



EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) DESEMBARGADOR(A) FEDERAL DO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

PROCESSO Nº 0010631-63.2013.4.01.3304

ARTIGO 19 BRASIL, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas/MF sob o no 10.435.847/0001-52, com sede na Rua João Adolfo, 118 - conjunto 802 – CEP: 01050-020 – Centro – São Paulo – SP, e a **Associação Mundial de Rádios Comunitárias - AMARC**, com sede na Rua Santo Amaro, 129, Glória, Rio de Janeiro - RJ CEP 22211-230, vêm por sua advogada e bastante procuradora, com fundamento na jurisprudência consolidada sobre *Amicus Curiae* e no artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015, na qualidade de **AMICUS CURIAE**, se manifestar na presente **APELAÇÃO**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1. REPRESENTATIVIDADE DA ARTIGO 19 E DA AMARC PARA FIGURAR COMO AMICUS CURIAE

A **ARTIGO 19** é uma associação civil, sem fins lucrativos, fundada em Londres no ano de 1987. Tem como principal objetivo proteger e promover o direito à liberdade de expressão e acesso à informação, previstos pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo este o motivo para adoção do referido artigo como nome da organização¹.

A organização possui status consultivo junto à Organização das Nações Unidas – ONU e registro junto à Organização dos Estados Americanos – OEA. Após quase três décadas de existência, a diversidade do trabalho desenvolvido e a importância dos temas trabalhados levou à abertura de escritórios da organização na África, Ásia e nas Américas. Na América Latina, a organizações possui escritórios locais no México e Brasil, o que permitiu à entidade participar ativamente da vida política desses países e da região, permitindo um maior conhecimento da realidade destes locais, suas práticas e legislações, o que fez ao longo dos anos que a organização pudesse contribuir com pesquisas, estudos e publicações.

No Brasil, a ARTIGO 19 desenvolve atividades desde 2006 e em 2007 organizou-se como entidade brasileira e passou a possuir personalidade jurídica. Desde então, a Organização tem participado ativamente das discussões sobre temas relacionados à comunicação social, com base no entendimento de que a liberdade de expressão e acesso à informação são princípios universais que devem ser amplamente discutido e consolidados a partir de uma legislação, princípios e práticas realmente democráticos.

Em 2010, em reunião com diversos especialistas sobre o tema, a criminalização dos radiocomunicadores comunitários foi eleito um dos maiores desafios para a liberdade de expressão no país, passível de ser enfrentado por meio do litígio estratégico. Assim, ao longo desse período, a ARTIGO 19 apresentou diversos pareceres e *amicus curiae* em casos judiciais que tratam sobre radiodifusão.

Nesse sentido, a ARTIGO 19 apresentou um Amicus Curiae na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 246, de autoria do PSOL (Partido Socialismo e Liberdade),

1 Disponível em: <<http://esa.un.org/coordination/ngo/search/search.htm>>.

que pede que o Supremo Tribunal Federal declare inconstitucional a prática que permite que políticos com mandatos eletivos se beneficiem de concessões públicas no setor de radiodifusão.

Destaca-se que, recentemente, no dia 22 de junho de 2017, o Ministro Relator Gilmar Mendes entendeu que a ARTIGO 19 possui representatividade para figurar como *Amicus Curiae* na ADPF 246, conforme decisão abaixo:

“Artigo 19 Brasil e o Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação – FNDC; e a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, requerem o ingresso no feito na qualidade de *amici curiae*. Tendo em vista a relevância da questão constitucional discutida e a **representatividade dos entes postulantes, defiro o pedido, para que possam intervir no feito, podendo apresentar memorial e proferir sustentação oral.** À Secretaria para a inclusão do nome dos requerentes e de seus patronos”.

Ademais, a ARTIGO 19 apresentou *amicus curiae* na ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) 10, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade e que questiona a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre as matérias constantes dos artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, II; 220, § 5º; 222, § 3º, todos da Constituição Federal e que referem-se à proibição do monopólio e do oligopólio, à garantia de defesa das pessoas contra programas ou propagandas nocivas à saúde e ao meio ambiente, à garantia do pluralismo e da diversidade e, por fim, à necessidade de legislação específica ao direito de resposta.

Além disso, a ARTIGO 19 também é membro do FINDAC (Fórum Interinstitucional pelo Direito à Comunicação) coordenado pela PRDC-SP e do Grupo de Trabalho de Liberdade de Expressão do Conselho Nacional de Direitos Humanos e que discute e elabora uma série de ações judiciais envolvendo os meios de comunicação.

À nível internacional, a ARTIGO 19 vem desempenhando uma série de atividades para o enfrentamento da questão. Em audiência realizada em 2013 em Washington², na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), a ARTIGO 19, a Associação Mundial de Rádios Comunitárias (AMARC) e o Movimento Nacional de Rádios Comunitárias (MNRC) apresentaram um diagnóstico sobre a situação das rádios comunitárias no Brasil³.

Já em 2015, a ARTIGO 19 foi co-peticionária em uma audiência na CIDH a respeito dos efeitos sobre os direitos humanos da concentração nos meios de comunicação. Ao longo desse período, a organização também participou de inúmeros seminários e debates internacionais sobre os desafios do sistema de radiodifusão no região.

Por fim, a partir da análise de seu Estatuto Social (doc. 01), pode-se concluir que os principais objetivos da organização estão sendo plenamente desenvolvidos, especialmente, a partir do trabalho realizado para a discussão e efetivação dos direitos a liberdade de expressão e de informação, assim como ficou demonstrada acima sua especialidade no tema particular discutido nesta Apelação.

A **Associação Mundial de Rádios Comunitárias – AMARC**, fundada em 1983 no Canadá, é uma organização não governamental internacional, de caráter laico e sem fins de lucro. Agrupa mais de 4.000 rádios comunitárias, Federações e aliados das rádios comunitárias em mais de 115 países.

A missão da AMARC é promover a democratização das comunicações para favorecer a liberdade de expressão e contribuir para o desenvolvimento equitativo, socialmente justo e sustentável de nossos povos. Democratizar a palavra para democratizar a sociedade.

Os jornalistas e as jornalistas, comunicadores e comunicadoras, rádios comunitárias e centros de formação e produção associados à AMARC contribuem para a livre expressão dos distintos movimentos sociais, políticos e culturais, assim como a promoção de toda iniciativa que busque a paz, a amizade entre os povos, a democracia e o desenvolvimento. São organizações e pessoas que trabalham pela

2 Disponível em: <http://artigo19.org/blog/2013/03/26/artigo-19-participa-de-audiencia-na-oea-sobre-radios-comunitarias/>.

3 Inteiro teor da Audiência Temática sobre a Situação das Rádios Comunitárias no Brasil ocorrida na CIDH. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=AUeCtvv8lmM&list=PLkh9EPEuEx2st1_1-W6cr0o3oH9DxBSDc&index=2. Documento sobre a Situação das Rádios Comunitárias no Brasil. Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2013/03/CIDH-RadCom-Documento-final-3.pdf>.

democratização da comunicação, da sociedade e da cultura. Refletem e ajudam a construir as identidades, falam as línguas e linguagens locais e produzem novas agendas públicas para o debate da cidadania. Esta construção de cidadania se fundamenta na capacidade de mulheres e homens, adultos, jovens e crianças estabelecerem relações humanas baseadas na igualdade de direitos.

Na América Latina e no Caribe (ALC) a associação foi fundada em 1990. Hoje, a AMARC ALC conta um Conselho Regional com representações das sub-regiões (Países Andinos, América Central, Cone Sul, México, Brasil, e Caribe). São cerca de 400 associadas, com 18 Representações Nacionais (pessoas/entidades que representam a AMARC em seus países). Essas representações impulsionam as atividades da AMARC em seus países.

Conforme depreende-se de seu Estatuto Social⁴ (doc. 2), os principais objetivos da organização estão sendo plenamente desenvolvidos, especialmente, a partir do trabalho realizado para promover a democratização das comunicações, e favorecer a liberdade de expressão e contribuir para o desenvolvimento equitativo, socialmente justo e sustentável de grupos sociais.

Portanto, resta evidente a representatividade da **ARTIGO 19** e da **AMARC** para tratar dos temas abordados aqui, pois advém do intenso conhecimento e experiência acumulada ao longo de tantos anos de atuação para a consolidação da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, no Brasil, na América do Sul e em diversas partes do mundo, em interação com outras organizações da sociedade civil, devendo assim ser reconhecido à requerente legitimidade para pleitear sua intervenção na qualidade de *amicus curiae* neste processo.

2. ADMISSIBILIDADE DO AMICUS CURIAE

O Novo Código de Processo Civil elencou o *amicus curiae* dentre as hipóteses de intervenção de terceiro (art. 138), principalmente, como auxiliar do juízo em causas de relevância social, repercussão geral ou cujo objeto seja bastante específico, de modo que o magistrado necessite de apoio técnico.

4 Disponível em: <http://amarcbrasil.org/estatuto/>.

Em relação a apresentação de *amicus curiae* em processos de natureza criminal, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal já entendeu que esta intervenção é possível. No Recurso Extraordinário 641.320 - Rio Grande do Sul⁵, que tratava da possibilidade de sentenciado cumprir pena em prisão domiciliar devido a inexistência de vagas no regime prisional adequado, o STF deferiu o pedido formulado pelo postulante.

Apesar desse caso dizer respeito a apenas um indivíduo, como na presente Apelação, o próprio STF entendeu que a decisão tomada poderia ter repercussão geral e, dessa maneira, o Ministro Gilmar Mendes deferiu o pedido de ingresso como *amicus curiae* do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) nos seguintes termos:

“Tendo em vista a **relevância da questão constitucional discutida o presente recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida**, e a representatividade da entidade postulante, defiro o pedido formulado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), por meio da Petição 85.674/2011, para que possa intervir no feito na condição de *amicus curiae*.”

Nesse mesmo sentido, ao julgar o Recurso Especial n. 1.563.962, o Superior Tribunal de Justiça também entendeu que a intervenção do *amicus curiae* no processo penal deve ser deferida, desde que cumpridos os requisitos de relevância da matéria discutida na decisão e de representatividade do órgão que o apresenta:

“Diante do disposto no art. 138 do Novo Código de Processo Civil, tem-se que o amigo da corte pode intervir no processo, desde que o juiz verifique que a sua atuação será útil para o deslinde da controvérsia [...] Embora **se revele possível a intervenção do amicus curiae também no processo penal**, por meio de aplicação analógica expressamente autorizada pelo art. 3º do Código de Processo Penal, deve-se

5 Recurso Extraordinário n. 641.320, Ministro Relator Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>.

analisar sua utilidade sem se descuidar da necessidade de manutenção da paridade de armas”⁶.

a) Interesse público e relevância da matéria

Sabe-se que o exercício da liberdade de expressão e o acesso à informação são assuntos de grande interesse público. Isso porque a questão está intimamente ligada ao exercício da cidadania e à preservação dos princípios fundamentais e do Estado Democrático de Direito, uma vez que a liberdade de expressão é um direito fundamental, elemento primordial numa sociedade democrática e serve como um instrumento inestimável de proteção e garantia dos demais direitos humanos⁷.

Nesse sentido, os padrões internacionais definem que um dos meios para efetivar esses direitos é garantir o pluralismo, a diversidade e igualdade de condições no acesso às ondas de frequência eletromagnéticas. E nesse cenário, as rádios comunitárias funcionam como um verdadeiro instrumento em prol do interesse público.

Ademais, a liberdade de expressão, assim como os outros direitos fundamentais possuem dupla perspectiva, uma objetiva e outra subjetiva. Com relação a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais possuem eficácia apenas sobre o indivíduo titular do direito, enquanto na dimensão objetiva, os direitos alcançam não somente esse indivíduo, mas a sociedade, a comunidade em sua totalidade⁸.

Assim, quanto à existência de relevante interesse público na presente Apelação, cabe ressaltar os ensinamentos do Professor Canotilho⁹:

6 Recurso Especial n. 1.563.962, Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201502640769.

7 CIDH, Relatório Anual 2009, Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano do Direito à Liberdade de Expressão), OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51, 30 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>.

8 COIMBRA, Rodrigo. Os Direitos Transindividuais como Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão e Alguns Desdobramentos.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 5. ed. 1991, p. 546.

“Um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma de consagradora de um direito fundamental para o particular, para os seus interesses, para a situação da vida, para a sua liberdade. Assim, por ex., quando se consagra, no art. 37o/1 da CRP, o ‘direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio’, verificar se há um fundamento subjectivo ou individual se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideias. [...]

Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta ‘fundamentação objectiva’ que se pretende salientar quando se assinala à ‘liberdade de expressão’ uma ‘função objectiva’, um ‘valor geral’, uma ‘dimensão objectiva’ para a vida comunitária (‘liberdade institucional’). (grifos nossos)

Assim sendo, é importante ter em mente que as rádios comunitárias alcançam diversas pessoas pertencentes a uma comunidade e dessa forma, possuem um papel fundamental na concretização do pluralismo e diversidade de vozes e opiniões em uma sociedade. Justamente pelo o seu alcance coletivo, a punição envolvendo uma rádio comunitária consequentemente trará impactos em toda aquela comunidade, reforçando assim a necessidade de se analisar a presente Apelação através de sua perspectiva subjetiva e objetiva.

Além disso, a utilização de sanções criminais para lidar com casos de possível abuso do direito à liberdade de expressão também pode ser entendida como assunto de interesse coletivo na medida em que pode gerar um “efeito refrador” na sociedade como um todo. Nesse sentido manifestou-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos também no caso *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*:

“A sentença [penal] se mostra como uma restrição incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana, uma vez que produz um efeito dissuasor, atemorizador e inibidor sobre todos os que exercem a profissão de jornalista, o que, por sua vez, impede o debate público sobre temas de interesse da sociedade”¹⁰.

Porém, no Brasil observa-se um uso abusivo de processos judiciais criminais contra aqueles responsáveis pela divulgação de informação para o público, o que torna ainda mais necessário a ampla discussão e aprofundamento dos argumentos envolvendo casos como o da presente Apelação.

Por fim, é inquestionável a presença de relevante interesse social no deslinde dessa Apelação devido à força que um precedente deste Tribunal terá nas futuras demandas que versarem sobre o tema. A partir dos aspectos da relevância social das rádios comunitárias e da eminente possibilidade de repercussão geral da questão enfrentada nesta Apelação, uma vez que pode criar precedente que viole direitos humanos, é imperativo verificar que pretensão da ARTIGO 19 e da AMARC, em figurar como *amicus curiae* no presente processo, extravasa interesses individuais, vez que esta não é apenas uma situação individual que deverá ser verificada casuisticamente, mas abrange a todos na medida em que versa sobre o direito à liberdade de expressão, inserido no rol de direitos fundamentais transindividuais.

Assim, a ARTIGO 19 e a AMARC vem se manifestar com a finalidade de aprimorar a tutela jurisdicional, no sentido de salientar que a reforma da decisão de 1ª Instância não deve prosperar, pois a absolução da ré foi absolutamente necessária para garantir que não houvesse uma violação aos direitos humanos reconhecidos pela Constituição Federal e pelos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera-Ulloa v. Costa Rica, para 133, julgado em 2 de julho de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

3. RESUMO DOS FATOS E DA AÇÃO

Em 1998, foi fundada a Associação Rádio Comunitária Coité Livre FM – Rádio Coité - a partir de uma demanda por livre informação e expressão dos moradores da cidade de Conceição de Coité, localizada na Bahia. No ano seguinte, atendendo ao aviso de habilitação publicado no diário oficial em 18/03/1999, a Associação formalizou junto ao Ministério das Comunicações o pedido para concessão de outorga para funcionamento da rádio, dando origem ao Processo de Habilitação nº 53640.000660/1998-71.

Até 2003, quando a Associação mudou de endereço e solicitou o cadastro das novas coordenadas geográficas junto ao Ministério das Comunicações, a Associação não obteve nenhuma resposta quanto ao pedido de outorga. No mesmo ano, porém, o Ministério informou que as coordenadas estavam incorretas e, novamente, a Associação fez a alteração. Cerca de cinco anos se passaram até que, em abril de 2009, a Rádio Coité foi orientada pelo Ministério a entrar com novo pedido de habilitação em virtude do arquivamento do primeiro pedido de outorga devido ao erro nas coordenadas.

Seguindo a recomendação do Ministério, a Associação entrou em 2009 com novo pedido de outorga que gerou um processo de habilitação sob o nº 53000.025584/2009-39. O novo processo segue sem decisão do Ministério.

A Rádio Coité Livre FM já completou mais de 19 anos na espera para obtenção da outorga, a fim legalizar o seu funcionamento, enquanto o Ministério das Comunicações continua a se omitir em seu papel de analisar e dar andamento aos pedidos de outorga de radiodifusão. Apesar das inúmeras tentativas de obtenção da concessão de outorga junto ao Ministério das Comunicações e mesmo após a própria Anatel ter reconhecido que seu funcionamento não causa nenhuma interferência prejudicial e nem risco à operação de qualquer atividade (conforme consta da Nota Técnica emitida pela Anatel), a Rádio Coité Livre FM sofreu diversos fechamentos e teve seus equipamentos apreendidos pela Anatel e pela Polícia Federal ao longo dos anos, o que prejudicou demasiadamente o trabalho realizado junto à comunidade.

A ação de fiscalização e apreensão dos equipamentos de transmissão ocorrida no dia 30 de maio de 2012 deu origem ao Inquérito Policial 884/2012 que culminou na Ação Penal n. 10631-63.2013.4.01.3304¹¹ movida em face de **NÚBIA DA SILVA OLIVEIRA**, pela prática tipificada no artigo 183 da Lei 9.472/97, ante o fato da denunciada estar no exercício da presidência da Associação Rádio Comunitária Coité Livre FM.

No dia 6 de março de 2017, a juíza da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Feira de Santana, Karin Almeida, julgou improcedente a Ação Penal movida em face de Núbia da Silva Oliveira, sob o entendimento de que deveria ser aplicado o princípio da insignificância, uma vez que a ação em questão não apresentava qualquer risco social, que a lesão jurídica era inexpressiva e o grau de reprovabilidade do comportamento da agente era reduzido.

Posteriormente, no dia 31 de março deste ano, o Ministério Público Federal apresentou apelação pleiteando que a sentença de 1ª instância absolvendo a Núbia fosse reformada. No dia 23 de maio foi proferido despacho entendendo que os requisitos de admissibilidade da apelação estavam presentes e que o recurso de apelação interposto pelo MPF foi recebido em ambos os efeitos.

4. OBJETIVO DO AMICUS CURIAE

Considerando que o objetivo das postulantes é defender e promover a liberdade de expressão e o acesso à informação como um meio de empoderar os indivíduos para conquistar outros direitos, é apresentado o presente *amicus* no qual busca-se demonstrar que a decisão de 1ª Instância deve ser mantida, pois a condenação da apelada representaria grave e infundada violação aos direitos humanos consagrados pela Constituição Federal e pelos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, isto porque:

- a) as rádios comunitárias cumprem um papel essencial enquanto meio de organização e expressão da cultura popular e dos interesses locais;

11 Processo disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=106316320134013304&secao=FSA>.

- b) a existência de leis penais que responsabilizam criminalmente os diretores de rádios comunitárias por operarem sem outorga representam grave ameaça à liberdade de expressão e ao acesso à informação e estão em descompasso com a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados internacionais;
- c) a burocracia excessiva e a ineficiência do Estado para conceder a outorga, cumulada com a fiscalização desproporcional, gera uma restrição injustificada à liberdade de expressão e informação das comunidades em que estas rádios atuam;
- d) o funcionamento das rádios comunitárias não apresenta qualquer risco social à segurança dos meios de telecomunicações e que por essa razão, neste caso, deve ser aplicado o princípio da insignificância.

Por estas razões, demonstraremos que a condenação de NÚBIA apenas por exercer o direito à liberdade de expressão - por meio de uma rádio de baixa frequência, que não oferece perigo a terceiros, e ainda exerce função de interesse público - afrontaria e seria incompatível com os princípios e padrões internacionais de direitos humanos, terminando o Estado brasileiro por praticar censura indireta ao reprimir tais práticas.

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

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹², em seu artigo 19, explicita que a liberdade de expressão é um direito humano universal e que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

12 Resolução da Assembleia Geral da ONU 217A(III), adotada em 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html.

Nesse mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), em seu artigo 19¹³, e a Convenção Americana, em seu artigo 13¹⁴, consagram a liberdade de expressão como um direito essencial para garantir o livre fluxo de ideias e informações. Dispositivos similares são encontrados nos tratados de direitos humanos europeus e africanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos vem asseverando em diversas ocasiões que a liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito de falar ou escrever, visto que compreende, igualmente, o direito de utilizar qualquer meio apropriado para difundir informação e garantir que esta chegará ao maior número de destinatários¹⁵.

Em um país em que a comunicação social está fortemente concentrada nas mãos de grandes conglomerados empresariais, formando verdadeiros monopólios e oligopólios, e está intimamente relacionada com o poder político, as rádios comunitárias se apresentam como um dos mais efetivos meios de garantir a diversidade dos meios de comunicação, representando um tipo de meio de comunicação que difere dos tradicionais meios privados, seja porque sua propriedade é de associações comunitárias, seja porque seu conteúdo é voltado às comunidades na qual estão inseridas.

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

A rádio comunitária COITÉ LIVRE FM refletia exatamente os conceitos expostos acima e é preciso dizer que somente funcionava sem a devida regularização por única e exclusiva responsabilidade e omissão do Ministério das Comunicações, visto que tentava obter sua outorga desde 1998.

13 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Decreto nº 592. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

14 Convenção Americana de Direitos Humanos, Decreto nº 678. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

15 Corte I.D.H., A Colegiación Obligatoria de Periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85, §31. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

Era uma rádio sem fins lucrativos **tocada por pessoas comuns, cuja principal motivação residia no exercício de fazer comunicação comunitária**. Tinha como principais objetivos divulgar informações de utilidade pública, tocar músicas de artistas da região e promover a participação da população coiteense. Mas que, por simplesmente existir, essa pequena rádio passou a enfrentar obstáculos de todos os tipos que a impediram de funcionar. A rádio não funciona mais, porém, sua Associação continua a realizar as mais diversas atividades: campeonatos de futebol, apresentações dos músicos da cidade, atividades educativas com crianças, encontros para fomentar expressões culturais, debates sobre a comunicação comunitária, entre outras diversas atividades que demonstram a sua importância na comunidade de Conceição de Coité.

A sentença proferida em 1ª instância sobre o caso em questão foi sensível a essa situação ao reconhecer que “a liberdade de expressão é considerada o termômetro do regime democrático” e ao afirmar que “inexistia qualquer grau de reprovabilidade da conduta da agente, uma vez que a rádio era usada para tocar músicas, desenvolver atividades religiosas, passar notícias para a comunidade, sem fins lucrativos, conforme programação trazidas aos autos (fls 12) e depoimentos de testemunhas (fls. 163 e 164)” e que “segundo afirmou a ré em seu interrogatório, os equipamentos foram adquiridos por meio de doações entre os integrantes da comunidade (fls. 168)”. Com isso, a juíza concluiu que a exploração da rádio não era feita de forma empresarial, tratando-se apenas de uma atuação de pequena abrangência, no seio da comunidade de uma pequena cidade do interior da Bahia.

6. AS SANÇÕES PENAIS COMO VIOLADORAS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Com base no que foi apresentado até o momento, é possível estabelecer relações diretas entre a burocracia e a demora impostas pelo órgão responsável pela concessão das outorgas de rádios comunitárias e as ações de fiscalização que muitas vezes acabam com a atribuição de responsabilizações criminais aos radiocomunicadores comunitários.

A esse respeito, o Procurador da República Sérgio Suiama, em Ação Civil Pública instaurada em 2007 chamou atenção “para a negligência intencional do Estado em não concretizar (o direito à

comunicação), se omitindo na sua função administrativa, mas protagonizando ações penais de contenção das rádios”¹⁶.

As ações penais dirigidas contra os comunicadores comunitários, portanto, têm sido a resposta do Estado para barrar o funcionamento de rádios comunitárias que não possuem licença e que aguardam a análise da outorga pelo Ministério das Comunicações. Ocorre, entretanto, que, dessa forma, o Estado se abstém de promover políticas públicas no sentido de ampliar o acesso aos meios de comunicação para o uso comunitário e, ao mesmo tempo, ignora a sua obrigação de aplicar medidas menos restritivas para a liberdade de expressão no caso de funcionamento de rádios sem autorização.

Nesse sentido, uma das maiores incoerências no tratamento dado aos radiocomunicadores comunitários é a manutenção de dispositivos na esfera criminal que determinam penas diferentes para a mesma atividade: desenvolver serviço de radiodifusão sem a autorização prevista em lei. Tais dispositivos podem ser encontrados tanto no já ultrapassado Código Brasileiro de Telecomunicações que prevê penas de 1 (um) a 2 (dois) anos em seu artigo 70, como na Lei Geral de Telecomunicações que prevê penas de 2 (dois) a 4 (quatro) anos no seu artigo 183.

A existência por si só dessas sanções penais já caracteriza violação à liberdade de expressão prevista na Constituição Federal e aos diversos acordos internacionais ratificados pelo Brasil e deve ser completamente extirpada do ordenamento jurídico, já que configuram flagrante prática de censura indireta conforme será demonstrado no próximo capítulo.

Existem diversos entendimentos no sentido de que as rádios comunitárias não devem ser regidas por leis penais, visto que além de cumprirem com uma função social de fundamental importância para os direitos humanos como um todo e para a sociedade, a responsabilização penal do radiocomunicador comunitário representa uma sanção desproporcional ao possível dano causado e viola gravemente os mecanismos de liberdade de expressão.

Ao dispor sobre a proporcionalidade das sanções aplicadas aos radiodifusores de uma forma geral, os padrões internacionais de radiodifusão preveem que:

16 Ação Civil Pública n. 2007.61.00.010459-7. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/dcomuntv/Replica%20ACP%20radios%20comunitarias.pdf>.

“As sanções devem ser sempre estritamente proporcionais aos danos causados. Ao analisar os tipos de sanções a serem impostas, os órgãos reguladores devem ter em mente que objetivo de regular não é primariamente de policiar os radiodifusores, mas antes de proteger o interesse público por meio da garantia de que o setor opere com regularidade e na promoção de radiodifusão diversa e de qualidade”¹⁷.

Normalmente a sanção a ser aplicada por uma violação inicial será uma notificação, indicando o tipo de violação e advertindo para que não volte a se repetir. Outras condições devem ser incluídas na aplicação de sanções mais graves – como multas, suspensão de emissão e revogação da licença.

Dessa forma, as sanções devem ser aplicadas apenas na medida do dano e, ainda, segundo os padrões internacionais, deverão ser impostas somente no plano administrativo por um órgão independente de regulação que tenha como objetivos o respeito pela liberdade de expressão e informação, diversidade, apuração e imparcialidade.

A persistência de dispositivos na legislação nacional que preveem penas privativas de liberdade para aquele que mantém serviço de radiodifusão sem outorga, seja ele comunitário, público ou comercial, é um resquício do regime autoritário que jamais pode ser aceito em uma sociedade democrática.

A partir disso, pode-se afirmar que a sanção penal, nesses casos, não se justifica em nenhuma hipótese, ainda mais em se considerando que os padrões internacionais determinam que as sanções menos restritivas à liberdade de expressão devem ser impostas.

Ademais, é necessário considerar que as rádios comunitárias possuem uma regulação específica através da Lei 9.612/98, de índole exclusivamente administrativa e não penal e que prevê que as sanções eventualmente aplicadas aos radiocomunicadores comunitários devem configurar somente ilícito administrativo, não se aplicando nenhum dos dispositivos citados anteriormente.

17 Princípios para garantir a diversidade e a pluralidade na radiodifusão e nos serviços de comunicação audiovisual, AMARC Brasil, 2012. Disponível em: http://agenciapulsar.org/amarcalc/publicaciones/wp-content/uploads/sites/2/2014/03/40ppios_pt_folleto.pdf.

O Judiciário já tem se manifestado favoravelmente em diversas ocasiões. No juízo criminal, o Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima (Relator na apelação criminal 2005.81.00.019522-9, 3ª Turma), afastou a aplicação da pena ao entender que:

“a atividade de radiodifusão comunitária configura somente ilícito administrativo, não se aplicando nem o art. 70 da lei 4.117/62 (CBT – Código Brasileiro de Telecomunicações), nem o art. 183 da Lei 9.472/97 (LGT – Lei Geral de Telecomunicações)”¹⁸.

Isso porque, para o relator do respectivo acórdão: “a atividade das rádios comunitárias tem regulação exclusiva através da lei 9.612/98, de índole exclusivamente administrativa e não penal, diversamente do que ocorre com as leis n. 9.472/97 e n. 4117/62.”

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região também se posicionou contrário à aplicação de sanção penal aos radiocomunicadores ao decidir que:

“A conduta, se chegar a configurar ilícito, apenas comporta sanção na órbita civil, não podendo ser perseguida no âmbito criminal, pela ausência de caracterização do dolo, por parte do acusado, bem assim pela incoerência de potencialidade lesiva ao bem tutelado pela norma penal, diante da incapacidade de causar danos a terceiros em virtude da baixa potência”¹⁹.

Este entendimento permanece, tendo em vista que o Desembargador Francisco Barros Dias, em seu voto na Apelação Criminal ACR7417/RN, argumentou que a rádio em questão apresentava em suas

18 Nesse mesmo sentido, ver decisão do Desembargador Vladimir Carvalho no julgado do TRF 5ª Região da 1ª e 3ª Turma: RSE 531/CE. Disponível em: http://www4.trf5.jus.br/data/2005/05/200305000168583_20050505.pdf

19 TRF 5ª Região, 1ª Turma, Apelação Criminal nº 8949/PE. Relator José Maria Lucena. Disponível em: http://www4.trf5.jus.br/data/2013/04/00012315120104058305_20130426_4502666.pdf

transmissões somente fim religioso, não apresentando assim fins lucrativos, fato este que a caracteriza como comunitária, não sendo, assim, possível aplicar a legislação penal, visto que as rádios comunitárias são regidas exclusivamente pela Lei nº 9.612/98, a qual só contempla sanções de índole administrativa.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou neste sentido ao julgar em fevereiro deste ano o Habeas Corpus 138.134 impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Marcelo Mascarenhas Costa, comunicador que atuava na rádio comunitária Andorinha FM e foi denunciado como incurso no artigo 183 da Lei nº 9.472/97. Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski destaca:

“ante a irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, que a matéria não deve ser resolvida na esfera penal, mas nas instâncias administrativas.²⁰”

Importante mencionar que tal interpretação respeita os padrões de liberdade de expressão e é a mais consistente, tendo em vista que o Código de Telecomunicações é legislação técnica e tecnologicamente desatualizada, datando de 1962. Essa norma já teve a grande maioria de seus artigos revogada por um rol de leis posteriores, inclusive pela Lei Geral de Telecomunicações, que em 1997 foi aprovada exatamente para separar a regulação das chamadas “teles” dos serviços de radiodifusão, ou seja, a Lei Geral não foi criada para aplicação às rádios. No entanto, lei posterior, especial, e mais benéfica à situação das rádios em operação sem licença foi aprovada em 1998.

No caso ora analisado, a juíza, em sua sentença, se posicionou a favor de tal entendimento:

“[...] a norma penal não foi editada com vistas a punir a radiodifusão através de transmissor com baixa potência, inferior a 25 watts. O direito administrativo já resolveu a questão, através da interrupção do serviço e a apreensão do equipamento.”

20 HC/138.134. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335449>.

Não restam dúvidas, portanto, que o Judiciário deve levar em consideração a Lei 9.612/98 em casos como o da Rádio Coité Livre FM, deixando de aplicar a pena no juízo criminal com base na ausência de ofensa a bens jurídicos penais. No caso em questão, restou comprovado, conforme também pode-se verificar na sentença de 1ª instância, que a potência em que operava a Rádio Coité Livre FM era de 11,8 W, menos da metade, portanto, do máximo de 25 W para se considerar a frequência baixa. Além disso, restou comprovado a inexistência de qualquer lesão, interferência ou dano em razão do funcionamento da rádio.

Na sentença, a própria juíza entendeu desse modo e afirmou que a norma penal descrita no artigo 183 da Lei 9.472/97 não têm como objetivo restringir o exercício da liberdade de expressão, mas sim criar condições nas quais ele possa ser garantido. Assim, entendeu a juíza federal que seria um contrassenso utilizar-se desse dispositivo legal para **criminalizar** as atividades de uma rádio comunitária.

Em suma, o Judiciário deve mostrar sensibilidade quanto aos desafios enfrentados pelas rádios comunitárias. No caso da Rádio Coité Livre FM, o relatório da ANATEL comprovou que seu funcionamento não causa nenhuma interferência prejudicial e nem risco à operação de qualquer atividade. Além da inexistência de risco, a rádio conta com o apoio da comunidade ao seu redor e desde 1998 espera análise do pedido de outorga feito ao Ministério das Comunicações, o que por si só já deveria ser elemento para afastar a aplicabilidade de sanção penal. Assim como já o fez em outras ocasiões, cabe ao Judiciário, nesse momento, cumprir com o papel de garantidor do direito humano à liberdade de expressão, sob pena de perpetuar uma injustiça.

7. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE A FIM DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO ART. 183 DA LEI 9472/97

Em 2004, uma emenda constitucional - incorporada pelo parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal - estabeleceu que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos

que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Nesse sentido, a lei infraconstitucional que for contrária ao tratado aprovado nesses termos, será inconstitucional. Os demais tratados, situação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovados antes da emenda supracitada, conforme entendimentos do Supremo Tribunal Federal possuem caráter supralegal, sendo hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional.

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal no julgamento sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel reformulou sua anterior jurisprudência adequando o seu posicionamento ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, inaugurando assim o controle de convencionalidade.

Através do julgamento do RE nº 466.34-SP, o Supremo vedou a prisão do depositário infiel no Brasil, a despeito de sua previsão no art. 5o, LXVII, CF/88, ante o fato do (i) Pacto de São José da Costa Rica proibir qualquer tipo de prisão por dívidas - com exceção do inadimplemento de obrigação alimentar – (art.7o, 7, CADH), e do (ii) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11, PIDCP – Decreto no 592 de 6/7/1992) conter previsões proibitivas ao aprisionamento civil, tendo, inclusive, editado Súmula Vinculante consolidando tal entendimento (SV 25)²¹.

De outro lado, em 2014, mediante iniciativa conjunta do Conselho Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e em moldes semelhantes ao que discutido no Poder Legislativo no Projeto de Lei nº 554/2011 em tramitação no Senado Federal, tem-se implementado na persecução penal do Estado brasileiro, gradativamente, o instituto da “Audiência de Custódia”, que foi recentemente referendado pelo Supremo com base nas previsões contidas no art. 7º, da CADH e art. 3o e 9o do PIDCP.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, por maioria de votos a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240) em que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) questionava a realização das chamadas “audiências de custódia” que foi instituída por

21 Ressalte-se que o STJ, por meio da súmula 419, pacificou tal entendimento – na mesma linha do STF - antes mesmo da edição da Súmula Vinculante 25.

meio de um provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e da Corregedoria Geral da Justiça do estado.

Nesse sentido, vale a transcrição dos comentários relativos a essa decisão, realizado pelo projeto “Dizer o Direito”, ao abordar a temática:

“A Corte afirmou que o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, por ter caráter supralegal, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Em outras palavras, a CADH inovou o ordenamento jurídico brasileiro e passou a prever expressamente a audiência de custódia. (...)

Desse modo, o STF entendeu que o provimento conjunto do TJSP não inovou na ordem jurídica, mas apenas explicitou conteúdo normativo já existente em diversas normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e do Código Processual Penal (CPP). Por fim, o STF afirmou que não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes porque não foi o provimento conjunto que criou obrigações para os delegados de polícia, mas sim a citada Convenção e o CPP”²².

Ao abordar a temática do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assim bem disserta Antônio José Maffezoli Leite, Defensor Público do Estado de São Paulo e Defensor Público Interamericano:

“A Convenção é o principal instrumento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia, aparato esse que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Mas o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não é apenas a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana. O sistema Interamericano de Direitos

22 Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/audiencia-de-custodia.html>.

Humanos, acima de tudo, somos todos nós: pessoas, vítimas, organizações não governamentais, Estados, órgãos dos Estados, operadores do Sistema de Justiça, servidores públicos; os tratados internacionais de direitos humanos, as constituições nacionais, os ordenamentos jurídicos internos.

Por isso, a luta pela promoção, proteção e defesa dos direito humanos deve se dar cotidianamente, nas relações interpessoais, de vizinhança, profissionais, acadêmicas, institucionais, políticas, legislativas, judiciais”²³.

Desse modo, evidente que o Egrégio Tribunal Federal Regional deve, ao julgar o presente litígio, não só se atentar para a legislação infraconstitucional brasileira – e sua jurisprudência e doutrina correspondente -, mas, também, para todo o arcabouço normativo e jurisprudencial do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob pena de operação jurisdicional contrária ao ordenamento jurídico pátrio compreendido em sua totalidade, isto é, normas jurídicas advindas do Estado brasileiro e dos sistemas normativos internacionais a que tenha aderido.

Neste momento, vale retomar que nos termos do artigo 13, item 3, CADH, o conceito de “censura indireta” é assim definido:

“Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.”

23 “A Atuação da Defensoria Pública na Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, inclusive perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos” (pág.570) in “Temas Aprofundados Defensoria Pública, Vol. 2, 2014, Editora jusPodivm, orgs Aluísio Nunes Monti Ruhheri Ré e Gustavo Augusto Soares dos Reis.

Em Informe (75/15 – caso 12.799)²⁴ sobre uma rádio comunitária chilena, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) se posicionou com relação a tal temática, definindo que o excessivo controle estatal sobre a radiodifusão comunitária independente, bem como a prática da repressão e perseguição às “rádios comunitárias” acaba por constituir “censura indireta” ao desenvolvimento do direito à liberdade de expressão. No caso brasileiro, tal repressão e perseguição é concretizada no uso do direito penal pelo Estado enquanto instrumento de criminalização e intimidação dos comunicadores sociais. Segundo a Comissão:

“(…) nesta matéria, o princípio da igualdade, o direito à liberdade de expressão e a interdição da arbitrariedade, impõe limites ao exercício dos poderes estatais para assegurar que não sejam utilizados com o propósito de pressionar e castigar ou punir e privilegiar aos comunicadores sociais e aos meios de comunicação em função de sua linha informativa.”²⁵

Nas palavras de Liliana Tojo, Diretora do Programa para a Bolívia e do Sul do Centro pela Justiça e o Direito Internacional CEJIL (Centro pela Justiça e Direito Internacional), ao comentar o caso supracitado:

"Os critérios referidos no Relatório da Comissão não só tem implicações para o caso e para o Chile, mas também para outro contextos e situações em que o exercício da liberdade de expressão pode ser afetado. A Comissão estabeleceu claramente que não pode permitir que, por trás de um exercício legítimo dos poderes do Estado - aparente como censura ou pressão para punir um meio de comunicação para a disseminação de visões críticas – esconda-se meio discriminatório ou de censura indireta."²⁶

24 Miguel Angel Millar Silva y Otros (radio estrella del mar de melinka) chile 28 de octubre de 2015. Disponível em: https://www.cejil.org/sites/default/files/informe_de_fondo_melinka.pdf

25 Disponível em: Informe (75/15 – caso 12.799 / OEA/Ser.L/V/II.156 DOC 30 28 de octubre 2015.págs15/16).

26 Disponível em: <https://www.cejil.org/en/node/8236>.

O Relator Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), Edison Lanza, em recente visita ao Brasil, num contexto de discussão da regulação da mídia na América Latina:

“Monopólios ou oligopólios privados ou públicos afetam a liberdade de expressão e é obrigação dos estados fomentar uma comunicação que tenha pluralidade de proprietários e vozes (...) Uma lei [que regula a mídia] é ótima, mas há medidas parciais que podem ser tomadas por meio de atos administrativos como, por exemplo, a reserva de espectro para incluir rádios comunitárias [no dial] com facilidade para que consigam as concessões. Outra medida pode ser a orientação para que as polícias e os ministérios públicos não reprimam aqueles que fazem uso da liberdade de expressão como as rádios comunitárias. A aplicação do direito penal nesses casos é condenada por ser desproporcional e desnecessária.”²⁷

Nessa mesma direção, para defender a inexistência de crime na exploração da radiodifusão comunitária – devendo o Direito abordar os litígios que envolvam conflitos relativos a tal bem jurídico a partir de outras esferas que não o Direito Penal – assim bem discorre o Delegado Federal Antônio Coelho Neto, tratando a temática sob o viés da Convenção Americana de Direitos Humanos:

“Os termos são claros, mas não impediram a consolidação de um paradoxo representado pelo que até agora ficou demonstrado: repressão em vez de proteção. O fato é que, 23 anos mais tarde, já em 1992, o pacto foi ratificado pelo Senado Federal brasileiro e promulgado pelo presidente da república Itamar Franco, graças a uma nova Constituição, capaz de recepcionar os termos daquele Pacto.

27 Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/247/midiatech/192182/OEA-regula%C3%A7%C3%A3o-da-m%C3%ADdia-%C2%ADest%C3%A1%C2%ADatrasada%C2%ADna%C2%ADAm%C3%A9rica%C2%ADLatina.htm>

Para os defensores do livre exercício da atividade das rádios comunitárias, existe uma perfeita consonância entre a Lei Maior e aquele Pacto. Não se verificam incompatibilidades entre os arts. 5º, IX (liberdade de comunicação), 215 (participação nos meios de comunicação) e 220 (liberdade de informação sem restrições e sem censura), da Constituição Federal, de um lado, e o artigo 13 do Pacto (ausência de abuso de controles oficiais ou particulares), de outro.

Considerando a aprovação daquele Pacto pelo Decreto Legislativo nº 27/92, Celso Bastos é enfático quando reforça a ideia de consonância entre nossa Constituição e o Pacto de São José da Costa: a Convenção em nada colide com os preceitos constitucionais. Ao contrário, ratifica substancialmente todos eles, quer no âmbito das Liberdades de Pensamento e Expressão (art. 13), quer no concernente à proteção judicial das pessoas a quem se dirige (art. 25).

Acompanhando o pensamento daquele acordo internacional, urge lembrar que, em consonância com ele, o novo Código Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) destaca que, além de a liberdade ser a regra, nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante (art. 128, I e III)²⁸.

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

É evidente que a criminalização da atividade de comunicação comunitária representa uma restrição indireta ao exercício da liberdade de expressão em desacordo com a Convenção. Assim, resta claro que a sanção na esfera penal para o exercício da liberdade de expressão é desnecessária e certamente desproporcional em uma sociedade democrática para a salvaguarda dos fins legítimos elencados, sobretudo se considerarmos a existência de outros meios mais eficazes menos gravosos, como as esferas cíveis e administrativas.

28 Neto, Armando Coelho. Rádio Comunitária não é Crime. Editora Ícone. 2002. Págs115/16.

Ante todo o exposto, frente ao desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro e seu impacto doutrinário, jurisprudencial e legislativo, em especial a previsão normativa contida no art. 13, 3, CADH, deve este Egrégio Tribunal realizar o controle de convencionalidade no presente processo.

Assim fazendo, deve afastar a aplicação da previsão normativa penal prevista no art. 183 da Lei 9472/97²⁹ a esta lide, vez que incompatível com a atual ordem jurídica pátria (compreendida em sua totalidade), sob pena de ratificar a inconvenção prática da censura indireta ao exercício do direito à liberdade de expressão. Tal prática é condenada pelo sistema OEA de proteção dos direitos humanos, como amplamente demonstrado neste *amicus*, assim como pelo sistema ONU e outros sistemas regionais.

8. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No entanto, ainda que se considere que os artigos 70 da Lei no 4.117/1962 e 183 Lei n° 9.472/97 estão em conformidade com os tratados internacionais firmados pelo Brasil, a conduta descrita por eles permite a aplicação do princípio da insignificância, ensejando excludente de tipicidade.

Assim, a ação de colocar em funcionamento uma rádio comunitária que ainda aguarda a obtenção da outorga, não produz qualquer periculosidade social e possui um reduzido grau de reprovabilidade. Isso porque essas rádios se voltam para os interesses e necessidades das comunidades em que se encontram, que, em sua maioria, se tratam de favelas, comunidades rurais, comunidades indígenas, e de outros grupos marginalizados da sociedade.

A mínima ofensividade da conduta se faz presente no caso das rádios comunitárias pela própria característica de serem rádios de baixa potência e alcance reduzido, uma vez que a capacidade de

29 Em molde semelhante ao que realizado pelo Juiz de Direito Alexandre Morais da Rosa, no julgamento dos autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023, da comarca da Capital de Santa Catarina – Florianópolis, ao se deparar com a inconvenção do crime de desacato (art.331,CP). Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/desacato%C2%ADnao%C2%ADe%20crime%C2%ADdiz%C2%ADjuiz%C2%ADem%C2%ADcontrole%C2%ADdeconvencionalidade/>

interferência de uma rádio em outros sistema de radiodifusão está diretamente relacionada a sua potência de alcance.

Nesse sentido, considerando a ausência de risco social apresentada por rádios comunitárias de baixa frequência e a *ultima ratio* do direito penal, o relator Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou no HC 115.729/BA³⁰ que:

“Consta dos autos laudo de perícia realizada em laboratório pela Anatel que atesta que transmissor utilizado pela emissora operava com potência de 32,5 watts (fl. 109) e que o funcionamento de tal transmissor não tinha aptidão para causar problemas ou interferências prejudiciais em serviços de telecomunicações. [...]

Nesta senda, considerando que o bem jurídico tutelado pela norma – a segurança dos meios de telecomunicações – permaneceu incólume, não tendo sofrido qualquer espécie de lesão, ou ameaça de lesão, que mereça a intervenção do Direito Penal, não há como reconhecer a tipicidade material da conduta ante a incidência, na hipótese, do princípio da insignificância.

Acrescente-se a isso o fato de que a rádio em questão era operada com o objetivo de evangelização bem como para prestar serviços sociais, o que demonstra, também, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade e a ausência de periculosidade social da conduta do paciente, que ressaltou, em seu interrogatório já ter ingressado no Ministério das Comunicações com o pedido de outorga para execução do serviço de radiodifusão comunitária.”

Este entendimento foi reafirmado pelo Ministro, em 2017, na já mencionada decisão do³¹ STF no Habeas Corpus n. 138.134³². Nesta decisão foi reformada a sentença proferida pelo Tribunal

30 HC 115729/BA. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23051087/habeas-corpus-hc-115729-ba-stf/inteiro-teor-111267592?ref=juris-tabs>.

31 HC/138.134. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335449>.

32 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5081079>.

Regional Federal da 1ª Região e mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual o radialista Marcelo Mascarenhas havia sido condenado à dois anos de detenção a serem cumpridos em regime aberto.

Conforme asseverou o ministro Ricardo Lewandowski, o princípio da insignificância deve prevalecer se não for configurado nenhum resultado lesivo. Assim bem delineou o ministro sobre a temática das rádios comunitárias no contexto de criminalização existente no país:

“Com efeito, devem estar presentes, concomitantemente, os seguintes vetores: (i) mínima ofensividade da conduta; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Pois bem, na espécie vertente, vislumbro a presença de todos os requisitos acima mencionados, de modo que **a aplicação do princípio da insignificância é medida que se impõe**”.

O entendimento do Ministro Lewandowski baseou-se em julgados anteriores do Tribunal, os quais são mencionados por ele em seu voto, como se verifica:

“RECURSO ORDINÁRIO EM 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. RECURSO PROVIDO. I - 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. II – Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie,

levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela. III – Rádio comunitária que era operada no KM 180 da BR 230 (Rodovia Transamazônica), comunidade de Santo Antônio do Matupi, Município de Manicoré/AM, distante, aproximadamente, 332 km de Manaus/AM, o que demonstra ser remota a possibilidade de que pudesse causar algum prejuízo para outros meios de comunicação. IV – Segundo a decisão que rejeitou a denúncia, o transmissor utilizado pela emissora operava com potência de 20 watts e o funcionamento de tal transmissor não tinha aptidão para causar problemas ou interferências prejudiciais em serviços de emergência. V – Recurso provido, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos ao paciente na esfera administrativa” (RHC 118.014/AM)

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 119.123/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia)

Ainda sobre o caso de Marcelo Mascarenhas, o ministro Ricardo Lewandowski declarou em informativo no site do Supremo Tribunal Federal “Notícias do STF”³³:

33 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=335449&tip=UN>.

“Não me parece que seja o caso de enquadrar em processo criminal uma rádio comunitária com alcance de 500 metros no interior do país, onde não há nenhuma forma de comunicação, onde se presta realmente serviço público”.

Estes entendimentos ressoaram na decisão de 1ª instância que absolveu a ré **NÚBIA DA SILVA OLIVEIRA**. Observa-se na sentença que a juíza entendeu que o princípio da insignificância deveria ser aplicado, bem como os seguintes argumentos, para absolver a Núbia:

“Insta esclarecer que a liberdade de expressão e informação (sem nenhuma forma de censura prévia), consagrada em textos constitucionais, constitui marcante característica das atuais sociedades democráticas. Essa liberdade é considerada termômetro do regime democrático.

A norma incriminadora em que se baseou a denúncia, de modo algum tem por escopo obstar o exercício dessa liberdade fundamental. Muito pelo contrário, visa ao interesse público, traçando parâmetros e limites para o melhor e mais justo exercício desses direitos constitucionais. (...)

Inicialmente, tenho que a **conduta da agente foi minimamente ofensiva**, tendo em vista que a rádio se localizava nas dependências da Igraja Matriz, no centro de pequena cidade no interior do Estado da Bahia, **operando com baixíssima potência (11,8 W)**.

Constato, ainda, **ausência de risco social da ação**, considerando o que consta na Nota Técnica de fls. 07/09, segundo a qual “Apesar da potencialidade lesiva nesses canais, não foi configurada interferência prejudicial. Isso porque os canais interferidos não estavam ocupados na área de cobertura da rádio clandestina”.

Ademais, tenho por **reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento da agente, haja vista que a rádio era utilizada para tocar música, desenvolver**

atividades religiosas e passar notícias para a comunidade, sem fins lucrativos, conforme programação trazida nos autos e depoimentos das testemunhas. Ademais, segundo informou a ré em seu interrogatório, os equipamentos foram adquiridos por meio de doações entre os integrantes da comunidade.

Por fim, considero **inexpressiva a lesão jurídica provocada**, pelo que já ressaltado anteriormente, a respeito de não ter havido interferência em canais outorgados. Devo destacar, ainda, a afirmação da ré em seu interrogatório, de que **a rádio veiculava apenas programas visando o social e não tinha publicidade paga.**

Diante desses dados sociológicos, infere-se que a exploração da rádio não era feita de forma empresarial, tratando-se de atuação de pequena abrangência, apenas no seio da comunidade de pequena cidade do interior da Bahia.

Ante o exposto, com fundamento no art. 386. III do CPP, julgo improcedente a pretensão punitiva estatal, para **absolver a ré Núbia da Silva Oliveira, da acusação de cometimento do delito do art. 183 da Lei n. 9472/97”**.

Assim, diante da conduta minimamente ofensiva de Núbia, da ausência de risco social da ação, do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento da agente e da inexpressiva lesão jurídica provocada, não há dúvidas de que a decisão proferida em 1ª instância absolvendo a ré Núbia deve ser mantida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

9. CONCLUSÃO

Todo este cenário desfavorável ao desenvolvimento das rádios comunitárias no Brasil é fruto de um histórico de concentração na comunicação desde o seu surgimento no País, corroborado por uma política repressiva, por um lado, e omissa, por outro, por parte do Poder Público frente a todas as dificuldades que as rádio comunitárias enfrentam.

É exatamente o que ocorre com a Associação Rádio Comunitária Coité Livre FM Rádio Coité. São quase duas décadas de espera por um aval do Ministério das Comunicações para o funcionamento regular da rádio, o que demonstra o total descaso por parte do Poder Público, apesar dos repetidos esforços da rádio para conseguir tal documentação. Neste período, a rádio, e conseqüentemente as pessoas envolvidas com o seu funcionamento, vêm sofrendo diversas sanções, tendo passado por vários fechamentos, apreensão de equipamentos e processos judiciais, perseguições, inclusive no âmbito criminal.

Frise-se, que o objetivo da rádio não é funcionar ao arripio da lei, de forma “clandestina”. A rádio tem como única e exclusiva finalidade oferecer suporte e dar voz aos moradores da cidade de Conceição de Coité, prestando, inclusive, serviços de grande utilidade pública.

Não obstante, a omissão do Poder Público em avaliar o pedido para funcionamento da rádio não deixa alternativa senão o funcionamento irregular, para que a rádio possa desempenhar seu importante papel social junto à comunidade. Tanto não almeja a rádio funcionar de forma irregular, que vem durante anos a fio pressionando como pode o Ministério das Comunicações para obter sua outorga.

Entretanto, anos de omissão culminaram na abertura de inquérito policial e ação penal contra a apelada. Diante disso, a juíza de 1ª instância entendeu corretamente por absolvê-la. Condenar a apelada seria um atentado à liberdade de expressão, uma vez que visaria silenciar definitivamente as vozes daqueles que se dedicam a garantir o direito de sua comunidade receber e divulgar informações de seu interesse.

A ARTIGO 19 e AMARC defendem, com base nos padrões internacionais de liberdade de expressão, que a rádio comunitária é uma forma de efetivar a liberdade de expressão, com base na pluralidade, diversidade e acesso às ondas de frequência eletromagnéticas em iguais condições em relação às rádios e televisões comerciais.

Desta forma, a demora injustificada por parte do Poder Público em analisar o pedido da rádio é uma forma de discriminação e caracteriza censura indireta, e a condenação dos comunicadores comunitários, tendo em vista a ausência de risco social de suas condutas, seria uma grave violação aos seus direitos à liberdade de expressão. Portanto, deve ser mantida a decisão 1ª Instância por seus próprios fundamentos.

10. PEDIDOS FINAIS

Diante de todo o exposto, requer que:

(i) Seja a presente manifestação recebida na qualidade de Amicus Curiae; e, assim, exerça todas as faculdades inerentes a tal função, a fim de apresentar sua manifestação acerca da matéria de fato e de direito, podendo também participar de eventual audiência pública e sustentar oralmente os seus argumentos em plenário, quando do julgamento da ação.

(ii) Realize-se a sustentação oral na sessão de julgamento, requerendo a intimação do subscritor da presente para tal finalidade.

(iii) Seja mantida a decisão de 1ª Instância, determinando que a ré **NÚBIA DA SILVA OLIVEIRA** seja **absolvida**.

São Paulo, 3 de julho de 2017



Camila Marques (OAB/SP nº 325.988)

Advogada e Coordenadora do
Centro de Referência Legal da ARTIGO 19 Brasil



Pedro Martins Coelho

Representante do Conselho Político
da AMARC Brasil



Carolina Martins

Acadêmica de Direito – Centro de Referência Legal
ARTIGO 19 Brasil



Raissa Maia (OAB/SP nº 387.073)

Advogada do Centro de Referência Legal da
ARTIGO 19 Brasil