

**DEFESA DA
LIBERDADE DE
EXPRESSION
DAS RÁDIOS
COMUNITÁRIAS
NO BRASIL:
TESES
JURÍDICAS
APLICÁVEIS**

ARTICLE 19

**DEFESA DA
LIBERDADE DE
EXPRESSÃO
DAS RÁDIOS
COMUNITÁRIAS
NO BRASIL:
TESES
JURÍDICAS
APLICÁVEIS**





ATENÇÃO

Este não é um estudo de caso exaustivo. Novas informações e alterações poderão ser acrescentadas ou modificadas, conforme o aprofundamento dos casos, envio de novos relatos e o avanço das investigações oficiais. Esta obra foi licenciada com uma Licença Creative Commons. Atribuição - Partilha nos Mesmos Termos 3.0. Não Adaptada.

FICHA TÉCNICA

REALIZAÇÃO

ARTIGO 19

SUPERVISÃO

Paula Martins

COORDENAÇÃO

Camila Marques

TEXTO

Camila Marques
Pedro Teixeira
Karina Quintanilha

PROJETO GRÁFICO E DESIGN

Instinto (<http://instinto.me>)

EQUIPE ARTIGO 19 BRASIL

DIRETORA

Paula Martins

ACESSO À INFORMAÇÃO

Joara Marchezini
Mariana Tamari
Bárbara Paes

PROTEÇÃO E SEGURANÇA DE COMUNICADORES E DEFENSORES DE DIREITOS HUMANOS

Júlia Lima
Thiago Firbida
Alessandra Góes

INTERNET E TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÕES

Laura Tresca
Luiz Alberto Perin Filho

CENTRO DE REFERÊNCIA LEGAL

Camila Marques
Pedro Teixeira
Raissa Maia
Mariana Rielli
Dennys Camara

COMUNICAÇÃO

João Penteado
Roberto Batista

ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO

Regina Marques
Rosimeyri Carminati
Yumna Ghani

CONSELHOS ADMINISTRATIVO E FISCAL

Belisário dos Santos Júnior
Eduardo Panuzzio
Malak Poppovik
Luciana Guimarães
Luiz Eduardo Regules
Marcos Fuchs
Heber Araújo
Thiago Donnini

1

APRESENTAÇÃO

PÁG. 6

2

**RÁDIOS
COMUNITÁRIAS:
BREVE
PANORAMA**

PÁG. 8

3

**TESES
JURÍDICAS**

PÁG. 19

4

CONCLUSÃO

PÁG. 53

**APRE
SENTA
ÇÃO**

1



APRESENTAÇÃO

A DEMOCRACIA DEMANDA QUE O ESTADO CRIE UM ambiente em que diferentes tipos de emissoras de rádio e televisão – incluindo pública, comercial e comunitária / nacionais, regionais e locais – possam coexistir de forma equilibrada a fim de garantir o livre fluxo de informações, opiniões e ideias por diferentes grupos e regiões, representando a riqueza da diversidade em uma sociedade. Os organismos internacionais de direitos humanos, inclusive, já reconheceram que um dos elementos mais cruciais para a garantia do direito à liberdade de expressão diz respeito ao pluralismo e diversidade na mídia.

Essa ainda não é a realidade no Brasil. Um dos principais entraves para a garantia da liberdade de expressão no país é a falta de conhecimento e reconhecimento dos padrões internacionais que dizem respeito às rádios comunitárias.

As rádios comunitárias no Brasil sofrem um verdadeiro processo de criminalização, resultante de fatores como (i) lei demasiado restri-

tiva para funcionamento das rádios (Lei de Rádios Comunitárias - Lei nº 9.612/98), (ii) demora excessiva por parte do poder público (Ministério das Comunicações) em analisar os pedidos de outorga, (iii) fiscalização discriminatória por parte da Anatel e da Polícia Federal e (iv) a aplicação de dispositivos penais.

Este documento pretende apresentar as questões fundamentais sobre as rádios comunitárias e sua íntima relação com a liberdade de expressão, acesso à informação, pluralismo e diversidade, assim como discutir o cenário de criminalização que estas rádios enfrentam atualmente e apresentar teses jurídicas aplicáveis à defesa das rádios comunitárias e seus representantes.

O objetivo é fomentar e impulsionar teses jurídicas que visam garantir o direito à liberdade de expressão das rádios comunitárias no Brasil a fim de que sejam respeitados os padrões internacionais de direitos humanos e as garantias e princípios constitucionais.



**RÁDIOS
COMUNITÁRIAS:
BREVE
PANORAMA**

2



RÁDIOS COMUNITÁRIAS: BREVE PANORAMA

2.1. AS RÁDIOS COMUNITÁRIAS COMO EFETIVAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO ACESSO À INFORMAÇÃO

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, em seu artigo 19 estabelece que *“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.”*¹

No mesmo sentido estabelecem o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu artigo 19² e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificada em setembro de 1992, em seu artigo 13³.

¹ Resolução da Assembleia Geral da ONU 217A(III), adotada em 10 de Dezembro de 1948

² Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Decreto No 592, de 6 de Julho de 1992.

³ Convenção Americana de Direitos Humanos, Decreto No 678, de 6 de Novembro de 1992.

A Constituição Federal também garante o direito à liberdade de expressão e ao acesso à informação em seu art. 5º, que elenca em seu rol de incisos os direitos e garantias fundamentais do Estado Brasileiro:

IV - É LIVRE A MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO,
SENDO VEDADO O ANONIMATO;

IX - É LIVRE A EXPRESSÃO DA ATIVIDADE INTELECTUAL,
ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E DE COMUNICAÇÃO,
INDEPENDENTEMENTE DE CENSURA OU LICENÇA;

XIV - É ASSEGURADO A TODOS O ACESSO À
INFORMAÇÃO E RESGUARDADO O SIGILO DA FONTE,
QUANDO NECESSÁRIO AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL;

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos vem asseverando em diversas ocasiões que a liberdade de expressão *não se esgota no reconhecimento teórico do direito de falar ou escrever, visto que compreende, igualmente, o direito de utilizar qualquer meio apropriado para difundir informação e garantir que esta chegará ao maior número de destinatários.*⁴

Em um país em que a comunicação social está fortemente concentrada nas mãos de grandes conglomerados empresariais, formando verdadeiros monopólios e oligopólios, e está intimamente relacionada com o poder político, as rádios comunitárias se apresentam como um dos mais efetivos meios de garantir a diversidade dos meios de

⁴ Corte I.D.H., *A Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par. 31.*

As rádios comunitárias realizam um importante papel social e de utilidade pública, efetivando os direitos à liberdade de expressão e acesso à informação

comunicação, representando um tipo de meio de comunicação que difere dos tradicionais meios privados, seja porque sua propriedade é de associações comunitárias, seja porque seu conteúdo é voltado às comunidades na qual estão inseridas.

Em todo o país, em qualquer comunidade que atuem, em geral comunidades pobres, em favelas urbanas, rurais, caiçaras, ribeirinhas, quilombolas ou indígenas, as rádios comunitárias realizam um importante papel social e de utilidade pública, efetivando os direitos à liberdade de expressão e acesso à informação consagrados nos principais tratados e convenções de direitos humanos internacionais e na Constituição Federal.

2.2. PANORAMA LEGAL E ADMINISTRATIVO

Apesar das rádios comunitárias serem o exercício da liberdade de expressão e do acesso à informação, há uma série de entraves legais e administrativos que dificultam (e até impossibilitam em muitos casos) sua existência.

Em primeiro lugar a Lei de Rádios Comunitárias - Lei 9.612/98⁵, marco que instituiu a atividade das rádios comunitárias no Brasil, apresenta uma série de limitações à estas rádios que muitas vezes não condizem com a realidade das comunidades na qual estão inseridas, são elas: (i) a restrição de potência e/ou alcance de transmissão a 25 Watts (Art. 1, par. 1º); (ii) a definição geográfica da comunidade (Art. 1, par. 2º); (iii) o único e específico canal em FM (Art. 5º); (iv) a ausência de proteção contra interferências (Art. 22); e (v) a restrição de meios para sustentabilidade (Art. 18) (sendo este um dos principais problemas à sobrevivência das rádios comunitárias atualmente).

A legislação é muito restritiva, especialmente se comparadas à legislação de países vizinhos. A Argentina e Uruguai reservam 33% do acesso ao espectro para rádios comunitárias, ambos ainda não limitam o conceito de rádio comunitária à uma comunidade territorial. A Bolívia, por sua vez reserva 17% do espectro. Quanto à potência e alcance de transmissão, Argentina, Equador e Uruguai não estabelecem quaisquer restrições. No Peru as restrições são estabelecidas nos planos de outorga e as potências chegam a 100w, 250w, 500w. No Paraguai a potência máxima para FM é de 300w. Na Colômbia é de 250w para alguns

5 Outras normas que se aplicam à radiodifusão comunitária:

- *Decreto que regulamenta o serviço de radiodifusão comunitária (Decreto nº 2.615/1998);*
- *Normas do Ministério das Comunicações que se aplicam à radiodifusão comunitária (Portaria nº 462, de 14 de outubro de 2011, Norma n. 1/2011 e Portaria n.197, de 1º de julho de 2013);*
- *Normas da Anatel que se aplicam à radiodifusão comunitária (Resolução Anatel n.60, de 24 de setembro de 1998, que designa canal para a execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária e Resolução Anatel nº 356, de 11 de março de 2004, que destina a faixa de radiofrequências de 87,4 MHz a 87,8 MHz, para o Serviço de Radiodifusão Comunitária, em caráter secundário).*

municípios e de até 900w para determinados municípios. Mesmo no Chile, que possui um limite padrão igual ao do Brasil (25w), o limite é maior para regiões fronteiriças ou remotas, população dispersa e com alto índice de ruralidade rural (40w) e para povos indígenas (30w).⁶

Com relação à possibilidade de veicular publicidade, questão intimamente ligada à própria sobrevivência das rádios comunitárias, Argentina, Bolívia, Peru e Uruguai não apresentam quaisquer restrições. A Colômbia estabelece apenas um limite de tempo de acordo com a população do município. A Venezuela permite publicidade de pequenas e médias indústrias localizados no raio de abrangência e de bens e serviços prestados às pessoas da comunidade. Paraguai permite múltiplas formas de sustentabilidade, desde que restrito ao raio de abrangência e o Equador não estabelece restrições para rádios que nascem nas comunidades ou organizações indígenas, afro equatorianas, camponesas ou outras organizações que voltem seu trabalho ao fortalecimento da comunidade.

Em segundo lugar, um dos maiores problemas que as rádios comunitárias enfrentam é a excessiva demora por parte do Poder Público (Ministério das Comunicações) em analisar o pedido de obtenção das outorgas. Em alguns casos, a espera pode chegar até 15 anos.⁷

6 Malerba, J. P. C.; BROCK, N. . *Um ar mais livre? Uma breve abordagem comparativa da situação legal das rádios comunitárias na Europa e América do Sul. Trabalho apresentado no IV Conferência Sul-Americana e IX Conferência Brasileira de Mídia Cidadã. Curitiba, 6 a 8 de agosto de 2013.*

_____. *Rádios comunitárias: panorama da situação legal na América Sul in Observatório da Imprensa, edição 712 de 17/09/2012. Disponível em: http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/ed712_panorama_da_situacao_legal_na_america_sul. Acesso em 19.7.2014.*

7 A título de exemplo desta situação o caso da rádio Coité, na cidade de Coité, Estado da Bahia: <http://artigo19.org/centro/casos/detail/15>

A fiscalização [das rádios comunitárias] é discriminatória e contrasta com a pouca fiscalização às rádios comerciais.

Dados da Anatel⁸ mostram que, de 2012 a 2014, o número de rádios comunitárias com outorga teve um aumento inferior a 3%, ou seja, ao invés de incentivar e facilitar a regularização dessas rádios o governo pouco investiu em políticas públicas para ampliação do setor.

Ao mesmo tempo em que permanece uma omissão para acelerar a análise dos pedidos de outorga, é aplicado um rigor fiscalizatório desproporcional por parte da Anatel e da Polícia Federal, muitas vezes acompanhado de violência psicológica e física pelos agentes estatais, aos meios comunitários.

Segundo dados do Ministério Público Federal, entre 1998 e 2005, a Anatel fechou 2466 rádios não autorizadas no Estado de São Paulo. No mesmo período o Ministério das Comunicações outorgou apenas 352 autorizações para rádios comunitárias.⁹

A fiscalização é discriminatória e contrasta com a pouca fiscalização às rádios comerciais. No momento da renovação de outorgas o

⁸ Acesse o relatório da ANATEL referente ao ano de 2014: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=330531&pub=original&filtro=1&documentoPath=330531.pdf>

⁹ ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. *A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988*. São Paulo, 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

Ministério das Comunicações leva em média 4,7 anos¹⁰ para análise os processos. Em muitos casos a demora chega a durar décadas e a emissora é autorizada a funcionar em caráter precário, ou seja, sem que haja uma decisão a respeito da renovação.¹¹

A Anatel justifica a diferenciação em uma suposta falta de recursos para realizar a fiscalização das rádios comerciais, argumento que não se sustenta ante a forte repressão às rádios comunitárias, fiscalização essa custosa em virtude do alto número de emissoras, que ainda estão mais dispersas que as comerciais e muitas delas não possuem registro, dificultando o conhecimento sobre sua localidade e seus representantes.¹²

Tais fatores aliados à existência de dispositivos penais que vêm sendo aplicados à rádio difusão comunitária, culminam em um processo de criminalização desta atividade.

10 Cf. INTERVOZES. *Dossiê Violações do Direito à Comunicação*, p. 7

11 Decreto nº 88.066/1983. Artigo 4º. *Havendo a concessionária ou permissionária requerido a renovação na forma devida e com a documentação hábil, ter-se-á o pedido como deferido, se o órgão competente não lhe fizer exigência ou não decidir sobre o pedido até a data prevista para o término da concessão ou permissão.*

Parágrafo Único - Formulada a exigência, a entidade perde o direito ao deferimento automático, previsto neste artigo.

Artigo 8º. *Caso expire a concessão ou permissão, sem decisão sobre o pedido de renovação, o serviço poderá ser mantido em funcionamento, em caráter precário, excluída a hipótese do artigo 4º deste Decreto.*

12 ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. *A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988*. São Paulo, 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

2.3. CRIMINALIZAÇÃO

Apesar da lei específica que regulamenta o serviço de radiodifusão comunitária (Lei 9.612/1998) não prever nenhuma sanção criminal para as rádios comunitárias, dados revelam que, mesmo após a aprovação da referida lei, essas rádios continuaram sofrendo processos penais devido à aplicação indevida do artigo 70 da Lei 4.117/62 e artigo 182 da Lei 9.472/97, são eles:



LEI Nº. 4.117/1962 - CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES (CBT)

ART. 70. CONSTITUI CRIME PUNÍVEL COM A PENA DE DETENÇÃO DE 1 (UM) A 2 (DOIS) ANOS, AUMENTADA DA METADE SE HOUVER DANO À TERCEIRO, A INSTALAÇÃO OU UTILIZAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES, SEM OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NESTA LEI E NOS REGULAMENTOS.



LEI Nº 9.472/97 QUE DISPÕE SOBRE A ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES (LGT)

ART. 183. DESENVOLVER CLANDESTINAMENTE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO:
PENA: DETENÇÃO DE DOIS A QUATRO ANOS, AUMENTADA DA METADE SE HOUVER DANO A TERCEIRO, E MULTA DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS).

Pesquisa realizada pela ARTIGO 19 analisou 657 acórdãos julgados entre 1º de janeiro de 2009 e 31 de dezembro de 2012 pelos Tribunais Regionais Federais (TRF's) das 5 regiões.¹³

O primeiro dado que chama a atenção nos julgados é a preponderância de ações criminais propostas contra as rádios comunitárias, em detrimento de ações cíveis e administrativas. Mais da metade (54%) de todas as ações propostas contra as rádios comunitárias são de natureza penal. Este é um fator relevante na evidência da criminalização da radiodifusão comunitária.

Notou-se também que a maior parte (86%) dos julgados são decididos por unanimidade. A unanimidade, ou seja, ausência de divergência, pode evidenciar um entendimento rígido dos tribunais na aplicação de sanções às rádios comunitárias.

2.4 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E CIVIS

É necessário esclarecer que a não incidência de artigos penais para criminalizar as rádios comunitárias, não implicaria a ausência de qualquer tipo de controle para a atividade. Ainda que não sejam utilizados dispositivos penais - cuja aplicabilidade às rádios comunitárias já é controversa, conforme se verá nas teses a seguir - eventuais abusos e infrações cometidas podem ser sancionados através do direito administrativo e civil, muito mais adequados à espécie do que o direito penal, que deve ser a *ultima ratio*, por ser o instrumento mais gravoso de qual dispõe o Estado.

¹³ Pesquisa disponível em: <http://artigo19.org/jurisprudencia/>

A Lei das Rádios Comunitárias (Lei 9.612/98), que regula a atividade é de natureza exclusivamente administrativa, estabelece em seu artigo 21, as infrações a que estão sujeitas as rádios comunitárias e as respectivas sanções, quais sejam, advertência, multa e revogação da autorização em caso de reincidência.

Além disso, o direito civil também é aplicável à atividade e constitui via muito mais adequada para a exigência de reparação em caso de dano ou mesmo pedido para cessação da atividade que esteja causando danos ou colocando em risco outros sistemas de radiodifusão.

Assim, resta claro que, dispondo o Estado de outros meios menos gravosos para coibir abusos no uso do espectro eletromagnético, o uso da legislação penal para criminalizar as rádios comunitárias é medida desproporcional e desnecessária em uma sociedade democrática que possui a liberdade de expressão como um direito fundamental insculpido em sua Carta Magna.

**TESES
JURÍDICAS**

3

DIANTE DESTE CENÁRIO DE CRIMINALIZAÇÃO DAS RÁDIOS comunitárias algumas teses jurídicas já vem sendo utilizadas para defesa destas rádios. A seguir, algumas das principais teses e linhas argumentativas no sentido de afastar a incidência da legislação criminal e, ainda, tratar as rádios comunitárias no âmbito civil ou administrativo.

Algumas das teses já vem sendo aceitas nos tribunais regionais federais e nos tribunais superiores, entretanto de forma ainda muito incipiente. Portanto, elas devem ser sempre reiteradas. Outras teses precisam ser propagadas para que ganhem força nos tribunais.

3.1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

É importante destacar que, em 2004, uma emenda constitucional (incorporada pelo parágrafo 3º, do artigo 5º, CF) estabeleceu que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão

equivalentes às emendas constitucionais”. Nesse sentido, a lei infraconstitucional que seja contrária ao tratado aprovado nesses termos, será inconstitucional (controle de constitucionalidade).

Os demais tratados, situação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovados antes da emenda, conforme entendimentos do Supremo Tribunal Federal possuem caráter supralegal, sendo hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional.¹⁴

Ademais, o Supremo no julgamento sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel reformulou sua anterior jurisprudência adequando o seu posicionamento ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, inaugurando assim o controle de convencionalidade.¹⁵

Desta forma, os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados anteriormente à 2004, sujeitam a legislação infraconstitucional ao controle de convencionalidade.

Nesse sentido os artigos 70 da Lei Nº. 4.117/1962 e 183 Lei Nº 9.472/97 estão sujeitos à apreciação da sua conformidade com os artigos dos tratados internacionais de direitos humanos que garantem o exercício da liberdade de expressão, pelo que de pronto é possível entender pela sua não convencionalidade no que tange à aplicação para a atividade das rádios comunitárias.

14 *Recursos Extraordinários (RE 349703) e (RE 466343) e do Habeas Corpus (HC 87585)*

15 *(RE 349703) e (RE 466343) e do Habeas Corpus (HC 87585). Mais em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379>*

O artigo 19.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos determina que “3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.”

Desta forma a criminalização das rádios comunitárias representa uma restrição à liberdade de expressão em desacordo com a Convenção.

Segundo o consagrado teste das três partes do artigo 19.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil em 1992, o exercício da liberdade de expressão somente pode estar sujeito a restrições expressamente previstas em lei e que sejam necessárias e proporcionais em um Estado democrático para proteção dos direitos e da reputação de outros, da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moral pública:

3. O EXERCÍCIO DO DIREITO PREVISTO NO PARÁGRAFO 2 DO PRESENTE ARTIGO IMPLICARÁ DEVERES E RESPONSABILIDADES ESPECIAIS. CONSEQÜENTEMENTE, PODERÁ ESTAR SUJEITO A CERTAS RESTRIÇÕES, QUE DEVEM, ENTRETANTO, SER EXPRESSAMENTE PREVISTAS EM LEI E QUE SE FAÇAM NECESSÁRIAS PARA:

A) ASSEGURAR O RESPEITO DOS DIREITOS E DA REPUTAÇÃO DAS DEMAIS PESSOAS;

B) PROTEGER A SEGURANÇA NACIONAL, A ORDEM, A SAÚDE OU A MORAL PÚBLICAS.

A criminalização das rádios comunitárias representa uma restrição à liberdade de expressão em desacordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, a sanção na esfera penal para o exercício da liberdade de expressão, se aplicada ao testes das três partes do artigo 19.3 do Pacto, é desnecessária e certamente desproporcional em uma sociedade democrática para a salvaguarda dos fins legítimos elencados, sobretudo se considerarmos a existência de outros meios mais eficazes e menos gravosos, como as esferas cíveis e administrativas.

A criminalização das rádios comunitárias a partir dos dispositivos penais mencionados está em desacordo com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, devendo ante este controle de convencionalidade ser afastados.



**MOMENTO
PROCESSUAL**

**Esta tese pode ser arguida
a qualquer momento como
preliminar**

4.2. EXCLUSÃO DA TIPICIDADE PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Princípio da insignificância, cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, parte de uma concepção material de crime.¹⁶ Pela concepção formal o crime é aquela conduta que se adequa formalmente à norma penal em abstrato. Esta concepção, entretanto, não condiz com princípios basilares do direito penal e com a moderna tendência de redução da aplicação da esfera penal.

Assim, pela concepção material, para que uma conduta seja típica, ela deve, além de ser subsumível à hipótese de fato de uma norma penal, ser materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável.

O princípio da insignificância, portanto, a partir desta concepção material, exige que haja um resultado concreto lesivo e relevante para a sociedade como um todo. Condutas em que não há lesão, ou nem ao menos risco concreto de lesão, não devem ensejar a aplicação do Direito Penal. Este princípio consagra outros princípios basilares do direito penal como o princípio da ofensividade - o direito penal deve se ocupar de condutas que causem lesão ou risco concreto de lesão a bens jurídicos -, o princípio da subsidiariedade - o direito penal só deve atuar quando outros ramos do direito forem insuficientes -, e o princípio da fragmentariedade - o direito penal só deve se ocupar de ofensas realmente graves aos bens jurídicos.

A consequência da aplicação do princípio da insignificância é que, por não se amoldar-se materialmente ao tipo, ante a insignificância

16 ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1972, p. 53.*

ou ausência de lesão e reprovabilidade social, a conduta é atípica.

O princípio da insignificância não está, como estes outros princípios que ele consagra, positivado no ordenamento jurídico. Ele decorre da doutrina e da jurisprudência.

Para a aplicação do princípio da insignificância o Supremo Tribunal Federal¹⁷ estabeleceu a necessidade de quatro requisitos, quais sejam: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) ausência de periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Mesmo a partir de uma análise generalista sobre as rádios comunitárias, sem considerar especificidades de cada caso, é possível perceber que todos os pré-requisitos para a aplicabilidade do princípio da insignificância estão presentes no próprio conceito de rádio comunitária.

A ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento estão presentes pois estas são rádios que se encontram sobretudo no seio de comunidades como favelas, comunidades rurais, comunidades indígenas, e sua atuação se volta para os interesses e necessidades nesses locais.

Muitas destas rádios desenvolvem campanhas para limpeza de ruas, contra a poluição, contra o uso de drogas. Também promovem gincanas esportivas, programas de orientação para jovens, trabalhos para fortalecer e desenvolver artistas, músicos e poetas da própria comunidade.

Assim, é impossível vislumbrar qualquer periculosidade social das rádios comunitárias, ou reprovabilidade do comportamento de seus

17 HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19.10.2004

radiodifusores. Pelo contrário, as rádios comunitárias prestam importantíssimo serviço social nas comunidades na qual se inserem, sendo amplamente aceitas por suas comunidades.

A mínima ofensividade da conduta se faz presente pela própria característica das rádios comunitárias de serem rádios de baixa potência e de alcance reduzido. A capacidade de interferência de uma rádio está diretamente relacionada a sua potência de alcance, de modo que, sendo a rádio comunitária sistema de baixa potência e alcance, sua capacidade de causar interferência em outros sistemas de radiodifusão são mínimos.

A inexpressividade da lesão provocada também está relacionada à baixa potência e alcance reduzido destas rádios. Além disso em grande parte dos casos as rádios comunitárias são criminalizadas sem sequer ter produzido lesão em outros sistemas de radiodifusão.

Assim, fica claro que as rádios comunitárias se adequam a todos os requisitos definidos pelo Supremo Tribunal Federal para aplicabilidade do princípio da insignificância. A conduta e desenvolver radiodifusão comunitária é, portanto, ante o princípio da insignificância, atípica.



JURISPRUDÊNCIA

Recentemente, a Suprema Corte decidiu pela atipicidade do exercício de rádios comunitárias com base no princípio da insignificância a fim de afastar a incidência do crime previsto pelo artigo 183 da lei n. 9.472/97 e artigo 70 da Lei 4.117 de 1962, rejeitando a aplicação do Direito Penal e suas normas excessivamente restritivas para a conduta de rádios comunitárias com potência reduzida.

Recentemente, a Suprema Corta decidiu pela atipicidade do exercício de rádios comunitárias com base no princípio da insignificância

Com este entendimento, no julgamento do HC115.729, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade. Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski afirmou:

“(...) CONSIDERANDO QUE O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA – A SEGURANÇA DOS MEIOS DE TELECOMUNICAÇÕES – PERMANECEU INCÓLUME, NÃO TENDO SOFRIDO QUALQUER ESPÉCIE DE LESÃO, OU AMEAÇA DE LESÃO, QUE MEREÇA A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL, NÃO HÁ COMO RECONHECER A TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA ANTE A INCIDÊNCIA, NA HIPÓTESE, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.”

A aplicação do princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade lança o foco da análise sobre a conduta, objetivamente considerada, verificando se esta possui ou não potencial para provocar lesão significativa ao bem jurídico protegido pela norma penal. Não se consideram, portanto, as características subjetivas do

autor da conduta (requisitos da culpabilidade), nem as cláusulas que afastam a antijuridicidade.

Isso significa que, no HC 115.729, o STF afastou a incidência da norma penal por considerar que a conduta “operar radiodifusão de baixa potência sem autorização”, objetivamente considerada e observadas as particularidades do caso concreto, não lesa nem tem potencial para lesar de forma significativa o bem jurídico protegido pelo artigo 183 da Lei 9.472/1997 – a segurança das telecomunicações.

De mesma forma, no RHC 119.123, de relatoria da Min. Carmen Lúcia, o princípio da insignificância foi novamente aplicado, sob uma conduta de respeito do Direito Penal casuístico e minimamente interventor aliado ao entendimento do crime analisado como um crime de perigo concreto.

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. ART. 183 DA LEI N. 9.472/1997. PRESENÇA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. RECURSO PROVIDO.

1. A CONDUTA DOS RECORRENTES NÃO RESULTOU EM DANO OU PERIGO CONCRETO RELEVANTE PARA A SOCIEDADE, DE MODO A LESIONAR OU COLOCAR EM PERIGO BEM JURÍDICO NA INTENSIDADE RECLAMADA PELO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE, SENDO IRRELEVANTES AS CONSEQUÊNCIAS DO FATO.

ESSE FATO NÃO TEM IMPORTÂNCIA NA SEARA PENAL, POIS INCIDE NA ESPÉCIE, O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, QUE REDUZ O ÂMBITO DE PROIBIÇÃO APARENTE DA TIPICIDADE LEGAL E, POR CONSEQUÊNCIA, TORNA ATÍPICO O FATO DENUNCIADO.

2. É MANIFESTA A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. NÃO HÁ SE SUBESTIMAR A NATUREZA SUBSIDIÁRIA, FRAGMENTÁRIA DO DIREITO PENAL, QUE SOMENTE DEVE SER ACIONADO QUANDO OS OUTROS RAMOS DO DIREITO NÃO FOREM SUFICIENTES PARA A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS. PRECEDENTES.

3. RECURSO PROVIDO.”

No caso julgado pelo STF (HC 115.729), o ministro Lewandowski afirmou que a rádio operava a uma potência de 20 Watts, não tendo condições, portanto, de interferir nas ondas de transmissão de qualquer emissora de rádio comercial ou meio de comunicação, ou serviço de emergência. A Procuradoria Geral da República (PGR) também se pronunciou pelo provimento do recurso ordinário, baseando-se nos pressupostos caracterizadores do princípio da insignificância as-sentados pela Suprema Corte e que serviram, igualmente, de fundamento para o voto do relator.

Assim, resta claro que o princípio da insignificância deve ser aplicado às rádios comunitárias, tornando a conduta atípica e, portanto, não devendo radiodifusores comunitários ser condenados criminalmente pelos artigos 83 da lei n. 9.472/97 e 70 da Lei 4.117 de 1962.



**MOMENTO
PROCESSUAL**

Trata-se de uma tese de mérito que pode ser arguida tanto na resposta à acusação, quanto nos memoriais/alegações finais, e ainda nos recursos.

3.3 INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL ANTE A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DANO NO LAUDO DA ANATEL

Essa tese tem como objetivo utilizar elementos técnicos, presentes em documentos ou laudos, para demonstrar que não há como sustentar a acusação por falta de provas. A justa causa é o conjunto mínimo e firme de provas para indicar a autoria e materialidade de um crime. É considerada condição de existir da ação penal.

Está prevista expressamente no inciso III do artigo 395 do Código de Processo Penal, que estabelece que *“A denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da Ação Penal”*.

A Anatel, em vez de emitir pareceres de ordem técnico-operacional, em geral, se utiliza de leis e normas.

Assim, se o Laudo da Anatel que instrui a denúncia contra a rádio comunitária não contiver elementos de ordem técnica capazes de detalhar o dano e a quem pertencem os direitos eventualmente violados, não há como se ter configurada a materialidade delitiva.

Esta situação é mais do que comum. Segundo o ex-delegado de polícia federal, Armando Coelho, a Anatel, que é o órgão que deveria ser responsável por emitir pareceres de ordem técnico-operacional, com provas e argumentos desta ordem, em geral, se utiliza de leis e normas. Insistindo na questão da clandestinidade das emissoras comunitárias, sem contudo fundamentar tecnicamente as afirmações de que as rádios interferem em outras frequências, como a navegação aérea.¹⁸

Diversos laudos técnicos apenas reiteram afirmações de que as rádios, por serem clandestinas, representam potencial risco de interferência em sistemas regularmente licenciados, sem, contudo, apresentarem qualquer prova ou informação com o rigor técnico que se exige de um órgão que fiscaliza o espectro eletromagnético.

Entretanto, são estes laudos que instruem as investigações feitas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal e é com base

18 COELHO NETO, Armando. *Rádio Comunitária Não é Crime: Direito de Antena: O Espectro Eletromagnético como um Bem Difuso*. São Paulo: Ícone, 2002.

neles que os magistrados proferem suas decisões a respeito das rádios comunitárias.

Todavia, ante a necessidade de justa causa para a propositura da ação penal pelo Ministério Público, a ausência de laudo técnico que demonstre a lesão ao bem jurídico ou ao menos o potencial lesivo da conduta (aqui também em respeito aos princípios da ofensividade, da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal) ausente a condição para ação penal e o interesse de agir do órgão acusatório.

É necessário ressaltar, contudo, que a ausência de laudo da Anatel não pode ser suprida por um laudo exclusivamente feito pela Polícia Federal, uma vez que cabe à Anatel a análise técnica dos equipamentos e eventuais interferências causadas pelas rádios comunitárias.

Assim, a inicial acusatória a qual carece justa causa deve ser rejeitada, com base no artigo 395, II, do Código de Processo Penal.

 **JURISPRUDÊNCIA**

Em ação civil pública relativa à radiodifusão comunitária, o MPF aponta, com base em parecer técnico, que a capacidade de interferência está diretamente relacionada à potência da emissora, isto é, quanto menor a potência, menor a capacidade de interferência¹⁹.

19 Cf. SUIAMA, Sérgio Gardenghi; ARIENTE, Eduardo Altomare; VAZZOLER, Ana Cláudia Paradini. *Réplica oferecida nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.61.00.010459-7, relativa à autorização de rádios comunitárias*. São Paulo: Ministério Público Federal, 29.10.2007, p. 42. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/comunicacao-social/radios-comunitarias/docs-atuacao-do-mpf/copy_of_replica_acp_200761000104597_radcom.pdf. Acesso em: 19.04.2013; ZUNGA, José. *Parecer técnico sobre interferências radioelétricas ocorridas nas faixas de radionavegação e radiocomunicação aeronáuticas, elaborado a partir dos dados constantes do procedimento administrativo n.º 1.34.001.001444/2005-31*. Instituto Observatório Social de Telecomunicações – IOST. S.d. p. 17. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/comunicacao-social/radios-comunitarias/docs-documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/Relatorio_IRF_analise_interferencias_radioeletricas.pdf. Acesso: 19.04.2013.

Quanto menor a potência da emissora, menor a capacidade de interferência, segundo o MPF, com base em parecer técnico.

Mencione-se, a comprovar esse argumento, os autos do processo administrativo n. 1.34.001.001444/2005-31, no qual o MPF reuniu diversas ocorrências de interferência em sistemas de comunicação registradas pela Anatel. Entre elas, não houve sequer um caso de interferência causada por emissora com potência igual ou inferior a 25 watts, limite imposto pela Lei 9.612/1998 que regulamenta a atividade das rádios comunitárias. Apenas uma ocorrência referia-se a emissora com potência de 41 watts e as demais relatavam interferências causadas por emissoras com potência superior a 100 watts, chegando, em alguns casos, a 1.000 watts²⁰.

No RHC 119.123/MG²¹, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, que afastou a denúncia criminal da Rádio Comunitária Rádio Koionia

20 *Veja-se, por tudo, SUIAMA, Sérgio Gardenghi; ARIENTE, Eduardo Altomare; VAZZOLER, Ana Cláudia Pardini, Réplica oferecida nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.61.00.010459-7, cit., p. 42; 45; TOME, Takashi; BOTTESI, Carlos; SOLHA, Hélio. Rádio Comunitária derruba avião? Em busca de respostas a um mito. In: II Encontro da ULEPICC – União Latina de Economia Política da Informação, da Comunicação e da Cultura, p. 1214-1227. Unesp, 13 a 15 de ago. 2008, p. 1225-1226. Disponível em: http://www2.faac.unesp.br/pesquisa/lecotec/eventos/ulepicc2008/anais/2008_Ulepicc_1214-1227.pdf. Acesso em: 19.04.2013.*

21 *“Ora, se o que importa saber não é a simples potência do transmissor, mas sim a chamada potência efetiva irradiada (ERP), entendo que deveriam ter sido investigados qual a potência e o sistema irradiante efetivamente empregados pela rádio nas reais condições em que esteve em funcionamento. No caso em apreço, não houve perícia que constatasse in loco que a rádio operara com potência efetiva irradiada acima do limite de segurança. Tal prova seria essencial e, portanto, absolutamente necessária à constatação do fato típico” (RHC 119.123, Rel. Ministra Carmen Lúcia, DJO 04/08/2014)*

FM 106,5 MHz, de Belo Horizonte, há a transcrição de trecho da sentença em 1ª instância, exarada pela 9ª Vara Criminal de Minas Gerais, na qual aquele Juízo aponta que a ausência de laudo técnico da potência efetiva irradiada (ERP), que é o parâmetro adequado para consignar o risco à segurança das telecomunicações, obsta o avanço daquela ação penal por falta de justa causa. Seguindo o mesmo critério, assim a Ministra Carmen Lúcia aduziu em seu voto, ainda levantando o princípio da insignificância como outro fundamento para a rejeição da denúncia criminal.

**MOMENTO
PROCESSUAL**

Trata-se de uma tese de mérito que deve ser arguida preferencialmente nos primeiros momentos do processo, na resposta à acusação, mas cabe também nos memoriais/alegações finais, e ainda nos recursos.

3.4 ATIPICIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE CLANDESTINIDADE POR OMISSÃO ADMINISTRATIVA

O art. 183 da Lei Geral das Telecomunicações (Lei 9742/97 - LGT) diz que é crime, punível de dois a quatro anos de detenção, aumentada da metade se houver dano a terceiro, “desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação”.

Ocorre que na grande maioria dos casos as rádios comunitárias não pretendem e nem atuam “clandestinamente”, leia-se: não há dolo de agir na clandestinidade. Ao contrário, a maior parte delas entra com pedido de outorga para funcionamento perante o Ministério das Comunicações, apresentando todas a documentação exigida pela legislação.

Ocorre que os pedidos chegam a levar décadas para serem analisados pelo Ministério. Ante esta omissão, as rádios comunitárias iniciam suas atividades, em atenção às demandas da comunidade, acreditando de sua parte estarem regularizadas com as exigências administrativas, somente aguardando a resposta da administração pública.

Assim, uma vez que a rádio já se apresentou junto ao Ministério das Comunicações a fim de obter a outorga, tendo entregue uma série de documentos exigidos pela legislação, inclusive documentos constitutivos da associação, não há que se falar em clandestinidade.

Sendo o tipo penal inscrito no artigo 183 da LGT “desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação”, a clandestinidade da conduta é elementar do tipo penal, ou seja, é elemento constitutivo essencial da conduta criminosa.

Neste sentido, ausente esta elementar do tipo a conduta é formalmente atípica. Não há subsunção do fato a norma. Não há na conduta das rádios comunitárias a intenção, o dolo, de agir na clandestinidade.

Conforme dito, se a rádio se apresenta ao poder público, trazendo toda a documentação exigida, que inclui também sua localidade, nome dos membros da associação, nome dos diretores, finalidades,

entre outros e se dispõe a todo o trâmite burocrático, não há possibilidade de se falar em clandestinidade.

A conduta destas rádios comunitárias é atípica, ante a inexistência da clandestinidade.²²



JURISPRUDÊNCIA

Sobre essa questão, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou em diversas ocasiões que a atividade de telecomunicação realizada após a solicitação de autorização ao Poder Público não configura o crime previsto pelo artigo 183 da Lei 9.472/1997, pois não há, nesses casos, o requisito da clandestinidade .

Essas decisões concluíram pela atipicidade da conduta com base na ausência de clandestinidade, nos casos em que a autorização já havia sido solicitada, mas ainda não havia sido fornecida pelo Poder Público.

**MOMENTO
PROCESSUAL**

Trata-se de uma tese de mérito que pode ser arguida tanto na resposta à acusação, quanto nos memoriais/alegações finais, e ainda nos recursos.

²² São elas: (i) o HC 14.366/AM, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 27.03.2001, (ii) o RHC 17.214/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17.03.2005, e (iii) o REsp 1.153.607/PI, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 01.09.2011.

3.5. INAPLICABILIDADE À RADIODIFUSÃO DOS DISPOSITIVOS CRIADOS PARA TELECOMUNICAÇÕES E EXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA, POSTERIOR E MAIS BENÉFICA ÀS RÁDIOS COMUNITÁRIAS.

Primeiramente, cumpre esclarecer que no que diz respeito à adequação do fato ao tipo penal previsto nos artigos 183 da Lei nº 9.472 de 1997 e 70 da Lei 4.117 de 1962, além de extremamente restritivos e anteriores à lei específica que regulamenta a atividade de rádio comunitária, não podem ser admitidos, na medida em que estas normas referem-se à conduta consistente em “desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação”. No entanto, a atividade objeto da ação penal, se relaciona à radiodifusão comunitária, que não é contemplada pela Lei nº 9.472/97 ou pela Lei 4.117/1962, e sim, pela lei nº 9.612/98, que é específica, posterior e menos restritiva nesse aspecto.

Importante esclarecer que Emenda Constitucional nº 08/1995, distinguiu radiodifusão da telecomunicação.

Esta distinção foi alvo de consideração do STF, quando o ministro Sydney Sanches, no Plenário, destacou: “Lembro que os incisos XI e XIII, ‘a’, do art. 21 da CF, têm hoje outra redação, que lhes foi dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995. Com essa nova redação, o inciso XI refere-se a ‘serviços de telecomunicações, nos termos da lei’, e a alínea ‘a’ do inciso XII aos ‘serviços de radiodifusão sonora e de sons e de imagens’”.

A Constituição trata propriamente da radiodifusão. Pelo art. 21, XII, ‘a’, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora, e de sons

e imagens. Pelo art. 22, IV, compete privativamente à União legislar sobre águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão. O art. 48, XII, diz caber ao Congresso, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre as matérias de competência da União: sobre telecomunicações e radiodifusão.

Contudo, o Código de Telecomunicações, de 1962, (e cujo artigo 183 foi editado durante a Ditadura Militar), é uma legislação reconhecidamente desatualizada, tendo tido a maioria de seus artigos revogada, inclusive pela Lei Geral de Telecomunicações que, em 1997, foi aprovada para separar a regulação das chamadas “teles” da radiodifusão. A Lei Geral, assim, sequer se aplica às rádios.

Neste sentido, o juiz federal João Batista Gonçalves pontuou:

(...) ANTES DO ADVENTO DA EC N.º 8/95
RADIODIFUSÃO SONORA ERA UMA ESPÉCIE DE
GÊNERO TELECOMUNICAÇÃO, COMO SE VÊ A SEGUIR:

ART. 21. COMPETE À UNIÃO:

...

XII – EXPLORAR DIRETAMENTE OU MEDIANTE
AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO OU PERMISSÃO:

A) OS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO SONORA
E DE SONS E IMAGENS E DEMAIS SERVIÇOS DE
TELECOMUNICAÇÕES:

(...)

O TEOR DO TEXTO CONSTITUCIONAL É CLARO, RADIODIFUSÃO É UM DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES COMO OS DE MAIS REFERIDOS PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. O NOVO ARTIGO 21 RECEPCIONADO ATRAVÉS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 8, É TOTALMENTE DISTINTO: “ART. 21. COMPETE À UNIÃO:

...

XI - EXPLORAR DIRETAMENTE OU MEDIANTE AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO OU PERMISSÃO, OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, NOS TERMOS DA LEI, QUE DISPORÁ SOBRE A ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS, A CRIAÇÃO DE UM ÓRGÃO REGULAMENTADOR E OUTROS ASPECTOS INSTITUCIONAIS;

XII – EXPLORAR, DIRETAMENTE OU MEDIANTE AUTORIZAÇÃO CONCESSÃO OU PERMISSÃO:

A) OS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO SONORA E DE SONS E IMAGENS;

Está claro que o legislador constituinte derivado separou os outros meios de comunicação da telefonia, criando uma nova natureza jurídica para o termo ‘telecomunicações’ .

Até a sanção da Lei nº 9.612, o serviço de radiodifusão comunitária permanecia em um limbo jurídico

Como a sanção legal dirige-se para a “atividade clandestina de telecomunicação” e a EC nº 08/1995, distinguiu os serviços de radiodifusão da telecomunicação, não há tipo penal sobre radiodifusão. Enquadrar a radiodifusão em um artigo voltado para telecomunicação trata-se de analogia que o direito penal não permite.

Assim, inadequada à aplicação às rádios comunitárias do disposto nos artigos artigos 183 da Lei nº 9.472 de 1997 e 70 da Lei 4.117 de 1962.

Não bastasse, a Lei nº 9.612, sancionada em 19 de fevereiro de 1998, foi a primeira lei que instituiu no Brasil o serviço de radiodifusão comunitária. Até então o serviço de radiodifusão comunitária permanecia em um limbo jurídico, com dispositivos diversos sendo aplicados, como os dispositivos penais em comento.

Ocorre que com a entrada em vigor da Lei das rádios comunitárias, a situação muda e elas agora passaram a ter dispositivo próprio que rege sua existência. A lei possui caráter exclusivamente administrativo e prevê, inclusive, em seu artigo 21, sanções para administrativas para a operação de rádio comunitária fora dos parâmetros da lei.

Neste sentido, e em respeito a princípios consagrados como a especialidade e a posterioridade da lei, além do princípio da lei mais benéfica, resta claro a inaplicabilidade dos artigos criminais previstos no Código Brasileiro de Telecomunicações e na Lei Geral de Telecomunicações, tanto em razão da sua inadequação ao serviço de radiodifusão e, mais ainda radiodifusão comunitária, quanto em virtude da existência da Lei 9612/98.

Assim, temos que a conduta de desenvolvimento de radiodifusão comunitária é atípica, não sendo aplicáveis os dispositivos penais e sim o dispositivo de cunho administrativo da lei posterior, específica e mais benéfica.



JURISPRUDÊNCIA

No juízo criminal, o Desembargador Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (relator na apelação criminal 2005.81.00.019522-9, 3ª Turma), afastou a aplicação da pena ao entender que a atividade de radiodifusão comunitária:

“(...) CONFIGURA SOMENTE ILÍCITO ADMINISTRATIVO, NÃO SE APLICANDO NEM O ART. 70 DA LEI 4.117/62 (CBT – CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES), NEM O ART. 183 DA LEI 9.472/97 (LGT – LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES).”²³

23 Nesse mesmo sentido, ver decisão do Desembargador VLADIMIR CARVALHO no julgado do TRF 5ª Região da 1ª e 3ª Turma: RSE 531/CE.

Isso porque, para o relator do respectivo acórdão, a atividade das rádios comunitárias tem regulação exclusiva através da lei 9.612/98, de índole exclusivamente administrativa e não penal, diversamente do que ocorre com as leis nº 9.472/97 e nº 4117/62.

Tribunal Regional Federal da 5ª Região que entende que as rádios comunitárias não devem ser regidas por leis penais, visto que configura somente ilícito administrativo, não se aplicando nenhum dos dispositivos penais citados anteriormente. Está ligado à compreensão do Direito Penal como *ultima ratio*, isto é, como um sistema que, por envolver a privação de liberdade e a restrição de direitos individuais, deve atuar apenas nas situações em que os demais instrumentos jurídicos não sejam capazes de resolver adequadamente os conflitos (caráter subsidiário) e incidir somente sobre as condutas que importem em lesão significativa aos bens jurídicos relevantes (caráter fragmentário).

O Desembargador Francisco Barros Dias, em seu voto na Apelação Criminal - ACR7417/RN argumentou que a rádio em questão apresentava em suas transmissões somente programação de cunho religioso, não apresentando assim, fins lucrativos, fato este que a caracteriza como comunitária, não sendo, assim, possível aplicar a legislação penal, visto que as rádios comunitárias são regidas exclusivamente pela Lei 9.612/98, a qual só contempla sanções de índole administrativa.

O STF, ao apreciar a ADPF 130, fixou a “planificação da liberdade de agir e de fazer dos atores de imprensa e dos órgãos de comunicação social, repelente de qualquer ideia de tipificação criminosa em apartado a conduta de quem foi mais generosamente aquinhoadado pela

Constituição com a primazia das liberdades de manifestação do pensamento e de expressão em sentido genérico”. Segundo Ayres Britto, “à luz de uma Constituição que tanto favorece a liberdade de imprensa, não cabe sequer falar de um destacado sistema penal na matéria”.



**MOMENTO
PROCESSUAL**

**Esta tese pode ser aplicada
como preliminar em todos
os momentos de defesa.**

3.4. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA

Estas teses estão ligadas à atividade e função das rádios comunitárias como exercício legítimo da liberdade de expressão e o seu importante papel de interesse público das comunidades nas quais estão inseridas.

Conforme amplamente exposto neste documento as rádios comunitárias representam o exercício da liberdade de expressão, do acesso à informação e do direito à comunicação, garantidos na Constituição Federal nos artigo 5º, incisos IV, IX e XIV e nos principais tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

O funcionamento da rádio não pode tipificar, por si só, a prática de crime.

Trata-se, portanto, do exercício regular de um direito, situação que exclui a ilicitude ou antijuridicidade da conduta, conforme artigo 29, III, do Código de Processo Penal.

Assim, à luz dos princípios constitucionais pensados como colunas mestras da democracia e do desenvolvimento de um Estado democrático com total garantia da preservação da iniciativa privada e liberdade civis, não pode, jamais, ser considerado crime a abertura e o funcionamento das rádios comunitárias de caráter social, recaindo em imediata exclusão de ilicitude por se tratar de exercício regular de direito fundamental previsto e garantido pela constituição e tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e incorporados ao nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, o funcionamento da rádio não pode tipificar, por si só, a prática de crime. Eventualmente, o abuso das faixas de potência é que, podem vir a configurar algum ilícito, se assim estiver tipificado em lei. Portanto, não constitui a atividade informativa qualquer crime, não autorizando o seu fechamento e a apreensão equipamentos, sem o devido processo legal. Ainda menos existe a necessidade de o Estado utilizar o seu aparato para processar criminalmente os cida-

dãos que buscam apenas exercer a sua liberdade de expressão.

No mesmo sentido, é aplicável a tese da adequação social da conduta das rádios comunitárias.

A teoria da adequação social foi concebida por Hans Welzel, que preconiza a ideia de que, apesar de uma conduta se subsumir ao tipo penal, é possível deixar de considerá-la típica quando socialmente adequada, isto é, quando estiver de acordo com a ordem social.

Busca-se demonstrar com essa tese que além de não causar dano, o exercício de radiodifusão comunitária é amplamente aceito pela sociedade, ou seja, está dentro do considerado adequado, ou, pelo menos, tolerável, pela sociedade. Assim, não há como puni-la, em razão da inexistência de reprovação social.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apontou: “Os meios de comunicação comunitários cumprem na nossa região uma função fundamental para o exercício de distintos setores da sociedade e da liberdade de expressão e de acesso à informação. Nossas decisões têm estabelecido que é necessário que os Estados as reconheçam legalmente e contemplem reservas de espectro para este tipo de mídia, bem como condições equitativas de acesso às licenças para diferenciar as diversas realidades dos veículos privados não-comerciais”.

As rádios comunitárias são mais do que adequadas socialmente nas comunidades nas quais estão inseridas, elas são um instrumento dessas comunidades para o exercício de direitos como a liberdade de expressão e o acesso à informação, além de realizarem importantes trabalhos de divulgação e fomento das questões mais importantes à comunidade e também serem propulsoras da cultura local.

Para Coelho Neto, as rádios comunitárias tornam acessíveis à comunidade serviços, vantagens campanhas e mensagens, abrindo espaço para que a radiodifusão cumpra sua função social, aproximando e fazendo conexão entre pessoas e ideias, integrando a comunidade²⁴:

DIRIGIDA A UM PÚBLICO DE BAIXA RENDA,
IDENTIFICADA COM SUA CULTURA, ESTA SEÇÃO
RADIOFÔNICA TORNA REALIZÁVEL PARA UMA
DETERMINADA FATIA DA POPULAÇÃO AQUILO QUE
POUCOS CONSEGUEM NAS GRANDES EMISSORAS, SEJA
O ANUNCIANTE DA PADARIA, DO AÇOUGUE QUE JAMAIS
VERIA SEU ANÚNCIO E SUAS OFERTAS POPULARIZADAS,
ASSIM COMO A ADOLESCENTE QUE DIFICILMENTE
TERIA CONDIÇÕES DE PASSAR SUA MENSAGEM DE
ANIVERSÁRIO PARA O IRMÃO OU NAMORADO.

No mesmo sentido relata o Juiz Federal Aposentado, Paulo Fernando Silveira, em artigo jurídico sobre as rádios comunitárias²⁵:

PRESENCIEI, PESSOALMENTE, O USO DA RÁDIO
COMUNITÁRIA NAS PEQUENAS CIDADES E PUDE VER
OS SEUS INEGÁVEIS BENEFÍCIOS: A PARTICIPAÇÃO DO

24 COELHO NETO, Armando. *Rádio Comunitária Não é Crime: Direito de Antena: O Espectro Eletromagnético como um Bem Difuso*. São Paulo: Ícone, 2002.

25 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios Comunitárias*. Minas Gerais: Revista Jurídica UNIJUS, 1999.

POVO NOS PROGRAMAS, INCLUSIVE EM DEBATES E ENTREVISTAS; A EDUCAÇÃO DO POVO, QUEBRANDO-LHE A IGNORÂNCIA E TIMIDEZ; A PROPAGANDA DO COMÉRCIO LOCAL (ANTES, TINHA DE SER FEITA NA CIDADE GRANDE MAIS PRÓXIMA); OS COMUNICADOS DE UTILIDADE PÚBLICA (AVISOS DE MORTE, RECADOS AOS RURÍCOLAS, A IRRADIAÇÃO DE MISSAS, ETC.); A GERAÇÃO DE EMPREGOS DIRETOS E INDIRETOS, ENFIM, A FELICIDADE DO POVO, FIM PRECÍPUO DO ESTADO”. E CONTINUA “A RÁDIO COMUNITÁRIA, EM CADA MUNICÍPIO DESOBSTRUI, AINDA, OS DUTOS POR ONDE FLUI A VONTADE POLÍTICA DO POVO, ELIMINANDO-SE OS CURRAIS ELEITORAIS E A DOMINAÇÃO POLÍTICA QUE IMPERA NO INTERIOR.

Em uma sociedade com um alto grau de concentração dos meios de comunicação, nas mãos de grandes conglomerados econômicos, formando verdadeiros oligopólios da informação, as rádios comunitárias se apresentam como um importante instrumento para a democratização das comunicações.

Assim, resta claro que a atividade das rádios comunitárias é conduzida, não somente socialmente adequada, mas também necessária para a efetivação de uma série de direitos destas comunidades.

Neste sentido, se a conduta das rádios comunitárias é socialmente adequada e, mais ainda, ajuda a efetivar direitos de parcela conside-

rável da população, em consonância com princípios e direitos fundamentais garantidos pela Constituição ela, ainda que formalmente se adeque ao tipo penal, é atípica e, portanto, não deve ser punida pelo Direito Penal.

**MOMENTO
PROCESSUAL**

Trata-se de uma tese de mérito que pode ser arguida tanto na resposta à acusação, quanto nos memoriais/alegações finais, e ainda nos recursos.

3.7 AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO PROVISÓRIO DA RÁDIO COMUNITÁRIA EM RESPEITO AO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO DE OUTORGA

O Decreto nº 2.615/1998, que regulamenta a Lei nº 9.612/1998, discorre, em seus arts. 9º e 10, sobre a competência do Ministério das Comunicações para a expedição de autorizações de funcionamento das rádios comunitárias, assim como estabelece a competência da Anatel para a fiscalização do serviço.

Pesquisa realizada pelo Observatório da Comunicação acompanhou processos de licenciamento iniciados entre 1998 e 2000 concluindo que 97 processos continuavam sem conclusão em 2008. A espera chegava a 10 anos.²⁶

A situação atual não é diferente. De acordo com os dados levantados pela *ARTIGO 19* relativos a 2011, durante um período de quatro anos o Ministério das Comunicações acumulou 11.842 processos pendentes para análise.

A Associação Brasileira de Radiodifusão Comunitária (Abraço) estimava que em 2010 o número de rádios no ar sem outorga, comunitárias ou não, chegaria a 12 mil. Segundo a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV (Abert), a estimativa é que existiriam 10 mil emissoras nessa situação. O número total de rádios licenciadas no país hoje é de 9.459. Destas, 4.409 são rádios comunitárias²⁷. Violada a razoável duração do processo, os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII) e o princípio da eficiência (art. 37)²⁸.

Lima e Lopes denuncia que “a legislação funcionou como um instrumento dificultador do desenvolvimento dessas rádios, tendo em vista os procedimentos excessivamente burocráticos estabelecidos

26 Disponível em: <http://obscomcom.org/>

27 De acordo com dados da Anatel disponíveis em [http://www.anatel.gov.br/Portal/exibir-PortalInternet.do?acao=linkInt&src=http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?acao=%26codItemCanal=1634%26codigoVisao=\\$visao.codigo%26nomeVisao=\\$visao.descricao%26nomeCanal=Relat%F3rios%20Consolidados%26nomeltemCanal=N%FAmeros%20do%20Setor%26codCanal=401%26codigoVisao=12](http://www.anatel.gov.br/Portal/exibir-PortalInternet.do?acao=linkInt&src=http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?acao=%26codItemCanal=1634%26codigoVisao=$visao.codigo%26nomeVisao=$visao.descricao%26nomeCanal=Relat%F3rios%20Consolidados%26nomeltemCanal=N%FAmeros%20do%20Setor%26codCanal=401%26codigoVisao=12)

28 Viola-se, ainda, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal e, no seu art. 49, determina que concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

para a obtenção da autorização, que têm como resultado um número muito grande de indeferimentos e outros maior ainda de processos aguardando decisão do Ministério das Comunicações”²⁹.

A consideração de Alexandre Sankiewicz é: “a Lei nº 9.612/1998 é extremamente restritiva em relação ao funcionamento dessas entidades”³⁰.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) produziu, em 2011, relatório sobre o ambiente regulatório das comunicações no Brasil. Entre as propostas, está a simplificação e aceleração dos processos de autorização de funcionamento das rádios comunitárias.

Diante deste quadro de omissão injustificada por parte do Ministério das Comunicações em analisar os pedidos de outorga para funcionamento das rádios comunitárias, uma solução apresentada pela jurisprudência seria a autorização, pelo Poder Judiciário, para que a rádio funcione provisoriamente enquanto espera o resultado do pedido.

O Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.157.821/MT entendeu que ante a omissão do Poder Público na análise do

29 REZENDE, Renato Monteiro de. *Direitos prestacionais de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 223.

30 SANKIEWICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144. *Algumas das normas que disciplinam a outorga de autorizações para as rádios comunitárias: a) Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.17/62 e Decreto-lei nº 236/67); b) Lei nº 9.612/98 (Lei da Radiodifusão Comunitária); c) Lei nº 10.610/2002; d) Regulamento dos Serviços de Radiodifusão (Decreto nº 52.795/63); e) Regulamento do Serviço de Radiodifusão Comunitária (Decreto nº 2.615/98); f) Regulamento Técnico para Emissores de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada (Resolução Anatel nº 67/98); g) Resolução Anatel nº 60/98; e h) Plano de Referência para a Distribuição de Canais do Serviço de Radiodifusão Comunitária (PRRadCom), da Anatel. A consolidação do rito está na Norma Complementar nº 1/2004, expedida pelo Ministério das Comunicações.*

pedido o Poder Judiciário pode garantir o funcionamento provisório da rádio comunitária, enquanto aguarda o desfecho do pedido:

“REQUERIDA PELA IMPETRANTE A DEVIDA AUTORIZAÇÃO PARA O SEU FUNCIONAMENTO, DESDE 1998, E DIANTE DA EXCESSIVA DEMORA DO PODER PÚBLICO EM APRECIAR O PLEITO, ASSEGURA-SE, EXCEPCIONALMENTE, EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE, O FUNCIONAMENTO DA RÁDIO COMUNITÁRIA ATÉ QUE SE JULGUE O PROCESSO ADMINISTRATIVO PERTINENTE”.

No mesmo sentido o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o entendimento é de que formulado o requerimento administrativo objetivando a autorização para prestação de serviços de radiodifusão comunitária, que deve ser analisado pela Administração, em observância à garantia constitucional do devido processo legal e dos princípios da eficiência e da razoável duração do processo na administração pública, o Poder Judiciário pode, configurada a demora abusiva do órgão responsável pela análise, autorizar a rádio comunitária a funcionar provisoriamente:

“A INÉRCIA DO PODER CONCEDENTE QUANTO AO EXAME DO PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO FORMULADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA, AUTORIZA, EM CARÁTER

EXCEPCIONAL, EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE, O FUNCIONAMENTO PROVISÓRIO DA RÁDIO COMUNITÁRIA, ATÉ A CONCLUSÃO DEFINITIVA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, PELO ÓRGÃO COMPETENTE”³¹

Desta forma, autorizada a rádio comunitária a funcionar provisoriamente enquanto aguarda a decisão no procedimento administrativo de outorga, é afastada a incidência dos artigos 70 da Lei nº 4.117/62 e 183 da Lei nº 9.247/97.



**MOMENTO
PROCESSUAL**

**Esta tese exige um
processo autônomo
em que se pede a
autorização provisória para
funcionamento da rádio.**

31 AC 200633000044231, Des. Fed. Souza Prudente. TRF 1ª Região, 5ª Turma, (e-DJF1 DATA:29/08/2013, p. 376).

CONCLUSÃO

4

A defesa das rádios comunitárias perante o sistema de justiça se faz necessária para a defesa da liberdade de expressão, do acesso à informação e do pluralismo no País.

Nesse sentido, o presente documento se pretende uma ferramenta para impulsionar o debate com a comunidade jurídica e com o sistema de justiça à respeito deste tema, auxiliar radio-comunicadores que estão sendo processados criminalmente por operarem rádios comunitárias ao reunir e fomentar teses jurídicas que reafirmam aquilo que já se depreende da leitura dos direitos humanos e garantias fundamentais internacional e nacionalmente reconhecidos: o exercício da liberdade de expressão não deve ser criminalizado.

O desenvolvimento, aprimoramento e propagação destas e de outras teses jurídicas em defesa das rádios comunitárias é importante para reverter este cenário de criminalização, ao menos afastando a incidência da ferramenta mais dura da qual dispõe o Estado, que é o direito penal.

Tal tarefa deve ser aliada à luta para que no âmbito administrativo o poder público facilite e fomenta o processo de outorga para funcionamento das rádios comunitárias e evite restrições desproporcionais e desnecessárias, a fim de que se possa de fato garantir a existência destas rádios, que tornam a comunicação no País mais vibrante, plural e democrática.



ARTICLE 19