



## A CRIMINALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO DAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS NO BRASIL

Túlio de Medeiros Jales\*

Gustavo Freire Barbosa\*\*

### RESUMO

Investiga-se o tratamento penal reservado pelo Estado a operadores e operadoras de rádios comunitárias que atuam à margem do regime administrativo estatal regente da comunicação comunitária. Analisa-se o perfil do direito à liberdade de comunicação e de informação, demonstrando-se como para além de uma dimensão de atuação estatal negativa, a concretização de tal direito depende de uma atuação positiva do Estado. Demonstra-se como a legislação e a atuação administrativa dos poderes estatais ao tempo que obstaculizam o exercício da liberdade de informação pelos comunicadores e comunicadoras comunitários, são eficazes em agasalhar tais agentes no aparato criminal. Relaciona-se a atuação do poder econômico midiático com as condutas estatais observadas e, ante as contraditórias decisões jurisdicionais sobre o tema, aponta-se a descriminalização dos tipos penais conectados com operação de rádios comunitárias como passo primeiro rumo à garantia do direito à liberdade de comunicação dos agentes comunicadores envolvidos.

**Palavras-chave:** Rádios Comunitárias. Criminalização. Poder Econômico Liberdade de comunicação. Ação estatal positiva.

### 1 INTRODUÇÃO

Dentre os direitos que condensam o ideal republicano inerente a sociedades verdadeiramente democráticas, o direito à comunicação aparece como uma das maiores expressões da liberdade de expressão, sendo de fundamental importância para a observância dos mais basilares princípios de um Estado Democrático de Direito livre dos arreios que

---

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. [tulio\\_jales@hotmail.com](mailto:tulio_jales@hotmail.com)

\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. [gustavofreirebarbosa@gmail.com](mailto:gustavofreirebarbosa@gmail.com)

impedem que seus cidadãos e cidadãs se expressem e se comuniquem sem maiores constrangimentos.

Em se tratando de um direito humano, a comunicação social, compreendida como o conjunto de órgãos com o propósito de difundir informações, não deve, segundo o artigo 220, §5º da Constituição de 1988, ser alvo de monopólios e oligopólios, o que comprometeria de vez a pluralidade de opiniões e expressões socioculturais da sociedade brasileira.

É exatamente na perspectiva de prestigiar tal diversidade e de garantir a todos e a todas o fácil, diverso e qualificado acesso à comunicação que as rádios comunitárias figuram, hoje em dia, como o instrumento que melhor contempla o desiderato constitucional de uma comunicação social verdadeiramente democrática e inclusiva.

Em termos práticos, entretanto, vemos um Estado que atua em franca contrariedade aos apanágios constitucionais da Comunicação Social no que diz respeito à efetiva democratização do direito de informar e ser informado, criminalizando e impondo uma miríade de obstáculos burocráticos à regulamentação e ao corrente funcionamento das rádios comunitárias, muito embora o artigo 220 da Constituição Federal observe em seu enunciado que 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.

As normativas infraconstitucionais vêm, assim, operando não apenas como obstáculos de ordem burocrática às rádios comunitárias, empurrando-as cruelmente à clandestinidade, mas também atuando como categóricos instrumentos de criminalização do pleno acesso à comunicação social nos parâmetros fixados pelo próprio texto constitucional. Compromete-se, assim, o livre fluxo de informações oriundas dos grotões periféricos dos grandes centros urbanos, locais onde se concentram boa parte das vozes caladas, perseguidas e criminalizadas por quererem, tão somente, se comunicar.

Analisar os óbices proibicionistas do direito à comunicação que retiram sua normatividade é o propósito do presente trabalho, problematizando acerca dos meios de sua superação no sentido de garantir, sempre, o pleno exercício da liberdade de expressão, mormente em seu matiz social coletivo.

## 2 BREVE PERFIL CONSTITUICIONAL DO DIREITO À COMUNICAÇÃO

A liberdade de expressão, núcleo intangível do direito à comunicação, passou por diversas mudanças desde sua consagração com a Revolução Francesa e demais revoluções liberais que a sucederam no século XIX. Sob a influência de episódios históricos que envolveram a transição do Estado liberal para o Estado social, a liberdade de expressão passou não mais a corresponder à acepção clássica relacionada ao estrito respeito a direitos status negativo, a exemplo da própria liberdade de imprensa. Assim, embora tenha mantido seu arcabouço liberal, granjeou novo sentido, agora correspondente à dinâmica da sociedade industrial e da realização de direitos voltados à proteção de coletividades<sup>1</sup>.

Esta concepção de Estado se aproxima da teoria social-democrática dos direitos fundamentais, segundo a qual a liberdade e a consecução dos direitos fundamentais de resistência pressupõem condições materiais imprescindíveis para o seu exercício, conforme observa Martins:

No que tange à resposta da teoria social-democrática à crise do Estado liberal, tem-se, de um lado, uma discussão crítica com as consequências da teoria liberal e da organização da liberdade sobre ela construída. Do lado propositivo, reivindica-se a substituição do âmbito da vida como autarquia individual pelo âmbito da vida como social de prestações e relações sociais, incentivada pelo desenvolvimento geral da sociedade, no sentido de se propugnar por maior equidade material ou, ao menos, pela garantia de iguais chances e condições (MARTINS, 2012, p.10).

Com efeito, de símbolo maior dos direitos liberais clássicos confrontadores do arbítrio estatal, passou, com o surgimento do Estado-Providência e da positivação direitos sociais e coletivos, a se revestir também de um viés coletivista, vez que a noção de liberdade de expressão não mais se restringira ao direito de se expressar isolada e individualmente, mas também de direito relacionado à comunicação de massa em decorrência, sobretudo, da introdução de meios

---

<sup>1</sup> Se a liberdade de expressão e de informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien regime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública (FARIAS, 2000, p. 166).

<sup>1</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo

de comunicação que revolucionaram as noções de transmissão de informações no tempo e no espaço, tais quais o rádio e a televisão.

O Estado, então, passou de absenteísta a protagonista na garantia da normatividade do direito à comunicação. O surgimento de meios de produção com o propósito de veicular informação às massas também trouxe, portanto, a necessidade de intervenção do Estado com o escopo impedir a concentração do uso do sinal radioelétrico e do espectro eletromagnético, que esvaziaria a dimensão democrática do direito à comunicação.

A conformação do perfil da liberdade de expressão aos novos meios em que as opiniões se manifestavam origina uma nova categoria de direito, rapidamente alçado ao nível de direito fundamental, qual seja, o direito à comunicação ou à liberdade de informação. Todas estas novas terminologias são produtos do novo cenário em que as opiniões são expressadas, não ocorrendo agora sob uma ótica atomizada, mas sim aliada a suportes técnicos, tecnológicos, estéticos e argumentativos diversos que, modificando a forma como nos expressamos, modifica o efeito que estas comunicações implicam na sociedade.

Não por acaso a Constituição de 1988 reserva um capítulo específico para tratar do tema da Comunicação Social. Representando o texto constitucional a superação de um quadro político em que as liberdades comunicativas encontravam-se tolhidas em seu exercício pela sociedade, sendo o Estado o detentor do crivo por meio do qual se institui quem pode ou não veicular informações por meio do espectro eletromagnético, necessário que o capítulo constitucional sobre a comunicação social concedesse à liberdade de imprensa a mais alta margem de liberdade possível.

Trata-se justamente no que faz quando, no art. 220, expõe que a manifestação do pensamento e os veículos que a transmitam não sofrerão qualquer restrição, observados, contudo, os limites dispostos na Constituição<sup>2</sup>. Em interpretação ao texto Constitucional, o

---

<sup>2</sup> Art. 220. 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. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá,

Supremo Tribunal Federal defende que a margem de liberdade de imprensa é inclusive maior do que o espectro reservado à expressão do pensamento:

A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome ‘Da Comunicação Social’ (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de ‘atividades’ ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Preceito Fundamental nº 130, Relator. Min. Ayres Britto, 2009).

“Ninguém ignora que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse coletivo e decorra da prática legítima, como sucede na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220). Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento nº 505.595, Relator Min. Celso de Mello, 2009.)

---

sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade

É dizer, só as fronteiras com estro na própria Constituição poderão limitar a manifestação do pensamento. Gilmar Mendes identificará, pois, que as mínimas limitações impostas pela Constituição à liberdade de comunicação são reservas legais qualificadas:

Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplina a liberdade de imprensa, tendo em vista sobretudo a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa. (MENDES, 1994, p. 298).

As reservas estabelecidas pela Constituição que mais interessam ao recorte proposto por este trabalho figuram no art. 5º, XIV, quando se assegura a todos o acesso a informação, e no art. 220, parágrafo 5º, ao se proscreever que os meios de comunicação sejam direta ou indiretamente objeto de monopólio e oligopólio. Ambas reservas buscam, por caminhos diferentes, garantir uma pluralidade comunicativa no seio social. Ao assegurar aos cidadãos e cidadãs o direito à informação a Constituição não lhes garante acesso a uma informação qualquer, mas sim a possibilidade de informar através de fontes diversas e variadas. Pensar o contrário, isto é, que a homogeneização das fontes informativas não corroeria o próprio direito de informação, seria supor que tal garantia estava provida em sistemas antidemocráticos onde só houvesse a fonte informação estatal. O direito de se informar – e de ser informado - é, logo, direito de se informar através de maior amplitude de fontes possível.

Esta acepção fica ainda mais candente com a norma do parágrafo 5º do art. 220, onde expressamente se homenageia a pluralidade de formas de expressão quando proscreeve-se não só o Estado, mas também os particulares de se arvorarem detentores do monopólio da informação. Na sequência da exposição do já citado precedente do Supremo Tribunal Federal, cristaliza-se esse entendimento:

O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Preceito Fundamental nº 130, Relator. Min. Ayres Britto, 2009)

A atuação do Estado como mediador das tensões entre a liberdade de comunicação e o poder econômico como agente limitador de tal liberdade é uma necessidade que a realidade vem exigindo há anos. Nesse sentido, conhecida é a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão no Caso “*Blinkfuer*”. A tópica dizia respeito à situação ocorrida no auge da Guerra Fria, logo após a construção do Muro de Berlim, em que dois grandes conglomerados editoriais da Alemanha Ocidental (*Alex Springer e Die Welt*) lançaram circular direcionada aos distribuidores e varejistas de jornais conclamando ao boicote ao pequeno semanário *Blinkfuer*, em razão deste publicar a programação televisiva da Alemanha Oriental. Caso os comerciantes não realizassem o boicote, os conglomerados suspenderiam o fornecimento da mídia a eles vinculada (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 287).

O TCF entendeu que a convocação ao boicote realizado pelos conglomerados atingiu a área de proteção da liberdade de imprensa que protegia o semanário, mormente porque o boicote foi realizado com utilização do predomínio econômico que os conglomerados detinham sobre o mercado. Transcrevendo trecho da decisão paradigmática temos que assim assentou o TCF alemão:

Certamente, os órgãos da imprensa não podem, a princípio, evocar a liberdade de imprensa em face do exercício da liberdade de expressão de outrem, fundamentando-o tão somente em desvantagens econômicas, quando têm que aceita-las. As liberdades de expressão e imprensa tem por fim proteger livre atividade intelectual e o processo de formação de opinião na democracia livre; elas não servem à garantia de interesses econômicos. Mas, para a proteção da instituição imprensa livre, há de se assegurar a independência de seus órgãos contra grupos de alto poder econômico que se valham de meios inadequados para a composição e distribuição de produtos da imprensa [BVerfGE 20, 162 (175s)]. Para o alcance do objetivo da liberdade de imprensa, qual seja, a facilitação e garantia da formação de uma opinião pública livre, exige-se que a imprensa seja protegida contra tentativas de se destruir a concorrência de opiniões por meio dos instrumentos de pressão econômica. O boicote ao semanário *Blinkfuer* violou essa liberdade garantida constitucionalmente. Ele perseguia, com efeito, o objetivo de impedir novas publicações da programação da rede de rádio e televisão centro-alemã e tirar do público informações, na medida em que novas distribuições desse semanário deveriam deixar de ser efetuadas pelos comerciantes de jornais. O reclamante estava, entretanto, dependente deste aparato econômico. O comportamento dos réus dirigia-se contra a liberdade de noticiar, coibindo a livre circulação de informações pela aplicação de meios principalmente econômicos. (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p.294-295).

Assim, percebe-se a necessidade do Estado agir como catalisador e garantidor da pluralidade dos meios de comunicação. Em nossa Constituição, um dos marcos de incentivo dessa pluralidade é a previsão da comunicação comunitária. Analisando o capítulo da

Comunicação Social da Constituição 1988 (arts. 220-223), percebe-se a forma paradoxal com que o tema da comunicação comunitária, onde se enquadra o fenômeno das rádios comunitárias, foi tratado. Isto porque ao tempo em que o art. 221 elenca entre os princípios norteadores da programação das emissoras de rádio e TV a “regionalização da produção cultural, artística e jornalística<sup>3</sup>”, o seu artigo 223 deliberadamente omite a menção ao sistema comunitário como um dos modelos de concretização da comunicação social, mencionando apenas os sistemas público, estatal e privado<sup>4</sup>. Ora, não se poderia fomentar de forma mais adequada a produção de informação regional do que através de operadores imersos nas próprias localidades, próximos dos agentes sociais de seus espaços, sabedores das pautas essenciais de sua temporalidade.

Nota-se no texto constitucional, pois, uma verdadeira disputa por “territórios de produção de informação”, em que se embatem uma aposta centralizadora, representada pelos operadores de grande escala e de grande capacidade financeira, e uma aposta descentralizadora, em que atuam, organizados, de forma majoritariamente comunitária, os agentes sociais privados de menor capacidade financeira.

Nesta disputa de projetos políticos conflitantes, a análise das legislações indica um ganho de terreno em favor daquele primeiro projeto apresentado. A própria legislação que veio a regulamentar a operação das rádios comunitárias é avaliada pelo setor como um desestímulo a criação desta modalidade, praticamente obrigando que elas recaiam na ilegalidade para que funcionem<sup>5</sup> e indicando, pois, uma urgente revisão da regulação do setor. É o que será abordado no capítulo seguinte.

### **3 DO PAROXISMO JURISPRUDENCIAL SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO ILEGAL POR RÁDIOS COMUNITÁRIAS**

---

3 Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...)III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei.

4 Art. 223. 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.

5 Sobre o assunto: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/200b200bpor-causa-da-copa-anatel-anuncia-aumento-da-criminalizacao-das-radios-comunitarias-2865.html>>. Acesso em: 04 fev. 2015.

Se por um prisma o Estado não consegue, via regulação, incentivar o desenvolvimento do setor, surpreendentemente exerce um papel pujante como sancionador e fiscalizador do cumprimento das absurdas exigências legislativas. O avanço neste front é cristalizado já em normativas anteriores à Constituição, como o Código Brasileiro de Comunicações (Decreto nº 4117/62) que, em seu art. 70 prescreve a criminalização da instalação ou utilização de telecomunicações sem a observância do disposto na citada Lei. O entendimento da jurisprudência majoritária é que tal dispositivo<sup>6</sup> foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mobilizando-o para criminalizar operadores de rádios que, embora autorizadas, não cumpram as condicionantes existentes na legislação regente do tema.

Neste pórtico, a conduta prevista do art. 70 do Código Brasileiro de Comunicações é diferenciada pelos aplicadores do tipo penal presente no art. 183 da Lei nº 9472/97<sup>7</sup>, diploma que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a criação e funcionamento de um órgão regulador na área.

Em julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o relator comenta a distinção existente entre as duas condutas típicas:

“Enquanto o delito do artigo 70 da Lei nº 4.117/62 incrimina o desenvolvimento de telecomunicação, inclusive de rádio comunitária, em desacordo com os regulamentos, embora com a devida autorização para funcionar, o delito insculpido no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 tipifica a operação clandestina de tal atividade, ou seja, sem a devida autorização, como no caso dos autos. ”<sup>2</sup>  
(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região; Décima Primeira Turma, Apelação Criminal nº 00004018020084036181, Desembargador Relator José Lunardelli, 2014).

---

6 PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 70. LEI 4.117/62. ART. 183, LEI 9.472/97. EMENDATIO LIBELLI. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 70.COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. RÁDIO COMUNITÁRIA.INCIDÊNCIA DA NORMA. 1. Não há necessidade de proceder-se à emendatio libelli, visto que a Lei 9.472/97 não revogou os dispositivos penais atinentes à radiodifusão contidos na Lei 4.117/62.2. O art. 70 da Lei 4.117/62 foi recepcionado pela Constituição. O fato de a norma maior incentivar a difusão das manifestações culturais e, ao mesmo tempo, impor a necessidade de autorização para o funcionamento das rádios comunitárias, afronta a livre manifestação do pensamento e de expressão.3. Constatado por prova técnica a prestabilidade do material apreendido para a emissão de ondas sonoras e caracterizado o funcionamento da rádio no local em que apreendido o transmissor, fica atestada a materialidade delitiva.4. Ainda que com cunho social, a emissão de ondas sonoras com a instalação e a utilização de aparelhagem clandestina, sem, portanto, autorização do poder concedente, é dotada de real possibilidade de afetar a segurança dos meios de comunicação, pois pode causar interferência em serviços regulares de rádio, tevê e até na navegação aérea ou marítima. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Criminal nº: 2002.04.01.003989-0, Desembargador Relator: Vladimir Passos de Freitas, 2002)

7 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

A interpretação predominante no Judiciário, portanto, amplia a margem de criminalização dos operadores comunitários, criando um ambiente de risco elevadíssimo de quem atua no setor, visto que não só quem não detém autorização pode ser penalizado criminalmente como quem descumpre qualquer dos obstáculos burocráticos impostos por um modelo arcaico de regulação, mesmo que autorizado a funcionar, também é punido criminalmente.

O que também surpreende é que a proliferação de sentenças ou acórdãos condenando comunicadores sociais que operam rádios comunitárias de baixas frequências venha se dando mesmo após acórdão do Supremo Tribunal Federal do fim de 2013 em que foi aplicado o princípio da insignificância para absolver um comunicador que operava uma rádio em Camaçari/BA a uma frequência de 32,5 Watts:

EMENTA: 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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 110196/PA, Ministro Relator: Marco Aurélio, 2013.)

Mesmo ciente que as decisões do STF em controle concreto e difuso não detêm força vinculativa *per se* em relação aos demais órgãos da administração, espera-se que o entendimento da Corte Suprema influencie, minimamente, a formação da convicção dos demais juízos nacionais. A não ocorrência deste fenômeno no caso da criminalização dos comunicadores expressa a mentalidade punitivista e seletiva do sistema penal brasileiro,

tendente a facilmente condenar por crimes de perigo abstrato sem uma atenta visualização do caso concreto.

Mencione-se, no entanto, que uma corrente minoritária dentro do judiciário entende que as rádios comunitárias não devem ser regidas por leis penais, visto que em razão de terem uma regulação específica através da lei 9.612/98, de índole exclusivamente administrativa e onde as sanções eventualmente aplicadas configuram, naturalmente, somente ilícito de natureza administrativa, não se aplicando nenhum dos dispositivos citados anteriormente.

No já citado relatório sobre “A situação das Rádios Comunitárias no Brasil” de autoria do Movimento Nacional das Rádios Comunitárias, levantamento feito pelas entidades subscritoras indicou que majoritariamente o cenário é mesmo amplamente desfavorável à operação do setor:

“(…) não há (nos julgamentos) obediência aos padrões internacionais decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez se que aplica predominantemente a legislação criminal, em detrimento das sanções administrativas, apesar da existência de interpretação menos restritiva à liberdade de expressão. Ao analisar os resultados da pesquisa, percebe-se que o Judiciário não leva em consideração as questões que levam as rádios comunitárias a atuarem na ilegalidade, isto é, não considera os entraves burocráticos e técnicos estabelecidos pela legislação e a demora administrativa na análise da documentação. Outro fator agravante está no fato de que o Judiciário não costuma ponderar em suas decisões a importância das rádios comunitárias em um Estado democrático. A pesquisa evidenciou também o entendimento majoritário no sentido de que o Poder Judiciário está impossibilitado de intervir diretamente no processo de concessão de outorga às rádios comunitárias diante da demora e omissão do Poder Executivo na fase de processamento dos pedidos. Assim, mesmo em casos de injustificada demora por parte da Administração, não se considera constrangimento ilegal a busca e apreensão de equipamentos e a consequente criminalização do responsável pela rádio, visto que os tribunais entendem que para o funcionamento, faz-se necessário a prévia autorização do Poder Público, sem qualquer exceção ou avaliação contextual. De forma minoritária, alguns membros do Judiciário entendem que somente cabe a eles fixar um prazo para que a Administração Pública cumpra com a sua função. Entretanto, mesmo com um prazo fixado pelo Judiciário, verificamos que o Executivo continua postergando a avaliação dos processos, não respeitando a determinação judicial. No mais, o Judiciário também reflete a cultura de criminalização originada pela falta de conhecimento e, por consequência, de insensibilidade quanto aos desafios enfrentados pelas rádios comunitárias. Os tribunais conceituam os tipos penais que criminalizam a atividade de radiodifusão comunitária como crimes de perigo, isto é, predomina o entendimento de que para a consumação de tais crimes basta a comprovação de funcionamento irregular da rádio, sem prévia autorização do Poder Público, prescindindo da análise quanto aos fins sociais da transmissão e se a potência do aparelho transmissor representa de fato alguma prejudicialidade ou risco.” (Relatório: Situação das Rádios Comunitárias no Brasil < <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2013/03/CIDH-RadCom-Documento-final-3.pdf>>, acesso em 1º de maio de 2015).

Perdendo a luta em que são colocados pelo próprio Estado dentro dos tribunais, que tratam o tema de forma insegura, na maioria das vezes aplicando a lei penal, os operadores de comunicação comunitária esperam do legislativo uma resposta à forma como o Estado os vem tratando. Condicionando o exercício do direito de comunicação a uma ambiência regulativa desestimuladora do exercício deste direito, o Estado ainda criminaliza quem o exerce, mesmo que nenhum bem jurídico esteja sendo atacado. A descriminalização da operação desvela-se, à curto prazo, como a medida imediata mais adequada para garantir a liberdade de informação para estes atores sociais, conforme enfeixada na Constituição.

#### **4 ESTADO PENAL E INFLUXO DO PODER ECONÔMICO NA CRIMINALIZAÇÃO DAS RÁDIOS**

Tanto a criminalização de rádios comunitárias como a franca limitação do acesso ao espectro radioelétrico e a manutenção de oligopólios midiáticos mesmo havendo expressa vedação constitucional nesse sentido partem de um ponto em comum: a influência do poder político e econômico na estruturação e no funcionamento das concessionárias que, com a garantia de acesso privilegiado, gozam de contrato com o poder público na perspectiva de usufruir do sinal eletromagnético, mesmo que ao total arrepio da legislação constitucional pertinente<sup>8</sup>.

Ademais, a manifesta preferência pela criminalização ao invés da regulamentação evidencia um Estado que prestigia, sobretudo, a hipertrofia de uma regulação de matiz penal, tipificando condutas que, com uma máxima condescendência, tem a natureza de infrações civis ou administrativas. O fato da atuação do Estado nesse sentido se voltar à repressão de comunicadores - de baixa renda em sua grande maioria - e moradores de áreas periféricas reflete

---

<sup>8</sup> Outra clara hipótese de prevalência do poder político e econômico sobre a constituição está no seu artigo 54, I, "a", que coloca que deputados e senadores não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público. Assim, endossar um novo marco regulatório, democratizar a mídia e abrir espaços para rádios comunitárias seria legislar em desfavor próprio, uma vez que, amplas parcelas do Congresso Nacional – em especial do PMDB – gozam de contratos de concessões de rádio e TV há aproximadamente três décadas, período em que Antônio Carlos Magalhães, então ministro das Comunicações, distribuiu concessões em troca da aprovação de certas matérias junto à Assembleia Constituinte (MOTTER, 2004, p. 42)

o modelo duplamente excludente induzido pela hegemonia neoliberal, conforme assevera Abramovay:

O que se percebe, assim, é que a ideologia neoliberal produz um modelo que é duplamente excludente, pois retira do Estado o papel de redistribuir riqueza, acreditando na capacidade dos indivíduos de maximizarem seu bem-estar, e lida com a exclusão gerada por esse modelo, aumentando o controle penal para populações marginalizadas (ABRAMOVAY, 2010, p. 24).

Tal exclusão se expressa da mesma forma na usurpação da ordem jurídico-constitucional por uma realidade que trata com menoscabo quaisquer disposições legislativas que representem obstáculos a consecução dos interesses privados e econômicos dos segmentos dirigentes da sociedade, ora representados por aqueles que se utilizam das concessões públicas sem quaisquer constrangimentos. É o que observa Konrad Hesse quando aborda conceitos de Constituição jurídica e Constituição real:

Consideradas em suas consequências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência da realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. O fato é que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição. (HESSE, 2008, p.1).

Trata-se também do que Ferdinand Lassale chamou de “fatores reais de poder”, onde previsões constitucionais, fragilizadas ante manifestações exógenas que a suplantam e lhe extraem por completo sua normatividade e eficácia, sucumbem a interesses alheios à soberania popular que a fundamenta:

Podem meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: “esta árvore é uma figueira”. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmasse a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta

continuará sendo o que realmente era e, quando desses frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos. Igual acontece com as constituições. De nada servirá o que se escrever numa folha de papel se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder. (LASSALE, 2007, p.37).

Bertrand Russel (2010, p. 77), ao tratar do conceito de liberdade na perspectiva comunitária, coloca que o antigo lema liberal da livre concorrência é equivocadamente aplicada à seara da economia, pois é à esfera mental que realmente ele se aplica, fomentando uma competição livre de ideias. Este livre fluxo de ideias é cabalmente comprometido com a obstrução dos canais de informação a emissoras de baixa frequência, que se deparam com um espaço que, embora pública, tem como uma de suas principais características o traço oligárquico e oligopolista de quem efetivamente o ocupa. Tais qualidades representam o que Neves (2013, p. 37) denominou de “política instrumental” que, orientada por símbolos referenciais, viabiliza privilégios para grupos minoritários organizados para obtenção de benefícios e satisfação de interesses específicos.

O ranço oligárquico e oligopolista que usurpa e sinal radioelétrico acaba também por lhe extrair qualquer nuance democrática ao fechar os canais de acesso à sociedade, situação que nos remete à confusão do público com o privado que melhor define a tradição coronelista e patrimonialista das relações do Estado brasileiro com suas classes dirigentes. Imprescindível, nesse sentido, relatar os ensinamentos de Raymundo Faoro, na sua obra clássica *Os Donos do Poder*:

Debaixo da imagem e da caricatura, está a realidade social e política. O coronel, antes de ser um líder político, é um líder econômico, não necessariamente, como se diz sempre, o fazendeiro que manda nos seus agregados, empregados ou dependentes. O vínculo não obedece a linhas tão simples, que se traduziriam no mero prolongamento do poder privado na ordem pública. Segundo esse esquema, o homem rico – o rico por excelência, na sociedade agrária, o fazendeiro dono da terra – exerce poder político num mecanismo onde o governo será o reflexo do patrimônio pessoal. (FAORO, 2001, p.700).

Vê-se, portanto, que a criminalização das rádios comunitárias instrumentaliza manutenção de privilégios patrimonialistas que, por sua vez, repaginam-se conforme as aberturas que o Estado, em determinado contexto histórico, lhes confere para materializar seus interesses, ratificando o que Marx e Engels (2006, p.27) afirmaram ainda em 1848: o Estado moderno é tão somente um comitê que serve para administrar os negócios comuns de toda a burguesia.

## 5 CONCLUSÃO

Conclui-se que a disputa no âmbito do judiciário vem concedendo baixas probabilidades de vitória na absolvição de comunicadores sociais que atuam forçadamente na ilegalidade. Neste contexto, essencial que se cuide imediatamente do problema da criminalização de tais agentes sociais pela via legislativa, isto é, procedendo com o *abolitio criminis* das condutas mencionadas. Não se olvida a importância da formulação de nova regulação no setor, mas dada a complexidade que tais modificações implicam não se pode aguardar por ela a fim de suprir a injustiça dela decorrente. Ademais, sublinha-se que com a abolição dos crimes existentes não se formará um vazio legislativo na atuação supostamente ilegal de agentes comunicadores de rádios comunitárias. Isso pois, conforme explicitado, a Lei nº 9.612/98 já prevê sanções administrativas para as mesmas condutas que o Decreto nº 4117/62 e a Lei nº 9472/97 preveem as sanções penais. Qualifica-se a atuação do Estado, deixando com que as condutas ilegais sejam sancionadas somente administrativamente e colocando o direito penal no seu adequado lugar de *ultima ratio*.

Ainda, indo além da questão penal propriamente dita, as razões que implicam a criminalização das rádios comunitárias detêm um claro recorte de classe, instrumentalizando privilégios de origem patrimonialista no que diz respeito à relação do Estado com as classes dominantes. Democratizar os meios de comunicação, regulamentar o capítulo constitucional da Comunicação Social e garantir o acesso democrático ao espectro radioelétrico são pontos essenciais para a descriminalização as rádios comunitárias e para o consequente desenvolvimento de uma programação que realmente corresponda à pluralidade sociocultural do povo brasileiro.

### REFERÊNCIAS:

ABRAMOVAY, Pedro. **O Grande Encarceramento como Produto da Ideologia** (Neo) liberal. In: Depois do Grande Encarceramento. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 26 mar. 2015.

BRASIL, Código Brasileiro de Comunicações. Decreto nº 4117, 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm)> Acesso em: 26 mar. 2015.

BRASIL, Lei nº 9472, 1997. Disponível em: >[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm)> Acesso em: 26 mar. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental nº 130**, Ministro Relator: Ayres Britto, Brasília, DF, 30 abr. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 505.595**, Ministro Relator: Celso de Mello, Brasília, DF, 11, nov. 2009.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região; Décima Primeira Turma. **Apelação Criminal nº 00004018020084036181**, Desembargador Relator José Lunardelli, São Paulo, SP, 21 ago. 2014.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Sétima Turma. **Apelação Criminal nº: 2002.04.01.003989-0**, Desembargador Relator: Vladimir Passos de Freitas, Porto Alegre, RS, 6 de agosto de 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas **Corpus nº 110196**, Ministro Relator: Marco Aurélio, Brasília, DF, 14, maio, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A ideologia alemã: Feuerbach – a contraposição entre as cosmovisões materialista e idealista**. 3ª edição. São Paulo. Martin Claret. 2010.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1ª edição. São Paulo. Saraiva. 2009.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 7ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Atlas: 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: Liberdade de expressão e comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a.31 nº122 mai/jul 1994, p.297-301.

MOTTER, Paulino. **A batalha invisível da Constituinte: interesses privados versus caráter público radiodifusão no Brasil**. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciência Política e Relações

Internacionais) – Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais, da Universidade de Brasília, Brasil

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RUSSELL, Bertrand. **Ensaio Céticos**. 1ª ed. São Paulo: L&PM Pocket, 2010.

WILLIAM, Arthur. Anatel e a criminalização das rádios comunitárias. **Carta Capital**. <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/200b200bpor-causa-da-copa-anatel-anuncia-aumento-da-criminalizacao-das-radios-comunitarias-2865.html>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2015.

A Situação das rádios comunitárias no Brasil. **Movimento Nacional das Rádios comunitárias, AMARC/Brasil, Artigo 19**. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/uploads/2013/03/CIDH-RadCom-Documento-final-3.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2014.

## **THE CRIMINALIZATION OF COMUNITY RADIOS OPERATION IN BRAZIL**

### **ABSTRACT**

Investigates the criminal treatment given by the State to community radio's operators who work outside the state rule of law for community communication. It analyzes the characters of the right to freedom of communication and information, demonstrating that, beyond a dimension of negative state action, the life of this right depends on a positive performance of the State. It is shown how legislation and administrative actions of the state powers can, at the same time, be ineffective hindering the exercise of freedom of information by social communicators and be effective to wrap such agents in the criminal apparatus. Apoint the relation between the the media economic power and the mentioned State's behavior. At least, comparing the conflicting court decisions on the subject, pointed out the decriminalization of criminal offenses connected with operation of community radio as the first step towards guaranteeing the right to freedom of communication for the communicators agentes involved.

**Key Words:** Community Radios. Criminalization. Economic Power. Freedom of communication. Positive State Actions.

