



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.944

Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL

J30

Requerido: Presidente da República

Relator: Exmo. Sr. Ministro Carlos Britto

Telecomunicações. TV digital. Decreto que estabelece diretrizes para a 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 analógico 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 radiodifusão. 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.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no art. 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, por meio da qual o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL sustenta a inconstitucionalidade dos artigos 7º, 8º, 9º e 10, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, expedido pelo Presidente da República, que dispõe sobre a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre. Transcreve-se, a seguir, o texto dos dispositivos normativos questionados:

“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:

(...)

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

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

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

Segundo afirma o requerente, referido decreto, ao permitir a consignação de canal de radiofrequência às atuais concessionárias e autorizadas de serviço de radiodifusão independentemente da aquiescência do Congresso Nacional (artigo 7º), teria violado o disposto no artigo 223 da Constituição da República, pois, em seu entendimento, a TV digital seria

serviço de radiodifusão novo, diverso do já concedido às atuais radiodifusoras, sendo necessário, portanto, formalizar-se nova concessão para sua exploração.

Ademais, o requerente alega que as normas atacadas ofenderiam, também, o § 5º do artigo 220 da Carta Magna, que veda a formação de monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação social, por manter a exploração de um canal inteiro de 6 MHz a cada um dos atuais radiodifusores, possibilitando-lhes, supostamente, a exibição simultânea de até 8 (oito) programações com a nova tecnologia digital, em prejuízo da ampliação do número de concessionárias existentes.

Acrescenta que, a par da veiculação, pelo Decreto nº 5.820/06, da escolha pela implantação do padrão “japonês” (ISDB) de TV digital, não teria havido o suficiente debate a respeito, assim como não teria sido divulgado o relatório elaborado pelo Comitê de Desenvolvimento do SBTVD – determinado pelo artigo 3º, parágrafo único, do Decreto 4.901, de 26 de novembro de 2003 –, o qual deveria conter os motivos que ensejaram a referida opção, razão pela qual haveria, neste ponto, suposta inconstitucionalidade.

Distribuído o feito, os autos foram conclusos ao Ministro Relator Carlos Britto, que solicitou informações ao requerido (fl. 98).

Atendendo à solicitação, o Presidente da República pugnou pelo não conhecimento da presente ação, afirmando que o Decreto nº 5.820/06 constitui ato de efeito concreto, além de possuir natureza regulamentar, sendo,



portanto, inviável a apreciação de sua constitucionalidade na forma requerida. No mérito, sustentou a improcedência do pedido formulado pelo requerente.

Ato contínuo, o Ministro Relator adotou o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999 (fl. 128).

Vieram os autos, assim, para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – PRELIMINAR: DO CARÁTER REGULAMENTAR DOS DISPOSITIVOS ATACADOS

Os dispositivos impugnados nesta sede possuem nítido conteúdo regulamentar, sendo, portanto, de caráter secundário.

Conforme consignado na própria ementa do Decreto nº 5.820/06, trata-se de ato destinado a regulamentar a Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), no intuito de explicitar seus termos e viabilizar sua aplicação. Com efeito, cuida-se de ato normativo secundário, que regulamenta lei ordinária, não havendo, pois, que se cogitar da inconstitucionalidade de qualquer de seus dispositivos, uma vez que, caso se entenda que referido ato desborda do conteúdo da lei, a questão jurídica a ser enfrentada será de legalidade, e não de cunho constitucional.

O referido caráter secundário do ato em exame é inferido de suas disposições. De fato, o Decreto nº 5.820/06, cujo propósito é implementar a *“transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de*



transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens” (conforme ementa), cinge-se a estabelecer o modo como tal serviço deverá ser doravante prestado, adaptando-o às inovações tecnológicas atinentes ao setor. Semelhante finalidade é partilhada pelos artigos atacados nesta causa, uma vez que eles dispõem sobre instrumentos necessários à transição colimada.

Cuida-se, portanto, de clara atuação regulamentar do Poder Executivo, autorizado que está pelos artigos 1º e 7º, § 2º, ambos da Lei nº 4.117/62, a estabelecer novas especificações de caráter técnico, tornadas exigíveis pela evolução tecnológica. Exatamente nesse sentido, confira-se a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - REGULAMENTO DOS SERVIÇOS LIMITADOS DE TELECOMUNICAÇÕES - DECRETO N. 177/91 - ATO DE NATUREZA MERAMENTE REGULAMENTAR - DESCABIMENTO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. ATO REGULAMENTAR - DESCABIMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. - As resoluções editadas pelo Poder Público, que veiculam regras de conteúdo meramente regulamentar, não se submetem à jurisdição constitucional de controle in abstracto, pois tais atos estatais têm por finalidade, em última análise, viabilizar, de modo direto e imediato, a própria execução da lei. - A Lei n. 4.117/62, ao reconhecer um amplo espaço de atuação regulamentar ao Poder Executivo (art. 7º, § 2º), outorgou-lhe condições jurídico-legais para - com o objetivo de estruturar, de empregar e de fazer atuar o Sistema Nacional de Telecomunicações - estabelecer novas especificações de caráter técnico, tornadas exigíveis pela evolução tecnológica dos processos de comunicação e de transmissão de símbolos, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Se a interpretação administrativa da lei divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o Decreto impugnado pretendeu regulamentar, quer porque se tenha projetado ultra legem, quer porque tenha permanecido citra legem, quer porque tenha investido contra legem, a questão posta em análise caracterizará típica crise de legalidade, e não de

inconstitucionalidade, a inviabilizar a utilização do mecanismo processual de fiscalização normativa abstrata.

(...)

TELECOMUNICAÇÕES - COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL - PODER REGULAMENTAR DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A competência institucional do Congresso Nacional para dispor, em sede legislativa, sobre telecomunicações não afasta, não inibe e nem impede o Presidente da República de exercer, também nessa matéria, observadas as limitações hierárquico-normativas impostas pela supremacia da lei, o poder regulamentar que lhe foi originariamente atribuído pela própria Constituição Federal (CF, art. 84, IV, in fine).

(...)"

(ADI-MC 561 / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 23/08/1995, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 23-03-2001; grifou-se).

Assim, considerando-se que os dispositivos questionados apenas estabelecem readequações técnicas no serviço de radiodifusão de sons e imagens, tendo, portanto, natureza regulamentar, a presente ação direta, na linha do precedente citado, não deve ser conhecida.

III – MÉRITO

Caso não se acolha a questão preliminar suscitada, passa-se à análise do mérito da ação em exame.

Inicialmente, é necessário que se delimite corretamente o objeto da presente causa. Conforme relatado, o requerente pretende a declaração da inconstitucionalidade dos arts. 7º, 8º, 9º e 10, todos do Decreto nº 5.820/06, apresentando, em síntese, três fundamentos – causas de pedir – para tanto, quais sejam:



(a) suposta violação ao artigo 223 da Constituição, em razão dos dispositivos atacados ensejarem a formalização de nova concessão para a exploração do serviço de radiodifusão de sons e imagens independentemente de deliberação do Congresso Nacional;

(b) suposta violação ao § 5º do artigo 220 da Carta Magna, por entender que os artigos hostilizados, ao invés de optarem pela ampliação do número de concessionárias existentes, atribuíram os benefícios decorrentes da implantação do sistema digital às atuais radiodifusoras, possibilitando-lhes a exibição simultânea de até 8 (oito) programações (“multiprogramação”);

(c) suposta ausência de debate e motivação acerca da escolha do sistema ISDB, uma vez que não teria sido divulgado relatório elaborado pelo Comitê de Desenvolvimento do SBTVD, conforme determinado pelo artigo 3º, parágrafo único, do Decreto 4.901, de 26 de novembro de 2003.

No entanto, dos três argumentos listados, apenas o primeiro guarda a necessária pertinência com os dispositivos impugnados.

Com efeito, postula o requerente a declaração de inconstitucionalidade de normas que regulamentam a **consignação de canal de radiofrequência**, de cujo teor não se infere (i) que haja permissão para exploração simultânea de até 8 (oito) programações, a ensejar restrição à livre iniciativa, tampouco (ii) que tenha havido divulgação das motivações acerca da escolha do padrão de TV digital adotado.

Não obstante a ausência de correlação lógica de parte dos fundamentos apontados para se postular a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 7º a 10 do Decreto nº 5.820/06, passa-se a demonstrar a improcedência das alegações suscitadas.

III.1 – Da suposta violação ao artigo 223 da Constituição da República

Como visto, o autor afirma que o Decreto nº 5.820/06 teria permitido a outorga de serviço de radiodifusão de sons e imagens em desconformidade com o artigo 223 da Constituição, que prevê, para tanto, a necessidade de deliberação do Congresso Nacional, inexistente no caso. Nesse sentido, o requerente sustenta que a TV digital seria serviço de radiodifusão diverso daquele já concedido às radiodifusoras que hoje atuam no mercado, sendo necessária, portanto, a formalização de nova concessão para sua execução.

No entanto, as disposições atacadas não determinam alteração no objeto dos contratos de concessão já pactuados entre a União e as atuais radiodifusoras, capaz de configurar nova outorga. Destinam-se, tão-somente, a atualizar a tecnologia empregada nos serviços de radiodifusão de sons e imagens explorados no Brasil, em atendimento ao artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, o qual estabelece, como requisito à prestação adequada do serviço, a satisfação da condição de atualidade. Veja-se:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme

estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

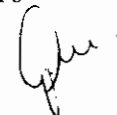
§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.” (Grifou-se).

Com efeito, os atos por meio dos quais se outorgou às atuais radiodifusoras a execução do serviço correlato mantêm-se, em sua essência, inalterados, não tendo o decreto em exame determinado modificações em seus objetos. Tanto antes, como depois da implantação do sistema de TV digital, as concessionárias desempenham idêntico serviço, qual seja, a radiodifusão de sons e imagens. O prazo remanescente para a exploração do serviço pelas atuais concessionárias também não sofreu alteração. **Modificou-se, apenas, a tecnologia utilizada.**

Note-se que o entendimento ora sustentado não perde consistência à vista do que dispõe o artigo 7º do Decreto nº 5.820/06, em cujos termos se permite a consignação, em favor das atuais concessionárias e autorizadas do serviço, de faixa de frequência adicional, com largura de banda de seis megahertz. Cuida-se de medida temporária, imprescindível à transição do sistema analógico para o digital.

De fato, o exame de todo o conteúdo do decreto analisado revela sua natureza transitória, característica que se extrai tanto da ementa do diploma normativo, como do próprio artigo 7º citado.



Nesse sentido, ressalte-se que a norma contida no mencionado dispositivo tem a finalidade notória de propiciar, durante determinado período (dez anos, conforme o artigo 10º do diploma normativo), a convivência dos dois sistemas, analógico e digital. Referida medida é absolutamente razoável, pois permite a gradual adaptação do mercado à transição determinada, sem a qual os usuários seriam abruptamente destituídos da prestação do relevante serviço de radiodifusão, caso não adquirissem, de modo imediato, o instrumental necessário ao funcionamento do sistema digital.

Nesse sentido, confira-se o item 22 da Exposição de Motivos do Decreto nº 4.901/03, que instituiu o sistema brasileiro de televisão digital:

“22. Para possibilitar a transição entre a televisão analógica e a digital, é necessário numa primeira fase a transmissão simultânea nos dois modos, permitindo ao cidadão a escolha do momento em que deseja aderir ao novo sistema e garantindo às emissoras que não haverá uma queda em sua audiência devido a essa mudança. Propomos, então, que sejam estudados mecanismos para viabilizar às concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens, se necessário, o uso de faixa de radiofrequência que permita a transmissão simultânea de sua programação nos modos analógico e digital, durante o período de transição.”

Assim, vê-se que os dispositivos hostilizados não ampliam o ato de concessão das radiodifusoras de sons e imagens. Na verdade, destinam-se a preservar a **prestação do serviço de maneira adequada, satisfazendo as condições de continuidade e universalidade.**

Dessa forma, referida possibilidade de consignação não importa, de modo algum, na conclusão de que novas outorgas foram conferidas às radiodifusoras. Trata-se de mera consequência da decisão tomada no sentido

de atualizar a prestação do serviço, a qual deve ser acompanhada dos meios necessários à sua implementação.

Com efeito, se a Administração Pública optou pela modernização tecnológica, é imprescindível que confira, aos titulares da execução do serviço, todos os meios necessários ao atendimento da finalidade pública almejada. A consignação de outro canal, assim, é a medida adotada que se propõe a viabilizar a referida finalidade pública.

A corroborar o entendimento ora exposto, confira-se o que ensinam Marcelo Bechara de Souza Hobaika e Ricardo Capucio Borges¹ a respeito da consignação prevista no artigo 7º do Decreto nº 5.820/06:

“Um dos pontos mais importantes de todos os dispositivos do decreto é, sem dúvida alguma, o art. 7º. Isto porque viabiliza o processo de transição ao garantir às emissoras uma faixa de frequência adicional na mesma largura da analógica (...).

O Decreto nº 4.901/2003 já previa em seu art. 1º, inciso V, ‘viabilizar a transição do sistema analógico para o digital, possibilitando às concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens, se necessário, o uso de faixa adicional de radiofrequência, observada a legislação específica’.

A consignação é um ato previsto na norma de radiodifusão que caracteriza a atribuição de um determinado canal para exploração do serviço, entretanto, não corresponde a uma outorga. As concessões e autorizações de radiodifusão de sons e imagens são vinculadas à prestação do serviço nos moldes legais. A consignação, por sua vez, é um instrumento subsidiário que define o espaço da prestação.”

Vê-se, pois, que a outorga mantém-se inalterada. A consignação de canal de radiofrequência é, de fato, instrumento necessário a viabilizar a

¹ HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza e BORGES, Ricardo Capucio. *Radiodifusão e TV Digital no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pg. 84 e 85.

prestação do serviço de radiodifusão, mas não se confunde, de modo algum, com a sua outorga. É ato a ela acessório e pressuposto para o desempenho do serviço, cuja regulamentação se insere na competência exclusiva do Poder Executivo, a quem cabe administrar o espectro radioelétrico, conforme estabelece a Lei n. 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e institui a ANATEL. Veja-se:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

VIII - administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

(...)

Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.

(...)

Art. 161. A qualquer tempo, poderá ser modificada a destinação de radiofrequências ou faixas, bem como ordenada a alteração de potências ou de outras características técnicas, desde que o interesse público ou o cumprimento de convenções ou tratados internacionais assim o determine.”

Ademais, uma vez que a consignação de faixa adicional faz-se unicamente em razão e para o fim de permitir a necessária transição entre sistemas, é certo que a mesma programação veiculada no canal analógico será transmitida no canal digital, nos termos do artigo 10, § 1º, do decreto, *verbis*:

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

¹ HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza e BORGES, Ricardo Capucio. *Radiodifusão e TV Digital no Direito*

Assim, passado o período transitório de 10 (dez) anos, as emissoras voltarão a utilizar os seis megahertz de que dispunham antes do decreto em exame. O que se modifica, repita-se, é tão-somente a forma da prestação do serviço.

Também corrobora esse entendimento o artigo 10 da Portaria nº 652/06, expedida pelo Sr. Ministro de Estado das Comunicações para explicitar o conteúdo do Decreto nº 5.820/06. Referido dispositivo ratifica a necessidade de que sejam observados os termos da outorga feita às radiodifusoras na utilização do canal de radiofrequência para a transmissão digital. Veja-se:

“Art. 10. O canal de radiofrequência utilizado para transmissão digital deverá:

I - proporcionar a mesma cobertura que o atual canal utilizado para transmissão analógica, observado o disposto no instrumento de outorga;”

Conclui-se, destarte, que a utilização de faixa adicional de radiofrequência é medida necessária à atualização tecnológica buscada pelo ente concedente, sendo, portanto, imprescindível a autorização do seu uso por meio do instituto da consignação. Não se amplia, de tal forma, o objeto da concessão, que se mantém o mesmo, a par de não se tratar de nova outorga ou de renovação de outorga anterior, o que afasta a aplicação do artigo 223 da Constituição da República.



III.II – Da suposta violação ao artigo 220, § 5º, da Constituição da República

Sustenta, ainda, o requerente que os dispositivos atacados teriam violado o artigo 220, § 5º, da Lei Maior. Transcreva-se, por oportuno, o texto da norma constitucional referida:

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

Sobre esse aspecto, alega que a tecnologia digital possibilitará ao concessionário de um canal de seis megahertz a exploração simultânea de até 8 programações, sem que isso resulte ampliação do número de concessionárias existentes.

No entanto, a edição do Decreto nº 5.820/06 não contribui para a formação de monopólio ou oligopólio no setor em exame. Em verdade, manteve-se intacto o panorama concorrencial, uma vez que as mesmas condições de atuação no mercado são conferidas a todas as emissoras.

Assim, se não havia oligopólio no período anterior à edição do decreto, não há motivo para sustentar seu surgimento em razão da superveniência desse diploma, pois o mesmo não procedeu a qualquer alteração no regime de concessão de radiodifusão.

Não obstante, cabe afirmar que a configuração de oligopólio pressupõe a existência de relações internas entre os oligopolistas, que exercem seu poder econômico como um bloco único, algo que não ocorre no mercado brasileiro, no qual se verifica ampla concorrência entre as redes de televisão. Veja-se, a respeito, o que leciona Calixto Salomão Filho:



“É necessário (...) demonstrar que o grupo de oligopolistas pode ser efetivamente considerado como um bloco único.”²

Ademais, além de preservar o princípio da livre concorrência, o decreto sob análise também não gera prejuízo à livre iniciativa, como sustenta o requerente.

Com efeito, pode-se afirmar que a concessão de “*um canal inteiro de 6 MHz para cada radiodifusor*” (fl. 11) não deriva do decreto citado, mas, sim, dos contratos de concessão (ou demais atos de outorga) pactuados previamente à sua edição. Trata-se de algo reconhecido pelo próprio requerente, o qual afirma, à fl. 03, que as emissoras da “televisão aberta” já dispunham de canais com largura de banda de seis megahertz para a transmissão no sistema analógico.

Conclui-se, pois, que a concessão do canal de seis megahertz deriva de atos preexistentes ao decreto em referência, e não dele próprio, o qual não interfere no teor dos atos anteriormente pactuados.

De qualquer forma, repita-se que **nenhum dos artigos atacados** (ou mesmo qualquer outro artigo do decreto) **autoriza a exibição simultânea de várias programações por cada uma das concessionárias**. Assim, a conclusão do requerente de que as emissoras atuais exibirão, de modo simultâneo – e em prejuízo de novas concessões –, até 8 (oito) programações não tem nenhum fundamento no Decreto nº 5.820/06, razão pela qual não pode ensejar a declaração da inconstitucionalidade de suas disposições.

² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, pg. 141.

Pelo contrário, o decreto referido intenta priorizar outros benefícios, que não a “multiprogramação”, proporcionados pelo sistema digital. É o que deriva do artigo 6º do decreto em comento, *verbis*:

“Art. 6º O SBTVD-T possibilitará:

I - transmissão digital em alta definição (HDTV) e em definição padrão (SDTV);

II - transmissão digital simultânea para recepção fixa, móvel e portátil; e

III - interatividade.”

Com efeito, o Decreto nº 5.820/06 optou por dar ênfase à transmissão em alta definição, com mobilidade e portabilidade, além da disponibilização de nova gama de serviços de informação com interatividade, seguindo, de tal forma, a tendência mundial, benefícios estes que demandam a utilização de canal de seis megahertz para cada concessionário. Confira-se, sobre o tema, a lição de Marcelo Bechara de Souza Hobaika e Ricardo Capucio Borges³:

“o Integrated Services Digital Broadcasting, ou ISDB (japonês) foi o que melhor se amoldou às necessidades nacionais. Em suma, além de atender aos requisitos de alta definição (mas também com possibilidade de transmissão em definição Standard ou padrão, para permitir a múltipla programação), tem portabilidade e mobilidade, tudo em uma banda de 6 MHz, que é a mesma largura utilizada hoje pelas emissoras brasileiras.

Some-se a isto o fato de que a União, na qualidade de ente competente para prestar diretamente o serviço de radiodifusão, passaria a dispor em decorrência da sobra de capacidade espectral, de novas utilizações. Assim, a União poderia estabelecer seu espaço de difusão permanente nas redes nacionais de televisão

³ HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza e BORGES, Ricardo Capucio. *Radiodifusão e TV Digital no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pg. 54.

aberta, sem afetar a programação atual de qualquer concessionária.

(...)

Desta feita, seguindo as reflexões aqui apontadas, o ISDB, com sua modulação robustecida, mostrou ser o padrão que melhor atendia às condições do Brasil.”

Ademais, não se deve limitar a virtude do sistema digital à possibilidade de ingresso de novas emissoras no setor, algo que continua sendo amplamente possível àqueles que tenham interesse e preencham os requisitos legais necessários ao pretendido acesso.

O que se deve ter em mente, portanto, é que, ao contrário do que sustenta o requerente, os dispositivos questionados não prevêem a possibilidade de exibição simultânea de diversas programações por parte das atuais radiodifusoras, nem, muito menos, inviabilizam a utilização da mesma faixa de radiofrequência por várias emissoras, o que permite a inclusão de novos agentes no setor. Tais pontos específicos, utilizados pelo requerente para fundamentar a violação ao artigo 220, § 5º, da Carta, não foram tratados pelos dispositivos impugnados, não havendo motivo para deles se cogitar na presente ação.

Diante do exposto, conclui-se pela inexistência de conflito entre os dispositivos questionados na presente ação e o artigo 220, § 5º, da Constituição da República.



III.III – *Da suposta ausência de debate e motivação acerca da escolha do sistema ISDB*

Por fim, é oportuno tecer-se breves comentários sobre a apontada inexistência de motivação a respeito da escolha veiculada, pelo Decreto nº 5.820/06, do padrão “japonês” (fl. 24) e da alegada ausência do necessário debate acerca do tema.

Nesse sentido, o requerente sustenta que a omissão de divulgação de relatório elaborado pelo Comitê de Desenvolvimento do SBTVD, conforme determinado pelo artigo 3º, parágrafo único, do Decreto 4.901, de 26 de novembro de 2003, geraria a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados (fl. 10).

Como já dito, referida alegação não se coaduna com o objeto da presente causa, já que, além de se caracterizar como questão de fato, a suposta escolha pelo chamado “padrão japonês” (ISDB) teria sido feita pelo artigo 5º do Decreto nº 5.820/06, dispositivo que, no entanto, não consta do pedido formulado pelo requerente.

Cumprasseverar, ainda, que o artigo 5º do Decreto nº 5.820/06⁴ não adotou, pura e simplesmente, o sistema ISDB, o qual foi escolhido, tão-somente, **como base do sistema brasileiro**, que incorporará as inovações tecnológicas aprovadas pelo mencionado Comitê de Desenvolvimento.

⁴ “ Art. 5º O SBTVD-T adotará, como base, o padrão de sinais do ISDB-T, incorporando as inovações tecnológicas aprovadas pelo Comitê de Desenvolvimento de que trata o Decreto no 4.901, de 26 de novembro de 2003.” (Grifou-se).



Ademais, note-se que a expedição do Decreto nº 5.820/06 foi precedida de ampla participação de diversos segmentos da sociedade civil⁵, fomentada, inclusive, por meio de contratos e consórcios formados com fundamento no Decreto nº 4.901/03.

A motivação pretendida pelo requerente consta, também, da Exposição de Motivos nº 350/MC, de 28 de junho de 2006, pela qual o Sr. Ministro das Comunicações apresenta as razões que determinaram a edição do Decreto nº 5.820/06.

Dessa forma, a simples alegação de que o relatório do Comitê de Desenvolvimento não teria sido publicado é insuficiente para acarretar a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos normativos questionados.

Pelo exposto, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade nos artigos 7º, 8º, 9º e 10, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, expedido pelo Presidente da República, cuja plena validade deve ser reconhecida.

IV - CONCLUSÃO


Diante do exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pelo não conhecimento da ação direta, e, no mérito, pela constitucionalidade dos artigos 7º, 8º, 9º e 10, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, expedido pelo Presidente da República.


⁵ É o que se depreende das informações existentes sobre a “TV digital” no sítio eletrônico do Ministério das Comunicações: <http://www.mc.gov.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=8880>.

artigos 7º, 8º, 9º e 10, todos do Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, expedido pelo Presidente da República.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer, nos termos do artigo 103, § 3º, da Constituição da República.

Brasília, de outubro de 2007.


EVANDRO COSTA GAMA
Advogado-Geral da União Substituto


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO
Advogado da União