



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº HC/DD/1179/15

HABEAS CORPUS Nº 128.972/MT

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PACIENTE : FABIANA GONÇALVES DOS SANTOS

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

Ementa. *Habeas corpus*. Operação de rádio comunitária sem autorização do Poder Público. Imputação à paciente do crime tipificado no art. 183 da Lei 9.472/1997. Ausência de provas concretas acerca da interferência em outros serviços de telecomunicações. Concessão da ordem.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado com o propósito sucessivo de que seja: (i) aplicado o princípio da insignificância; (ii) declarada a nulidade da sentença por ausência de materialidade; ou (iii) desclassificada a conduta para o tipo penal previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/1962, tendo em vista a falta de habitualidade na operação de rádio comunitária.

Consta dos autos que a paciente foi condenado à pena de 2 anos de detenção, em regime aberto,

substituída por duas restritivas de direitos, em virtude da prática do crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97.

Foi interposto recurso de apelação, tendo o TRF 1ª Região a ele negado provimento, o que deu ensejo a recurso especial, cuja admissão foi negada na origem. Sucedeu-se então agravo, que, desprovido monocraticamente, motivou a interposição de agravo regimental, rejeitado nos termos do acórdão assim ementado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATIVIDADE CLANDESTINA DE RÁDIO-DIFUSÃO. BAIXA POTÊNCIA DO EQUIPAMENTO. IRRELEVÂNCIA. CRIME FORMAL DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA LESIVIDADE DA CONDUTA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ENUNCIADO SUMULAR 83/STJ. I - A prática de serviço de radiodifusão clandestina, mesmo que de baixa potência, como ocorreu in casu, constitui um delito formal de perigo abstrato, o que afasta o reconhecimento da atipicidade material da conduta pela aplicação do princípio da insignificância. Precedentes. II - Incide o Enunciado Sumular 83 desta eg. Corte quando a decisão proferida pelo Tribunal de origem encontra-se em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior. Agravo regimental desprovido.”

No âmbito dessa Corte, a liminar foi indeferida.

O pleito deve ser acolhido.

O pluralismo político é princípio fundante da ordem constitucional, tal como decorre expressamente de seu art. 1º, V. Não é preciso insistir na tese, pela sua própria evidência, de que esse princípio deve ser compreendido não apenas em sua acepção

política/partidária, mas alcançando todas as concepções e ideias que tenham relevância para o comportamento coletivo<sup>1</sup>.

Daí por que a liberdade de expressão é considerado um elemento central nas teorias contemporâneas sobre democracia deliberativa<sup>2</sup>. Em uma conhecida passagem do caso *Handsyde v. UK* a Corte Européia de Direitos Humanos afirmou que:

"a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso e para o desenvolvimento de cada ser humano. Sua abrangência não pode ser limitada somente às informações ou idéias que sejam favoráveis à maioria dos cidadãos ou consideradas inofensivas, mas também aquelas outras informações que possam, de algum modo, ofender e chocar alguns cidadãos ou segmentos da população ou ainda o próprio Estado, em razão de que o princípio (liberdade de expressão) pede respeito ao pluralismo de idéias e comportamentos e também tolerância quanto as mais diversas manifestações para que possa haver, verdadeiramente, liberdade de expressão, sem a qual não há sociedade democrática".<sup>3</sup>

Em relação aos veículos de comunicação, é preciso que sejam livres e, principalmente, que possibilitem ao indivíduo acesso a todos os tipos de informação e pontos de vista sobre o mundo em que está inserido. Esse é um imperativo de dupla dimensão: uma, de natureza individual, tendente a permitir a cada

<sup>1</sup>A título meramente exemplificativo, BINENBOJM, Gustavo. "Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil". In, *Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pg. 489.

<sup>2</sup> Owen Fiss, por exemplo, defende que o discurso é valorizado pela Constituição, "*não porque ele é uma forma de auto-expressão, mas porque ele é essencial à autodeterminação coletiva*". FISS, Owen M. A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Trad. Gustavo Binjenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30. Veja-se, ainda, SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: Free Press, 1995; MICHELMAN, Frank. "Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 49 ss.; e LOWE, Peter & JONSON, Annemarie. 'There is no such thing as free speech': an interview with Stanley Fish. In: *Australian Humanities Review* (1998). Disponível em <http://www.lib.latrobe.edu.au/AHR/archive/Issue-February-1998/fish.html>. Acessado em 25.01.07.

<sup>3</sup> Tradução livre do original em inglês referente a transcrição do caso *Handside v. UK*, publicado por DJ Harris, M'O Boyle e C. Warbrick in "*Law of European Convention on Human Rights*", Butterworths, London, 1995, pg. 373.

qual desenvolver sua personalidade livremente, elegendo, de forma consciente e informada, os seus projetos de vida; outra, de caráter coletivo, e encerrada na proibição de controle do “mercado de ideias”<sup>4</sup> por um ou alguns grupos econômicos. Nesse sentido, a regra do art. 220, § 5º, da CR, que proíbe que os meios de comunicação sejam, direta ou indiretamente, objeto de monopólio ou oligopólio.

Por conta de todo esse contexto, Gustavo Binenbojm vê na Constituição “um mandado de otimização implícito no princípio do pluralismo político, na vedação de monopólios e oligopólios nos meios de comunicação social, na consagração do direito de acesso à informação e no aspecto participativo da liberdade de expressão que impõe um dever para o Estado de reconhecimento e promoção de fenômenos como as *rádios comunitárias*, cujo papel é dar voz a grupos tradicionalmente alijados do debate público e condenados à invisibilidade social”<sup>5</sup>.

Desse modo e considerando a realidade do Brasil, a censura, especialmente penal, ao uso do instrumental expressivo que as comunidades engendram para si, deve ser de caráter excepcional e estar justificada pelo exercício da ponderação<sup>6</sup>.

<sup>4</sup>A liberdade de expressão como proteção do “mercado de ideias” surgiu a partir do voto dissidente proferido por Oliver Wendell Holmes, no caso *Abrahams v. United States* – 250 U.S. 616 (1919) – julgado pela Suprema Corte norte-americana, em 1919. De acordo com Holmes, “o melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado”. A ideia pressupõe, por isso mesmo, a noção de *laissez-faire*, ou seja, de que o mercado seria capaz de se auto-regular. No entanto, como observam Jónatas Machado e Gomes Canotilho, opinião com a qual estamos inteiramente de acordo, “o facto de o mercado das ideias se apresentar estruturado com base no mercado de bens e serviços e assentar na procura de lucro não justifica, de forma alguma, subtracção da actividade dos meios de comunicação audiovisual ao âmbito normativo da liberdade de expressão”. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. & MACHADO, Jónatas E. M. “Reality Shows” e Liberdade de Programação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 42.

<sup>5</sup> *ob. cit.*, p. 494

<sup>6</sup>E a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25 de Setembro de 1992, estipula: “Art. 13 (...) 3º - Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

Forte nesse ideário, a Segunda Turma dessa Corte<sup>7</sup> vem entendendo que o crime previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/97 – desenvolver atividades de telecomunicação sem autorização – é de perigo concreto, o que demanda necessariamente demonstração de que a rádio clandestina utilizada causou efetiva lesão aos serviços de comunicação regularmente instalados no Brasil. Daí ser imperativo que o laudo tendente a demonstrar o prejuízo decorrente da utilização do equipamento não se baseie apenas na potência em que ele operava, mas também em diversos outros dados, tais como o local de funcionamento, a intensidade de campo diante da altura da antena, a eficiência da linha de transmissão, a distância entre estações, entre outros. Essas são exigências para a concessão de serviço de radiodifusão comunitária, conforme prevê a Norma Complementar nº 1/2004, aprovada pela Portaria MC nº 103 de 23/1/2004.

No caso, o parecer técnico emitido pela ANATEL<sup>8</sup> concluiu que o equipamento utilizado pela paciente operava com a potência efetivamente irradiada de 56,68W e com “a possibilidade de ocorrer interferência em outros serviços de telecomunicações legalmente licenciados”.

Não houve, portanto, qualquer prova concreta capaz de esclarecer que a rádio comunitária instalada pela paciente, nas reais condições em que foi apreendida, causava interferência em outros serviços de telecomunicações.

<sup>7</sup> A título exemplificativo: “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. ART. 183 DA LEI N. 9.472/1997. PRESENÇA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. RECURSO PROVIDO. 1. A conduta dos Recorrentes não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade, sendo irrelevantes as consequências do fato. Esse fato não tem importância na seara penal, pois incide na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato denunciado. 2. É manifesta a ausência de justa causa para a propositura da ação penal. Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. Precedentes. 3. Recurso provido”. (RHC 119123, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04-08-2014)

<sup>8</sup> (e-STJ fls. 14/26)

Desse modo, é excessiva a sanção penal, sendo suficiente a penalidade administrativa já imposta.

Ante o exposto, o parecer é pela concessão da ordem.

Brasília, 9 de outubro de 2015.

Deborah Duprat  
Subprocuradora-Geral da República