



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-SECCIONAL DA UNIÃO EM MARÍLIA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 2ª VARA
- 11ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA – MARÍLIA/SP

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PROCESSO nº 5000327-36.2017.403.6111

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉUS: RADIO CLUBE DE MARÍLIA LTDA-ME, RADIO ITAIPU DE MARÍLIA LTDA-ME, ESTUDIO D.M. LTDA, LUCIANA GOMES FERRERIA, CAMILA GOMES DE CASTRO FERRERIA VELTRI RODRIGUES, MARIA CANDELÁRIA LOPES BEATO, DANIELE MAZUQUIEL ALONSO FERNANDES E UNIÃO

A **UNIÃO**, pessoa jurídica de Direito Público interno, por seu Advogado que esta subscreve, com endereço na Avenida Euclides da Cunha, nº 650, bairro São Miguel, CEP 17506-180, em Marília/SP, onde recebe intimações pessoais, vem respeitosamente à presença de V. Ex^a., à presença de Vossa Excelência apresentar sua

CONTESTAÇÃO,



na conformidade das razões de fato e de direito que serão postas no decorrer desta petição.

DA SÍNTESE DA DEMANDA

Em conformidade com o exposto na peça vestibular, o Ministério Público Federal instaurou o procedimento preparatório nº 1.34.007.000126/2017-37, com o objetivo de apurar irregularidades no suposto arrendamento envolvendo serviços de radiodifusão exercidos pela RADIO CLUBE DE MARÍLIA LTDA-ME, RADIO ITAIPU DE MARÍLIA LTDA-ME, onde demonstraram que não prestam diretamente o serviço de radiodifusão sonora, transferindo ilegalmente a execução do serviço ao ESTUDIO D.M. LTDA através de contrato particular.

Segundo a inicial, o ESTUDIO D.M. LTDA funciona no mesmo imóvel em que estão sediadas as rádios réus, o que permite concluir que o arrendamento, apesar de formalmente parcial, na prática é total.

Afirma o autor que as transferências ou arrendamentos das outorgas ocorreram em flagrante violação ao dever de licitar, e sem a prévia anuência do poder concedente, em afronta ao disposto no artigo 38, “c” da Lei nº 4117/62 (CBT).

Pleiteou a concessão da tutela de urgência, para que fosse determinada a suspensão da execução do serviço de radiodifusão sonora das réus RADIO CLUBE DE MARÍLIA LTDA-ME, RADIO ITAIPU DE MARÍLIA LTDA-ME, e também para que a UNIÃO, se abstenha de conceder novas outorgas de serviço de radiodifusão aos réus.

Formulou ainda os seguintes pedidos:

- a invalidação das outorgas de radiodifusão sonora conferidas às réus RADIO CLUBE DE MARÍLIA e RADIO ITAIPU DE MARÍLIA;

- a decretação judicial de inidoneidade dos réus e a decretação judicial de que sejam impedidos de participar de licitação que verse sobre concessão/permissão/autorização de serviços de radiodifusão, e a decretação judicial para que sejam impedidos de receber nova outorga;

- a condenação dos réus a indenizarem a União em R\$ 288.000,00;



-a condenação da União, por intermédio do Ministério das Comunicações, a se abster de conceder aos réus futuras outorgas para serviços de radiodifusão.

Foi determinada a manifestação da União, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, após a qual foi deferida a antecipação de tutela de urgência nos termos postulados.

Apresentado o breve relato sobre a demanda, passa-se a desenvolver a matéria de defesa.

Antes, porém, de bom alvitre demonstrar a tempestividade da presente peça de defesa, observando para tanto que a União foi citada para contestar o feito, pelo sistema PJe em 11/09/2017, sendo que ainda está em curso o prazo para contestar.

PRELIMINARMENTE
LITISCONSORCIO PASSIVO NECESSÁRIO
Da necessidade de inclusão da ANATEL no polo passivo

A UNIÃO entende que a ANATEL deverá integrar o pólo passivo da demanda, visto que, nos termos do art. 211, Parágrafo Único da Lei 9472/97, cabe à ANATEL a fiscalização das estações de radiodifusão.

Assim, considerando que a fiscalização “*in loco*” cabe à citada agência, e eventual cumprimento de decisão também pode implicar em providência de seu espectro de atribuição técnica, imprescindível que a agência figure no polo passivo da demanda, considerando as suas atribuições legalmente estabelecidas, para garantir efetividade ao comando judicial.

Considerando que a agência tem personalidade jurídica de direito público e a sua representação judicial incumbe à Procuradoria Geral Federal, a União requer se determine a retificação do polo passivo, para que seja incluída a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, que deve citada por intermédio da Procuradoria Especializada junto à ANATEL, na pessoa de seu Procurador-Chefe.

MÉRITO

O pedido formulado em face da União é o de abstenção de conceder aos réus futuras outorgas para serviços de radiodifusão, e ainda a decretação judicial de inidoneidade dos réus e a decretação judicial de que



sejam impedidos de participar de licitação que verse sobre concessão/permissão/autorização de serviços de radiodifusão, e a decretação judicial para que sejam impedidos de receber nova outorga.

Segundo narra o autor, as corrés empreenderam arrendamento dos serviços de radiodifusão, com transferência ilegal da execução da outorga, sem prévia anuência do Poder Concedente, em violação ao disposto no art. 38, “c” da Lei 4117/62, o Código Brasileiro de Telecomunicações.

Entretanto, com lastro nas informações prestadas pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações, o pedido vertido na exordial não merece prosperar, merecendo o decreto de improcedência.

1. Da atuação do Poder Concedente

A atuação do Ministério das Comunicações é pautada pelo Princípio da Estrita legalidade, que corresponde à inviabilidade de o administrador público praticar atos que estejam em desacordo com a juridicidade.

Assim, o administrador está jungido à toda uma análise sistemática do ordenamento jurídico, e o Ministério das Comunicações, enquanto poder concedente, tem um papel ativo da prevalência e observância do arcabouço normativo que trata da concessão de serviços de radiodifusão.

Pontificado isto, deriva dos artigos 175 e 223 da Constituição Federal que as outorgas para exploração do serviço público de radiodifusão, conferidas pelo Poder Público, decorrem sempre do atendimento das regras licitatórias, estabelecida a incumbência do Poder Público **sempre** realizar licitação para a prestação dos serviços públicos.

Nesta linha, o serviço de radiodifusão caracteriza-se pelo seu caráter *intuitu personae*, o que significa dizer que ao Poder Público interessa pelos atributos pessoais daqueles que estejam na execução do serviço. Assim, nos proprietários das empresas de radiodifusão busca-se sua idoneidade moral, técnica e jurídica (Lei 4.117/62).

Ainda é de se considerar o §1º do art. 222 da CRFB/88, do qual decorre que os delegatários legitimados deverão exercer obrigatoriamente a gestão das atividades e o estabelecimento do conteúdo da programação.



Ora, vê-se pois, que o Ministério das Comunicações é sujeito ativo na concreção das determinações normativas que dizem respeito à outorga de serviço público de radiodifusão.

Sob outro vértice, tem-se que a fiscalização dos serviços de radiodifusão, originalmente cabente à pasta concedente, é atualmente exercida, por delegação decorrente de acordo de cooperação, pela ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, nos termos do Convênio 01/2011, somando-se à atribuição legal para fiscalização técnica das estações de rádio.

Neste contexto, a aplicação e penalidade é ato vinculado e de natureza complexa, não sendo da escolha do administrador não fazê-lo, diante da constatação de irregularidade. Assim, não se podendo presumir pela ilegalidade da atuação do poder concedente, não há que se argumentar com a plausibilidade do direito alegado pelo *parquet* autor.

A União não está em juízo a defender interesse de particular, mas para preservar o núcleo meritório atinente ao Poder Concedente, a quem mais interessa a observância estrita aos ditames normativos.

Por isso, não há dúvidas de que o acolhimento do pedido autoral representará **ofensa ao princípio da separação dos poderes**, previsto no artigo 2º da Constituição Federal¹, em razão da ocorrência de intromissão indevida, *data venia*, do Poder Judiciário no Poder Executivo, ainda mais se prevalecer a decisão que concedeu antecipação de tutela jurisdicional de urgência.

2. Dos contratos entabulados

Os pedidos formulados na inicial estão fulcrados na conclusão de que os contratos firmados pela RADIO CLUBE DE MARÍLIA LTDA-ME e RADIO ITAIPU DE MARÍLIA LTDA-ME, com o ESTUDIO D.M. LTDA implicam em arrendamento do serviço de radiodifusão, e deles decorrem a transferência indevida do serviço outorgado.

Entretanto, partindo das premissas assentadas no tópico anterior, e segundo análise da Secretaria de Radiodifusão, constantes das anexas Nota Técnica nº 23080/2017/SEI-MCTIC (Radio Clube de Marília Ltda), da Nota Técnica nº 23128/2017/SEI-MCTIC (Radio Itaipu de Marília Ltda) e da Nota Informativa nº 3518/2017/SEI-MCTIC, não é o que ocorre no caso concreto, pois do exame dos contratos não há elementos passíveis de corroborar a configuração do ilícito administrativo.

¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.



Neste ponto, releva mencionar que o Código Brasileiro de Telecomunicações admite, segundo o disposto no artigo 124, a comercialização de tempo de programação, que consiste na relação contratual estabelecida entre concessionário/permissionário de radiodifusão e terceiro, da qual decorre a obrigação de veicular os conteúdos determinados por este, em troca do pagamento de um certo valor.

Da celebração desses contratos decorre que uma parcela do horário da programação das emissoras será destinada à transmissão de programas comercializados com terceiros e por eles estabelecidos, havendo limite de tempo de programação comercializável.

Em outras palavras, significa dizer que tal dispositivo autoriza a exploração econômica de 25% da programação diária, como forma de fomento das atividades da delegatária, pois, diferente de outros serviços públicos que são patrocinados por intermédio de tarifas, há que se entender que a radiodifusão, por se caracterizar de acesso livre e gratuito do público em geral, não comporta o pagamento por meio de tarifas pelo usuário, razão pela qual possui como uma de suas contraprestações legítimas a possibilidade de utilização de 1/4 da programação com conteúdos publicitários e, ainda, a possibilidade de exploração econômica no momento da formação e organização de sua programação.

Trata-se, pois, de uma das fontes de receita ordinária autorizada para os serviços de radiodifusão a exploração de 25% da grade de programação destinada à publicidade comercial e à formação e organização da grade de programação, sempre respeitados os limites e princípios decorrentes da juridicidade.

O delegatário pode, portanto, utilizar-se dos 25% de sua grade programação diária destinando-a à exploração econômica, pois a exploração do serviço deve, ser uma atividade vantajosa para o delegatário, caso contrário corre-se o risco de não ter quem a desempenhe através do sistema privado. Esta é a lógica embutida por detrás do mecanismo de delegação relacionado aos serviços públicos.

Pode-se dizer que a legislação autoriza existência de espaços reservados à iniciativa privada dentro destas espécies de delegações para prestação de serviço público, desde que não se atente contra os preceitos estatuídos pela legislação reitoria da matéria e, ainda, que sejam atendidos os percentuais vinculados de programação exigidos pela lei.



Diferentemente, a figura do arrendamento pressupõe a transferência da gestão do negócio, com a assunção de todas as responsabilidades dele decorrentes, tanto sob o aspecto empresarial como sob os fatores técnicos implícitos à concessão.

Ademais, não há na legislação de regência qualquer norma que vede a veiculação e programa produzido por terceiro e a execução do serviço objeto da concessão/outorga compreende muito mais do que a simples produção de conteúdo, pois abrange a disponibilidade e manutenção de equipamentos, a transmissão, a organização da grade de programação, dentre outras atividades.

Feitos estes esclarecimentos, pertine informar que o Ministério das Comunicações concluiu que os contratos vergastados na presente ação preveem a veiculação de programação de jornalismo e publicidade produzida pela ESTUDIO D.M. Ltda, em horário previamente estabelecido, e dentro do limite legalmente previsto para tal (25% da grade diária – das 14 às 19 hrs para a Radio Itaipu e das 8 às 14 hrs para a Rádio Clube Marília), restando ainda expressamente fixado que a transmissão permanece a cargo da titular da outorga.

Ora, a exordial não está instruída com nenhuma prova de que os limites do contratado estão sendo extrapolados, em violação à legislação aplicável.

Assim, consoante conclusão da Secretaria de Radiodifusão, não há, da análise documentação em questão, verificação de ilícito administrativo, passível de reprimenda pela pasta concedente.

Não se trata, portanto, de arrendamento do serviço público, em violação à legislação, mas de comercialização de horário de programação para a veiculação de conteúdo, que não implica na transferência da responsabilidade pela execução do serviço, permanecendo com o delegatário o dever de plena observância às disposições normativas em relação ao serviço, sob pena de responsabilização.

3. Da penalidade prevista

Caso se entenda pela ocorrência de prática contrária ao regime de outorgas, consistente na transferência da concessão/permissão sem autorização prévia do poder concedente, estaria reconhecida violação ao artigo 122, XIV do



Decreto 52.795/63, com a novel redação atribuída pelo Decreto 9.138/17, que dispõe:

Art. 122. São consideradas infrações em relação à execução dos serviços de radiodifusão a prática dos seguintes atos pelas concessionárias ou permissionárias:

(...)

XIV - efetuar a transferência direta da concessão ou da permissão sem prévia autorização do órgão competente do Poder Executivo federal, (Incluído pelo Decreto nº 9.138, de 2017)

O mesmo Decreto prevê as penas aplicáveis em face do cometimento das infrações nele descritas:

Art. 127. As penas por infração deste Decreto são: (Redação dada pelo Decreto nº 9.138, de 2017)

I - multa; (Incluído pelo Decreto nº 9.138, de 2017)

II - suspensão; e (Incluído pelo Decreto nº 9.138, de 2017)

III - cassação. (Incluído pelo Decreto nº 9.138, de 2017)

§ 1º Se a entidade detiver mais de uma concessão ou permissão, a penalidade que for aplicada pela infringência deste Decreto a uma de suas emissoras não atingirá as demais. (Incluído pelo Decreto nº 9.138, de 2017)

§ 2º Somente as concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços de radiodifusão estarão sujeitas às penas previstas por infração ao disposto neste Decreto. (Incluído pelo Decreto nº 9.138, de 2017)

A transferência direta da concessão ou da permissão sem prévia autorização do órgão competente é passível de pena de suspensão, termos do art. 131:

*Art. 131. A pena de suspensão será de um a trinta dias e poderá ser aplicada pela prática das infrações a que se referem os incisos I a XXII do **caput** do art. 122. (Redação dada pelo Decreto nº 9.138, de 2017)*

Parágrafo único. O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações poderá determinar a interrupção imediata do serviço de radiodifusão em virtude da prática das infrações a que se



referem os incisos XX, XXI e XXII do caput do art. 122. (Incluído pelo Decreto nº 9.138, de 2017)

Assim, se em novas diligências fiscalizatórias a ANATEL e o Ministério das Comunicações concluírem pela ocorrência de infração, decorrente da irregularidade dos contratos entabulados pelas Rádios rés, a penalidade cabível após o procedimento de apuração de infração é a de suspensão, como previsto na norma de regência.

DOS PEDIDOS

À luz das considerações expendidas nesta contestação, a União requer seja determinada a citação da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, para que passe a integrar o polo passivo desta ação, na condição de litisconsorte necessária, sob pena de extinção do feito, nos termos do artigo 115, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

No mérito, a União requer sejam julgados **TOTALMENTE IMPROCEDENTES** os pedidos formulados na petição inicial desta ação e revogada a r. decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência, relativamente à União, com a condenação da parte autora aos ônus da sucumbência.

Requer provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, sem qualquer exceção.

Ad cautelam, ficam desde já prequestionadas todas as normas legais mencionadas no decorrer desta contestação, requerendo-se a Vossa Excelência que se digne examinar as negativas de vigência dos respectivos dispositivos constitucionais e de leis federais, para que restem supridos os requisitos das Súmulas 282 e 356, ambas do E. Supremo Tribunal Federal, além dos artigos 255, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e 321, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

E, para o requerido,
p. e e. deferimento.

Marília/SP, 24 de outubro de 2017.

Márcia Pompermayer de Freitas
Advogada da União