à repercussão geral.

Recentemente, esta Corte julgou o mérito do Tema 1.039 de Repercussão Geral, assentando a constitucionalidade da retransmissão obrigatória do programa de rádio “A Voz do Brasil”, no mais tardar até às 22h. Restou consignado que o interesse coletivo em transparência pública justifica a transmissão ao vivo ou a retransmissão do programa em horário de grande audiência, sob pena de reduzir drasticamente o alcance das informações e de esvaziar a finalidade da norma (RE 1.026.923, Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2020, DJe de 24/02/2021).

7 Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf

8 Disponível em https://www.kantaribopemedia.com/wp-content/uploads/2018/09/Book-de-R%C3%A1dio-2018_Final.pdf

Até este ponto, (i) as desigualdades regionais no acesso à infraestrutura de telecomunicações e (ii) a alta incidência de aparelhos de rádio no cotidiano dos brasileiros apontaram, respectivamente, para a necessidade e para a adequação da medida.

Na última etapa da técnica da ponderação, a proporcionalidade em sentido estrito, cabe avaliar o grau de afetação das liberdades sobrepostas pela norma. Em se tratando de “cota” de programação, duas liberdades estão em xeque: a liberdade econômica das emissoras e a liberdade de escolha dos ouvintes.

A liberdade econômica das emissoras, traduzida na exploração da atividade de empresa com a menor intervenção estatal possível, é princípio de menor incidência para o regime de prestação de serviços públicos. A pessoa jurídica que se dispõe a participar de certame, a realizar proposta atrativa e a executar contrato está cercada por deveres perante a Administração Pública.

Levando o argumento ao extremo, mesmo perante atividade audiovisual cujo regime regulatório é menos rígido que o rádio, este Tribunal assentou a constitucionalidade da política de cotas de conteúdo nacional. Este foi um dos pontos decididos na ADI 4.923, de minha relatoria, sobre o segmento dos Serviços de Acesso Condicionado. Leia-se o excerto:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOVO MARCO REGULATÓRIO DA TELEVISÃO POR ASSINATURA (LEI N. 12.485/2011). SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SeAC). (...) PROPORCIONALIDADE DA POLÍTICA DE COTAS DE CONTEÚDO NACIONAL (ARTS. 16, 17, 18, 19, 20, 23). EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JURÍDICO-POSITIVOS (CRFB, ARTS. 221 E 222, §3º) E OBJETIVOS MATERIAIS CONSISTENTES. MEDIDA ADEQUADA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL EM

SENTIDO ESTRITO.

12. A legitimidade constitucional de toda intervenção do Estado sobre a esfera jurídica do particular está condicionada à existência de uma finalidade lícita que a motive, bem como ao respeito ao postulado da proporcionalidade, cujo fundamento deita raízes na própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116).

13. In casu, os arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23 da Lei nº 12.485/11, ao fixarem cotas de conteúdo nacional para canais e pacotes de TV por assinatura, promovem a cultura brasileira e estimulam a produção independente, dando concretude ao art. 221 da Constituição e ao art. 6º da Convenção Internacional sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto nº 6.177/2007). A intervenção estatal revela-se, ademais, (i) **adequada**, quando relacionada ao fim a que se destina, (ii) **necessária**, quando cotejada com possíveis meios alternativos e (iii) **proporcional em sentido estrito**, quando sopesados os ônus e bônus inerentes à medida restritiva (...) (ADI 4.923, de minha relatoria, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, DJe de 05/04/2018, grifei).

Por fim, o critério derradeiro à confirmação da compatibilidade material do art. 16, §1º, 'c', e §3º, I, com a Constituição de 1988. Questiona-se se a reserva de tempo na grade de programação de todas as emissoras de rádio é uma intervenção desmedida à liberdade de escolha dos usuários.

A intersecção entre o desenho de políticas públicas e a autodeterminação dos cidadãos é mapeada com o instrumentário teórico de Economia Comportamental (behavioral economics). Essa abordagem, calcada na negação da racionalidade econômica clássica, está no cerne das decisões mais mezinhas às mais elaboradas, em termos de fruição e vindicabilidade dos direitos e de obediência às normas jurídicas.

Para mensurar o quanto a medida intervém sobre ao exercício do livre acesso às fontes de cultura, é preciso ter em mente duas circunstâncias. A um, nem a Lei 4.117/1962 nem o Decreto 52.795/1963 determina os pormenores sobre o conteúdo das produções locais – apenas elencam os tipos de programas, culturais ou artísticos ou educativos ou jornalísticos, à escolha de cada emissora. A dois, nem a lei nem o decreto exige um horário ou uma faixa de horário para o cumprimento da “cota”.

Consectariamente, (i) o portador de um aparelho de rádio detém a oferta de formatos variados para o consumo desse conteúdo local; e (ii) com grande probabilidade, em um mesmo horário, haverá alternativa(s) à programação de origem municipal, bastando que o usuário “pesquise” as estações de rádio com frequências captadas.

Diante desses elementos, a “cota” de produções locais funciona como uma circunstância condicionante da arquitetura de escolhas, e não como uma limitação definitiva das opções.

Para a introdução e a contextualização do conceito de nudge à controvérsia constitucional, valho-me de trecho bastante didático de artigo acadêmico no qual fui coautor:

“[u]ma política regulatória será classificada como nudge caso (i) sua intervenção não restrinja o número de escolhas possíveis a se fazer, mas somente altere a arquitetura e a disposição dessas escolhas ou o ambiente em que são feitas; (ii) a intervenção seja transparente e pensada em prol do interesse da pessoa ou em prol de determinado interesse socialmente desejável; (iii) algum aspecto da limitação da racionalidade humana, como os vieses cognitivos, seja utilizado estrategicamente a fim de se chegar a objetivos sociais ou pessoais” (Vide FUX, Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Regulação e “nudge”: como a Economia Comportamental

(Behavioral Economics) pode influenciar políticas regulatórias?. In: FONSECA, Reynaldo Soares da, COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020).

Quando o Poder Público aumenta a oferta de programas locais – por meio de um percentual mínimo de exibição, porém sem qualquer vinculação prévia sobre o modo de inserção na grade programação (i. e. formato, horário de exibição) –, ele cria um *nudge*, isto é, uma política pública de difusão da cultura que se beneficia do viés cognitivo, quanto à predileção por determinadas emissoras ou quanto à escuta de rádio em horários específicos.

Na situação sob apreço, o interesse socialmente desejável é conquistar uma audiência cativa para os programas de rádio oriundos do mesmo Município onde se situa o ouvinte, em prol da inserção na comunidade política; do reforço aos laços de identificação e de pertencimento; da movimentação da economia local, dentre outros interesses. Não obstante, a inobservância dessa finalidade social pelas ações individuais não gera punição ao agente, razão pela qual a medida é norma de incentivo.

O simples aumento da oferta de programação especial já configura certo grau de saliência a esse atributo. Caso as emissoras executem o comando normativo através de escolhas estratégicas, tais como o alinhamento das produções locais ao resto da grade e o direcionamento do conteúdo de acordo com o horário e/ou com o perfil de ouvinte, cria-se um ambiente de incentivo qualificado pelo viés da saliência (espécie de “*nudge*”).

O Professor da *Harvard University* Cass Sunstein – que ao lado do economista laureado com o Prêmio Nobel Richard Thaler, escreveu o best-seller “*Nudge*” – segue apresentando contribuições valiosas à incorporação de tendências comportamentais para maximizar a eficácia

de normas sancionatórias e não-sancionatórias. Acerca de “*saliency as nudge*”, pondera:

“Não raro é possível promover os objetivos da regulação, quando se faz determinados aspectos de um produto ou de uma situação mais salientes [= aparentes] aos consumidores. Como exemplo dos efeitos da saliência, considere-se a tributação de bebidas. Existe evidência empírica de que, quando o valor correspondente aos impostos é destacado no anúncio de preço, o aumento da carga tributária tem um efeito negativo maior sobre o consumo de álcool, em comparação à hipótese em que os impostos são apenas adicionados no ato de pagamento, ausente a discriminação no anúncio de preço (vide Chetty, Looney, & Kroft, 2009; Finkelstein, 2009). Incentivos importam, mas para que efetivamente importem, precisam ser aparentes. Políticas regulatórias sensíveis à variação ambiental, em especial aquelas que envolvem transparência, sabem se valer da saliência” (Vide SUNSTEIN, Cass. *Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Oxford University Press, 2014, p. 739)⁹.

Superadas quaisquer dúvidas sobre o intervencionismo excessivo da medida, afirma-se: a previsão no instrumento convocatório de licitação e no respectivo contrato de permissão, com a expressa vinculação das emissoras de rádio a percentual mínimo e máximo de exibição de programas locais, é medida necessária, adequada e proporcional.

9 Tradução livre de SUNSTEIN, 2014, p. 739: “*It is often possible to promote regulatory goals by making certain features of a product or a situation more salient to consumers. As a simple example of saliency effects, consider alcohol taxes. There is evidence that when such taxes are specifically identified in the posted price, increases in such taxes have a larger negative effect on alcohol consumption than when they are applied at the register (Chetty, Looney, & Kroft, 2009; Finkelstein, 2009). Incentives matter, but in order to matter, they must be salient. Sensible regulatory policies, especially those that involve disclosure, are attentive to the importance of saliency*”.

V.

FIXAÇÃO DE TESE

Por todo o exposto, proponho a seguinte redação para a Tese do Tema 1.013 da Repercussão Geral:

“À luz do art. 221 da Constituição de 1988, são válidos os procedimentos licitatórios que exijam percentuais máximos e mínimos de programação especial, desde que se observe a razoabilidade na definição dessa reserva quantitativa”.

VI.

APLICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS AO CASO CONCRETO. DECISÃO DO LEADING CASE

No julgamento do *leading case*, o apelo da União merece prosperar. Os Editais de Concorrência nº 033/2009 e 034/2009 são válidos e eficazes quanto às cláusulas impositivas do percentual mínimo de 5% do tempo total de programação destinado à “transmissão de programas culturais, artísticos e jornalísticos produzidos e gerados no Município ao qual pertence a localidade objeto de outorga”.

O percentual de 5% (cinco por cento) é reserva quantitativa razoável, mercê da previsão desse mesmo parâmetro para a consecução da finalidade informativa de todas as emissoras de radiodifusão, no art. 38, alínea ‘h’, da Lei 4.117/1962.

Ex positis, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso interposto pela União, para reconhecer a violação da interpretação jurídica do Tribunal *a quo* ao art. 221 da Constituição Federal.

É como voto.