

731
Sentença nº 300/2012

Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

Autos nº 0014205-81.2010.403.6105

Ação Civil Pública

Autor: Ministério Público Federal

Réus: União Federal, Fundação Sistema Regional de Televisão (Fundação Educativa de Comunicação de Pedreira), Fundação Século Vinte e Um e Fundação Cultural Anhanguera

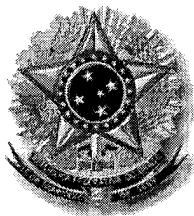
SENTENÇA

Vistos, etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por seu órgão nesta Subseção Judiciária, ajuizou ação civil pública em face da **UNIÃO FEDERAL, FUNDAÇÃO SISTEMA REGIONAL DE TELEVISÃO (FUNDAÇÃO EDUCATIVA DE COMUNICAÇÃO DE PEDREIRA), FUNDAÇÃO SÉCULO VINTE E UM e FUNDAÇÃO CULTURAL ANHANGUERA**, objetivando a declaração de nulidade:

a) do Decreto Presidencial de 15 de janeiro de 2002, Decreto Legislativo nº 432, de 6 de agosto de 2003 e contrato de concessão assinado pelas Rés em 5 de dezembro de 2003, que concederam à Fundação Sistema Regional de Televisão (Fundação Educativa de Comunicação de Pedreira), a outorga para executar serviços de radiodifusão de sons e imagens, com fins educativos, em Amparo, SP, no Canal 31-E;

Sentença Tipo A



Poder Judiciário

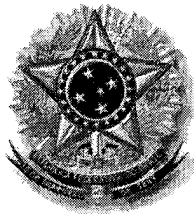
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

b) do Decreto Presidencial de 6 de julho de 1998, publicado no DOU em 7 de julho de 1998, Decreto Legislativo nº 146, de 19 de novembro de 1999, publicado no DOU em 22 de novembro de 1999 e contrato de concessão assinado pelas Rés em 14 de dezembro de 1999 e publicado no DOU em 16 de dezembro de 1999, que concedeu à Fundação Século Vinte e Um outorga para executar serviços de radiofusão de sons e imagens, com fins educativos, em Campinas, no Canal 53-E;

c) do Decreto Presidencial de 5 de julho de 2001, publicado no DOU em 6 de julho de 2001, Decreto Legislativo nº 105, de 5 de junho de 2002, publicado no DOU em 6 de junho de 2002 e contrato de concessão assinado pelas Rés, em 6 de agosto de 2002, publicado no DOU em 12 de agosto de 2002, que concederam à Fundação Cultural Anhanguera a outorga para executar serviço de radiofusão de sons e imagens, com fins educativos, em Várzea Paulista, no Canal 14+E.

Requer, ainda, seja a União condenada na obrigação de não fazer consistente em não outorgar, não renovar e não aprovar a concessão ou permissão de execução do serviço de radiofusão de sons e imagens com fins exclusivamente educativos no âmbito de competência da 5ª Subseção Judiciária Federal de Campinas, sem realização de prévio procedimento licitatório, sob pena de pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada vez que descumprir a determinação judicial, sem prejuízo da responsabilidade penal e do contido na Lei nº 8.429/92, bem como seja determinado às Rés a interrupção imediata da geração e transmissão de sinais de TV, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), responsabilização pessoal de seus diretores, lacração de seus equipamentos, sem prejuízo de outras medidas cabíveis.

Sentença Tipo A



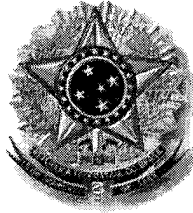
Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

Aduz, em apertada síntese, que foi instaurado o Procedimento Preparatório nº 1.34.004.000378/2005-52, convertido em Inquérito Civil Público em 04.03.2010, a partir do recebimento de peças de informação que noticiaram a concessão, pela União Federal, de serviço de radiodifusão de sons e imagens, para fins exclusivamente educacionais, sem prévio procedimento licitatório, às entidades que compõe o polo passivo da presente demanda. Sustenta que mesmo tratando-se de concessão para fins exclusivamente educativos, a outorga respectiva deve ser precedida do regular procedimento licitatório, em conformidade com os procedimentos previstos no Decreto nº 52.795/63 e Lei nº 8.666/93. Assevera que é equivocada a interpretação extraída do art. 13, §1º, do Decreto nº 52.795/63 e art. 14, §2º, do Decreto-Lei nº 236/67 no sentido de ser dispensável a licitação para a execução de serviços de radiodifusão com fins exclusivamente educativos. Afirma a necessidade de prévia licitação com fulcro no art. 175 da CF/88 e atesta a incompatibilidade do art. 14, §2º, do Decreto-Lei nº 236/67 e art. 13, §1º, do Decreto nº 52.795/63 com a Constituição Federal de 1988. Bate pela afronta aos arts. 175 e 37, XXI, da CF/88 e pela violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa. Ressalta a transformação da concessão de TV educativa em instrumento de barganha política e de privilégios espúrios. Destaca que o art. 34 do Código Brasileiro de Comunicações não foi revogado pela Lei nº 9.472/97. Confere a natureza de decreto autônomo do Decreto nº 52.795/63. Ressalta que, ainda que se cogitasse da possibilidade de dispensa de licitação, incumbiria ao poder público buscar a contratação mais vantajosa para o atendimento do interesse público, evidenciando tal constatação em regular procedimento licitatório.

Juntou documentos (fls. 29/38) e apensou-se o Inquérito Civil Público pertinente.

Sentença Tipo A

733
/



Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

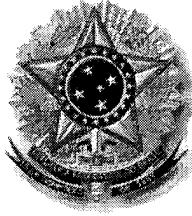
O pedido de liminar foi indeferido a fls. 42/43.

Citadas, as Rés ofereceram contestação alegando, em síntese:

1) União Federal: a) a Lei nº 4.117/62, com alterações pelo Decreto-Lei nº 236/67 foi recepcionada pela nova ordem constitucional; b) a possibilidade de outorga direta da concessão com fundamento no art. 223 da CF/88; c) a especialidade dos serviços de radiofusão; d) a obediência, pelos procedimentos administrativos de outorga instaurados, da legislação vigente; e) inexistência do caráter comercial, o que afasta a exigência de licitação; f) inaplicabilidade do §1º do art. 173 da CF/88; g) a outorga de RTVE é um ato soberano, político e discricionário, sendo incontrolável o mérito da concessão. Juntou documentos (fls. 71/481).

2) Fundação Sistema Regional de Televisão (fls. 517/525): a) a Lei nº 4.117/62, com alterações pelo Decreto-Lei nº 236/67 foi recepcionada pela nova ordem constitucional; b) a outorga versa sobre serviço educativo e não comercial; c) ADI 561/DF; d) direito adquirido. Juntou documentos (fls. 526/563).

3) Fundação Cultural Anhanguera (fls. 564/585): a) decadência, consoante art. 54 da Lei nº 9.784/99; b) prescrição quinquenal, aplicando-se, por analogia, o prazo prescricional para ação popular; c) fins educacionais do serviço prestado e da programação exibida; d) preservação do princípio da igualdade e do direito à informação; e) a Lei nº 4.117/62, com alterações pelo Decreto-Lei nº 236/67 foi recepcionada pela nova ordem constitucional (ADI 561/DF); f) a dispensa de licitação não se encontra fundada apenas na legislação



Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

735
/

infraconstitucional, mas também no art. 223 e parágrafos da CF/88. Juntou documentos (fls. 586/619).

4) Fundação Século Vinte e Um (fls. 620/643): reproduz, na essência, os fundamentos da contestação de fls. 564/585. Juntou documentos (fls. 644/691).

Réplica a fls. 694/705.

Instadas a especificarem provas (fl. 706), as partes nada requereram.

Determinada a regularização da representação processual da Fundação Século Vinte e Um a fl. 715, o que foi verificado a fls. 717/724.

Vieram-me os autos conclusos para sentença.

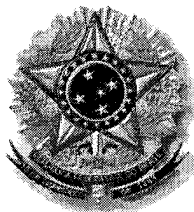
É, no essencial, o relatório. Decido.

O feito comporta julgamento na forma do art. 330, I, do CPC, porquanto a questão debatida é unicamente de direito.

II

2.1. Das preliminares de decadência e prescrição

O Egrégio **Supremo Tribunal Federal**, ao julgar questão semelhante a dos autos, concernente à outorga das serventias extrajudiciais, firmou posicionamento no sentido de que situações flagrantemente inconstitucionais, como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público, não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que



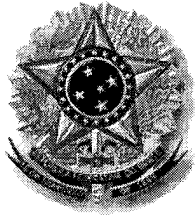
Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

736
J

dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal, bem como de ofensa direta aos princípios da igualdade, moralidade de impessoalidade.

Nesse sentido, confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável. 4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009). 5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. 6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-AgR/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, rel. Min. Nelson Jobim,



Poder Judiciário

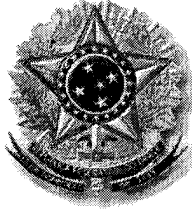
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004; 378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-AgR/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008). 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencheria os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. 9. Segurança denegada. (MS 28279, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2010, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00014 RT v. 100, n. 908, 2011, p. 421-436)

Com efeito, havendo norma constitucional clara e inequívoca quanto ao estabelecimento de determinado requisito para a outorga de direito subjetivo, a inobservância do requisito estabelecido expressamente pela Constituição não conduz à invocação da proteção da confiança legítima ou mesmo da decadência ou prescrição, sob pena de se subordinar a Constituição à lei infraconstitucional, consoante assentado pelo Excelso Pretório.

Mutatis mutandis, o mesmo entendimento deve ser aplicado à hipótese dos autos, porquanto se invoca a nulidade das concessões “outorgadas” ao argumento de que restou violado o mandamento constitucional expresso quanto à necessidade de licitação previsto no art. 175 da Carta da República.

Ademais, a análise do fundamento legal dos atos vergastados, sob a perspectiva de sua *compatibilidade vertical* com a Constituição Federal, não se sujeita a prazo prescricional, face à impossibilidade de convalidação.



Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

Assim sendo, **rejeito** as preliminares de decadência e prescrição.

2.2 Mérito

A questão central atinente à presente demanda consiste em saber se é necessário prévio procedimento licitatório para a outorga da execução de serviços de radiofusão de sons e imagens de caráter educativo.

Com efeito, a primeira análise deve ser realizada a partir do próprio texto constitucional. A propósito, dispõe a Constituição Federal:

Art. 37.

[...]

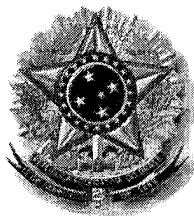
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

738
8



Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

739
✍

No ponto, cumpre mencionar que a Constitucional Federal em seu art. 37, XXI, ao contemplar o princípio da obrigatoriedade de licitação para as **contratações** realizadas pela Administração concernentes a **compras, serviços, obras e alienações**, ressaltou, *expressamente*, a possibilidade de dispensa ou inexigibilidade de licitação para os referidos objetos.

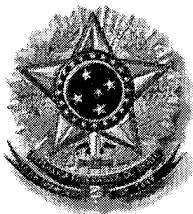
Já em relação às concessões e permissões de serviços públicos, tal ressalva inexistente. Ao contrário, reza a Carta da República que, nas hipóteses de concessão ou permissão de serviço público, a *outorga* será realizada sempre mediante prévia licitação.

Nessa esteira, a lição de **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**:

“O artigo 37, XXI, da Constituição, ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva ‘os casos especificados na legislação’, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Note-se que a mesma ressalva não se contém no artigo 175 que, ao facultar a execução de serviço público por concessão ou permissão, exige que ela se faça ‘sempre através de licitação’. Desse modo, apenas em situações de inviabilidade de competição poderá deixar de ser realizada licitação” (Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 365)

Destarte, não vislumbro a possibilidade de se emprestar qualquer eficácia ou validade ao §2º do art. 14 do Decreto-Lei nº 236/67 e §1º do art. 13 do Decreto nº 52.795/63, ante a clareza do texto constitucional em exigir a realização de licitação para a concessão ou permissão de serviço público.



740
8

Poder Judiciário

Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

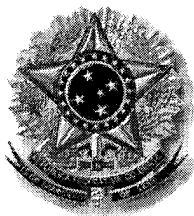
Note-se que mesmo a doutrina que admite a possibilidade de não realização do procedimento licitatório, ressalva que o entendimento plausível é no sentido que o procedimento somente não seria realizado quando demonstrada a **inviabilidade de competição** (inexigibilidade, art. 25 da Lei nº 8.666/93) ou nas hipóteses **guerra** ou **grave perturbação da ordem, emergência** ou **calamidade pública, comprometimento da segurança nacional e licitação deserta** (dispensa, art. 24, III, IV, V, IX, da Lei nº 8.666/93)¹.

A propósito, ensina **Carmen Lúcia Antunes Rocha** que:

“[...] há de se observar que o vocábulo ‘sempre’, vazado na expressão fundamental, não tem o condão de eliminar eventuais e excepcionais contratações de colaboradores administrativos interessados sem a observância prévia daquele processo. O que se tem, naquela ordem constitucional de acatamento do preliminar processo licitatório, é que os princípios da Administração Pública terão de ser observados, sem preferências, privilégios ou prejuízos a quem quer que seja. Isso não impede, todavia, que possa sobrevir uma excepcional situação em que inexistam dois competidores, pela condição especial de determinado serviço público, por exemplo, que torne inviável o confronto de propostas diferenciadas, porque não há, naquele hipótese, mais de um a apresentá-las.” (Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 115-116)

Como se sabe, a inviabilidade de competição configura-se quando verificada a unidade de prestador dos serviços ou a singularidade do sujeito para contratar com a Administração Pública; ou a inexistência de condições objetivas para a comparação das propostas.

¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46.



Poder Judiciário

Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

Com a devida vênia, sem desmerecer o trabalho desempenhado pelas concessionárias Rés, não se verifica na espécie das concessões em exame a singularidade subjetiva ou a inexistência ou impossibilidade de fixação de condições objetivas para a análise das propostas a fim de que seja escolhida a mais vantajosa ao Poder Concedente. Por igual, não se vislumbra a existência de situações excepcionais contempladas nos incisos III, IV, V e IX do art. 24 da Lei nº 8.666/93, que justifiquem a dispensa de licitação.

Consoante se tem contemplado na história brasileira, o ato de concessão dos serviços de radiodifusão de sons e imagens tem observado o critério da pessoalidade e o apadrinhamento político, incompatíveis com os princípios republicanos da isonomia, impessoalidade e moralidade. Não é por outro motivo que doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello² e Carmen Lúcia Antunes Rocha³ ressaltam em suas obras que a regra constitucional da necessidade de licitação para a “outorga” dos serviços de radiodifusão de imagens tem sido ignorada em detrimento de tais princípios, destacando os ilustres doutrinadores a gravidade e a nocividade para o Estado Democrático de Direito e para a República da suposta discricionariedade conferida ao Poder Executivo, com a chancela do Legislativo, para a outorga das concessões, em conformidade com o art. 223 da CF/88.

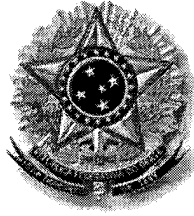
Nesse diapasão, pontifica **Carmen Lúcia Antunes Rocha** que:

“[...] a concessão caracteriza-se por ser intuito personae, o que importa seja ela delegada a uma pessoa específica, que adquira a condição de contratada colaboradora da entidade pública.”

² *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 703-704 (nota rodapé).

³ *Op. cit.*, p. 122-123 (nota rodapé).

741
J



742
8

Poder Judiciário

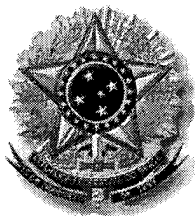
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

Todavia, se a 'personalidade', vale dizer, a condição e caracterização pessoal do contratado particular da entidade pública, é determinante para a concessão (como o é, de resto, igualmente para a permissão para prestação de serviço público), é certo que a sua escolha subordina-se restritamente, ao princípio da 'impessoalidade', ou do 'impessoalismo'. Se o contrato é entregue a uma pessoa determinada, essa determinação não pode considerar a pessoalidade, as condições especiais subjetivadas do interessado, nem se permite o subjetivismo do agente público competente para promover a contratação. As condições pessoais importam para a entidade pública contratante porque sem elas não há segurança para essa, que pode delegar a prestação de um serviço público a quem não disponha de condições pessoais e meios materiais para o desempenho assumido, em prejuízo grave à coletividade. A eleição do contratado, contudo, deve dar-se de maneira impessoal, porque prevalece, na Democracia e, mais ainda, na República Democrática, a igualdade de todos e a imparcialidade do Poder do Estado em face dos cidadãos e de todas as pessoas, inclusive jurídicas. Todas têm direito de se interessar por vir a colaborar com a Administração Pública, e, nessa condição, será escolhida a que demonstrar idoneidade e melhores condições de vir a ter o melhor desempenho na obrigação assumida.

Por isso, o processo licitatório é tomado como obrigatório por ser dinamizador dos princípios constitucionais da Administração Pública. Daí a perfeita coerência de sua exigência constitucional para todas as contratações públicas (art. 37, XXI) e para a concessão e a permissão de serviço público em especial (art. 175).⁴

Portanto, ao contrário do que se alega em contestação, não há preservação do princípio da igualdade, mas violação expressa, evidente, de tal princípio, porquanto ao se contemplar juízo discricionário de outorga da concessão almejada estar-se-ia possibilitando, como bem asseverado pelo Ministério Público Federal, o apadrinhamento e a barganha política, ao invés de

⁴ Op. cit., p. 121-122.



Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

743
J

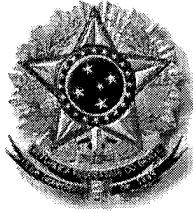
se oportunizar chances iguais a todos que pretendessem idêntico benefício da Administração.

Por conseguinte, não vislumbro discricionariedade quanto à outorga da concessão, uma vez que a Constituição Federal **determina**, *não faculta*, a realização de prévio procedimento licitatório. Inexiste margem de escolha ao administrador, a qual, se concebida, identificaria ato atentatório ao princípio republicano e aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade da Administração.

Anote-se que a “preferência” conferida pelo legislador constitucional aos programas educativos (art. 221, I, da CF/88) não é incompatível com a necessidade de realização de licitação e não transforma as Rés em prestadoras exclusivas de tais serviços.

Na mesma toada, não se extrai do art. 223 da CF/88 incompatibilidade com a necessidade de realização do processo licitatório, porquanto tal artigo apenas contempla a competência para a outorga, mas não exclui a interpretação no sentido da exigência de prévia licitação para a escolha dos concessionários.

De ver-se que, ainda que se defenda a discricionariedade ou o conteúdo político e até mesmo soberano do ato que outorga a concessão, em consonância com o art. 223 da Carta da República, é de se invocar a necessidade de aplicação do Princípio da Unidade da Constituição, de modo que, inexistindo cláusula expressa que afaste o dever de licitar, tem-se que considerar a necessidade de sua observância, em consonância com o art. 175.



744
J

Poder Judiciário

Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

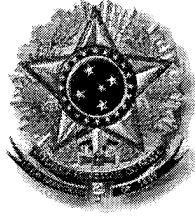
Preleciona **Luis Roberto Barroso** que:

“O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou ‘otimização’ das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas. Também aqui, a simplicidade da teoria não reduz as dificuldades práticas surgidas na busca do equilíbrio desejado e na eleição de critérios que possam promovê-lo.” (Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 200)

Destarte, realizando-se um *juízo de ponderação* entre as normas estampadas nos arts. 175 e 223 da Carta Magna é de se concluir não pela exclusão da necessidade de licitação, mas pela sua afirmação, sob o influxo do Princípio Republicano (art. 1º) e dos Princípios Constitucionais da Administração Pública (art. 37).

A propósito, ensina **Ives Gandra da Silva Martins** ao comentar o art. 223 da CF/88:

“Ora, a única forma de permitir que a liberdade de imprensa não seja afetada por preferência ou dirigismo decorrentes de interesses dos detentores do poder reside em considerar que o dispositivo é formal, no sentido das limitações constitucionais e próprias da radiofusão e de imagens. Vale dizer, se houver canais disponíveis, não poderão ser negadas as concessões a quem demonstre capacidade profissional e recursos próprios para explorá-los, mesmo que divergindo os candidatos da linha política dos que são governo. Em outras palavras, estabelecidas as condições constitucionais, a capacidade técnica e os recursos necessários à exploração, a licitação deve atender à isonomia e ao interesse público na escolha de futuros concessionários, não podendo excluir aqueles que, preenchendo os requisitos, diverjam do governo.” (Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, v.8, 1998, p. 865)



745

Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

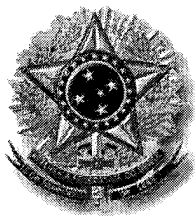
Desse modo, afigura-se inarredável a conclusão pela necessidade de licitação, ainda que se trate de concessão de serviço de radiofusão de sons e imagens de cunho educativo.

Com efeito, a inconstitucionalidade dos art. 14, §2º, do Decreto-Lei nº 236/67 e art. 13, §1º, do Decreto nº 52.795/63 é patente, donde se extrai a nulidade de tais atos normativos, bem como dos atos administrativos que lhes sucederam. Nesse sentido, a lição de **Luís Roberto Barroso**:

“Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito. [...]

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.

Corolário natural da teoria da nulidade, é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório – e não constitutivo – limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao status quo ante.” (O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15-16)



Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

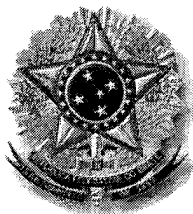
449
8

Neste lanço, é necessário deixar bem vincado que, malgrado a discussão jurídica da presente demanda centre-se na necessidade de prévia licitação para a concessão versada nos autos, deve-se emprestar especial relevo à finalidade da concessão que, por não ostentar conteúdo comercial, mas educativo, merece ser alvo de critérios mais severos quanto à sua outorga, porquanto será responsável por veicular programação que colabore para o enriquecimento humanístico dos cidadãos, interferindo em sua formação e possibilitando acesso à informação dissociada de interesses subalternos, razão pela qual, ao contrário do que sustentam os defendentes, repousa em mais este fator a necessidade de se estabelecer critérios rígidos no certame licitatório com vistas a escolher aquele que possui capacidade técnica e aparato necessário a prestar este relevante serviço à população brasileira.

Assim sendo, a procedência do pedido é medida que se impõe.

Por fim, em juízo de cognição plena, assentada a plausibilidade e a procedência do pedido e com redobrada vênia ao entendimento exposto pelo ilustre Juiz Federal Titular quando da análise do pleito de liminar, tenho que o *periculum in mora*, em se tratando de ato que viola frontalmente a Constituição Federal, é sempre atual, ainda que por modorra tenha o Ministério Público Federal demorado a propor a ação, o que não afasta a necessidade, sempre premente, de se extirpar do ordenamento jurídico atos praticados ao arrepio das normas constitucionais e com grave violação aos princípios caros à República.

De conseguinte, deve ser concedida a tutela específica requerida na inicial.



Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

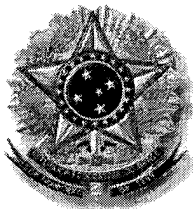
747
A

III

Ao fio do exposto, com fulcro no art. 269, I, do CPC, **JULGO PROCEDENTE** o pedido vertido na inicial para o fim de:

a) Declarar a nulidade e assim desconstituir o Decreto Presidencial de 15 de janeiro de 2002, Decreto Legislativo nº 432, de 6 de agosto de 2003 e contrato de concessão assinado pelas Rés em 5 de dezembro de 2003, que concederam à Fundação Sistema Regional de Televisão (Fundação Educativa de Comunicação de Pedreira) a outorga para executar serviços de radiofusão de sons e imagens, com fins educativos, em Amparo, SP, no Canal 31-E; o Decreto Presidencial de 6 de julho de 1998, publicado no DOU em 7 de julho de 1998, Decreto Legislativo nº 146, de 19 de novembro de 1999, publicado no DOU em 22 de novembro de 1999 e contrato de concessão assinado pelas Rés em 14 de dezembro de 1999 e publicado no DOU em 16 de dezembro de 1999, que concedeu à Fundação Século Vinte e Um outorga para executar serviços de radiofusão de sons e imagens, com fins educativos, em Campinas, no Canal 53-E e o Decreto Presidencial de 5 de julho de 2001, publicado no DOU em 6 de julho de 2001, Decreto Legislativo nº 105, de 5 de junho de 2002, publicado no DOU em 6 de junho de 2002 e contrato de concessão assinado pelas Rés, em 6 de agosto de 2002, publicado no DOU em 12 de agosto de 2002, que concederam à Fundação Cultural Anhanguera a outorga para executar serviço de radiofusão de sons e imagens, com fins educativos, em Várzea Paulista, no Canal 14+E.

b) Condenar a União Federal na obrigação de não fazer consistente em não outorgar, não renovar e não aprovar a concessão ou permissão de execução do serviço de radiofusão de sons e imagens com fins exclusivamente educativos no âmbito de competência da 5ª Subseção Judiciária Federal de Sentença Tipo A



Poder Judiciário
Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo
7ª Vara Federal de Campinas - SP

748
A

Campinas, sem realização de prévio procedimento licitatório, sob pena de pagamento de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada vez que descumprir a determinação judicial.

Concedo a antecipação de tutela específica requerida na inicial, com espeque no art. 461 do CPC c/c art. 11 da Lei nº 7347/85, para o fim de determinar às concessionárias Rés que, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da publicação e intimação da presente sentença, promovam a interrupção da geração e transmissão de sinais de TV, sob pena de ordem de interdição, lacração de equipamentos e multa diária no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida ao fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7347/85, sem prejuízo da responsabilização pessoal de seus diretores.

Sem condenação em honorários (STJ, REsp 1229717/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011). Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao reexame necessário. Assim, sobrevindo ou não recursos voluntários, remetam-se os autos ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para reexame da matéria.

P.R.I.C.

Campinas, 13 de junho de 2012.


RICARDO UBERTO RODRIGUES
Juiz Federal Substituto