



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

249052  
Nº 6670 - PGR - AF

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3944

REQUERENTE : PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL  
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
RELATOR : Min. CARLOS BRITTO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA BRASILEIRO DE TELEVISÃO DIGITAL. DECRETO N. 5.820/2006. CARÁTER NORMATIVO, AUTÔNOMO E ABSTRATO DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS. OFENSA AOS ARTIGOS 223 E 220. § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E MOTIVAÇÃO.

1. O Decreto nº 5.820/2006 detém caráter predominantemente autônomo e abstrato, a legitimar a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade, extrai validade diretamente da Constituição, como o fez seu antecessor lógico, o Decreto nº 4.901/2003, criando direitos e obrigações aos cidadãos, além de implantar nova tecnologia de difusão de conteúdo de som, imagem e entretenimento, rompendo com o paradigma de radiodifusão atual, não se limitando a simples mudança de codificação de sinal no espectro eletromagnético.

2. Por não se tratar de mera atualização tecnológica dos mecanismos de transmissão de TV, as novas concessões do serviço de radiodifusão de sons e imagens devem respeitar o processo interativo de vontades políticas autônomas, com a participação do Poder Executivo e Legislativo, nos termos do art. 223 da Constituição. Pouco importa o nomen juris de "consignação" apresentado no Decreto nº 5.820/2006.



3. A "migração" tecnológica pretendida, ainda que sob o entendimento de não configurar nova tecnologia, estabelece condições e prazos às concessionárias para adoção das medidas necessárias, promovendo, na prática, ampliação dos prazos em vigor, o que não pode ocorrer automaticamente e sem a submissão ao crivo aperfeiçoador e de controle do Legislativo.

4. O Decreto impugnado reforça os espaços oligopolizados das programações atuais com a "consignação" aos atuais outorgados de canal de radiofrequência com largura de banda de 6 megahertz, comprometendo o pluralismo e a vocação para a programação educativa pelas redes públicas de TVs e agravando a situação de inconstitucionalidade hoje existente. Ofensa ao art. 220, § 5º, da Carta Magna.

5. Por fim, o direito à informação, motivação e publicidade dos atos da Administração foram relegados diante da não confecção ou divulgação de relatório que pudesse esclarecer à sociedade, destinatária da nova tecnologia e a quem cabe o ônus de se preparar para recebê-la, as vantagens da adoção do padrão japonês e as razões de sua escolha.

*Parecer pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.*

1. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL em impugnação aos artigos 7º, 8º, 9º e 10º, do Decreto nº 5.820, o qual traça regras para efetivar a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital - SBTVD-T, estabelecendo diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e retransmissão de televisão.

A handwritten mark or signature, possibly a stylized letter 'A', located at the bottom right corner of the page.

2. A seguir, o inteiro teor dos dispositivos impugnados:

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

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

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

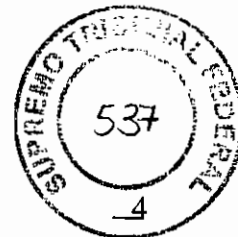
**Art. 8º** O Ministério das Comunicações estabelecerá, no prazo máximo de sessenta dias a partir da publicação deste Decreto, cronograma para a consignação dos canais de transmissão digital.

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

I - estações geradoras de televisão nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal;

II - estações geradoras nos demais Municípios;

III - serviços de retransmissão de televisão nas Capitais dos Estados e no Distrito Federal; e



IV - serviços de retransmissão de televisão nos demais Municípios.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

3. Afirma o Partido requerente que o Decreto questionado transgredir o disposto nos artigos 220, § 5º, e 223, da Constituição da República. Contudo, antes de expor os fundamentos jurídicos do pedido, tece algumas considerações acerca do Sistema Brasileiro de Televisão Digital e sua implementação no Brasil, de acordo com o Decreto nº 4.901/2003, bem como a transição da TV analógica para a TV digital, matéria tratada no Decreto 5.820/2006, objeto da presente ação.

4. Sustenta, inicialmente, que *a)* o Decreto nº 4.901/2003 previu a confecção de um relatório sobre as propostas referentes à adoção do tipo de padrão digital a ser utilizado, não tendo sido este relatório divulgado, muito menos as razões pelas quais foi adotado o padrão japonês ao invés dos padrões americanos e europeus; *b)* o poder Executivo se teria negado a prestar esclarecimentos aos cidadãos, omitindo-se na divulgação do relatório mencionado; *c)* a nova tecnologia a ser implantada possibilitaria a exploração de até oito programações ao mesmo tempo, multiplicando as possibilidades de exploração das atuais faixas de radiofrequência; *d)* a intenção manifestada pelo Governo Federal de "não mexer nas concessões" prejudicará os interesses públicos e permitirá que as atuais emissoras ocupem dois canais inteiros, relegando as emissoras comunitárias, universitárias e legislativas a um gueto; e *e)* o acordo internacional entre o Brasil e o Japão para a implantação do padrão ISDB-T não teria sido ratificado pelo Congresso Nacional.

5. Em seguida, sustenta o seu interesse de agir e a natureza autônoma do Decreto, objeto da presente ação.

6. Sob a perspectiva de ofensa aos princípios da publicidade e motivação, sustenta o requerente que a essência do controle dos atos administrativos decorre do fato de todo poder emanar do povo, razão pela qual conclui que a conduta do requerido, no sentido de privar os cidadãos dos motivos pelos quais será implantado o "padrão japonês", viola tais postulados, previstos no art. 37 da Constituição da República, além de desperdiçar o dinheiro público com pesquisas científicas não aproveitadas.

7. No que se refere ao regime de concessões, alega o requerente a existência de várias inconstitucionalidades previstas no Decreto presidencial, mais precisamente nos artigos 7º, 8º, 9º e 10º.

A handwritten mark or signature is located in the bottom right corner of the page.



ADI - 3944

8. Argumenta, nesse ponto, que TV digital é **novo serviço de radiodifusão**, razão por que não pode prescindir da outorga de novas concessões, nos moldes do art. 223 da Constituição. Partindo dessa premissa, sustenta que o art. 7º do Decreto nº 5820/2006, ao permitir que os atuais radiodifusores façam a transmissão de mais de uma programação, simultaneamente, com um canal de 6 MHz para cada outorgado, desobedece à competência fixada nos parágrafos 2º e 3º, do art. 223 da Constituição da República.

9. Ainda, sob o argumento de que a competência congressional fora ofendida, alega o requerente que o próprio art. 9º do Decreto nº 5820/2006 prevê celebração de novo contrato, instituindo, então, nova relação jurídica, mediante nova outorga de concessão de serviço aos atuais radiodifusores, motivo pelo qual entende que o ato normativo impugnado utiliza-se de artimanhas para mascarar as novas concessões sob o título de “consignações”. Defende, nesse ponto, que a idéia de nova concessão também é visualizada no art. 10º do Decreto 5820/2006, contrariando os dispositivos constitucionais, ante a inexistência de direito adquirido dos atuais concessionários.

10. No que tange à ofensa ao art. 220, § 5º, da Constituição da República, assevera que o modelo de transição previsto no Decreto impugnado, ao reforçar as concessões existentes com ampliação da capacidade tecnológica destas, impedirá a participação de outras emissoras no mercado e propiciará a formação de monopólio e oligopólio no setor, vedada pelo texto constitucional.

11. Ao final, pugna pela concessão de medida liminar devido ao grau de irreversibilidade e ao prejuízo que as medidas mencionadas poderão acarretar no âmbito nacional, caso o processo de transição pelo sistema digital se inicie nos moldes dos artigos 7º, 8º, 9º e 10º do Decreto nº 5820/2006.

12. Às fls. 98, o Ministro relator solicitou informações ao requerido.

13. O Exmo. Presidente da República apresentou informações (fls. 103 - 125), prestadas pela Advocacia-Geral da União. Requer, preliminarmente, o não conhecimento da presente ação, por entender que o Decreto nº 5820/2006 não é passível de controle abstrato de constitucionalidade em face do seu caráter regulamentar, bem como por se tratar de ato de efeitos concretos. No mérito, ressalta a importância da mudança a ser implementada, em face do princípio da atualidade,

ADI - 3944

7

razoabilidade e eficiência, pugnando pela improcedência do pedido formulado, além de consignar em seu arrazoado que o requerente teria manejado a presente ação apenas para demonstrar a sua visão política da questão.

14. O Ministro Carlos Ayres Britto, relator, aplicou ao feito o rito do art. 12 da Lei 9.868/99 (fls. 128).

15. O Advogado-Geral da União, manifestando-se contrariamente à pretensão do requerente, na mesma linha de raciocínio da manifestação presidencial, requereu a extinção do feito, sem julgamento de mérito, por entender se tratar de norma de caráter secundário, de cunho regulamentar. No mérito, defendeu a constitucionalidade dos dispositivos atacados, argumentando que estes se destinariam a atualizar a tecnologia dos serviços de radiodifusão, não implicando nova concessão, razão por que não haveria ofensa ao artigo 223 da Constituição Federal, sendo que o prazo transição e a consignação de faixa adicional seriam, segundo ele, consequência de uma fase de mudança.

16. Eis a ementa do parecer:

Telecomunicações. TV digital. Decreto que estabelece diretrizes para implantação do sistema de TV digital. Alegação de inconstitucionalidade de dispositivos que disciplinam a consignação de canal adicional de radiofrequência às emissoras, para possibilitar transição entre os sistemas analógicos e digital. Preliminar. Caráter regulamentar dos artigos hostilizados. Mérito Desnecessidade de deliberação do Congresso Nacional acerca da consignação, a qual não se confunde com novo ato de outorga do serviço de radiofusão. Inexistência de oligopólio no setor, para cuja configuração os dispositivos atacados não contribuem. Debate e motivação suficientes a respeito da edição do decreto. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido do requerente.

17. A Associação Brasileira de Emissora de Rádio e Televisão - ABERT requereu seu ingresso na presente ação na qualidade de *amicus curiae*, alegando sua representatividade no setor, bem como a relevância da matéria discutida. Em seu extenso arrazoado, teceu informações técnicas sobre o desenvolvimento e os debates que ensejaram a confecção do Decreto ora impugnado. Argumenta, do ponto de vista jurídico, o não cabimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, porquanto proposta em face de atos administrativos individuais e concretos e, eventualmente, requer sejam declarados improcedentes os pedidos formulados.

18. É nesse estágio que chegaram os autos à Procuradoria Geral da República, com vistas à emissão de parecer.

## II.

19. A pretensão do requerente deve ser conhecida e acolhida, o que será demonstrado nos tópicos a seguir.

20. Também deve ser deferida a participação da Associação Brasileira de Emissora de Rádio e Televisão-ABERT, na qualidade de *amicus curiae*, de acordo com o art. 7º, § 2º, da lei nº 9.868/1999.

### ***Do cabimento da presente ação e a natureza jurídica do Decreto nº 5.820***

21. Não há dúvida de que o Decreto nº 5.820/2006 detenha predominantemente caráter autônomo, não obstante faça referência em sua ementa às Leis nº 4.117/1962 e 9.472/1997. Basta uma leitura atenta de seu teor para constatar que se trata de sucessor lógico do Decreto nº 4.901/2003, melhor dizendo, uma continuidade deste texto normativo, na medida em que, em parte, complementa-o e, em parte, desenvolve-o.

22. O Decreto nº 4.901/2003 institui a opção, pelo Governo Federal, de adotar o sistema de televisão digital, dando o primeiro passo para a implementação dessa nova tecnologia.

23. Ressalte-se que, por se tratar de nova tecnologia, não há que se falar em continuidade dos serviços previstos nas legislações existentes, mas de nova modalidade de concessão. Voltaremos ao tema adiante.

24. Em sendo o Decreto nº 4.901/2003 um decreto autônomo, fato incontroverso porquanto declarado no próprio texto normativo, o





Decreto nº 5.820/2006, apesar do esforço do Poder Executivo para classificá-lo nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal, não pode ser interpretado de forma diversa do Decreto que o originou.

25. Assim dispõe o preâmbulo do Decreto nº 4.901/2003:

*"Institui o Sistema Brasileiro de Televisão Digital - SBTVD, e dá outras providências.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o **art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição,**

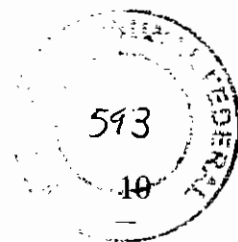
DECRETA:"

26. A referência feita pelo Decreto ora impugnado à Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, e à Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, é, notadamente, uma forma de desviar a atenção do seu caráter autônomo, dificultando a adoção de medida de urgência com vistas a coactar eventuais desvios de finalidade, apontados na presente ação.

27. Essa Corte, em diversos momentos, flagrou a autonomia de Decretos expedidos com supostas intenções de serem meros regulamentos, controlando-lhes a constitucionalidade em sede concentrada. Tome-se, por exemplo, o que foi decidido no julgamento da medida cautelar na ADI n. 482/DF:

Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto n. 16.543, de 5.4.1991, do Estado do Rio de Janeiro, que limita temporariamente o montante do pagamento aos servidores estaduais. Possui relevância jurídica a sustentação de infringir o diploma referido os arts. 7º, VI e X, e 37, XV, ambos da Constituição. Não é, também, possível deixar de reconhecer o "periculum in mora", pois é inequívoco o prejuízo imediato que representa, aos servidores atingidos pelo Decreto n. 16.543/1991, do Estado do Rio de Janeiro, a retenção, sem Lei, de parcela dos vencimentos devidos, cada mês, com base em lei vigente, gerando, assim, indiscutíveis

A handwritten signature or mark, possibly a stylized letter 'f' or a similar character, located at the bottom right of the page.



consequências negativas a manutenção, pelos servidores atingidos, das condições de vida pessoal e familiar, sob o ponto de vista financeiro. Medida cautelar deferida, para suspender, "ex nunc" e até o julgamento final, a eficácia do Decreto n. 16.543, de 5.4.1991, do Estado do Rio de Janeiro.

28. Na ação, o Ministro Celso de Mello resumiu a visão que conduziu a maioria no sentido acima transcrito:

"tenho para mim, Sr. Presidente, que a espécie jurídica ora impugnada constitui ato estatal autônomo, instrumentalmente formalizado mediante decreto, cujo conteúdo, desvestido de qualquer conotação regulamentar, apresenta-se, a meu ver, fortemente impregnado de normatividade, atestada por seu caráter de generalidade, abstração e impessoalidade, revelando-se, por isso mesmo, juridicamente idôneo para efeito de seu controle concentrado ou em abstrato de constitucionalidade" (voto preliminar, vencedor, RTJ 150/387).

29. Mesmo naqueles casos de normas de efeito concreto, o Tribunal criou exceção ao descabimento da Ação Direta diante da transcendência da matéria em exame. Foi, assim, que o fez em relação à lei instituidora de municípios:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEI DE CRIAÇÃO DE MUNICÍPIO: IDONEIDADE. AINDA QUE NÃO SEJA EM SI MESMA UMA NORMA JURÍDICA, MAS ATO COM FORMA DE LEI, QUE OUTORGA STATUS MUNICIPAL A UMA COMUNIDADE TERRITORIAL, A CRIAÇÃO DE MUNICÍPIO, PELA GENERALIDADE DOS EFEITOS QUE IRRADIA, E UM

A handwritten mark or signature, possibly a stylized letter 'A' or a similar symbol, located at the bottom right of the page.

DADO INOVADOR, COM FORÇA PROSPECTIVA, DO COMPLEXO NORMATIVO EM QUE SE INSERE A NOVA ENTIDADE POLITICA: POR ISSO, A VALIDADE DA LEI CRIADORA, EM FACE DA LEI FUNDAMENTAL, PODE SER QUESTIONADA POR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.”

(ADI 733 / MG - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Ainda: ADI n. 222/RJ, 478 / SP, 1504 / RS; 1262/TO)

30. Além do mais, é insustentável o argumento de que o Decreto nº 5.820/2006 seria ato de efeitos concretos, cuja disciplina refletir-se-ia apenas nas relações com os concessionários do serviço de radiodifusão. Ora, conforme exaustivamente alegado por todas as partes no processo, a implantação do sistema digital representa um grande instrumento de inclusão social e democratização da informação.

31. A primazia do interesse público é, ou pelo menos deveria ser, o grande princípio norteador da mudança de padrão tecnológico pretendida. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup>, tal princípio “*é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados*”.

32. A implantação do sistema televisivo digital atingirá cada cidadão, na medida em que trará não apenas a melhoria e interatividade televisiva, mas também o ônus de adequação técnica e instrumental para o recebimento dessa nova tecnologia.

33. Além do mais, o interesse público não é vislumbrado apenas nos benefícios e no ônus que o sistema trará aos cidadãos (sua dimensão subjetiva), mas ainda na rigorosa constitucionalidade com a qual os atos públicos devem se pautar, havendo de respeitar os mandamentos positivados que disciplinam os sistema de radiodifusão nacional, além dos princípios norteadores da Administração Pública (dimensão objetiva do interesse público). Eis o ponto em que se abre a discussão em torno do descompasso entre o Decreto impugnado e o Texto Constitucional.

<sup>1</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p.60.

34. Não é só por isso que o ato normativo em questão é autônomo. Seria pouco extrair validade diretamente da Constituição por suposta e genérica violação a tal qualificado interesse. Há mais. Ele institui regras ao sistema de concessão do serviço público de sons e imagens, condicionando, inclusive, o referido acesso pela população à aquisição de aparelho (decodificador) que permita o recebimento das emissões propagadas.

35. Por criar direitos e obrigações e disciplinar diretamente matéria constitucional, o ato impugnado pode e deve ter sua legitimidade constitucional fiscalizada. Como afirmou o Ministro Joaquim Barbosa, ao analisar a regulamentação dos bingos no Estado do Mato Grosso (ADI 3183/MS), *“os decretos impugnados criam direitos e obrigações para os cidadãos do estado no que se refere à exploração das modalidades lotéricas de bingos, razão por que está configurado o seu caráter autônomo, a legitimar a propositura da ação direta”*. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE. LOTERIAS E BINGOS DO  
ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. VIOLAÇÃO DO  
ART. 22, XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VÍCIO DE  
COMPETÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE.  
PRECEDENTES.

São inconstitucionais, por ofensa à competência da União para legislar sobre sistema de consórcios e sorteios (art. 22, XX, da Constituição federal), os decretos que compõem o sistema normativo regulamentador do serviço de loterias e bingos no estado de Mato Grosso do Sul. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3183/ MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 20.10.2006)

36. Essa egrégia Corte é pacífica quanto à possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade em face de atos normativos autônomos:

EMENTA: Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Caráter normativo autônomo e abstrato dos dispositivos impugnados. Possibilidade de sua submissão ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. (...) (ADI-MC3936 / PR - PARANÁ)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - DECRETO. Possuindo o decreto característica de ato autônomo abstrato, adequado é o ataque da medida na via da ação direta de inconstitucionalidade. Isso ocorre relativamente a ato do Poder Executivo que, a pretexto de compatibilizar a liberdade de reunião e de expressão com o direito ao trabalho em ambiente de tranqüilidade, acaba por emprestar à Carta regulamentação imprópria, sob os ângulos formal e material. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA - LIMITAÇÕES. De início, surge com relevância ímpar pedido de suspensão de decreto mediante o qual foram impostas limitações à liberdade de reunião e de manifestação pública, proibindo-se a utilização de carros de som e de outros equipamentos de veiculação de idéias.(ADI-MC 1969 / DF - DISTRITO FEDERAL, Rel. min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, DJ 05.03.2004)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. DECRETO 1.719/95. TELECOMUNICAÇÕES: CONCESSÃO OU PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO.

DECRETO AUTÔNOMO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO. OFENSA AO ARTIGO 84-IV DA CF/88. LIMINAR DEFERIDA. A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional nº 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige. A Lei 9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto. Pela ótica da maioria, concorre, por igual, o requisito do perigo na demora. Medida liminar deferida. (ADI-MC 1435 / DF, Rel. Min. Francisco Rezek, tribunal Pleno, DJ 06.08.1999)

37. Ressalte-se, por fim, que essa Corte, novamente, ao analisar o cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de Decreto governamental que previra a exploração de espécies de loterias pelo Estado do Rio de Janeiro, admitiu a possibilidade de controle abstrato do referido ato, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA QUE QUESTIONA A CONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL. FUNÇÃO NORMATIVA, REGULAMENTO E REGIMENTO. ATO NORMATIVO QUE DESAFIA O



CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA "a", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À ADI. 1. Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. 2. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa. 3. Agravo regimental provido. (ADI-AgR 2950 / RJ).

38. Escrevera, em seu voto, o Min. Carlos Britto:

(...)

"Ou seja, o próprio Decreto, autonomamente, a latere, portanto, da lei, se dispõe a instituir o tipo de loteria e a regulamentá-lo, mas, assim, por conta própria.

Como dizia Lourival Villanova, as normas jurídicas têm uma estrutura lógica binária; elas se compõem de um descritor e um prescritor; o descritor é a hipótese de incidência; o prescritor é a consequência, o mandamento. Todas as vezes que a hipótese de incidência mantiver, com o mandamento, uma relação de vinculabilidade senão incessante, porém duradoura, está-se diante de uma norma abstrata e essa abstratividade da

A handwritten mark or signature, possibly a stylized letter 'A' or a similar symbol, located at the bottom right of the page.



norma não significa outra coisa senão que norma detém um conteúdo normativo; é uma norma em sentido material, e que, portanto pode ser adversada pela via da ação direta da inconstitucionalidade.

39. Superada a preliminar, é imperioso discorreremos brevemente sobre o papel decisivo democrático (e contra-democrático) dos meios de comunicação televisiva, que inspirou o espírito do Constituinte para zelar pela cautela contra os riscos da tecnologia informativa, estimulando, por outro lado, suas vantagens e benefícios.

#### **Da violação aos dispositivos constitucionais: considerações iniciais**

40. Os impactos causados pela mídia eletrônica, especialmente pela TV, na vida e cotidiano das pessoas, bem como na forma como enxergam a realidade ou projetam seus ideais, embora constatáveis ao olho nu dos mais indiferentes, devem sempre ser destacados, pois afetam muito mais do que a dimensão pessoal de existência, refletindo-se nas práticas sociais, nas instituições e na cultura da sociedade e da polis.

41. Na linguagem de Bourdieu<sup>2</sup>, o “campo” ou sistema de relações sociais, onde se desenvolvem padrões de conduta, naturaliza certo estado de coisas (e de informações), de maneira que os indivíduos passam a enxergar o seu mundo e as relações sociais com os valores que já estão dados. É nada mais poderoso nesse processo de interiorização e formação de *habitus* do que a televisão .

42. Na mesma linha, destaca Meyrowitz<sup>3</sup> que a televisão contribuiu decisivamente para redefinir os papéis sociais e a autopercepção de sua identidade, influenciando na definição das relações sociais, notadamente, entre homens e mulheres, crianças e adultos. O processo de construção do imaginário social não cessa, pois há sempre algo a acrescentar ou reformular, de acordo com certas matrizes de dominação. Inclusive por que a audiência recebe a cada ano novos receptores.

<sup>2</sup> BORDIEU, Pierre. Réponses. Paris: Seuil, 1992, p. 71 et seq; Idem. Sur la télévision, suivi de L'emprise du journalisme. Paris: Liber, 1996.

<sup>3</sup> MEYROWITZ. No sense of place: the impact of electronic media on social behavior. Oxford: Oxford University Press, 1985.





43. As repercussões na política foram igualmente sérias. É que a mídia, televisiva especialmente, adquiriu o poder de impor, às vezes de forma sutil, às vezes nem tanto, a *verdade* da notícia e do fazer político, sendo capaz de não só pautar o Congresso, o Executivo e o Judiciário, mas também de interferir nos processos de escolhas de candidatos a cargos eletivos e na visão e necessidades dos indivíduos. Como acentua Gamson<sup>4</sup>, há muito os meios de comunicação renunciaram à sua função social discursiva ou dialógica, para assumir um papel doutrinário e didático, privilegiando certas narrativas, projetos e pessoas.

44. Essa discriminação objetiva e subjetiva, mesmo seguindo aparentemente as regras ditadas pelas autoridades públicas, acaba por silenciar a voz de significativas representações do mundo social, que ficam tanto sem o acesso direto aos meios de divulgar suas idéias, como ainda sofrem com as críticas diretas ou indiretas que recebem. É por isso que Nadia Urbinati<sup>5</sup> afirma corretamente que “na democracia representativa a exclusão política assume a forma do *silêncio*”.

45. Silêncio na TV, silêncio no parlamento e gradualmente silêncio nas ruas, pois os segmentos discriminados (e muitas vezes ridicularizados) se tornam incapazes progressivamente de apresentar seus pontos de vistas e necessidades, sucumbindo como uma espécie de “contra-público” ou megatério do desenvolvimento<sup>6</sup>.

46. Esse quadro se mostra ainda mais agravado pelo processo de exclusão digital, somado pela concentração no mercado midiático. Como acentua Castells<sup>7</sup>, a exclusão social não é uma condição social dada e estática, mas um dinâmico processo de inclusão e exclusão de grupos e pessoas que varia com o tempo em função do acesso à educação, de características demográficas, de preconceitos sociais e das políticas públicas promovidas.

47. Esse pano de fundo teórico não pode ser olvidado à discussão sobre ofensa aos dispositivos constitucionais positivos, patrocinada pelo Decreto impugnado.

### **Ofensa ao artigo 223 da Constituição**

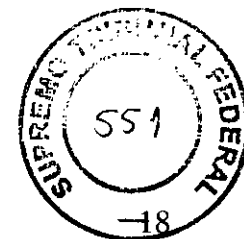
<sup>4</sup> GAMSON, William A. Talking politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 7.

<sup>5</sup> URBINATI, Nadia. Representation as advocacy: a study of democratic deliberation” Political Theory, v. 28, n. 6, 2000, p. 758-786, 773.

<sup>6</sup> FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In CALHOUN, Craig (ed.). Habermas and the public sphere. Cambridge: The MIT Press, 1992, p. 123.

<sup>7</sup> CASTELLS, Manuel. End of Millenium. Oxford: Blackwell, 1999, p.73.

A



ADI - 3944

48. O Poder Executivo, através do Decreto nº 4.901/2003, instituiu o Sistema Brasileiro de televisão Digital Terrestre – SBTVD-T que, dentre as finalidades principais apresentadas, destacam-se a promoção da “*inclusão social, a diversidade cultural do País e a língua pátria por meio do acesso à tecnologia digital, visando à democratização da informação*” e a “*transição do sistema analógico para o digital, possibilitando às concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens, se necessário, o uso de faixa adicional de radiofrequência, observada a legislação específica*”.

49. É preciso deixar claro, de início, que as novas tecnologias de difusão de conteúdo televisivo conhecidas como TV-Digital (TVD)<sup>8</sup> alteram o paradigma de radiodifusão atual, não se limitando a simples mudança de codificação do sinal (codificação digital em contraponto à codificação analógica)<sup>9</sup>.

50. Nesse aspecto, o que a TV-Digital traz de novo não é meramente uma transmissão com melhor qualidade, livre de interferências, com som e imagem de melhor resolução, no padrão de cinema, etc. A TVD flexiona o atual paradigma de tevê a ponto de aproximá-lo às redes mundiais de computadores<sup>10</sup>.

51. Se no atual modelo, os expectadores limitam-se à escolha de canal, no novo modelo o nível de interação é equiparado a de um ponto de acesso na Internet<sup>11</sup>.

52. Por sua vez, no modelo vigente, as operadoras de TV quase não conhecem acerca do seu público alvo: suas preferências, hábitos e assim por diante, exceto por via de estatísticas. Com a TVD, o monitoramento do usuário será ampliado incomensuravelmente.

53. A migração para essas novas tecnologias demandará aparelhos de recepção com certo poder de processamento e de

<sup>8</sup>“Advanced Television Systems Committee”, disponível em <http://www.atsc.org>, USA, acesso em novembro de 2007.

<sup>9</sup>CESAR, P., Bulterman, D.C.A., and JANSEN, A.J.: An Architecture for End-User TV Content Enrichment. *Journal of Virtual Reality and Broadcasting (JVBR)*. v. 3, n.9, 2006; SMYTH, Barry; COTTER, Paul. A Personalized Television Listings Service, *Communications of the ACM*, v. 43, n. 8, 2000, p. 107–111; FINKE, Matthias; BALFANZ, Dirk. A reference architecture supporting hypervideo content for ITV and the internet domain, *Computers and Graphics*, v. 28, 2004, p. 179–191.

<sup>10</sup> LUYTEN, K., THYS, K., HUYPENS, S.; CONINX, K. Telebuddies: Social Stitching with Interactive Television. In CHI '06 extended abstracts on Human factors in computing systems. Montréal, Québec, Canadá, 2006, p. 1049-1054.

<sup>11</sup>TANNENBAUM, Robert S. *Theoretical Foundations of Multimedia*. New York: Computer Science Press, 1998; COPPENS, T., TRAPPENIERS, L., ; GODON, M. AmigoTV : towards a social TV experience. In Proceedings of EuroITV, 2004, pp. 159-162.



interatividade o que permitirá, por exemplo, que as operadoras de TV possam conhecer minuciosamente os hábitos dos telespectadores.

54. Com efeito, as tecnologias de TVD proporcionam uma revolução no panorama de difusão de conteúdo, permitindo dizer-se que não se trata meramente de atualização de mecanismos de transmissão de TV, mas, de fato, de nova tecnologia<sup>12</sup> e, efetivamente, de um novo serviço. As possibilidades que uma TV interativa proporciona ao público são de uma imensidão tal que levaram o Governo Norte-Americano a editar uma série de normas a respeito.

55. Uma das mais recentes é a que estabelece a data limite (fevereiro de 2008) para que todo sistema de difusão americano migre completamente para o digital<sup>13</sup>.

56. Ainda existem outras normas desse tipo que regulamentam a venda atual de aparelhos de TV e aspectos de segurança e concessão.

57. Regulamentação semelhante já está em vigor na Europa, em especial na Inglaterra<sup>14</sup>. É bom deixar claro que não se pode comparar aqui a migração que ocorreu no sistema público de telefonia fixa, do analógico para o digital<sup>15</sup>.

58. Para o usuário de telefonia, entretanto, pouca coisa mudou. Para o telespectador e para as operadoras de TV um leque imprevisível de novos serviços estará por vir.

59. É a implementação de nova tecnologia, rompendo com o sistema existente, fruto de uma decisão de cunho político, que provocará uma grande revolução tecnológica no país. Temos que divisar essa hiper-realidade: o Decreto institui **um novo sistema de radiodifusão**, que, repita-se, **não pode ser entendido como uma mera atualização**

<sup>12</sup>BRIEF / MEDIA & COMMUNICATIONS. Digital Television: has the revolution stalled? *Duke Law & Technology Review*, v. 14, 2001, disponível em <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2001dltr0014.html>, acesso em 03/11/2007.

<sup>13</sup>GALPERIN, Herman. *New Television, Old Politics: The Transition to Digital TV in the United States and Britain*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; "Digital Television Transition and Public Safety Act", disponível no sítio do FCC - USA - Federal Communications Commission, <http://www.fcc.gov>, acesso em novembro de 2007.

<sup>14</sup>GALPERIN, Herman. *New Television, Old Politics: The Transition to Digital TV in the United States and Britain*, cit., p. 214 et seq., 230; ESSER, Frank; PFETSCH, Barbara. *Comparing Political Communication: Theories, Cases, and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

<sup>15</sup>ETSI: European Telecommunications Standards Institute, Digital Video Broadcasting (DVB) - Multimedia Home Platform (MHP) Specification 1.1, 2005.



**tecnológica.** É, de fato, uma nova tecnologia, uma nova plataforma de comunicação, que dá início à “era da digitalização”<sup>16</sup>.

60. Já antecipamos o papel da comunicação social, em especial, da televisão, principal meio de massa hábil a promover educação, cultura, informação e entretenimento, na construção do Estado Democrático de Direito. O certo é que tamanha é a importância da questão que o Constituinte buscou resguardá-la de forma híbrida ou combinada, no âmbito do *checks and balances*, disciplinando a integração entre o Poder Executivo e Legislativo, para sua concessão e renovação, no art.223, *in verbis*:

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.

<sup>16</sup>HART, Jeffrey. Technology, Television, and Competition: The Politics of Digital TV. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 2.



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

61. Cuida-se de processo interativo de vontades políticas autônomas que atende tanto à necessidade de reflexão e debate inter – e intra – orgânico, quanto às exigências do sistema de *checks and balance*, tudo em virtude do caráter central dos meios de comunicação para a democratização da informação e da sociedade.

62. Não pode, por conseguinte, o Executivo, mediante Decreto autônomo, tratar do regime de concessões do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, prescindindo da participação do Poder Legislativo na implementação do sistema digital, o que configura grave ofensa aos dispositivos acima destacados.

63. O artigo 223 da Constituição foi violado de duas formas. A primeira, com a utilização, no texto do Decreto, do termo “consignação” para o que é, na verdade, uma concessão. Ou seja, o Decreto, atropelando a competência do Congresso Nacional, concede às emissoras atuais um canal inteiro de 6 megahertz (art.7º)

64. A tecnologia digital, como dito, é uma nova tecnologia. Se ela não acrescentasse uma capacidade maior de produzir informações e programas, tal “consignação”, em tese, poderia ser aceita, sob o argumento de que se trataria de uma mera modificação de natureza técnica.

65. Mas trata-se de uma tecnologia que concede, e a palavra é significativa, um espaço ou espectro maior de atuação às emissoras atuais.

66. Dessa forma, há um ganho em termos de programação, logo, um ganho em termos de poder de comunicação.

67. É inevitável concluir que, em se tratando de modificação tecnológica de tamanha monta, deve o Congresso Nacional se manifestar, nos termos do art. 223 da Carta Maior. Deixar prevalecer o Decreto, tal como se encontra, é burlar o controle do Congresso sobre tema que exige sua fiscalização.

68. É significativo destacar que o artigo constitucional fala também em “renovação”. Ou seja, se até para renovar uma concessão deve

haver atuação congressual, o que dizer então de uma completa mudança de padrão tecnológico, plena de repercussões técnicas e, sobretudo, sociais?

69. De outra parte, ainda que se considerasse que a nova tecnologia não implicaria nova concessão, estaríamos, no mínimo, falando em renovação das concessões já existentes. Perceba-se que a “migração” estabelece prazos e condições às concessionárias (art.8º, parágrafo único, do Decreto nº 5.820/2006).

70. Na seara desse entendimento, o art. 10º do Decreto nº 5820/2006 também afronta o § 5º, do art. 223 da Carta. Vejamos novamente o que diz o Decreto a esse respeito:

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


71. O dispositivo transige com o intransigível: o art. 223, parágrafo 5º, da Constituição, fixa peremptoriamente os prazos de concessão ou permissão.

72. Contudo, o Decreto impugnado, a pretexto de realizar a transição dos dois sistemas, acaba por renovar as concessões atuais por mais dez anos.

73. Desse modo, se uma emissora está em vias de terminar seu prazo de concessão e o Decreto lhe dá dez anos como período de transição de um sistema para o outro, haverá flagrante ofensa ao dispositivo constitucional mencionado.

74. A vigorar o Decreto, emissoras que estivessem prestes a ter o prazo de concessão encerrado, automaticamente serão “agraciadas” até, pelo menos, o ano de 2016.

**Ofensa ao art. 220, § 5º, da Constituição**





75. O Decreto nº 5820/2006 aprofunda uma concentração dos meios de comunicação que, de notório saber, já existe. Isto porque o art. 7º do Decreto estabelece que:

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

76. No atual formato da comunicação televisiva, já podemos falar na existência de verdadeiros espaços oligopolizados entre os tipos de canais e até de programações existentes, sendo periférica a existência de *locus* para programações de caráter cultural, artístico e educativo.

77. A impossibilidade de transmissão analógica pelas redes públicas de TVs, decorrente da limitação do espectro eletromagnético e do disposto no art. 13 do Decreto, comprometem o pluralismo e a vocação para a programação educativa<sup>17</sup>. Como é notório, são essas emissoras que mais se dedicam a concretizar os comandos constantes no artigo 221 da Constituição<sup>18</sup>.

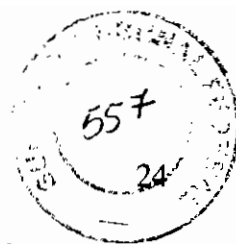
78. Como bem observou Machado:

“Quanto à verdadeira revolução política na área da tevê, ela pouco tem a ver com a incrementação dos conteúdos ou mesmo com a promessa de uma “isenção” ou de qualquer espécie de assepsia

<sup>17</sup> AUTHIER, Michel. *Pays de connaissances*. Paris: Rocher, 1998; HARRISON, Jackie; WESSELS, Bridgette. *New public service communication environment? Public service broadcasting values in the reconfiguring media*. *New Media & Society*, v. 7, n. 6, 2005, p. 834-853.

<sup>18</sup> **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.



ideológica apregoada pelos puristas: ela só pode ocorrer, pelo contrário, a nível estrutural, com a multiplicação das possibilidades de produção e emissão, com a viabilização da tevê como dispositivo de diálogo e com o acesso da sociedade às antenas transmissoras”.<sup>19</sup>

79. Contudo, ao invés de promover uma mudança no paradigma atual, com abertura de espaço para a TV pública, o que era, pelo menos a intenção manifestada no Decreto nº 4.901/2003, o Decreto nº 5820/2006 restringe ainda mais a possibilidade de participação dessas emissoras e reforça a atuação das atuais concessionárias.

80. Num canal de 6 megahertz, várias programações podem ser transmitidas simultaneamente, no que se convencionou denominar multiprogramação. Ao “consignar” às emissoras um canal com tamanha capacidade, está-se, paralelamente, impedindo a entrada de outros atores na programação.

81. Ao invés de se ampliarem as possibilidades de ingresso de outros canais, incluindo novas emissoras e permitindo acesso a programações variadas talvez não só voltadas para o entretenimento, o que era, ao menos em tese, e deveria continuar na prática, um dos objetivos da política governamental, tem-se uma verdadeira outorga de espaço maior às concessionárias que já atuam no mercado.

82. O que provavelmente ocorrerá é o que a norma constitucional visa a impedir: o oligopólio, ou, melhor dizendo, um aprofundamento do oligopólio já existente. A adoção da migração “decretada”, portanto, agrava a realidade inconstitucional em vigor.

83. Como afirma Muniz Sodré<sup>20</sup>, a imprensa escrita e a radiodifusão são setores demasiadamente concentrados. Em 1992, nove famílias controlavam mais de 90% de toda a comunicação social brasileira. O quadro desde então se tornou ainda mais complicado com o fechamento de grandes redes e com o sistema de TV a cabo.

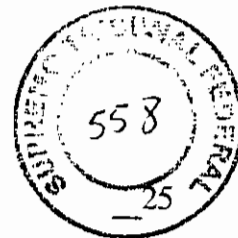
84. Esse perfil nacional ainda é mais sério no âmbito local, pois a concentração e o favorecimento de grupos políticos e econômicos

<sup>19</sup> MACHADO, A. *A arte do vídeo*. 3ª ed. São Paulo, Editora Brasiliense, 1995. p. 96.

<sup>20</sup>SODRÉ, Muniz. *O social irradiado! Violência urbana, neogrotesco e mídia*. São Paulo: Cortez, p. 43.







dominantes são facilmente identificáveis<sup>21</sup>. Acaba que a inter-relação entre mídia e poder político provoca um curto-circuito nos mecanismos democráticos. No dizer de Wilson Gomes<sup>22</sup>:

“A corrida pela posse privada dos meios passa a ser vista como a busca de garantia de trânsito mediático, portanto, de vantagens tanto na possibilidade de introdução no círculo onde se decidem os negócios públicos, quanto na efetivação da intervenção no debate acerca da coisa pública. Não se adquire apenas um palanque mediático, mas quase um fórum de decisões políticas”.

85. No atual cenário de mudança, previsto na norma impugnada, as atuais emissoras adquirirão um potencial muito maior de difusão. A medida, portanto, não trata tão-somente de uma melhor qualidade de imagem, embora esta também seja uma das características de TV digital, permite mais: o aumento quantitativo de poder fático e *jurídico* existente. Poder sem contra-poder.

86. Justamente para prevenir esse tipo de situação é que o constituinte dispôs no art. 220, §5º:

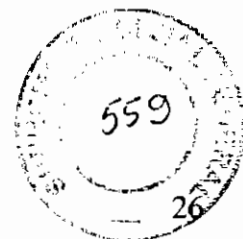
Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

**§5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. (GRIFOS NOSSOS)**

<sup>21</sup>COSTA, Sérgio. Do simulacro e do discurso: esfera pública, meios de comunicação de massa e sociedade civil. *Comunicação & Política*, 1997, 4, 3; HALLIN, Daniel; PAPATHANASSOPOULOS, S. Political clientelism and the media: southern Europe and Latin America in comparative perspective. *Media, Culture & Society*, v. 24, n. 2, 2002, p. 175-195.

<sup>22</sup>GOMES, Wilson da Silva. Propaganda Política, Ética e Democracia. In MATOS, H. (org). *Mídia, Eleições e Democracia*. São Paulo, 1994, p.62.



87. A norma visa claramente a evitar a concentração dos meios de comunicação nas mãos de poucos, o que pode ser extremamente perigoso em qualquer sociedade que se pretenda democrática. E a história nos ensinou que o domínio desse instrumento por um pequeno grupo, mesmo em sua incipiente forma, pode levar populações inteiras à beira do abismo, a exemplo do que ocorreu na Alemanha Hitleriana e na Itália fascista de Mussolini. Extraia-se daí a *força* potencial que se acumula com a nova tecnologia de capacidade operativa quase ilimitada.

88. O simples fato de dificultar o acesso a novas formas de tecnologias de radiodifusão, com suas propostas de interatividade, por exemplo, com a exigência de aquisição de conversor, propicia o surgimento de subclasses tecnológicas e produz uma discriminação que poderia ser evitada por políticas públicas que substituíssem a pressa como parâmetro de eficiência por um planejamento mais adequado e transparente de modo a mais bem assegurar o primado da justiça social<sup>23</sup>.

### **Ofensa ao direito à informação e ao princípio da publicidade**

89. O Decreto nº 4901/2003, instituidor do Sistema de Televisão Digital no Brasil, previu a criação de um Comitê de Desenvolvimento do SBTVD, um Comitê Consultivo e um Grupo Gestor, visando ao acompanhamento e à discussão da implementação do novo sistema, conforme se depreende do seu artigo 3º. Segundo tal dispositivo, seria de competência do Comitê de Desenvolvimento apresentar relatório contendo propostas referentes à definição do modelo de referência do sistema brasileiro de televisão digital, ao padrão de televisão digital a ser adotado no país, dentre outros aspectos relevantes para a transição tecnológica desejada.

90. Ressalte-se o disposto no art. 3º, inciso VII e parágrafo único:

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

---

<sup>23</sup> NORRIS, P. Digital Divide: Civic Engagement, Information Poverty, and the Internet Worldwide. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; RONCA, Antonio Carlos C.; COSTA, Rogério da. A construção de uma democracia cognitiva. São Paulo Perspectiva, 2002, v.16, n. 4, p.24-29.



VIII - apresentar relatório contendo propostas referentes:

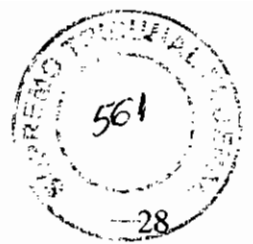
- a) à definição do modelo de referência do sistema brasileiro de televisão digital;
- b) ao padrão de televisão digital a ser adotado no País;
- c) à forma de exploração do serviço de televisão digital; e
- d) ao período e modelo de transição do sistema analógico para o digital.

**Parágrafo único. O prazo para a apresentação do relatório a que se refere o inciso VIII deste artigo fica fixado em doze meses, a contar da instalação do Comitê de Desenvolvimento do SBTVD.**

91. Acontece que o Decreto nº 5.820/2006, ao optar pela adoção do padrão de televisão digital japonês (ISDB), dispensou o relatório previsto no dispositivo acima destacado.

92. O objetivo desse documento, conforme se depreende do texto e de interpretação teleológica da norma, seria o de informar, em suma, quais tipos de padrão digital existem atualmente, suas características básicas, vantagens, desvantagens, custos e viabilidade de instalação no Brasil, de modo a traçar um panorama das possíveis escolhas postas à mesa do Governo Federal. Ademais, o relatório cumpriria o papel de esclarecer a sociedade sobre os diferentes padrões disponíveis e sobre os motivos da escolha feita pelo poder público, já que adoção do novo sistema acarretará o dispêndio financeiro dos cidadãos.

93. A adoção do padrão japonês de TV digital foi formalizada por um memorando de entendimento assinado pelo Ministro das Relações Exteriores Celso Amorim e pelo Chanceler japonês Taro Aso, em 13 de abril de 2006. Por se tratar, em linhas gerais, de um acordo destinado, predominantemente, à transferência de tecnologia, não há, em princípio,



ofensa ao dispositivo contido no art. 49, I, da Constituição da República<sup>24</sup>, como pretende o requerente. A opção pelo sistema japonês, no entanto, padece dos vícios de ausência de motivação e publicidade, conforme será visto.

94. Não obstante a publicação do Decreto nº 5.820/2006 tenha sido precedida de pesquisas fomentadas pelo próprio Governo Federal com a publicação de editais, destacando-se dentre os estudos realizados as conclusões expedidas pelo Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em telecomunicações – CPqD, não se tem conhecimento dos motivos que levaram o Governo à escolha do padrão japonês.

95. Na tentativa de justificar essa grave falha, defende-se o requerido às fls.116, *in verbis*:

“Ao contrário do afirmado na deambular de fls., não houve ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos, uma vez que o Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, foi acompanhado de uma exposição de motivos - (EM 350 MC), cujo teor deixa transparente a intenção do Poder executivo. E apesar de não ter sido esta publicada, o Ministério Público Federal e qualquer cidadão tem livre acesso aos mesmos”.

96. Resta saber por onde começar a procurar o mencionado documento, pois, pelo jeito, até o Poder Judiciário está sendo privado de seu acesso, porquanto não fora sequer juntada aos autos a mencionada exposição de motivos.

97. Em pesquisa realizada em sítios eletrônicos de busca na *internet*, porquanto o Ministério das Comunicações não disponibilizou em seu sítio a “tão esclarecedora” EM 350 MC, encontramos, na página do Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação, a referida exposição de motivos. Ressalte-se que o texto nem de longe atende ao

<sup>24</sup>Art. 49 - “É da Competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

A



dispositivo previsto no Decreto nº 4.901/2003, conforme se demonstrará a seguir:

**EM 350 MC**

Brasília, 28 de junho de 2006.

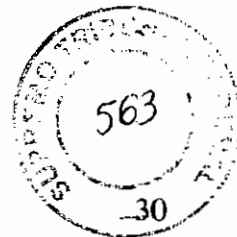
Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa proposta de Decreto que estabelece diretrizes para implementação do sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens, e dá outras providências.

2. A proposta é pertinente uma vez que a radiodifusão de sons e imagens, de recepção direta e livre pelo público em geral, é verdadeiro instrumento de promoção da inclusão social, de democratização da informação, valorização da cultura brasileira e do idioma pátrio.

3. Neste sentido, vale lembrar que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205 da CRFB/88), que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais (art. 215 da CRFB/88) além de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218 da CRFB/88), tornando imperioso o acesso à tecnologia digital, inovação que trará benefícios significativos a toda a sociedade.

4. Por outro lado, o projeto de implementação da televisão digital, no Brasil, importa em fomento ao crescimento nacional através do estímulo à pesquisa e o desenvolvimento, propiciando a expansão de tecnologias brasileiras e da indústria nacional relacionadas à tecnologia de informação e



comunicação, bem como a otimização do uso do espectro de radiofrequências. Busca-se, portanto, dar cumprimento aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º da CRFB/88.

5. Assim, considerando os estudos coordenados pelo Comitê de Desenvolvimento do Sistema Brasileiro de Televisão Digital - SBTVD, bem como as consultas feitas aos setores interessados e órgãos representativos da sociedade, pretende-se concretizar as diretrizes traçadas pelo Decreto no 4.901, de 26 de novembro de 2003, que institui o Sistema Brasileiro de Televisão Digital.

6. Para assegurar o acesso a todos os benefícios decorrentes das tecnologias digitais e o adequado cumprimento das condições de exploração objeto das respectivas outorgas, o sistema de transmissão digital possibilitará a transmissão digital em definição padrão (SDTV) e em alta definição (HDTV); transmissão digital simultânea para recepção fixa, móvel e portátil e a interatividade.

7. Vale lembrar que a proposta teve o mérito de prever um processo de transição da tecnologia analógica para a digital, que será estabelecido em cronograma, garantindo, portanto, que a população continue tendo pleno acesso à informação.

8. Por fim, a concretização do sistema de transmissão digital de sinais de televisão (nova tecnologia) obedece ao princípio da atualidade, corolário do princípio da eficiência, que requer todo o empenho no aperfeiçoamento das técnicas de prestação de serviços públicos para melhor atendimento da coletividade.

A small, handwritten mark or signature located at the bottom right corner of the page.

9. Estas são, em síntese, as razões que justificam a apresentação da proposta de Decreto à elevada consideração de Vossa Excelência.

**Hélio Costa**

Ministro de Estado das Comunicações

98. Não há dúvida de que o Poder Executivo se omitiu no cumprimento da exigência de confecção do relatório previsto no Decreto nº 4.901/2003, ou, no mínimo, omitiu-se na sua divulgação, em grave ofensa ao princípio da publicidade, conforme reza o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

99. Essa omissão compromete a decisão, pois não esclarece à opinião pública e aos setores técnicos da sociedade, os motivos da escolha. Os aspectos envolvidos são de extrema importância para a avaliação de sua adequação aos propósitos constitucionais e técnicos.

100. Basta que se atente para um dos elementos envolvidos na nova tecnologia: a opção por um conjunto de softwares (*middleware*) que controlam os recursos disponíveis na TV Digital, como o menu de opções, a grade de programação e os meios de interatividade, pode gerar impactos diversificados no resultado da tecnologia, obrigando, inclusive para a legitimação da escolha, a publicidade das justificativas que levaram à alternativa japonesa.

101. A respeito, escreveram Luiz Eduardo Cunha Leite, Carlos Eduardo Coelho Freire Batista, Guido Lemos de Souza Filho, Raoni Kulesza, Luiz Gustavo Pacola Alves, Graça Bressan, Rogério Ferreira Rodrigues e Luiz Fernando Gomes Soares:

"As diversas propostas de Sistema de Televisão Digital trazem consigo a especificação de middlewares que possibilitam a execução de programas de televisão interativos nos Receptores Digitais ou Terminais de Acesso, escondendo dos mesmos a complexidade dos mecanismos definidos pelos protocolos de comunicação, do sistema operacional e do hardware do equipamento. É o middleware que define a interface para tais



programas e, por conseguinte, quais funcionalidades poderão ser oferecidas pelos aparelhos de televisão para seus usuários. Visando promover a inclusão social e digital da população brasileira, é extremamente importante que o middleware a ser adotado no Sistema Brasileiro de Televisão Digital permita o desenvolvimento de programas mais adequados à realidade desse público. Realidade esta diferente daquela encontrada em outros países que já definiram seus Sistemas de Televisão Digital. Não obstante, esse middleware também deve possuir alinhamento com padrões internacionais, de forma a possibilitar a exportação do conteúdo televisivo produzido no país, bem como a exibição de conteúdo produzido por outros países nos televisores do Brasil, promovendo, dessa forma, o desenvolvimento econômico e o intercâmbio cultural no país.”<sup>25</sup>

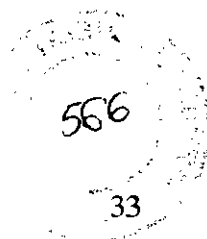
102. Sobre a importância do princípio da publicidade, destacou José Afonso da Silva<sup>26</sup>:

“A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, afim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos que devam surtir efeitos externos, fora dos órgãos da administração.

<sup>25</sup> LEITE, Luiz Eduardo Cunha et alli. FlexTV — Uma Proposta de Arquitetura de Middleware para o Sistema Brasileiro de TV Digital. *Revista de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais*, v. 2, 2005.p. 29-50, 29. Ver, em geral, BERNSTEIN, Philip. Middleware: a model for distributed system services. *Communications of the ACM*, v.39, n.2, 1996, p. 86-98

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da., *Comentário contextual à Constituição*, 2006. p.336





A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo, “não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige”.

103. Corolário lógico do princípio da publicidade é o princípio da motivação, também aqui ofendido, reconhecido pelos administrativistas como um dos norteadores da atividade administrativa. Isto porque a motivação, quando não disponibilizada ao público, é inócua. MELLO<sup>27</sup>, citando Ramón REAL, ensina:

“[...] O dever de motivar é exigência de uma administração democrática - e outra não se concebe em um Estado que se declara “Estado Democrático de Direito”, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.”

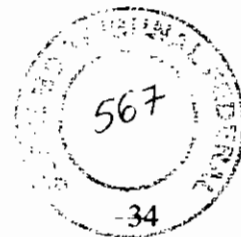
104. Embora o direito à motivação dos atos administrativos não esteja expressamente previsto no texto constitucional, uma interpretação sistemática da Constituição da República permite-nos incluí-lo no chamado bloco de constitucionalidade. É também a opinião de MELLO<sup>28</sup>:

“O fundamento constitucional da obrigação de motivar está - como se esclarece de seguida - implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 2004, p. 103.

<sup>28</sup> MELLO, *Op. Cit.*, p. 103.





nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do "porquê" das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis." (GRIFOS NOSSOS).

III.

Ante o exposto, o parecer é pela procedência do pedido.

Brasília, 19 de junho de 2009.

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA  
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA