

O CRIME DE RADIODIFUSÃO CLANDESTINA EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 8, DE 15.08.1995, E DA LEI N. 9.472, DE 16.07.1997

Toru Yamamoto*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Definições; 3. Dispositivos constitucionais atinentes a serviços de telecomunicações e de radiodifusão; 4. Radiodifusão no contexto do Código Brasileiro de Telecomunicações; 5. Radiodifusão no contexto do art. 21, XI e XII, alínea *a*, da Constituição da República, antes e depois da EC n. 8/95; 6. Crime de radiodifusão clandestina no novo contexto constitucional; 7. Conclusões; 8. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo pretende discutir, sucintamente, se houve, ou não, a recepção¹, pela Emenda Constitucional n. 8², de 15 de agosto de 1995, do art. 70³ do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62), que penaliza a conduta de instalar ou utilizar telecomunicações, sem observância do disposto nessa Lei e nos regulamentos, doravante referida como **crime de radiodifusão clandestina**, bem como a coexistência desse dispositivo legal com o art. 183⁴ da Lei n. 9.472/97, que penaliza o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação, doravante referida como **crime de telecomunicação clandestina**. Em caso afirmativo, o dispositivo, obviamente, continua a tipificar o crime previsto no revogado Código Brasileiro de Telecomunicações; em caso negativo, o crime

*Professor Titular de Direito Comercial I da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Juiz Federal da 3ª Vara Criminal de São Paulo. Ex-Promotor de Justiça/SP. Bacharel em Direito e Administração de Empresas.

¹ A recepção de normas, em direito constitucional, é definida por Maria Helena Diniz como "revitalização ou acolhimento de leis infraconstitucionais por uma nova Carta Constitucional, por serem compatíveis a ela, apesar de a antecederem" (*Dicionário jurídico*, vol. 4, p.54). Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "o fenômeno jurídico da recepção consiste na revitalização, por uma nova Constituição, do direito comum a ela anterior" (Recepção - Direito Constitucional - , in *Enciclopédia saraiva do direito*, vol. 63, p. 333).

² Esta Emenda Constitucional alterou o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do artigo 21 da Constituição da República.

³ O artigo 70 da Lei n. 4.117/62 é do seguinte teor: "Art. 70. Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação e aparelho ilegal." (Artigo e parágrafo com redação determinada pelo Decreto-lei n. 236, de 28-02-1967)

⁴ O art. 183 da Lei n. 9.472/97 assim dispõe: "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".

de radiodifusão clandestina deixou de ser típico ante a sua inconstitucionalidade ou a sua revogação pelo art. 183 e, por conseguinte, não mais se justifica a sua persecução penal, a não ser como o crime de telecomunicação clandestina.

Destaque-se que, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais Adjuntos em São Paulo, há decisões judiciais em ambos os sentidos, prevalecendo, porém, a primeira posição em grau recursal⁵. Daí, a meu ver, o interesse em abordar o tema ora proposto. Não está em discussão, por outro lado, a questão da constitucionalidade do art. 70 da Lei n. 4.117/62 em face dos direitos e garantias constitucionais e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), pois ela é aqui pressuposta ante a imprescindibilidade da outorga de concessão, permissão ou autorização para o exercício da radiodifusão, como têm decidido nossos tribunais⁶.

2. Definições

Definição prévia de, ao menos, dois termos recorrentes nesta discussão não só será útil, mas deveras necessária.

a) Telecomunicação. A Lei n. 9.472, de 16-07-1997, em seu art. 60, repetindo em linhas gerais a definição contida no revogado Código Brasileiro de Telecomunicações - CBT (Lei n. 4.117, de 27-08-1962, art. 4º), estabelece que serviço de telecomunicações é “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”. Para esse fim, telecomunicação é definida, no parágrafo 1º do artigo 60 da mesma Lei, como sendo “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”. Não difere dessa definição legal a de Maria Helena Diniz⁷ em seu Dicionário Jurídico: “Telecomunicação. 1. Serviço de transmissão, emissão ou recepção de sinais, imagens, escritos, sons ou informações de qualquer natureza por meio de fios, eletricidade, rádio ou outro processo eletromagnético. 2. (...)”.

b) Radiodifusão. Para Justino Adriano F. da Silva⁸, “é a transmissão de sons ou imagens no espaço, em forma de ondas hertzianas semelhantes às da luz ou do calor, mediante impulsos da corrente elétrica”. Maria Helena Diniz⁹ define radiodifusão como “1. *Direito constitucional e administrativo.* a) Transmissão de notícia e programa informativo

⁵ Consoante julgados da Turma Recursal Criminal de São Paulo, que tem reformado, sistematicamente, decisões dos Juizados Especiais Criminais Adjuntos entendendo atípica a conduta de instalar e utilizar equipamentos de radiodifusão, sem autorização da ANATEL. Precedentes: RESE n. 2003.61.81.004672-8, Relator Juiz Federal Toru Yamamoto; RESE n. 2003.61.81.005419-1, Relator Juiz Federal Hélio Egidio de Matos Nogueira; ACR n. 2000.61.81005335-5, Juíza Federal Sílvia Maria Rocha, entre outros.

⁶ Nesse sentido: STJ; HC n. 5.804/SP, Relator Ministro José Arnaldo Fonseca, 5ª Turma, v.u., j. 01-7-97, DJ de 08-9-97; RHC n. 8.579/SP, Relator Ministro Edson Vidigal, 5ª Turma, v.u., j. 02-09-99, DJ de 27-9-99; RHC n. 9.060/PR, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 6ª Turma, v.u., j. 04-11-99, DJ de 22-11-99, republicado em 29-11-99; entre outros.

⁷ Maria Helena Diniz, op. cit., p. 505.

⁸ Justino Adriano F. da Silva, Radiodifusão, in *Enciclopédia saraiva de direito*, vol. 63, p.173.

⁹ Maria Helena Diniz, op. cit., p. 31.

ou recreativo por meio de radiofonia, sujeita a concessão ou permissão do poder público; b) transmissão ou recepção, sem fio, de escritos, sinais, imagens ou sons por meio de ondas hertzianas (...)"'. Gaspar Viana¹⁰, historiando o surgimento do termo "radiodifusão", noticia que "em 1930, surgiu o designativo 'radiodifusão', no IV Congresso Jurídico Internacional da TSF (telegrafia sem fio), ocorrido em Liège. Sua definição foi a seguinte: 'a transmissão para uso do público, por via radioelétrica, de sons e imagens'. Um ano após ser consagrada a denominação 'radiodifusão', o Governo Brasileiro baixou um Decreto, que tomou o n. 20.047, de 27 de maio de 1931, no qual se lê (art. 3º, n. 2, letra d) a seguinte definição: 'Radiodifusão é a difusão de comunicações radiotelefônicas destinadas a serem recebidas pelo público, diretamente ou por intermédio de estações translatoras'"'.

3. Dispositivos constitucionais atinentes a serviços de telecomunicações e de radiodifusão

A fim de melhor situar o problema, talvez seja de bom alvitre explicitar a dicção do art. 21, XI e XII, alínea *a*, da CF, antes e depois da Emenda Constitucional n. 8/95:

a) Antes:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI- explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações exploradas pela União;

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

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

(...)

b) Depois:

Art. 21. Compete à União:

(...)

¹⁰ Gaspar Viana, Autonomia do direito de telecomunicações, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, outubro/dezembro, 1974, n. 132, p.56-57.

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

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

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

(...)”.

4. Radiodifusão no contexto do Código Brasileiro de Telecomunicações

O revogado Código Brasileiro de Telecomunicações, em seu art. 6º, classifica as telecomunicações, quanto aos fins a que se destinam, em: **a) serviço público**, destinado ao uso do público em geral; **b) serviço público restrito**, facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicação; **c) serviço limitado**, executado por estações não abertas à correspondência pública e destinado ao uso de pessoas físicas ou jurídicas nacionais, tais como o de segurança, regularidade, orientação e administração dos transportes em geral, entre outros; **d) serviço de radiodifusão**, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão; **e) serviço de rádio-amador**, destinado a treinamento próprio, intercomunicação e investigações técnicas, levadas a efeito por amadores, devidamente autorizados, interessados na radiotécnica unicamente a título pessoal e que não visem a qualquer objetivo pecuniário ou comercial; e **f) serviço especial**, relativo a determinados serviços de interesse geral, não abertos à correspondência pública e não incluídos nas definições das alíneas anteriores.

Assim, os serviços de telecomunicações, sob a égide do CBT, desdobravam-se em vários, quanto aos fins a que se destinavam, de modo que aqueles podem ser considerados o gênero, que englobava, entre as suas espécies, o de radiodifusão. Em outras palavras, o serviço de radiodifusão era uma das espécies do gênero “**serviço de telecomunicações**”, verificando-se aí uma relação de gênero e espécie ou de continência, o segundo contendo o primeiro como uma de suas espécies ou partes integrantes.

5. Radiodifusão no contexto do art. 21, XI e XII, alínea a, da Constituição da República, antes e depois da EC n. 8/95

A antiga dicção dos incisos XI e XII, alínea a, do art. 21, acima transcritos, evidencia que o primeiro inciso tratou dos serviços **públicos** de telecomunicações, ou seja, dos serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, enquanto o segundo tratou dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações, não incluídos no primeiro. Em outras palavras, reservou-se à União ou a empresas sob controle acionário estatal, mediante concessão, a exploração dos serviços públicos de telecomunicações,

mas possibilitou à iniciativa privada, mediante autorização, concessão ou permissão, a exploração dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações. Portanto, no regime constitucional anterior, o serviço de radiodifusão era, ainda, considerado uma espécie do serviço de telecomunicações, embora não integrasse os de caráter público, cuja exploração era atribuída, única e exclusivamente, à União ou às empresas sob controle acionário estatal.

Já na nova disciplina da matéria, os serviços de radiodifusão e televisão foram previstos em inciso distinto do que tratou dos serviços de telecomunicações, que perderam o anterior caráter público exclusivo, abrindo-se à iniciativa privada a possibilidade de exploração desses serviços, nos termos da lei. Repare-se que o novo inciso XII, alínea *a*, não mais contém qualquer referência a serviços de telecomunicações, limitando-se a mencionar “**serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens**”. A Lei n. 9.472/97, por sua vez, classificou os serviços de telecomunicações, quanto à abrangência dos interesses a que atendem, em serviços de interesse coletivo e restrito (art. 62); e, quanto ao regime jurídico de sua prestação, em serviços públicos e privados (art. 63).

Cabem aqui três observações: a) no novo regime constitucional, não mais se distinguem serviços públicos de telecomunicações dos demais serviços de telecomunicações; b) a exploração dos serviços de telecomunicações, sejam de caráter público ou privado, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, far-se-á nos termos da lei, que dispõe sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; c) têm-se, agora, de um lado, serviços de telecomunicações e, de outro, serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens, que foram desvinculados daqueles, não abrangidos pela nova lei sobre telecomunicações.

Desse modo, se antes, na dicção anterior do art. 21, XI e XII, alínea *a*, da Constituição da República, podia-se afirmar que a radiodifusão era uma **espécie** do gênero telecomunicação, com o advento da EC n. 8/95, não mais se sustenta tal relação de gênero e espécie ou de continência. Agora, radiodifusão e telecomunicação são, no plano constitucional, dois **gêneros** distintos. Por essa razão, no regime da EC n. 8/95, a disciplina jurídica da radiodifusão, no plano infraconstitucional, não mais se confunde com a das telecomunicações, devendo ser tratadas diferentemente, a despeito da ampla abrangência conceitual do termo “telecomunicação”.

6. Crime de radiodifusão clandestina no novo contexto constitucional

A Lei n. 9.472/97, ao regular os serviços de telecomunicações, revogou o Código Brasileiro de Telecomunicações, “**salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão**” (art. 215, I). Esta ressalva revela, à evidência, duas coisas: a) a nova Lei das Telecomunicações - Lei n. 9.472/97 - regula, **exclusivamente**, os serviços de telecomunicações, excluindo os preceitos relativos à radiodifusão contidos no Código Brasileiro de Telecomunicações, que não foram, portanto, revogados; e b) da mesma forma, a matéria penal não tratada pela lei nova não foi revogada.

Quanto ao primeiro ponto, é de notar que a Lei n. 9.472/97 deveras levou em consideração a referida distinção feita pela EC n. 8/95 entre, de um lado, serviços de telecomunicações e, de outro, serviços de radiodifusão e televisão, ao explicitar que a nova lei **não** revoga os preceitos relativos à radiodifusão contidos no CBT. Quanto ao segundo ponto, a questão que se coloca é: o art. 183, que cuidou de criminalizar o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação, revogou o art. 70?

Entendo que o art. 70 não mais se aplica, obviamente, ao crime de telecomunicação clandestina, ou seja, o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação, inserido no âmbito da nova lei, já que esta é expressa nesse sentido, mas continua vigente em relação ao crime de radiodifusão clandestina, ante o teor da EC n. 8/95, e da própria Lei n. 9.472/97. Como corolário, o crime de radiodifusão clandestina não é subsumível ao crime de telecomunicação clandestina, nem este àquele, por serem crimes distintos. É o que pretendo demonstrar a seguir¹¹.

O ponto de partida dessa empresa é, a meu ver, o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição. Segundo J. J. Gomes Canotilho¹², esse princípio comporta várias dimensões, a saber: (1) o princípio da prevalência da Constituição; (2) o princípio da conservação de normas; e (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas *contra legem*, sendo que, quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição, prevalece a que for considerada como a melhor orientada para a Constituição. Assim, o primeiro passo é verificar se, ao fazer uso desta técnica hermenêutica, não se ofende o texto expresso da Lei n. 9.742/97, ou seja, o princípio (3) mencionado por Canotilho.

A propósito, cumpre registrar que a Lei n. 9.472/97 tipifica um **único** crime, o previsto no art. 183. Por outro lado, a Lei n. 4.117/62 também tipifica um **único** crime, o previsto no art. 70. Dessa forma, quando o art. 215, I, da Lei n. 9.472/97 consigna que revoga, entre outras normas, a Lei n. 4.117/62, “**salvo quanto à matéria penal não tratada nesta Lei**”, a própria Lei n. 9.472/97 deixou claro que **não** revogava o art. 70 da Lei n. 4.117/62, porque o conteúdo jurídico dessas duas figuras penais não é coincidente. Ora, caso assim não fosse, sendo idêntico o seu conteúdo jurídico, decerto não seria necessária tal ressalva, uma vez que, como visto, o único crime tipificado na Lei n. 4.117/62 é o do art. 70 e o único crime tipificado na Lei n. 9.472/97 é o do art. 183. Logo, o art. 70 contém

¹¹ Obviamente, ressalvando, com Chaím Perelman (*Tratada argumentação*, p. 1), que “o campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo”.

¹² J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1151-1152: “(1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas “*contra legem*” impõe que o aplicador do direito de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a *melhor orientada* para a Constituição”.

matéria penal não tratada pelo art. 183, que justificou tal ressalva. E a matéria penal não tratada pelo art. 183 é, justamente, a relativa à instalação e utilização da **espécie** “radiodifusão clandestina”, do **gênero** “telecomunicações”, agora destacada deste por força da EC n. 8/95, como **um novo gênero**. Repare-se que, apesar de amplo e abrangente o conceito de telecomunicação constante do parágrafo primeiro do art. 60 da Lei n. 9.472/97, dando a entender que também engloba a radiodifusão, na verdade, tal não se dá em razão da ressalva por ela feita quanto à não revogação da matéria penal e dos preceitos relativos à radiodifusão constantes do CBT (art. 215, I). Além disso, o disposto no parágrafo único do art. 69, que relaciona, embora não exaustivamente, como formas de telecomunicação, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens, não contém **nenhuma referência à radiodifusão**, o que também reforça o entendimento nesse sentido.

Tal constatação leva a estas outras. O conceito de telecomunicação constante do art. 183 da Lei n. 9.472/97 exclui o de radiodifusão e o conceito de telecomunicação constante do art. 70 da Lei n. 4.117/62 exclui o de telecomunicação, nas modalidades exemplificadas pelo parágrafo único do art. 69, na extensão da separação feita pela EC n. 8/95 entre serviços de radiodifusão/televisão e serviços de telecomunicação. Desse modo, o conceito de telecomunicação comporta distinção entre o em sentido amplo e o em sentido restrito. A radiodifusão está incluída naquele, mas não neste. Sob outra ótica, também é possível dizer que ambos os conceitos são compostos de duas partes distintas: a relativa às telecomunicações propriamente ditas (tais quais as exemplificadas pelo parágrafo único do art. 69) e a relativa à radiodifusão (não constante desse rol). O art. 70 trata do crime de radiodifusão clandestina e o art. 183, do crime de telecomunicação clandestina, exceto o desenvolvimento clandestino de radiodifusão. Portanto, o âmbito de incidência desses crimes é distinto, cada qual delimitado pelo bem jurídico por eles especificamente protegido, mas **não** em razão da gravidade do crime¹³. Desse modo, a meu ver, o art. 70 não só reprime as irregularidades na radiodifusão, mas também o seu desenvolvimento clandestino; e o art. 183 reprime tanto as irregularidades na telecomunicação quanto o seu desenvolvimento clandestino.

Essas conclusões não contrariam o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição. Com efeito, dentre as várias possibilidades de interpretação, está-se a escolher uma interpretação que não contraria a EC n. 8/95 e que, ao mesmo tempo, conserva a vigência do art. 70 da Lei n. 4.117/62, fazendo-o coexistir com o art. 183 da Lei n. 9.472/97. Além disso, está-se a considerar as exigências cambiantes da realidade social refletidas na mutação conceitual do termo “telecomunicação”, que recomendam uma interpretação evolutiva do direito¹⁴.

¹³ Francisco Dias Teixeira sustenta que o art. 70 refere-se a irregularidade, conduta menos grave, e o art. 183 a clandestinidade, conduta mais grave. Assim, referindo-se à radiodifusão comunitária, afirma que “em face da Lei n. 9.472/97, é crime apenas a atividade de telecomunicação clandestina; mas não aquela que, autorizada pelo poder público, foge das normas regulamentares” (p.11), e conclui: “radiodifusão comunitária é a que atenda aos requisitos previstos na lei e cujo funcionamento seja autorizado pelo Poder Público. Se não autorizada, tem-se uma rádio clandestina, fato tipificado pela Lei n. 9.472/97, art. 183; se autorizada, mas, após obtida a autorização, desviar-se dos critérios estabelecidos na Lei n. 9.612/98, tem-se uma rádio irregular, fato também típico, nos termos do art. 70 da Lei n. 4.117/62 (p.14)” (Crime em telecomunicação, in *Boletim dos Procuradores da República*, janeiro/2000).

¹⁴ Consoante André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, p. 82: “A interpretação das normas em geral e, em particular, das constitucionais, como visto, permite que se promova sua *evolução material*. Trata-se de uma orientação inafastável. A interpretação evolutiva é ‘a operação destinada a reconstruir o direito dinamicamente, na medida das exigências cambiantes que a realidade social manifesta’”.

Não procede, por essas razões, o argumento de que o art. 70 da Lei n. 4.117/62 não foi recepcionado pela EC n. 8/95 pelo simples fato de a radiodifusão ter deixado de fazer parte do gênero telecomunicação e também pelo fato de uma nova lei regular todos os serviços de telecomunicações, em decorrência da nova sistemática constitucional. Tal raciocínio, baseado no argumento *a pari*, é, no mínimo, perder de vista as alterações legislativas posteriores à EC n. 8/95.

Com efeito, quanto à nova Lei das Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), destaque-se que é posterior a tal emenda constitucional e, como visto, faz referência expressa à não revogação da Lei n. 4.117/62, no que tange à matéria penal por ela não tratada e aos preceitos relativos à radiodifusão. A Lei n. 9.612/98, que instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária, por sua vez, em seu art. 2º, também faz expressa menção aos preceitos da Lei n. 4.117/62, determinando, no que couber, a sua aplicação às rádios comunitárias. O Decreto n. 5.371, de 17-02-2005, que aprovou o Regulamento do Serviço de Retransmissão de Televisão e do Serviço de Repetição de Televisão, declarados ancilares ao Serviço de Radiodifusão de Sons e Imagens, por sua vez, fundamenta-se na Lei n. 4.117/62 e não na Lei n. 9.472/97.

Por conseguinte, a *mens legis* da EC n. 8/95, à evidência, não era a de despenalizar a instalação e utilização de aparelhos e equipamentos destinados à radiodifusão clandestina, mas objetivava fins outros, considerando, outrossim, que tal emenda constitucional não pretendeu, certamente, desprover a sociedade de sanções penais ante os males, potenciais e efetivos, causados pela radiodifusão clandestina, que até pode pôr em risco a segurança do vôo de aeronaves e outros serviços essenciais que se utilizam da radiofrequência. Da mesma forma, a nova figura penal introduzida pela nova Lei das Telecomunicações não tornou atípica aquela conduta, pelas razões acima expostas.

Por fim, é de se registrar que o processo e julgamento do crime de radiodifusão clandestina, por ser infração de menor potencial ofensivo, de caráter federal, é de competência do Juizado Especial Criminal Federal, *ex vi* do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001, e, como tal, comporta a aplicação das disposições da Lei n. 9.099/95, no que tange à composição civil (art. 74) e à transação penal (art. 76)¹⁵, o que não ocorre com o crime de telecomunicação clandestina, cuja pena não enseja tal benefício.

7. Conclusões

Não há um procedimento formal que declare a recepção, ou não, de normas legais anteriores pela nova Constituição¹⁶. Consoante Kelsen, na lição de André Ramos

¹⁵ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover et alii. *Juizados especiais criminais*, p.412.

¹⁶ É como registram Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky, *Curso de direito constitucional*, p. 10, "Não existe um procedimento formal voltado a verificar a recepção, ou não, de um ato normativo pela nova Constituição".

Tavares¹⁷, a recepção é um procedimento abreviado de criação do Direito, como se houvesse, com a nova Constituição, um processo de reconhecimento automático da legislação pretérita e uma automática verificação de sua conformidade com a nova ordem que se estabelece. Assim, a recepção, ou não, de uma norma infraconstitucional anterior por uma emenda constitucional posterior, como é o caso aqui tratado, depende, fundamentalmente, de um trabalho exegético, caso a caso¹⁸.

Isto posto, extraio, como possíveis conclusões desta breve reflexão sobre o crime de radiodifusão clandestina em face da EC n. 8/95 e legislação posterior, as seguintes:

1) A Emenda Constitucional n. 8/95 separou os serviços de telecomunicações e os de radiodifusão/televisão como gêneros distintos, sendo que estes não mais integram aqueles, como ocorria no regime constitucional anterior;

2) Essa separação entre, de um lado, serviço de telecomunicações e, de outro, serviço de radiodifusão/televisão, não implicou a não recepção do art. 70 da Lei n. 4.117/62 pela EC n. 8/95. Pelo contrário, aplicando o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, é de se afirmar que esse dispositivo legal foi por ela recepcionado e é com ela compatível;

3) O conceito de telecomunicações constante do art. 183 da Lei n. 9.472/97 exclui a radiodifusão, bem assim o conceito de telecomunicações constante do art. 70 da Lei n. 4.117/62, com o advento da Lei n. 9.472/97, não mais inclui as formas de telecomunicação, tais quais a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens, exceto a radiodifusão, delas destacada como um novo gênero, em consonância com a nova sistemática constitucional atinente à matéria. Portanto, há que se distinguir no conceito de telecomunicação, sob uma perspectiva histórico-evolutiva, o em sentido amplo e o em sentido restrito. A radiodifusão está incluída naquele, mas não neste;

4) O art. 183 da Lei n. 9.472/97 não revogou o art. 70 da Lei n. 4.117/62, porque não é idêntico o conteúdo jurídico desses dispositivos legais. Nesse passo, há que se dar preferência a uma interpretação que leve em conta o princípio da conservação de normas, uma das dimensões em que se desdobra o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, para não deixar um vácuo legal, desprovendo a sociedade de um eficaz instrumento de repressão penal da radiodifusão clandestina;

¹⁷ André Ramos Tavares, op. cit., p. 159, assim preleciona: “Kelsen reconhece e enfrenta essa dificuldade de ordem prática. Consoante sua doutrina, no momento em que a nova Constituição é colocada em vigor haveria, com ela, automaticamente, um processo de reconhecimento da legislação pretérita e, automaticamente, uma verificação de sua conformidade com a nova ordem que se estabelece. No caso de esta ocorrer, imediatamente, numa espécie de processo legislativo simplificado, a norma anteriormente editada passa a ter existência (e validade) perante a nova ordem jurídica. É o que comumente se designa como recepção das normas jurídicas pela nova Constituição”.

¹⁸ “Como se devem interpretar os textos legais ou as decisões da jurisprudência?” A esta pergunta, Chaím Perelman (op. cit., p. 274) assim responde: “*A priori*, não é possível sabe-lo. Apenas o contexto, a apreciação da situação, a determinação do objetivo visado pelas disposições legais ou pelas decisões jurisprudenciais permitirá, em cada caso, fazer prevalecer uma ou outra técnica argumentativa, preferir a identificação de duas espécies à oposição delas, ou inversamente”.

5) O crime de radiodifusão clandestina não se confunde com o de telecomunicação clandestina, aquele tipificado pelo art. 70 da Lei n. 4.117/62 e este, pelo art. 183 da Lei n. 9.472/97, cada qual tendo o seu campo específico de incidência, conforme o gênero a que pertence. Dessa forma, o crime do art. 70 não é subsumível ao do art. 183, nem este àquele, nem tampouco a distinção entre eles se dá em razão da gravidade da infração, mas sim em razão do objeto jurídico protegido.

6) O processo e julgamento do crime de radiodifusão clandestina, por ser infração de menor potencial ofensivo, de caráter federal, é de competência do Juizado Especial Criminal Federal e, como tal, deve-se dar oportunidade à transação penal, presentes os demais requisitos legais.

8. Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Recepção. In: *Enciclopédia saraiva do direito*, vol. 63. Rubens Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. atual. pela EC 31/2000. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SILVA, Justino Adriano F. da. Radiodifusão. In: *Enciclopédia saraiva do direito*, vol. 63. Rubens Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Crime em telecomunicação. In: *Boletim dos Procuradores da República*. ANPR. [Brasília]: Ano II, n. 21, janeiro/2000.

VIANA, Gaspar. Autonomia do direito de telecomunicações. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasil. Ministério da Justiça. [Brasília]: Ano XXXI, n. 132, outubro/dezembro, 1974.