

07/02/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.134 BAHIA

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **MARCELO MASCARENHAS COSTA**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL E PENAL. *WRIT* SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS PRESENTES NA ESPÉCIE: IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA PRATICADA PELO PACIENTE. MATÉRIA QUE DEVERÁ SER RESOLVIDA NAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. ORDEM CONCEDIDA.

I - Embora o presente *habeas corpus* tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento.

II - A Suprema Corte passou a adotar critérios objetivos de análise para a aplicação do princípio da insignificância. 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.

III - Ante a irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, a matéria não deve ser resolvida na esfera penal e sim nas instâncias administrativas.

IV – Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

HC 138134 / BA

Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, conceder a ordem de *habeas corpus* para absolver o paciente em face da aplicação do princípio da insignificância, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 7 de fevereiro de 2017.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

07/02/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.134 BAHIA

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **MARCELO MASCARENHAS COSTA**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Marcelo Mascarenhas Costa, contra ato da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao AgRg no AREsp 697.962/BA.

A impetrante narra, inicialmente, que,

“segundo informações constantes dos autos, o ora agravante foi denunciado pelo Ministério Público, como incurso no tipo penal previsto no art. 183 [desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação] da Lei 9.472/97.

A inicial acusatória foi recebida, mas o réu foi absolvido com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, pois o magistrado de piso entendeu ser aplicável ao caso o princípio da insignificância.

Inconformado, o Ministério Público interpôs Recurso em Sentido Estrito, alegando que a conduta imputada ao réu é crime formal, que se configura com o mero potencial de dano, e a Quarta Turma do Tribunal Regional da 1ª Região deu provimento ao recurso.

A Defesa, então, interpôs Recurso Especial junto ao Tribunal Regional Federal requerendo o deferimento do mesmo

HC 138134 / BA

e sua remessa ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Em decisão do TRF da 1ª Região, o recurso especial não foi admitido, por entender que o acórdão recorrido se encontrava em consonância com a jurisprudência do STJ.

Contra essa decisão a Defensoria Pública da União interpôs Agravo em Recurso Especial, o qual teve provimento negado pelo eminente Ministro Relator do STJ, com fulcro no art. 544, § 4º, II, a, do Código de Processo Civil.

Com isso, a DPU interpôs Agravo Regimental alegando a atipicidade da conduta, razão pela qual pugnou pela aplicação do princípio da insignificância.

Argumentou que para a configuração do crime, não basta a simples instalação ou funcionamento da emissora de rádio sem a autorização do Poder Público, faz-se necessário conhecer a potência do equipamento utilizado, para a verificação da real efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

No entanto, a Quinta Turma do STJ reconheceu que o delito em questão é crime formal de perigo abstrato ao qual não pode ser aplicado o princípio da insignificância, negando provimento ao agravo regimental” (págs. 1-2 do documento eletrônico 1).

Alega, mais, que

“a tipicidade, segundo a moderna teoria criminal, deve ser analisada tanto sob o aspecto formal (subsunção da conduta do agente ao tipo previsto em lei) quanto sob o aspecto material (a conduta do agente deve ser qualitativamente apta para ofender ou expor a perigo o bem jurídico tutelado pela norma).

Portanto, só será típica a conduta do agente que se amolde ao tipo penal e, ao mesmo tempo, viole ou exponha a perigo o bem jurídico protegido pela norma.

No presente caso, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor do paciente, pela suposta prática do delito tipificado no artigo 183 da Lei n. 9.472/97, que visa

HC 138134 / BA

proteger a segurança dos meios de comunicação, nos seguintes termos: [...].

O art. 184, parágrafo único, da Lei n. 9.472/97, estabelece que é clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

Contudo, não basta para a caracterização do delito tipificado no art. 183 da Lei n. 9.472/97, a simples instalação ou funcionamento da emissora de rádio sem a autorização do Poder Público. Faz-se necessário também que haja efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, qual seja, a segurança dos meios de telecomunicações” (pág. 3 do documento eletrônico 1).

Sustenta, ainda, que,

“no caso, restou impossibilitada a demonstração desse segundo ponto - tipicidade material - com incidência do princípio da insignificância repisado pela defesa, uma vez que uso de transmissor com potência de 19 *Watts* não tem o condão de causar lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora.

[...]

A egrégia Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça inadmitiu a aplicação do princípio da insignificância confirmando a decisão do TRF 1ª região que entende ser o crime de natureza formal e de perigo abstrato – não pode ser alcançado pelo princípio da insignificância por provocar elevado juízo de reprovabilidade, suficiente, por si só, para afastar a suposta atipicidade material da conduta. Ocorre que se trata de crime que exige a produção material do resultado, qual seja comprometer a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações, o que incorreu no caso em espécie.

Ademais, a hipótese presente reclama o reconhecimento da insignificância da conduta do paciente para o Direito Penal,

HC 138134 / BA

pois o princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição da tipicidade legal (aquele de pura e simples subsunção), tornando atípico o fato na seara penal, e em que pese existir lesão ao bem juridicamente protegido pela norma penal, constata-se que a tipicidade penal é formada pela tipicidade legal (subsunção da conduta à norma descrita no tipo penal) e a tipicidade conglobante (antinormatividade). Na falta de uma, atípico será o fato e, conseqüentemente, irrelevante para o Direito penal, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, diante da inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado” (págs. 3 e 6 do documento eletrônico 1).

Ao final, requer “a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja aplicado ao presente caso o princípio da insignificância” (pág. 9 do documento eletrônico 1).

Em 27/10/2016, indeferi a liminar requerida, solicitei informações ao Superior Tribunal de Justiça e dei vista dos autos ao Procurador-Geral da República. (documento eletrônico 6)

As informações foram prestadas. (documento eletrônico 13)

Posteriormente, a Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*. (documento eletrônico 10)

É o relatório.

07/02/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.134 BAHIA

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, destaco, inicialmente, que, embora o presente *writ* tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: HC 126.791-ED/RJ, HC 126.614/SP e HC 126.808-AgR/PA, todos da relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Muito bem. Busca-se, neste *habeas corpus*, o reconhecimento da atipicidade da conduta¹ praticada pelo paciente, em virtude da aplicação do princípio da insignificância.

A pretensão merece acolhida.

Como é cediço, o Direito Penal deve ocupar-se apenas de lesões relevantes aos bens jurídicos que lhes são caros, devendo atuar sempre como última medida na prevenção e repressão de delitos, ou seja, de forma subsidiária a outros instrumentos repressivos. Isso significa que o bem jurídico deve receber a tutela da norma penal somente quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para punir e reprimir determinada conduta.

Conforme magistério de Nucci (2010, p. 48),

1 Art. 183 da Lei 9.472/97: “Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime”.

HC 138134 / BA

“o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do direito, através de indenizações civis ou punições administrativas”².

No julgamento do HC 84.412/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, esta Suprema Corte passou a adotar critérios objetivos para a aplicação do princípio da insignificância. 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.

Consta da Nota Técnica 0072/2009-ER08FT/Anatel, o seguinte:

“4.1 – Equipamentos Examinados

Na perícia técnica, realizada *in loco*, foi examinado um transmissor de radiodifusão sonora em Frequência Modulada – FM em conjunto com o sistema irradiante – uma antena monopólio com plano terra, localizada a 15m de altura. Os equipamentos pertencem à RÁDIO ANDORINHA FM 93.3 MHz – rádio que estava instalada na Fazenda Lagoa Grande – Zona Rural, Bandiaçu, distrito de Conceição do Coité/BA e apresentavam as seguintes características: [...].

4.2 – Medidas/Serviços Interferidos

[...]

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

HC 138134 / BA

Como pode ser verificado na tabela anterior, o transmissor examinado é uma possível fonte de interferência sobre os serviços instalados, embora, até a presente data, os canais interferidos não estão outorgados na área de cobertura da rádio citada.

[...]

3. O transmissor operava em 93.3 MHz com potência de 19W. O raio de cobertura aproximado (ou alcance) da Rádio Andorinha FM 93.3MHz é de 05 km” (págs. 21-23 do documento eletrônico 2).

Como se pode verificar, a própria Anatel reconheceu que, se a alegada interferência se confirmasse, atingiria canais que sequer estão outorgados a operar na pequena área de cobertura da rádio comunitária Andorinha FM.

Nesta senda, considerando que o bem jurídico tutelado pela norma – a segurança dos meios de telecomunicações, permaneceu incólume não tendo sofrido, portanto, 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.

Logo, atento às peculiaridades do caso sob exame, entendo, 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.

No sentido do que aqui exposto, cito as ementas dos seguintes julgados desta Segunda Turma:

“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

HC 138134 / BA

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, de minha relatoria).

“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

HC 138134 / BA

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).

Isso posto, concedo a ordem de *habeas corpus* para absolver o paciente em face da aplicação do princípio da insignificância.

É como voto.

07/02/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.134 BAHIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Relator, principio pelo fim, registrando que vou acompanhar Sua Excelência, mas peço vênua para fazer algumas pontuações, que quiçá vão de encontro à preocupação do eminente Relator.

Eu diria, se me permitir a expressão, que o vento da dúvida que soprou no seu gabinete também fez um pequeno redemoinho quando examinei essa matéria, porque o laudo da Anatel, na pergunta número cinco, quando perguntado: Há interferência? A resposta começa dizendo sim.

Então, mesmo que se passe à dimensão meramente formal do delito em questão e que se examine uma eventual lesividade - como há acórdãos perante esta Segunda Turma; tenho aqui colacionados alguns, inclusive da relatoria do saudoso Ministro Teori, também da Ministra Cármen Lúcia -, a presença da lesividade pela autoridade competente em tese aqui estaria assentada, o que levaria, portanto, a um resultado que quiçá tenha sido uma primeira solução que tivesse ocorrido ao eminente Relator.

O problema é que, na continuação da resposta número cinco, vem uma afirmação que muitas vezes são aquelas frases que, depois de uma vírgula, principiando por uma adversativa, acaba de impugnar o começo da própria resposta, eis que a Anatel, então, assevera que o transmissor examinado é possível fonte de interferência.

Bom, se é possível, isso significa que há uma potencialidade e não uma realidade. Logo, a lesividade, em concreto, não estaria demonstrada, ultrapassando, portanto, o caráter formal da configuração dessa conduta ilícita.

De modo que faço esse registro, anoto este julgamento a que me referi no *Habeas Corpus* 135.248, relatado pela eminente Ministra-Presidente perante esta Turma.

HC 138134 / BA

Registro que circunstâncias dessa natureza podem demandar, à luz dessas peculiaridades, uma solução diversa, mas, no caso específico, pelas ponderações que Vossa Excelência acaba de fazer, concretas do ponto de vista das circunstâncias atinentes à região do País e à contextualização, eu estou, como resultado dessa reflexão, acompanhando, no caso, Vossa Excelência.

07/02/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.134 BAHIA

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : **MARCELO MASCARENHAS COSTA**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Fachin, apenas uma pequena ponderação, e agradecendo as substanciosas ponderações que Vossa Excelência faz e, claro, que enriquecem o debate.

Eu tenho trazido opiniões em sentido diverso. Há caso em que fica comprovado que a rádio comunitária, ou não autorizada pela ANATEL, interfere até com a comunicação de aeronaves, com polícia, com bombeiros e outros. Mas este efetivamente não é o caso, não foi comprovada nenhuma lesividade, ao contrário, parece-me que é o único meio de comunicação que essa comunidade tem, que se faz através dessa rádio.

07/02/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.134 BAHIA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, em razão das particularidades do caso concreto, acompanho o Relator.

07/02/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.134 BAHIA

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) –
Também, tenho votado em sentido contrário, em geral, nessas matérias, tendo em vista o laudo da ANATEL e os riscos, por exemplo, para o sistema aeroviário e tudo.

Mas, Sua Excelência, o Ministro-Relator, demonstra que, neste caso, é baixíssima, são 19 *Watts*. A possibilidade de dano é diminuta.

De modo que acompanho integralmente o voto de Sua Excelência, o ministro Lewandowski.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 138.134

PROCED. : BAHIA

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

PACTE.(S) : MARCELO MASCARENHAS COSTA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem de *habeas corpus* para absolver o paciente em face da aplicação do princípio da insignificância, nos termos do voto do Relator. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 7.2.2017.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária