

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

CRIME EM TELECOMUNICAÇÃO¹

FRANCISCO DIAS TEIXEIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1 Antecedentes (a Lei 4.117/62); 1.2 Legislação recente (as Leis 9.472/97 e 9.612/98) – 2. O crime em telecomunicação: 2.1 Aspecto administrativo; 2.2 Os tipos penais; 2.3 Radiodifusão comunitária e radiodifusão clandestina; 2.4 Irregularidade e clandestinidade – Aplicabilidade do art. 70 da Lei 4.117/62 no tempo; 2.5 Constitucionalidade da norma penal; 2.6 A norma penal em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – 3. Conclusão.

Resumo: O artigo comenta o tratamento legislativo que vem sendo dado à questão da instalação e operação de rádios, sem a competente autorização administrativa. Analisa a matéria sob o ângulo constitucional e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, concluindo pela inexistência de incompatibilidades entre esses textos e a novel legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Telecomunicações – Radiodifusão clandestina – Radiodifusão comunitária.

1. Introdução

1.1 Antecedentes (a Lei 4.117/62)

Persiste a discussão em torno das chamadas “rádios clandestinas”.² Discutiu-se muito sobre a compatibilidade da norma penal contida no art. 70 da Lei 4.117/62³ com a Carta Política de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos

(1) Seria também adequada a expressão “crime contra o serviço de telecomunicação”. Por outro lado, entendo inadequadas as expressões “crime contra telecomunicação” e “crime de telecomunicação”. Com efeito, nos tipos penais, que serão vistos, a conduta do agente não é lesiva à telecomunicação em si, e nem se refere ao exercício da atividade de telecomunicação, mas ao exercício dessa atividade em desobediência às normas (= serviço público) reguladoras. Ou seja: comete-se o crime em atividade de telecomunicação contra o serviço de telecomunicação, mas não contra a telecomunicação e nem pelo fato de “telecomunicar-se”.

(2) Adiante procurarei determinar o significado legal dessa expressão.

(3) Diz a norma: “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

Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que entrou em vigor no Brasil em 25.09.1992 e foi promulgada através do Dec. 678, de 06.11.1992. Com efeito, tanto a nossa Carta Política quanto a Convenção Internacional garantem a liberdade de expressão e traçam diretrizes para regramento dos meios de comunicação, proscrevendo o monopólio deles, e, conseqüentemente, assegurando a democratização do acesso a esses meios e a pluralidade da informação. Com base nisso, os partidários da inconstitucionalidade da norma legal concluem que não apenas a norma penal contida na Lei 4.117/62 mas também os comandos de ordem administrativa ali inseridos conflitam com a Carta Política e a Convenção Internacional, na medida em que, ao condicionar a instalação de radiodifusão a autorização do Poder Público e sujeitar o infrator à sanção penal, dificultam ou impedem a livre expressão, permitem o monopólio dos meios de comunicação e, conseqüentemente, inibem a liberdade de informação.⁴

Realmente, a Lei 4.117/62, denominada "Código Brasileiro de Telecomunicações", concebia a execução do serviço de radiodifusão apenas sob a forma empresarial (art. 38), não contemplando a hipótese de rádios comunitárias, com finalidade exclusivamente cultural, social ou filantrópica. Assim, ainda que promulgada sob um regime político democrático, esse Estatuto bem serviu ao regime autoritário, permitindo a formação de grandes empresas de telecomunicação, que deram sustentação ideológica àquele regime, e têm demonstrado grande capacidade de se perfilar ao lado do poder estatal e das pessoas que o detêm, nem sempre atendendo aos interesses da sociedade.⁵

Nesse contexto, a norma repressiva contida no art. 70 da Lei 4.117/62, ainda que, sob o aspecto jurídico-penal, não cause estranheza (trata-se de uma norma penal em branco, a exemplo de inúmeras outras existentes no Código Penal e em leis especiais), e ainda mesmo que, em nosso entender, recebida pela Carta

utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos."

- (4) A questão não chegou a ser objeto de aprofundamento doutrinário, mas apenas de pronunciamentos jurisprudenciais. Nos juízos de primeiro grau houve uma forte tendência em considerar inconstitucional a lei, tendência essa que, inicialmente, foi seguida por alguns julgados de Tribunais Regionais Federais, mas que vem sendo arrefecida, conforme oportunamente será exemplificado.
- (5) Frequentemente, ao se sustentar a inconstitucionalidade da norma penal coibidora da instalação de radiodifusão sem autorização do Poder Público, argumenta-se que o Dec.-lei 236, de 28.02.1967, que deu nova redação ao art. 70 da Lei 4.117/62, é representativo de um regime autoritário, e, portanto, não se ajusta ao regime democrático, especialmente no que diz respeito à liberdade de expressão adotado pela Carta de 1988. Porém, o referido Decreto-lei, nesse particular, em nada alterou o texto promulgado em 27.08.1962, em regime democrático e por um Governo parlamentar; mas apenas deslocou o comando do art. 78 para o art. 70. Ademais, a conduta já fora prevista no CP, em seu art. 151, § 1.º, IV, e § 2.º, que foi revogado pelo art. 78 da Lei 4.117/62.

de 1988, teve sua aplicabilidade negada por membros do Ministério Público Federal e da Magistratura, principalmente em primeiro grau.

1.2 Legislação recente (as Leis 9.472/97 e 9.612/98)

É proverbial que a sociedade brasileira sofreu enorme transformação após a década de 60. O crescimento da urbanização, a ampliação da rede escolar (principalmente a universitária), a facilitação do acesso à tecnologia, o aumento da demanda pela informação, a diversificação da sociedade e, sobretudo, a democratização do Estado são causas que levavam ao total obsoletismo da Lei 4.117/62, que concebia o serviço de radiodifusão apenas de forma empresarial. Deu-se a proliferação das chamadas “rádios clandestinas”.

Em 17.07.1997, entrou em vigor a Lei 9.472/97, que: “Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da EC 8, de 15.08.1995”, cujo art. 215, I, revogou “a Lei 4.117, de 27.08.1962, salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão”.

Sucessivamente, em 19.02.1998, foi promulgada a Lei 9.612/98, que “Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências”, cujo art. 1.º dispõe: “Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.

§ 1.º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 *watts* ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.

§ 2.º Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila”.

Essa lei veio responder, exatamente, à crítica que se fazia à Lei 4.117/62, que concebia o serviço de radiodifusão apenas sob a forma empresarial e lucrativa, atendendo, pois, à reivindicação no sentido de se possibilitar a instalação das chamadas *rádios comunitárias* ao abrigo da lei, propiciando, de um lado, a saudável multiplicação das emissoras, e evitando, de outro, a sua proliferação clandestina, danosa ao próprio serviço de radiodifusão e de outros serviços que se utilizam do espaço eletromagnético, conforme, por exemplo, a navegação aérea e aparelhos de comunicação utilizados em serviços de emergência.⁶

⁽⁶⁾ Em documento que chegou oficialmente ao Ministério Público Federal, Maria de Fátima Chimentão Lemos, engenheira do Dentel, ao responder consulta sobre os

Mas, ou por inércia dos órgãos públicos encarregados de outorgar à entidade interessada autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária (art. 6.º da respectiva lei) ou por recalcitrância dessas entidades em atender às exigências indispensáveis à execução desse serviço, o certo é que as denominadas “rádios comunitárias” continuam funcionando à margem da lei e da fiscalização do Estado, em seu legítimo exercício do poder público e no interesse de toda a sociedade, quanto à utilização racional e segura do espaço eletromagnético.

As delegacias do Ministério das Comunicações, ao tomarem conhecimento dessas rádios, providenciam ordem judicial no sentido de serem apreendidos os respectivos equipamentos, dando-se início à investigação penal.⁷

Surtem, aqui, três indagações: (a) quanto à tipicidade da conduta, tendo-se em vista que a Lei 9.612/98, ao instituir o serviço de radiodifusão comunitária, cominou apenas sanção administrativa (multa) ao fato consistente em fazer operar tal serviço irregularmente; (b) quanto à adequação do fato ao tipo penal previsto no art. 183 da Lei 9.472/97, na medida em que esta norma (do art. 183) refere-se à conduta consistente em “desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação”, mas a atividade do agente, se relacionada à radiodifusão comunitária, não é contemplada pela Lei 9.472/97, e sim, pela Lei 9.612/98; (c) finalmente, persiste a questão atinente à recepção do art. 70 da Lei 4.117/62 pela Constituição de 1988, porque, conforme já mencionado, a Lei 9.472/97 não revogou as normas penais dessa lei e os preceitos relativos à radiodifusão, senão declarou, expressamente, que elas continuam em vigor.

2. O crime em telecomunicação

2.1 Aspecto administrativo

Antes, porém, de se adentrar na questão penal, objeto deste artigo, há que se verificar a legalidade e constitucionalidade da exigência de autorização do Poder Público para se fazer operar radiodifusão. Pois, se tal exigência for

efeitos deletérios das chamadas *rádios clandestinas*, diz: “Para ilustrar o problema ‘interferência prejudicial’, informamos que a maioria das estações irregulares que localizamos, ocorrem (*sic*) através de reclamações, efetuadas por pessoas que não conseguem receber sinais de emissoras de FM nem sintonizar seus aparelhos de televisão; sendo muito comum que elas ocorram até pelo Sindacta, que algumas vezes tem que desligar o sistema de ‘proteção ao voo’, devido a interferências causadas por ‘estações irregulares’, o que coloca em risco todo o tráfego aéreo”.

⁽⁷⁾ O par. ún. do art. 70 da Lei 4.117/62 prevê: “Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal”.

inconstitucional, porque o fazer operar serviço de radiodifusão é corolário do direito de liberdade de expressão – conforme sustentam alguns – a inconstitucionalidade do preceito administrativo contamina a norma penal em branco.

A CF, em seu art. 21, XII, *a*, com redação dada pela EC 8, de 15.08.1995, prevê a competência da União para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Já o art. 223 confere ao Poder Executivo competência para “outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Tamanho é o valor desse bem (o espectro eletromagnético, por onde se difundem as ondas sonoras do rádio) e tamanha é a relevância do serviço de radiodifusão, que o constituinte reservou ao Congresso Nacional a competência para “apreciar os atos de concessão e renovação de concessão dele ao particular” (art. 49, XII).

Nos termos da Carta Política, a exploração do serviço de radiodifusão compete, pois, à União Federal; e sua autorização, concessão ou permissão a particular é de competência do Poder Público Federal (Executivo e Legislativo). E, conforme é próprio desses institutos de direito administrativo, tal serviço, quando exercido por particular, deverá ficar sob a fiscalização do Poder Público.

Atualmente, a matéria é regulada pela Lei 4.117/62 e pela Lei 9.472/97, porque esta última revogou a primeira, salvo, conforme acima já anotado, a matéria penal e os preceitos relativos à radiodifusão (art. 215, I).

Os serviços de telecomunicação, de que a radiodifusão é espécie, são assim definidos pela Lei 9.472/97:

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1.º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2.º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.”

Por outro lado, nos termos da Lei 4.117/62 (cujos preceitos referentes à radiodifusão continuam em vigor), as telecomunicações, quanto a seu fim, classificam-se em vários serviços, dentre os quais o de *radiodifusão*. *Verbis*: “*serviço de radiodifusão*, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão” (art. 6.º, *d*).

Em conformidade com o art. 62 da Lei 9.472/97, os serviços de telecomunicações classificam-se, quanto à abrangência, em serviço de interesse coletivo e serviço de interesse restrito. Já o art. 63 diz que esses serviços serão prestados sob o regime jurídico público ou privado.

A exploração do serviço de interesse coletivo, prestado sob o regime jurídico público (art. 64), depende de concessão e está sujeito às normas da Agência Nacional de Telecomunicações (art. 83). Ao passo que os serviços de interesse restrito serão prestados sob o regime privado (art. 67), mediante autorização da Agência (art. 131).

Os serviços de interesse público, cuja prestação poderá ser *concedida* ao particular, que o fará sob o regime jurídico público, estão sujeitos aos princípios estatuídos no art. 79, dentre os quais, a *universalidade*, que consiste em “possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público”.

Por outro lado, os serviços de interesse restrito, cuja prestação será *autorizada* ao particular, que o fará sob regime privado, serão baseados, exclusivamente, “nos princípios constitucionais da atividade econômica” (art. 126), e seus objetivos estão elencados no art. 127 da Lei 9.472/97.

A partir desses conceitos legais, tem-se que o serviço de *radiodifusão comunitária* caracteriza-se como sendo de interesse público. Pouco importa se o serviço é exercido regular ou irregularmente. A circunstância de ser exercido irregularmente pode ter consequências de ordem administrativa ou mesmo penal; porém, não desnatura sua essência, cuja natureza é pública. Também é irrelevante o fato de a Lei 9.612/98 dizer que a instalação de *radiodifusão comunitária* será “autorizada” pelo Poder Concedente (art. 6.º), enquanto que a Lei 9.472/97 prevê a “concessão” para exploração dos serviços de interesse coletivo (arts. 64 e 83), prevendo a “autorização” para os serviços de interesse restrito (art. 67). É que os dois diplomas legais têm objetos diversos: o da Lei 9.472/97 é a atividade empresarial de telecomunicação; o da Lei 9.612/98 é a atividade comunitária de radiodifusão; na primeira, a exploração do serviço de interesse coletivo exige “concessão” do Poder Público, sendo que a mera “autorização” destina-se aos serviços de interesse restrito; na segunda, exatamente por sua natureza comunitária (= interesse público, mesmo que seja um público pequeno), basta a “autorização”.

2.2 Os tipos penais

Conforme acima já assinalado, a Lei 4.117/62 foi apenas parcialmente revogada. Permanecem em vigência a matéria penal não tratada na Lei 9.472/97 e aquela relativa à radiodifusão (art. 215, I).

Portanto, há de se analisar a matéria penal tratada na Lei 9.472/97 para se concluir, por exclusão, qual permanece vigente na Lei 4.117/62.

A Lei 9.472/97 contém um único tipo penal, em seu art. 183, que consiste em “Desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações”, cuja pena é de *dois a quatro anos de detenção*, além de multa.

Já o par. ún. do art. 184 diz que: “Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e exploração de satélite”.

Por seu turno, a Lei 4.117/62 também contém um único tipo penal, em seu art. 70, que consiste em “*instalar ou utilizar telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos*”, cuja pena prevista é de *detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiros*.

A diferença básica entre as condutas previstas na antiga e na nova lei consiste em que, na primeira, o crime caracteriza-se com o simples fato de instalar aparelho de telecomunicação e *não se observar exigências previstas na lei ou no regulamento*; na segunda, apenas se *desenvolver a atividade de telecomunicação, clandestinamente, ou seja, sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço* o fato é considerado criminoso. Observa-se, pois, que a segunda conduta expõe a sociedade a maior perigo, porque o agente sequer dispõe da outorga do Poder Público, enquanto que a primeira consiste apenas em inobservância de normas legais ou regulamentares, supondo, assim, a outorga do Poder Público, mas a não obediência às respectivas condições. Por isso, a pena cominada à segunda conduta é significativamente maior.

Conclui-se, pois, que os dois preceitos penais dizem respeito a fatos diversos. Ou seja: a Lei 9.472/97, ao dispor sobre a matéria penal, não trata do fato consistente em instalar serviço de telecomunicação em desacordo com as exigências legais e regulamentares (o que pressupõe a concessão, permissão ou autorização), mas apenas trata do fato de maior gravidade, consistente em desenvolver atividade de telecomunicação clandestinamente (sem a necessária concessão, permissão ou autorização). Já a Lei 4.117/62 prevê, exatamente, a conduta consistente em desobedecer as exigências legais e regulamentares, na execução de serviço de radiodifusão. Há, pois, compatibilidade entre os dois diplomas penais, e, portanto, eles coexistem.

Trata-se, ademais, em ambos os casos, em seu tipo-base (art. 183 da Lei 9.472/97): “Desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicações”; art. 70 da Lei 4.117/62: “*Instalar ou utilizar telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos*”, de *crime de mera conduta*, cujos tipos não supõem a ocorrência de dano. O dano, se verificado, constitui-se em causa de aumento da pena, nos exatos termos constantes de ambos os dispositivos legais: “aumentada (a pena) da metade se houver dano a terceiro”.⁸

(8) Mirabete, de forma sintética e clara, diz: “Nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se

Assim, *data venia*, não tem apoio na lei uma jurisprudência que vinha firmando-se (agora já mais esparsa), segundo a qual a instalação de radiodifusão de baixa potência, com fins culturais, sem autorização do Poder Público, não é fato típico, se não acarreta dano a terceiro.⁹ Ora, "baixa potência" é aquela prevista nas normas regulamentares, a cargo do Executivo, e agora previsto na própria lei (25 watts ERP - § 1.º do art. 1.º da Lei 9.612/98); não qualquer outra a critério do Judiciário. E a finalidade da rádio não descaracteriza o tipo, se instalada clandestinamente. Poderá ser relevante para a dosagem da pena.

Esse entendimento, por nós sustentado mesmo antes da promulgação das Leis 9.472/97 e 9.612/98, parece que vem-se consolidando na jurisprudência dos tribunais regionais, conforme se vê nas ementas abaixo transcritas:

"Agravado de instrumento. Funcionamento de radiodifusão. Art. 223 da CF/88. Concessão. 1. Não é permitido o funcionamento de radiodifusão que não detenha concessão, permissão ou autorização concedida pelo Poder Executivo. 2. Não cabe ao Judiciário suprir a permissão para funcionamento do serviço público restrito, de radiodifusão, que, segundo a lei, só pode ser concedido pelo Conselho Nacional de Telecomunicações" (TRF 4.ª Reg., 3.ª T., ac. 1997.04.48640-5, j. 06.11.1997, rela. Juíza Luíza Dias Cassales, DJ 03.12.1997, p. 5.038).

"Processo penal. *Habeas corpus*. Exploração de rádio sem autorização legal. Lei 9.612/98. Ato que constitui crime em tese. Art. 70 da Lei 4.117/62. Ausência de prova de baixa potência da emissora. 1. Mesmo em se tratando de rádio comunitária, indispensável a autorização para seu funcionamento,

com a ação ou omissão do agente. Não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida pela lei diante da prática da conduta". Diversamente do *crime formal*, no qual "não há necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta" (Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal*, 3. ed., Atlas, vol. 1, p. 133). Ora, ao fazer funcionar clandestina ou irregularmente radiodifusão, o agente não "pretende" nenhum resultado danoso, mas, com sua *mera conduta*, expõe a perigo (abstrato) a população que utiliza serviços prestados por meio do espectro eletromagnético.

O TRF da 3.ª Reg., em acórdão do qual foi rel. Juiz Sinval Antunes, deixou assentado, na emenda do acórdão, que "(...) III - A operação de estação de rádio sem a devida autorização do Dentel constitui delito de natureza formal que configura-se com a simples utilização do equipamento sem a observância da regulamentação específica, independentemente do objeto do agente" (1.ª T., ac. 94.03.041564-9, j. 22.11.1994, DJ 14.02.1995, p. 6.024).

(9) São representativos dessa jurisprudência as seguintes ementas:

"Penal. Código Brasileiro de Telecomunicações. Lei 4.117/62. Rádio clandestina. 1. Instalação de aparelho rádiotransmissor de pequena potência incapaz de interferir nos normais meios de comunicação, com o propósito de auxiliar a comunidade, não

nos termos da Lei 9.612/98, o que não constitui, conforme reiteradamente decidido pela Turma, violação à norma constitucional que garante a liberdade de expressão. 2. Destinando-se o *habeas corpus* à proteção do direito de locomoção, incabível sua extensão para garantir direito de propriedade ou de explorar emissora de rádio sem autorização administrativa. 3. Ausente prova de baixa potência da emissora, hipótese em que não incidiria a norma incriminadora, à falta de potencial lesivo ao sistema de telecomunicações, deve ser cassada a ordem de *habeas corpus* que traduz, em síntese, autorização judicial para funcionamento da emissora de rádio, em verdadeira usurpação de competência da Administração, prevista na Constituição. 4. Remessa a que se dá provimento, prejudicados os recursos da União Federal e do Ministério Público" (TRF 1.^a Reg., 3.^a T., ac. 1998.01.00.029335-5, j. 02.09.1998, rel. Juiz Osmar Tognolo, *DJ* 29.08.1998, p. 187).

"Penal e processo penal. Crime contra os serviços de telecomunicações. Art. 70 da Lei 4.117/62, de 1962. Denúncia. Rejeição. Crime em tese. Princípio da insignificância. Suspensão condicional do Processo. I – A instalação e utilização

se constitui no delito do art. 70 da lei específica. 2. Ausência de dolo que autoriza a absolvição. 3. Apelo provido" (TRF 1.^a Reg., 4.^a T., ac. 94.01.00.09468-3, j. 13.11.1995, rela. Juíza Eliana Calmon, *DJ* 07.12.1995, p. 85.229).

"(...) 2. A figura penal do art. 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações não abarca o serviço de radiodifusão comunitária, de baixa potência e cobertura restrita, regido exclusivamente pela Lei 9.612, de 19.02.1998, em caráter unicamente administrativo. 3. Tem entendido a jurisprudência, por outro turno, que a instalação e utilização rudimentar de telecomunicação não configura crime, mesmo à luz da Lei 4.117/62, em face do pouco potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado: o sistema nacional de telecomunicações" (TRF 1.^a Reg., 2.^a Seção, ac. 1997.01.00.043635-2, j. 03.06.1998, rel. Juiz Olindo Menezes, *DJ* 05.10.1998, p. 134).

"Processo penal. Recurso em sentido estrito. Remessa oficial. *Habeas corpus* preventivo. Cabimento. Rádio comunitária. Art. 70 da Lei 4.117/62. Atipicidade. Inocorrência de dano ou ofensa aos interesses tutelados pelo Código Brasileiro de Telecomunicações. Improvimentos dos recursos.

1 – Ausente justa causa para o indiciamento dos Pacientes em inquérito policial e existindo fundado receio de constrangimento ilegal ante a lacração de rádio comunitária, é de se admitir o caráter preventivo do *writ*.

2 – Não se tipifica o crime previsto no art. 70 da Lei 4.117/62, quando ausente potencialidade lesiva em transmissão de rádio comunitária, de diminuta potência e alcance.

3 – Vedação legal à restrição ao direito de expressão e valorização das manifestações culturais, a justificarem o *mandamus*. Aplicação dos arts. 5.^o, IX, e 215, *caput*, da CF.

4 – Manutenção da r. decisão concessiva da ordem. Improvimento dos recursos" (2.^a T. do TRF da 3.^a Reg., RC 96.03.095776-3, rela. Juíza Sylvia Steiner. Vencido o Juiz Célio Benevides, j. 08.04.1997, *DU* 30.04.1997, Seção II).

de equipamento de radiodifusão sem autorização do Poder Público configura crime em tese, nos termos do art. 70 da Lei 4.117, de 1962. II – Aptidão do equipamento para causar danos aos serviços de telecomunicação atestada por laudo pericial, por isso que não se aplica, na espécie, o princípio da insignificância, que deve ser considerado em cada caso e não em gênero, para descriminalizar conduta delituosa pelo legislador. III – Denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do CPP, não se verificando qualquer das hipóteses do art. 43, do mesmo código, a autorizar sua rejeição. IV – Requerimento de suspensão condicional do processo formalizada pelo Ministério Público Federal. V – Recurso Provido” (TRF 1.^a Reg., 3.^a T., ac. 1998.01.00.009274-2, j. 06.11.1998, rel. Juiz Jamil Rosa de Jesus, *DJ* 18.12.1998, p. 1.402).

“*Habeas corpus*. Telecomunicações, instalação de rádio comunitária de baixa potência. Trancamento do inquérito policial. Descabimento. I – Os serviços de telecomunicações, inclusive os de radiodifusão, segundo a norma constitucional, dependem de autorização e concessão do Poder Público. Inteligência do art. 21 da CF. II – A Carta Constitucional, ao garantir a liberdade de comunicação e expressão (art. 5.^o, IX), não afastou a exigência de autorização e delegação para a exploração dos serviços de radiodifusão (art. 223), pelo que a exploração e utilização ilegais de tais serviços caracterizam, em tese, o crime descrito no art. 70 da Lei 4.117/62. III – Ordem denegada” (TRF 3.^a Reg., 2.^a T., ac. 1997.03.084101-5, j. 17.02.1998, rel. Juiz Célio Benevides, *DJ* 25.03.1998, p. 143).

“Constitucional e penal: recurso de *habeas corpus*. Crime tipificado no art. 70 da Lei 4.117/62. Código Brasileiro de Telecomunicações. Emissora de baixa potência. Tipicidade. Competência privativa da União. Indispensabilidade de autorização estatal. Serviço de radiodifusão. Pacto de São José da Costa Rica. I – Compete privativamente à União Federal conceder autorização para a instalação e regular funcionamento dos serviços de radiodifusão (art. 21, XII, da CF/88). II – É indispensável a autorização estatal para o exercício de atividade pertinente ao serviço de radiodifusão (art. 223, CF/88). III – O art. 4.^o do Dec.-lei 236, de 28.02.1967, que dispõe sobre os serviços de radiodifusão, foi recepcionado pela norma constitucional contida no art. 21, XII, da CF/88. IV – O pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Dec.-lei 678/92, condena tão-somente, o abuso do controle oficial sem, contudo, impedir o seu exercício. V – Havendo indício de crime, em tese, e de envolvimento do paciente na sua prática, a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos é de rigor. VI – Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* cassada” (TRF 3.^a Reg., 2.^a T., ac. 1996.03.095773-9, j. 10.06.1997, rel. Juiz Aricê Amaral, *DJ* 06.08.1997, Seção II).

Nessa linha, o Colendo Superior Tribunal de Justiça também já decidiu:

“*Habeas corpus*. Constrangimento ilegal. Radiodifusão. Nível-frequência. Transmissão. Ausência de autorização do Poder Público. Funcionamento. Instauração de inquérito policial. Apreensão dos aparelhos. Imprescindibilidade

da outorga de concessão. Permissão ou autorização para o exercício dessas atividades. Fatos típicos, em tese. Delito previsto no art. 70 da Lei 4.117/62. Procedimento policial regular. Pedido Indeferido" (5.ª T. do STJ, HC 5804-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, v.u., j. 01.07.1997, DJ 08.09.1997).

2.3 Radiodifusão comunitária e radiodifusão clandestina

Conforme já referido, a Lei 4.117/62 foi objeto de acerba crítica, porque não permitia a instalação regular de estações de rádio de menor alcance, voltadas ao atendimento de pequenas comunidades locais. A Lei 9.472/97, por seu turno, também não cuidou da questão.

Assim, posteriormente, foi promulgada a Lei 9.612, de 19.02.1998, que disciplina, exatamente, o "Serviço de Radiodifusão Comunitária".

Essa lei, conforme já visto, conceitua o Serviço de Radiodifusão Comunitária como sendo "a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço".

O § 1.º do art. 1.º diz que: "Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 wats ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros".

E o § 2.º diz que: "Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila".

Por outro lado, a instalação de Radiodifusão Comunitária está sujeita a prévia autorização do Poder Concedente (art. 6.º) e à obediência de várias outras exigências contidas na lei. A não observância dessas exigências constitui infração administrativa, cujas penas estão previstas no art. 21. Assim, aqui, pode-se concluir que a instalação de Radiodifusão Comunitária *autorizada*, mas que *funciona* em desobediência aos requisitos legais está sujeita a pena administrativa somente; mas o fato não se constitui crime, porque a lei específica (9.612/98) não se remete à Lei 4.117/62, que prevê essa espécie de crime.

Mas e a instalação de radiodifusão pretensamente comunitária, *sem autorização do Poder Público*?

Inicialmente, "radiodifusão comunitária" é uma locução cujo significado é dado pela lei. O conceito de radiodifusão comunitária é dado pela norma legal, conforme acima visto (art. 1.º e parágrafos da Lei 9.612/98).

Na falta de qualquer desses requisitos (dentre eles a "outorga" pelo Poder Público), não se tem radiodifusão comunitária.

Prossegue a lei estabelecendo as finalidades (art. 3.º), os princípios (art. 4.º) e as condições exigíveis das entidades que pretendam instalar radiodifusão comunitária (art. 9.º).

Portanto a pessoa que, diretamente ou através de uma entidade, instale radiodifusão incompatível com as normas contidas nos arts. 3.º, 4.º e 9.º também não exerce atividade de radiodifusão comunitária, nos termos da lei.

É certo que, na hipótese de o Poder Concedente ter “autorizado” a instalação e, posteriormente, o outorgado desviar daqueles requisitos que ensejaram a “autorização”, estar-se-á diante de uma “radiodifusão comunitária irregular”, cuja consequência é apenas de ordem administrativa, conforme vista. Porém, se, a par de não enquadrar nas normas definidoras de radiodifusão comunitária, a emissora não dispuser de autorização do Poder Público, e, conseqüentemente, não for registrada no órgão público competente, não se pode falar de radiodifusão comunitária; mas, simplesmente, em radiodifusão clandestina, enquadrável no art. 183 da Lei 9.472/97, ainda que de baixa potência e malgrado a sua finalidade social.

2.4 Irregularidade e clandestinidade – Aplicabilidade do art. 70 da Lei 4.117/62 no tempo

A norma penal do art. 70 da Lei 4.117/62 refere-se a conduta consistente na “instalação ou utilização de telecomunicações, *sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos*.” Já o tipo contido no art. 183 da Lei 9.472/97 é “Desenvolver *clandestinamente* atividades de telecomunicação” (grifamos).

A primeira norma refere-se a *irregularidade*; a segunda, a *clandestinidade*. O exercício de atividade de radiodifusão clandestina é sempre irregular; mas nem toda atividade irregular é clandestina: a pessoa age ostensivamente, com autorização do Poder Público, porém, em desobediência às condições estabelecidas na autorização. A clandestinidade é mais grave que a mera irregularidade.

O art. 70 da Lei 4.117/62 não estabelece a diferença. Ao tipificar a conduta *irregular* (menos grave), penaliza também a conduta mais grave (*clandestina*), porque esta contém aquela; mas, à falta de previsão legal diversa, a pena era a mesma para ambas as condutas.¹⁰

Já o art. 183 da Lei 9.472/97, referindo-se à *clandestinidade*, não criminaliza a conduta *irregular*, pois não se pode dar interpretação extensiva à lei, de forma a alcançar conduta menos grave que a expressamente prevista. Portanto, em face da Lei 9.472/97, é crime apenas a atividade de telecomunicação clandestina; mas não aquela que, autorizada pelo Poder Público, foge das normas regulamentares. É de se anotar que, tratando-se de atividade pública por natureza (pois o som e/ou imagem emitidos podem ser captados por todos que dispõem de aparelho receptor adequado), clandestinidade significa (mesmo que a lei não o dissesse)

⁽¹⁰⁾ Convencionou-se denominar, nessa e em outras hipóteses legais, “clandestino” aquilo que, na verdade (e nos termos da lei), é mera irregularidade.

“fora do controle do Poder Público”. E esse controle se faz previamente, quando da respectiva autorização ou concessão, que, por seu turno, a partir do registro da estação transmissora, viabiliza o controle permanente.

A diferenciação de “irregularidade” e “clandestinidade” passou a ter relevância porque a pena prevista no art. 183 da Lei 9.472/97 (dois a quatro anos de detenção e multa de R\$ 10.000,00) é bastante superior à prevista no art. 70 da Lei 4.117/62 (um a dois anos de detenção). Assim, caso o fato tenha ocorrido antes da edição da Lei 9.472/97 (17.07.1997), ainda que clandestino, a pena será aquela prevista no art. no art. 70 da Lei 4.117/62. Caso o fato seja posterior a 17.07.1997, impõe-se a distinção: se meramente irregular, aplica-se o mesmo art. 70; se clandestino, aplica-se o art. 183 da Lei 9.472/97.

2.5 Constitucionalidade da norma penal

Posto que, em tese, o fato consistente em *fazer funcionar radiodifusora clandestinamente ou em desacordo com as normas legais e regulamentares* é típico, resta verificar se a lei penal colide com os preceitos constitucionais acerca da matéria, conforme sustentam alguns.

Têm-se lido, em arrazoados e decisões judiciais, que os tipos penais em consideração (art. 70 da Lei 4.117/62: “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 observância do disposto nesta lei e nos regulamentos. Parágrafo único. Procedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal”. Art. 183 da Lei 9.472/97: “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”) colidem com as normas contidas nos incs. IV e IX do art. 5.º da Carta Magna.

As normas constitucionais mencionadas consagram o fundamental direito à manifestação do pensamento e da expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. *Verbis*: “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*” (grifei).

Dizem: a radiodifusão constitui-se num veículo de manifestação do pensamento e da expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Portanto, é inconstitucional a lei que exige licença do Poder Público para sua instalação, e, conseqüentemente, também o é a norma que erige a crime a instalação da rádio sem a exigida licença.

Porém, o raciocínio parte de premissa diversa da norma constitucional. Substitui as expressões “manifestação do pensamento” e “expressão da atividade intelectual etc.” por outra, que seria: “instalação de meios de divulgação do pensamento etc.”

A licença de que se prescinde, nos termos da norma constitucional, refere-se à exteriorização, pelo *indivíduo*, de suas idéias e à transmissão delas, sob qualquer forma ou veículo. O que se relaciona estritamente com a proscrição da censura. Ninguém precisa de licença do Poder Público para dizer o que entenda devido, diretamente ou através de uma emissora.

Coisa diversa, porém, é a instalação da emissora. Isso a Carta Magna não deixa livre a todos os indivíduos. E seria indesejável que o fizesse, e mesmo inviável, dado que a *radiodifusão* se faz através do espectro eletromagnético, que é limitado, e, portanto, é indispensável a racionalização de seu uso, através de faixas de ondas, que são destinadas às diversas estações emissoras – o que apenas um poder central poderá fazer, que, no caso, é a União Federal.

Com efeito, o art. 21, XII, *a*, da Carta Política estabelece que compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Complementando esse dispositivo, diz o art. 223 que “Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”. E seu § 1.º confere ao Congresso Nacional competência para apreciar o ato do Executivo. O que vem assim expresso no art. 49, XII, da Carta: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão”.

Nenhuma relação existe, pois, entre a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, e a liberdade de exercício de atividade de radiodifusão. Uma poderá conviver ao lado da outra, mas elas (as liberdades) não se misturam: são bens distintos, com tratamento constitucional diverso.

Tanto assim é que o art. 222 da Constituição veda ao estrangeiro a propriedade de empresa que se destina à radiodifusão, dentre outras atividades, quando a liberdade de expressão é assegurado também ao estrangeiro residente no país (art. 5.º, *caput*).

E, conforme se sabe, a própria liberdade de expressão não é absoluta, o que, aliás, está escrito na Carta Magna, em seu art. 220, *verbis*: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (grifei). Já o inc. IV do art. 5.º, ao mesmo tempo em que consagrava a liberdade de expressão, restringe-a, vedando o anonimato.

Os dispositivos legais que condicionam o exercício de atividade relacionada à radiodifusão ao controle do Poder Público, e sujeita o infrator à sanção penal, têm respaldo, pois, na Lei Maior.

A fiscalização da atividade de radiodifusão insere-se no poder geral de Polícia; e é cabível ainda que se trate de serviço autorizado, concedido ou permitido que não esteja sendo regularmente executado; com maior fundamento, portanto, o é se executado “clandestinamente”. Por outro lado, a criminalização da conduta desobediente à norma administrativa – norma penal em branco – é questão de política penal, a cargo do Legislativo.

2.6 A norma penal em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Conforme se sabe, existe controvérsia quanto à hierarquia das normas internacionais ao ingressarem em nosso sistema jurídico: ficam ao nível da lei ordinária, adquirem *status* constitucional, ou, mesmo, sobrepõem-se à norma constitucional. Mas, ainda que se adote a terceira doutrina, entendendo passíveis de derrogação os preceitos constitucionais acima vistos pela Convenção Internacional, manter-se-ia a conclusão. Pois a referida Convenção, nesse particular, não alarga o campo de direitos já assegurados por nossa Lei Maior.

Com efeito, o art. 13 da Convenção, sob a rubrica “Liberdade de Pensamento e Expressão”, diz: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade do pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidade ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde moral pública.

Não se pode restringir o direito de expressão por via ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficial ou particulares do papel de imprensa, de frequência radioelétrica ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obter a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

(...)”.

Extraí-se do texto acima transcrito que, à semelhança de nossa Carta Política, a convenção internacional assegura a liberdade *peçoal* de expressão, por todas as formas, através de quaisquer meios e independentemente de

fronteiras. Mas não garante o direito à exploração de serviços relacionados à comunicação, independentemente do porte da empresa.

Ao contrário, a Convenção prevê (último parágrafo transcrito) o controle oficial da frequência radioelétrica, vedado apenas o abuso nesse controle, que vise restringir o direito de expressão, o que, de resto, extrai-se também de nossa legislação interna.

Assim, para se sustentar que as normas contidas nas Leis 4.117/62 e 9.472/97 (que criminalizam as condutas consistentes em fazer funcionar em desacordo com as normas legais e regulamentares ou instalar clandestinamente serviço de radiodifusão, respectivamente) esbarram no preceito contido na Convenção (que veda o abuso do controle da frequência radioelétrica), há que se demonstrar que a Lei 9.612/98 (que instituiu o “Serviço de Radiodifusão Comunitária”), ao dispor sobre os requisitos para instalação desse serviço (limite de potência, âmbito de cobertura, finalidade do serviço etc.), implica em abuso do controle da frequência radioelétrica, e implica em restrição do direito de expressão – o que não se tem demonstrado.

3. Conclusão

1. O espectro eletromagnético é um bem público, cuja utilização, pelo Poder Público ou por particular, precisa ser disciplinada, em obediência a normas técnico-científicas, de forma a permitir seu aproveitamento racional e garantir a eficiência dos serviços executados através das ondas eletromagnéticas. A utilização desordenada do espectro eletromagnético poderá, inclusive, colocar em risco a segurança da pessoas, por exemplo, ao causar interferência em aparelho de navegação aérea. Assim, é legítima e tem base constitucional a legislação que regulamenta, impondo restrição, a utilização do espectro eletromagnético.

2. Compete à União explorar, diretamente ou através de concessão autorização ou permissão, o serviço de radiodifusão de som e/ou imagem. O art. 70 da Lei 4.117/62, ao erigir à gravidade de crime o ato de instalar radiodifusão sem observância das normas legais foi recepcionado pela Constituição de 1988, porque a nova Carta Política mantém sob o poder da União a exploração, a concessão, e respectiva fiscalização, dos serviços de radiodifusão. Trata-se de uma norma penal em branco, ditada por critérios técnicos e políticos, conforme inúmeras outras encontráveis em nossa legislação penal.

3. A liberdade de expressão e manifestação do pensamento, garantidos a todos na Constituição Federal, refere-se aos signos e conteúdos emanados do indivíduo, e cuja divulgação pode-se dar diretamente ou através de algum veículo de comunicação. Porém, não abrange a instalação do veículo de comunicação, para o que, a Constituição estabelece regras e vedações. A Convenção Ameri-

cana sobre Direitos Humanos também admite intervenção do Estado nesse setor, desde que não seja com o fim de exercer controle sobre a circulação de idéias, opiniões e informações. Assim, o art. 70 da Lei 4.117/62 (editada em fase democrática e sob uma constituição legítima: de 1946), poderia ser questionado apenas sob esse enfoque.

4. O art. 70 da Lei 4.117/62 não foi revogado pela Lei 9.472/97 (art. 215, I). Mas, a partir da vigência desta última lei, o crime nele previsto consiste no ato de instalar serviço de radiodifusão *irregularmente*; a instalação *clandestina* é tipificada no art. 183 da Lei 9.472/97.

5. Com a promulgação da Lei 9.612/98, que viabiliza a radiodifusão comunitária, de baixa potência e de instalação acessível, ficou superado o argumento no sentido de que a lei penal implica no estabelecimento de monopólio da informação e em restrição na divulgação de manifestações do pensamento.

Por outro lado, a *radiodifusão comunitária* é conceituada pela Lei 9.612/98: radiodifusão comunitária é a que atenda aos requisitos previstos na lei e cujo funcionamento seja autorizado pelo Poder Público. Se não autorizada, tem-se uma *rádio clandestina*, fato tipificado pela Lei 9.472/97, art. 183; se autorizada mas, após obtida a autorização, desviar-se dos critérios estabelecidos na Lei 9.612/98, tem-se uma *rádio irregular*, fato também típico, nos termos do art. 70 da Lei 4.117/62.