

A atividade de radiodifusão a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995: da atipicidade das condutas previstas no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 e no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997



Raecler Baldresca

Juíza Federal da 1ª Turma Recursal Cível e Criminal de São Paulo. Professora de Direito Processual Penal. Mestre e Doutoranda pela PUC/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Disciplina contida na Lei nº 4.117/1962 e as alterações realizadas pelo Decreto-Lei nº 236/1967: criminalização da conduta. 3. Telecomunicações e radiodifusão a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995 – Reflexos penais na Lei nº 4.117/1962 e o princípio da legalidade. 4. A Lei nº 9.472/1997 e os serviços de telecomunicações. 5. Tutela penal na atualidade: a questão da revogação parcial da Lei nº 4.117/1962 pela Lei nº 9.472/1997. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

Em 2003, defendi minha dissertação de mestrado sobre o tema “Da radiodifusão comunitária no contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro”, na qual tratava sobre os vários aspectos envolvendo o uso do espectro eletromagnético, especialmente a disciplina criminal, concluindo pela atipicidade das condutas previstas no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 e no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997.

A escolha do tema ocorreu pelo fato de haver no fórum criminal da Justiça Federal de São Paulo um expressivo número de feitos desta natureza, superando processos de crimes considerados mais graves ou potencialmente danosos.

A conclusão da atipicidade, contudo, foi decorrência do estudo da disciplina constitucional da atividade de radiodifusão e de telecomunicações que havia sofrido profunda alteração com o advento da Emenda Constitucional nº 08/1995.

Apesar disso, passados mais de dez anos daquele estudo e mais de quinze anos da reforma constitucional das telecomunicações, ainda se percebe uma imensa contradição existente entre a ordem constitucional inaugurada em 1988 e reformada em 1995 e a política estatal de radiodifusão que, ao mesmo tempo em que beneficia pequenos grupos com penetração política ou econômica no país, reprime a atividade de uso local do espectro eletromagnético, ainda que em detrimento da contenção de graves delitos.

É o momento de se discutir o alcance da norma penal para o uso do espectro eletromagnético e mais do que nunca o Poder Judiciário é chamado a interpretar a legislação sobre o tema em conformidade com os dispositivos constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito e garantem a liberdade de comunicação em todos os seus níveis.

2. Disciplina contida na Lei nº 4.117/1962 e as alterações realizadas pelo Decreto-Lei nº 236/1967: criminalização da conduta.

É certo que, em sua redação original, a Lei nº 4.117/1962 garantia a liberdade de radiodifusão, não excluindo, porém, a possibilidade de punições aos que praticassem abusos no seu exercício, constituindo as penalidades previstas em multa, suspensão, cassação e detenção.

Segundo o artigo 53, constituiria abuso, no exercício da liberdade de radiodifusão, o emprego desse meio de comunicação para a prática de crime ou contravenção previstos na legislação em vigor no país, inclusive:

- a) incitar a desobediência às leis ou às decisões judiciais;
- b) divulgar segredos de Estado ou assuntos que prejudiquem a defesa nacional;
- c) ultrajar a honra nacional;
- d) fazer propaganda de guerra ou de

processos violentos para subverter a ordem política ou social;

e) promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião;

f) insuflar a rebeldia ou a indisciplina nas Forças Armadas ou nos serviços de segurança pública;

g) comprometer as relações internacionais do país;

h) ofender a moral familiar, pública ou os bons costumes;

i) caluniar, injuriar ou difamar os Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário ou os respectivos membros;

j) veicular notícias falsas, com perigo para a ordem pública, econômica e social.

Além disso, o artigo 78 previa o crime de instalação ou utilização de telecomunicações, quando não se observasse o disposto na lei e nos regulamentos sobre o assunto, ou seja, principalmente quando se praticassem as condutas acima descritas, ou quando o exercício da atividade fosse realizado para a prática de crime ou contravenção previsto na norma, configurando-se, em ambos os casos, o referido abuso.

Entretanto, com o advento do Decreto-Lei nº 236/1967, houve modificações na Lei nº 4.117/1962, sobretudo no sentido de ampliar o dispositivo criminal e restringir o exercício da liberdade de radiodifusão, o que foi resultado do processo político-militar inaugurado em março de 1964, quando ocorreu a deposição do Presidente da República João Goulart pelas Forças Armadas.

Com efeito, no auge do período de repressão e ditadura que se havia instalado no país, durante o qual o regime democrático e os direitos fundamentais foram absolutamente desprezados, não havia que se falar em liberdade de expressão. Assim, o governo militar, pretendendo calar seus adversários políticos, editou o referido Decreto-Lei e, dessa forma, alterou o Código Brasileiro de

Telecomunicações, para restringir a atividade de radiodifusão, incluindo outros dispositivos para esse fim, dentre os quais o atual artigo 70, que dispõe, *in verbis*:

Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem a observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

Parágrafo único - Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal.

Também houve a modificação constante do artigo 53 para incluir, dentre as hipóteses de abuso no exercício da liberdade de radiodifusão, a conduta de “colaborar na prática da rebeldia, desordens ou manifestações proibidas”, o que confirma a ideologia que se pretendeu impor à nação, no sentido de impedir a existência e a articulação de grupos divergentes ao regime totalitário.



Com isso, a atividade de telecomunicações em geral sofreu os mesmos efeitos repressivos que caracterizaram o período, felizmente bastante distanciado da realidade presente, sendo imprescindível, pois, que se considere a ordem constitucional atual na interpretação da Lei nº 4.117/1962 e do Decreto-Lei que a complementa, eis que em seu conteúdo ainda repousam as marcas do

regime que vigorava à época.

3. Telecomunicações e radiodifusão a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995 – Reflexos penais na Lei nº 4.117/1962 e o princípio da legalidade.

Originariamente, ao estabelecer a competência material da União, a Constituição Federal de 1988 tratava do serviço de radiodifusão como uma das espécies do gênero telecomunicações, na medida em que, inserindo-os em um único inciso do artigo 21, conferia-lhes o mesmo regime jurídico, conforme se verifica no artigo abaixo transcrito, *in verbis*:

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;

Ocorre que, com a Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/1995, o referido artigo categorizou de maneira distinta os serviços de telecomunicações e os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, eis que dele passou a constar, *in verbis*:

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 regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

Com a nova disciplina, o serviço de radiodifusão perdeu sua condição anterior – de espécie do gênero telecomunicações

– passando a constituir-se em figura autônoma com regime jurídico diverso; tanto assim que foi tratado separadamente, o que trouxe importantes modificações no âmbito infraconstitucional, sobretudo no sentido da inaplicabilidade da sanção penal prevista na Lei nº 4.117/1962.

Com efeito, na medida em que o novo tratamento constitucional deixou de recepcionar as definições contidas no Código de Telecomunicações, no que se refere à inclusão da radiodifusão sonora e televisiva no conceito de telecomunicações, impondo uma disciplina diferenciada, não há como incidir o crime previsto no artigo 70 dessa norma, cujo tipo penal refere-se apenas à atividade de “instalação ou utilização de telecomunicações”.

Note-se que em face do princípio constitucional da legalidade do crime e da pena, segundo o qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei, é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais, não sendo possível interpretar-se o artigo 70 para incluir no termo “telecomunicações” a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens que não consta do tipo penal.

Nesse sentido, confirmam-se as palavras de Celso Bastos que, ao comentar a Emenda Constitucional nº 08/1995, sustentou:

(...) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (televisão) passaram a constituir-se em nova modalidade de utilização do espectro radioelétrico, não abrangida juridicamente pelo gênero “telecomunicações”, com imediatos reflexos normativos subconstitucionais, o que equivale dizer, com plenas consequências sobre a aplicabilidade da Lei nº 4.117/1962 – Código Brasileiro de Telecomunicações – no que respeita às definições dela constantes acerca da transmissão sonora e de sons e imagens (art. 4º), das espécies em que se subdividem esses serviços e, em especial, das sanções nela previstas, particularmente

a veiculada em seu art. 70.

(...)

Com o advento dessa recente emenda, foram apartados os conceitos jurídicos de “telecomunicações” e “radiodifusão”, ficando ainda mais patente a impropriedade conceitual do Código de Telecomunicações a que, eventualmente, se pudesse desejar submeter as rádios comunitárias.¹

Conclui-se, pois, que a Lei nº 4.117/1962 não tem aplicação à radiodifusão, em razão da alteração constitucional ocorrida com a Emenda nº 08/1995, criando-se um vácuo infraconstitucional quanto a essa atividade que, até o momento, não foi preenchido no aspecto penal, conforme veremos mais adiante, a partir da análise da Lei nº 9.472/1997, que instituiu o novo Código de Telecomunicações.

4. A Lei nº 9.472/1997 e os serviços de telecomunicações.

Após mais de uma década da promulgação da Constituição da Federal de 1988, a Lei nº 9.472/1997, disciplinando amplamente a matéria, inaugurou um novo tratamento às telecomunicações, bastante diverso do conferido pela norma anterior, porquanto substancialmente afastado do contexto histórico que a envolvia.

Com efeito, ao contrário da Lei nº 4.117/1962, cuja marca fundamental foram as modificações realizadas durante o regime ditatorial, a nova lei “privilegiou os direitos fundamentais, colocando o Estado em segundo plano, como corretamente a Constituição determina”.²

Nesse sentido, a Lei nº 9.472/1997, além de criar a Agência Nacional de Telecomuni-

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *A Constituição de 1988 e seus problemas*. São Paulo: LTr, 1977, p. 23, 31-32.

2 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 132.

cações, permitiu um maior acesso às telecomunicações em geral, o que se pode observar pelo teor do artigo 128 que dispõe, *in verbis*:

Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;

IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.

Se não há dúvidas de que a Lei nº 9.472/1997 ampliou substancialmente o acesso às telecomunicações em geral e disciplinou a matéria de modo abrangente, cumpre-nos examinar o alcance dos dispositivos nela contidos, considerando a distinção constitucional entre telecomunicações e radiodifusão e, sobretudo, quanto à conduta delituosa nela prevista.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 08/1995, o Governo Federal iniciou uma reforma estrutural no campo das telecomunicações, buscando formular um novo modelo institucional para o setor.

Para isso, inicialmente, foi encaminhado ao Congresso Nacional um projeto de lei, que veio a se transformar na Lei nº 9.295/1996, cuja finalidade essencial era permitir e regular a atuação da iniciativa privada em alguns segmentos das telecomunicações, tais como o da telefonia móvel celular.

Posteriormente, houve um segundo projeto de lei, que veio, por sua vez, a transformar-se na Lei nº 9.472/1997, e que visava alterar a forma de exploração dos serviços de telecomunicações, a fim de que o Estado passasse da condição de provedor e detentor do monopólio para a condição de regulador da atividade, propiciando, assim, a livre competição.

Elaborada pelo Ministério das Comunicações, a proposta desse projeto de lei foi encaminhada à Presidência da República, juntamente com a Exposição de Motivos nº 231, de 10/12/1996, na qual foram apresentados os fundamentos para a reforma da Lei nº 4.117/1962. Segundo a referida Exposição de Motivos:

Esse diploma legal, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, dispõe sobre os serviços de telecomunicações de uma maneira geral, e também sobre radiodifusão; entretanto, apenas os serviços de telecomunicações estão sendo tratados por este Projeto de Lei. Para a reforma completa do Código está previsto que, ao longo de 1997, seja desenvolvido novo projeto, a ser também submetido ao Congresso Nacional, que se pretende venha a se tornar a nova Lei de Radiodifusão.³

Dúvidas não há, pois, que a nova lei foi concebida para tratar apenas das telecomunicações, excluindo-se desse conceito a atividade de radiodifusão, em perfeito atendimento à distinção concretizada pela Emenda Constitucional nº 08/1995. Tanto assim que consta da referida exposição de motivos que o projeto de lei trataria “sobre a nova organização dos serviços de telecomunicações, sobre a criação de um órgão regulador, e sobre outros aspectos institucionais desse setor, em

3 EXPOSIÇÃO de Motivos n. 231, de 10/12/1996 – Min. das Comunic. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>>, p. 14. Acesso em: 21 maio 2015.

atendimento à Emenda Constitucional nº 08, de 15 de agosto de 1995”.⁴

Contudo, a Lei nº 9.472/1997, apesar de dirigir-se essencialmente à atividade de telecomunicações, acabou sendo aplicada também para a atividade de radiodifusão, por conter alguns dispositivos acerca dessa matéria.

De fato, a referida norma apontou a transmissão de imagens como uma das formas de telecomunicação (art. 69, parágrafo único), tendo também disciplinado o uso de radiofrequências, inclusive para os serviços de radiodifusão (arts. 158 e ss.). Ademais, em que pese ter excluído da jurisdição da Anatel a outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, a nova lei determinou caber à Agência a fiscalização das respectivas estações (art. 211).

Registre-se, de qualquer forma, que a incursão da lei na área de radiodifusão deuse apenas no âmbito administrativo eis que, especificamente quanto ao aspecto penal, o legislador definiu como crime somente a atividade de telecomunicações desautorizada, sem operar a distinção imposta a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995.

De outra face, evidenciando sintonia com a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 9.472/1997 complementa os argumentos já expostos neste trabalho e confirma o entendimento no sentido de que, mesmo tratando de radiodifusão, a disciplina nela contida – tanto no sentido do controle da atividade quanto de uma maior restrição aos procedimentos de permissão, concessão ou autorização – dirige-se apenas às empresas exploradoras do serviço de telecomunicações e radiodifusão que tenham fins lucrativos.

De fato, a partir de um exame mais cuidadoso, verifica-se que a lei refere-se essencialmente à atividade empresarial de prestação de serviços dessa natureza, seja

quando trata dos serviços prestados em regime público, seja quando trata dos serviços prestados em regime privado.

Tanto assim que basta a leitura de seus dispositivos, atentando para os termos neles contidos, para que se perceba quem são os destinatários da norma e o enfoque voltado para o controle do exercício da atividade lucrativa de telecomunicações. Confira-se a transcrição de alguns deles, *in verbis*:

Art. 70. Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, em especial:

I - a prática de subsídios para redução artificial de preços.

(...)

Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

E ao tratar dos serviços prestados em regime público:

Art. 118. Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedor do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Quanto aos serviços prestados em regime privado:

Art. 126. A exploração do serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica.

(...)

⁴ *Ibidem*, p. 3.

Art. 129. O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no parágrafo 2º do artigo 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria.

(...)

Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:

I - estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;

II - não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;

III - dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;

Mesmo ao tratar do uso de radiofrequência, a lei dispõe que:



Art. 164. Havendo limitação técnica ao uso de radiofrequência e ocorrendo o interesse na sua utilização, por parte de mais de um interessado, para fins de expansão de serviço e, havendo ou não, concomitantemente, outros interessados em prestar a mesma modalidade de serviço, observar-se-á:

I - a autorização de uso de radiofrequência dependerá de licitação, na forma e condições estabelecidas nos arts. 88 a 90 desta Lei e será sempre onerosa;

Por sua vez, determina o citado artigo 90 que, *in verbis*:

Art. 90. Não poderá participar da licitação ou receber a outorga de concessão a empresa proibida de licitar ou contratar com o Poder Público ou que tenha sido declarada inidônea, bem como aquela que tenha sido punida nos dois anos anteriores com a decretação de caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência.

Assim, ao descrever termos como tarifas, preços, concorrência, empresa, atividade econômica, quando trata da organização dos serviços de telecomunicações, a norma limita seu campo de ação a atividades tipicamente empresariais, ainda mais considerando que nela não há dispositivos que envolvam a prestação gratuita dessa espécie de serviço.

E não poderia ser diferente, eis que a Lei nº 9.472/1997 foi concebida, principalmente, para regular os serviços de telefonia fixo e móvel celular, além da comunicação mediante TV a cabo e uso de satélite, o que impõe, inegavelmente, um controle mais rígido e detalhado, havendo, inclusive, a previsão de licitação para a prestação desses serviços remunerados.

Por essa razão, em todos os casos em que a exploração do serviço de telecomunicações visar a obtenção de lucro, a Lei nº

9.472/1997 será a aplicável, sendo diverso o tratamento nas hipóteses em que o serviço for prestado gratuitamente e com alcance local, objetivando atender ao interesse público, como é o caso das rádios comunitárias, para as quais, inegavelmente, não há a incidência do crime nela previsto.

5. Tutela penal na atualidade: a questão da revogação parcial da Lei nº 4.117/1962 pela Lei nº 9.472/1997.

Além de definir infrações administrativas e respectivas sanções, a Lei nº 9.472/1997, na esteira do Código de Telecomunicações, também descreveu uma conduta criminosa, impondo-lhe pena privativa de liberdade e multa, nos termos dos artigos 183 e 184, segundo os quais:

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).

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.

Parágrafo único - Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radio-freqüência e de exploração de satélite.

Ocorre que, apesar de a Lei nº 9.472/1997 ter surgido no mundo jurídico após a distinção concretizada pela Emenda Constitucional nº 08/1995, o crime definido

nos artigos supratranscritos fez referência apenas à telecomunicação, não incluindo a conduta daquele que desenvolve, ainda que clandestinamente, a atividade de radiodifusão, menos ainda a atividade de radiodifusão comunitária.

Não houvesse tal distinção, seria possível estender-se o alcance da norma para compreender que a radiodifusão é uma das espécies de telecomunicação, estando, pois, incluída no delito definido no artigo 183. Contudo, por não ser essa a realidade jurídica atual, a menos que o intérprete assumira a necessidade de ampliar o sentido do tipo penal ali previsto, não há que se falar na incidência do referido artigo para os que desenvolvam essa atividade.

O assunto mostra-se ainda mais complexo quando se atenta para o conteúdo do artigo 215, segundo o qual:

Art. 215. Ficam revogados:

I - a Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;

A questão que se coloca a partir das informações contidas neste dispositivo dirige-se, essencialmente, para o âmbito da aplicabilidade da norma, no que se refere ao crime nele descrito e ao exercício da atividade de radiodifusão.

Em outras palavras, como conciliar o crime do artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 à realidade constitucional atual? Estaria ele revogado por ter a lei 9.472/1997 tratado de matéria penal em seu artigo 183? E como entender que os preceitos relativos à radiodifusão contidos na antiga lei não foram revogados pela Lei nº 9.472/1997, a qual, ainda que discretamente, acabou também por disciplinar essa matéria?

Quanto a essa última questão, a única alternativa possível é compreender-se que, no tocante à radiodifusão, a Lei nº 4.117/1962

não mais vigora, salvo quanto ao que não foi tratado pela lei nova, já que, como vimos anteriormente, a Lei nº 9.472/1997 também trouxe regras acerca dessa atividade.

No âmbito penal, a questão ganha maior interesse, eis que o tipo previsto no artigo 70, em que pese ser mais abrangente que o crime definido no artigo 183 – na medida em que se perfaz apenas com a instalação de telecomunicações – também desconsidera a distinção constitucional antes mencionada, já que não aponta expressamente a atividade de radiodifusão.

Há tamanha controvérsia sobre a questão, inclusive em nossos tribunais, que várias alternativas têm sido vislumbradas, seja no sentido da incidência do artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 ou do artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, seja no sentido da atipicidade da conduta daquele que exerce atividade de radiodifusão.

A primeira alternativa seria entender que a atividade de telecomunicações estaria submetida ao tipo penal descrito no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, sendo que o artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 estaria em vigor para tipificar apenas a atividade de radiodifusão, uma vez que, além da distinção constitucional entre ambos os conceitos, a lei nova ressaltou a vigência da lei antiga exatamente quanto ao tipo penal e à matéria relativa à radiodifusão (art. 215, I).

Esse posicionamento menciona a distinção constitucional entre telecomunicações e radiodifusão, entendendo, contudo, que como a Lei nº 9.472/1997 não teria cuidado de matéria penal relativa à radiodifusão, o delito de operar rádio clandestinamente estaria previsto no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962.

Por outro lado, também há entendimento no sentido de que a atividade de radiodifusão estaria submetida ao artigo 70, em face da ausência de lei que diferencie as formas de exercício da telecomunicação, mesmo diante da separação que a Emenda Constitucional nº

08/1995 realizou.

Adotar ambas as posições, porém, significa aceitar uma interpretação legal que traz um gravame ao agente, na medida em que se sustentam a partir da desconsideração efetiva da distinção realizada pela Emenda Constitucional nº 08/1995.

Outra hipótese que se apresenta ao intérprete – e que também não enfrenta o problema já exposto – seria no sentido de que houve revogação do delito previsto no artigo 70, uma vez que a nova lei tratou de toda a matéria penal em seu artigo 183, o qual se aplicaria tanto às telecomunicações quanto à radiodifusão em geral.

Contudo, há ainda outra alternativa possível, e que defendo, por entender que está em maior conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com os ditames contidos na Constituição Federal. Segundo esse entendimento, é atípica a conduta daquele que desenvolve, ainda que clandestinamente, atividade de radiodifusão, uma vez que ela não se encontra envolvida pelo tipo penal do artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, nem tampouco pelo delito descrito no artigo 70 da Lei nº 4.117/1962, os quais se referem apenas ao serviço de telecomunicações.

De fato, mesmo contendo o termo telecomunicações, o tipo do artigo 70 sempre foi utilizado para tipificar atos de instalação e utilização irregular, tanto de telecomunicação quanto de radiodifusão, em razão da interpretação sistemática desse dispositivo com outros artigos da mesma lei, especificamente com os artigos 4º e 6º, alínea “d”, concluindo-se, pois, que a atividade de telecomunicação seria gênero e dividida em várias outras atividades caracterizadas como espécies, dentre as quais se encontraria a atividade de radiodifusão.

E essa interpretação encontrava respaldo na Constituição Federal de 1988, na medida em que seu artigo 21, inciso XII, alínea “a”, era expresso ao estabelecer a competência da União para explorar “os serviços de radiodifu-

são sonora e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações”, evidenciando que tratava da radiodifusão como espécie de atividade que integra o gênero telecomunicações.

Todavia, com a disciplina constitucional inaugurada pela Emenda Constitucional nº 08/1995, que operou a distinção entre ambos os serviços, as normas penais que se referem às telecomunicações – e que antes eram aplicadas também à radiodifusão – não podem mais ser interpretadas extensivamente para a ampliação do tipo penal, não havendo recepção constitucional do artigo 70 e também do artigo 6º, alínea “d”, da Lei nº 4.117/1962, por serem normas incompatíveis com o novo texto.

Da mesma forma, o artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, por referir-se apenas a telecomunicações, também não tem aplicabilidade para o serviço de radiodifusão, mesmo considerando o termo radiofrequência contido no parágrafo único do artigo 184, uma vez que nele não há exclusão de outras formas de uso do espectro eletromagnético, podendo ser aplicada também à telecomunicação.

Tanto assim que, ao regular o espectro de radiofrequência, o artigo 158 dessa lei se curva à opção constitucional de separar telecomunicação e radiodifusão, ao destinar faixas de radiofrequência para ambos os serviços, em incisos diferentes (§ 1º, incs. II e III, respectivamente).

Por outro lado, não há como se sustentar que, diante do artigo 215 da Lei nº 9.472/1997, estaria em vigor o artigo 70 da Lei nº 4.117/1962, ainda que apenas com relação à radiodifusão. É que, muito embora aquele dispositivo determine que esta lei não estaria revogada quanto aos preceitos relativos à radiodifusão, na mesma ocasião, também determinou não ter havido revogação com relação à matéria penal não tratada na lei nova. Ocorre que, como já visto, a Lei nº 9.472/1997 tratou da matéria penal contida no artigo 70 da antiga lei, impondo a exclusão dessa hipótese das exceções indicadas no referido artigo 215.

A propósito, mesmo diante da ressalva contida nesse dispositivo, não há que se falar em repristinação do artigo 70, eis que, para a restauração da eficácia da lei revogada, seria necessária expressa disposição normativa nesse sentido, não bastando mera interpretação ou presunção, o que não ocorre nesse caso.

Conclui-se, pois, que o artigo 70 da Lei nº 4.117/1962 já estava revogado – quanto à radiodifusão – desde 1995, quando foi editada a Emenda Constitucional nº 08/1995, tendo sido também revogado, quanto às telecomunicações, com o advento da Lei nº 9.472/1997, uma vez que seu artigo 183 tratou integralmente da matéria nele contida, nos termos do que consta no artigo 215, inciso I, da lei posterior.

Entende-se, portanto, que a prática de atividade de radiodifusão sem autorização, concessão ou permissão da União, por não se amoldar a nenhum tipo penal, é fato atípico, o que não exclui a possibilidade de haver repressão estatal, quando houver abuso no uso do espectro eletromagnético, no âmbito civil e administrativo. Daí a necessidade de que peritos efetivamente realizem o exame sobre os equipamentos responsáveis pelo funcionamento da rádio, e não somente analisem o parecer técnico emitido, reescrevendo as informações ali contidas.

De qualquer forma, se a discussão é extensa quanto à tipicidade das condutas referentes à radiodifusão em geral, dúvidas não deve haver acerca da não incidência das normas incriminadoras acima analisadas às situações relativas às rádios comunitárias ou rádios de pequeno alcance, seja em razão dos argumentos já explicitados e que se aplicam perfeita e indubitavelmente à hipótese, seja em face do alcance limitado e local que as rádios livres possuem, seja ainda pela falta de potencial lesivo ao sistema de telecomunicações, conforme tem sido decidido pelos tribunais.

Sobre a aplicação do princípio da insignificância, confira-se entendimento do

Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Regionais Federais:

HABEAS CORPUS. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. IMPUTAÇÃO AO PACIENTE DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRESENÇA. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I – Conforme perícia efetuada pela Anatel, o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora não possuía capacidade de causar interferência prejudicial aos demais meios de comunicação, o que demonstra que o bem jurídico tutelado pela norma – segurança dos meios de telecomunicações – permaneceu incólume.

II – Rádio comunitária operada com os objetivos de evangelização e prestação de serviços sociais, denotando, assim, a ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade da conduta imputada ao paciente.

III - A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (IV) inexpressividade da lesão jurídica.

IV – Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela.

V – Ordem concedida, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos ao



paciente na esfera administrativa. (STF, HC 115.729/BA, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 18/12/2012, DJe 13/02/2013)

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA SEM A DEVIDA CONCESSÃO ESTATAL. BAIXA FREQUÊNCIA. AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS E DE DANOS A TERCEIROS. DESENVOLVIMENTO DE SÉRIA ATIVIDADE SOCIAL. ASSISTÊNCIA AO PODER PÚBLICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DOLO.

- Havendo prova conclusiva de que a emissora foi organizada e era mantida pela própria comunidade, possui baixa frequência e desenvolvia séria atividade social, de interesse da comunidade, dela se valendo, inclusive, para fins públicos, as autoridades locais, bem assim não havendo quaisquer indicativos de quem com ela colabora tenha obtido vantagem financeira com a sua atividade, não se configura ilícito na esfera criminal, pela ausência de caracterização do dolo e pela inoccorrência de potencialidade lesiva ao bem tutelado pela norma penal, já que

incapaz de causar danos à terceiros.

- Precedentes desta Corte e dos demais TRFs.

- Ordem concedida para trancar a ação criminal originária.

(TRF 5ª Região, HC 2001.05.00.004861-1/PE, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal José Maria de Oliveira Lucena, j. 10/05/2001, DJ 06/07/2001)

PENAL. UTILIZAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES. RÁDIO COMUNIDADE. BAIXA FREQUÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. O crime de utilização de telecomunicações, previsto no art. 70 da Lei nº 4.117, de 27/08/1962, não se caracteriza quando o aparelho dado como instalado é de baixa potência e alcance, sem demonstração de interferência nas telecomunicações.

2. Não é socialmente útil a apenação de tal conduta, que deve ser punida apenas na esfera administrativa. Não deve o aparelho punitivo do Estado ocupar-se com lesões de pouca importância, insignificantes e sem adequação social. O direito penal somente deve incidir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico.

3. Improvimento do recurso.

(TRF 1ª Região, RCCR 1999.01.00.089918-0/MG, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Olindo Menezes, j. 28/08/2001, DJ 05/10/2001)

6. Conclusão.

Os períodos de repressão à liberdade de manifestação do pensamento, além de impedirem que os brasileiros exercessem e exercitassem esse direito fundamental, também marcaram a forma pela qual o Estado e a sociedade passaram a tratar o uso dos meios de comunicação. São evidentes os critérios políticos e econômicos utilizados para a outorga e renovação de concessões, permissões ou autorizações para o exercício da atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Em contrapartida, a atuação estatal contra o funcionamento de rádios locais de pequeno alcance nunca deixou de ocorrer e conta com especial atenção dos órgãos de combate à criminalidade.

É certo que essa situação foi bastante fragilizada com o advento da internet, das redes sociais e dos instrumentos tecnológicos que permitem a comunicação a longa distância de maneira difusa e em tempo real. Mas não há dúvidas de que a liberdade de produzir atividade de radiodifusão (televisão e rádio) ainda permanece atrelada praticamente aos mesmos grupos políticos e econômicos que sempre dominaram esse setor, havendo ainda hoje número expressivo de processos criminais envolvendo os tipos penais das Leis nºs 4117/1962 e 9.472/1997.

Da mesma forma, a interpretação das regras infraconstitucionais que foi construída ao longo dos anos sobre a atividade de radiodifusão, em vez de partir da ordem constitucional vigente e de um indispensável exame do contexto histórico em que determinadas leis foram editadas, baseia-se na análise isolada e mecânica dos dispositivos legais e acaba por reforçar, ainda que involuntariamente, o domínio de poucos, afastando qualquer possibilidade de acesso democrático aos meios de comunicação. Tanto assim que são raros os julgados que enfrentam efetivamente a alteração que a Emenda Constitucional nº 08/1995 concretizou, separando a atividade de radiodifusão das atividades de telecomunicações.

Registre-se que a atividade de radiodifusão não é ilimitada e também é indisputável que a liberdade de manifestação do pensamento por esse veículo não é irrestrita, até porque os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser limitados quando estiverem em conflito com outros direitos fundamentais, como o direito à honra, à imagem e à privacidade, por exemplo.

Exatamente em virtude da importância estratégica que os meios de comunicação

ostentam, já que podem ser utilizados como instrumento político, de controle ideológico e de formação da opinião pública, é que a Constituição Federal de 1988 tratou da questão, impondo ao Poder Público o dever de fiscalizar a atividade e regular a melhor forma de seu exercício.

Entretanto, a atuação estatal deve ter em conta a garantia da igualdade e dos demais direitos constitucionais, quanto ao uso

dos meios de comunicação, eis que, diante da sociedade de massas da atualidade e do alcance que a informação pode ter, não há dúvidas de que a atividade de radiodifusão revela-se como uma das formas em que a cidadania pode ser plenamente exercida e por meio da qual podem os cidadãos manifestar seus desacordos, canalizar suas reivindicações e, principalmente, se comunicarem, em busca do conhecimento e da liberdade.

Referências bibliográficas.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. . As rádios comunitárias e a Constituição de 1988. *Cadernos de direito constitucional e ciência política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17, p. 61-73, out./dez. 1996.

_____. . *A Constituição de 1988 e seus problemas*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. . A liberdade de expressão e a comunicação social. *Cadernos de direito constitucional e ciência política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 20, p. 48-52, jul./set. 1997.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antonio. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CAPARELLI, Sérgio. *Comunicação de massa sem massa*. 4. ed. São Paulo: Summus, 1986.

CASTELLO BRANCO, Carlos. *Os militares no poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1977.

COELHO NETO, Armando. *Rádio comunitária não é crime, direito de antena: o espectro eletromagnético como um bem difuso*. São Paulo: Ícone, 2002.

EXPOSIÇÃO de Motivos n. 231, de 10/12/1996 – Min. das Comunic. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=331>>, p. 14. Acesso em: 21 maio 2015.

FERRARETTO, Luiz Artur. *Rádio: o veículo, a história e a técnica*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001.

KIENTZ, Albert. *Comunicação de massa: análise de conteúdo*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1973.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. . Da concessão e exploração de radiodifusão. In: VERRI JR., Armando; TAVOLARO, Luiz Antonio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Licitações e contratos*

administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 295-345.

NUNES, Márcia Vidal. Rádios comunitárias no século XXI: exercício da cidadania ou instrumentalização da participação popular? In: MOREIRA, Sonia Virgínia; DEL BIANCO, Nélia (Orgs.). *Desafios do rádio no século XXI*. São Paulo: INTERCOM; Rio de Janeiro: UERJ, 2001. p. 234-250.

NUNES, Marisa Aparecida Meliani. *Rádios livres: o outro lado da voz do Brasil*. Monografia (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Departamento de Jornalismo e Editoração da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *A radiodifusão no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário da comunicação*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. Rádio comunitária: a liberdade de expressão e opinião e a restrição ao seu exercício. *Boletim dos Procuradores da República*. São Paulo: Artchip, ano IV, n. 47, p. 3-11, mar. 2002.

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SILVA, Hélio. *O poder militar*. Porto Alegre: L&PM, 1984.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Rádios comunitárias. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, v. 2, n. 1, out. 1999.

_____. . *Rádios comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio a Castelo*. Rio de Janeiro: Saga, 1969.

TAVARES, Reynaldo C. *Histórias que o rádio não contou*. 2. ed. São Paulo: Harbra, 1999.

VICHI, Bruno de Souza. Democracia nos meios de comunicação social. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 30, p. 190-216, 2000.