

A (não)aplicação do princípio da significância em crimes federais: por uma reinterpretação do direito penal fragmentário

The insignificance principles' (non)application to the prosecution of crimes in federal courts: for a fragmentary reinterpretation of the Criminal Law

Artigo recebido em 26/10/2023 e aprovado em 28/11/2023.

Marllon Sousa

Juiz federal do TRF1 desde 2011, com atuação preponderante em jurisdição criminal. Doutor em direito pela *American University Whashington College of Law*. Mestre em direito pela UFMG. Autor de livros e artigos científicos.

Resumo

O presente artigo tem por escopo tecer breves considerações acerca do princípio da insignificância e sua aplicação em crimes processados e julgados perante a Justiça Federal, mais especificamente os delitos descritos no art. 183 da Lei 9.472/1997 e art. 334-A do Código Penal. Para tanto, o texto começará com uma abordagem geral do princípio da significância como excludente da tipicidade material, bem como dos pressupostos desenhados na doutrina brasileira e na jurisprudência do STF para sua incidência no caso concreto. Em seguida, será feito um cotejo adaptativo de tais pressupostos para aferir a possibilidade de aplicação do princípio aludido ao julgamento envolvendo crimes do cotidiano da Justiça Federal, quais sejam, o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações e o contrabando de cigarros. Ao final, serão apresentadas as conclusões pelas quais se entende possível a aplicação do princípio da insignificância a fatos relacionados ao desenvolvimento de atividades clandestinas de rádios comunitárias e ao contrabando de cigarro de baixa monta.

Palavras-chaves: código penal; crime; Justiça Federal; princípio da insignificância.

Abstract

The scope of this article is to make brief considerations on the principle of insignificance and its application to crimes prosecuted and judged by Brazilian Federal courts, more specifically the felonies described in art. 183 of the Federal Statute 9.472/1997, and in the art. 334-A of the Brazilian Penal Code. The text begins making a general approach to the principle of significance as a kind of exclusionary rule, as well as it exposes how the Brazilian doctrine presents the theme. The article also analyzes the Brazilian Supreme Court's jurisprudence on the subject. Next, it evaluates the possibility of applying the mentioned principle to trials involving felonies that are repeatedly prosecuted by Brazilian federal courts, adopting as parameters the crime of clandestine development of telecommunications and cigarette's smuggling. Then, it concludes assuming that is possible to apply the principle of insignificance to facts related to the development of clandestine community radios and low-level cigarette's smuggling.

Keywords: federal criminal courts; insignificance's principle; application; possibility.

1 Breves comentários sobre o princípio da insignificância

O direito penal, como manifestação estatal do poder de punir do Estado (*ius puniendi*), opera segundo a máxima do princípio da fragmentariedade ou da chamada *ultima ratio* (Toledo, 2000, p. 14-15). Cuidando-se de ramo do direito que visa à restrição do segundo bem mais importante ao ser humano¹, a liberdade, o direito penal se estrutura por meio de um emaranhado de normas que somente são chamadas à baila do diálogo jurídico quando

¹ O bem ou direito mais importante, por lógica, é a própria vida do cidadão.

os demais ramos do direito se mostrarem infrutíferos, exercendo verdadeiro papel de controle social. Ainda, para que seja apta a atuação do direito penal, é preciso verificar a existência de uma conduta que lese ou efetivamente coloque em perigo de lesão o bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador (Masson, 2021, p. 7).

Dentro de tal panorama normativo, e à luz da teoria do crime adotada pelo ordenamento jurídico pátrio² (Toledo, 2000, p. 79-88), cuja Constituição da República de 1988 estatui o princípio da legalidade e taxatividade penais como critérios moldadores da tipicidade penal³, o princípio da insignificância, também conhecido por princípio da bagatela penal (Masson, 2021, p. 25), tem especial importância como instrumento de correção da tipicidade normativa, servindo como meio de adequação social das condutas que, a um primeiro exame, seriam tidas por delituosas (Martinelli, 2012, p. 323).

Em breves linhas, a tipicidade penal, atualmente, não pode ser vista como a simples relação de adequação do fato ocorrido no mundo fenomênico em cotejo com a conduta proibida, esta descrita na norma penal incriminadora. Pelo contrário, fatos socialmente tolerados e condutas que não ofendam minimamente ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal em exame devem ser excluídos do exame da tipicidade, culminado no necessário enfrentamento de uma tipicidade penal conglobante, como pregado por Zafaroni (2018, p. 406-410) há décadas.

Justamente nesse contexto de tipicidade conglobante, ou seja, a partir da tipicidade penal ou normativa, corrigida pela tipicidade material ou concreta, é que o princípio da insignificância ganha terreno, consistindo em criação do jurista alemão Claus Roxin, ainda na década de 1960.

Sendo o princípio da insignificância parte de um todo, qual seja a tipicidade material, fica claro que sua utilização sempre dependerá do exame do caso concreto, cujo contexto varia no tempo e no espaço, a partir do estabelecimento de pressupostos que embasem sua aplicação, sejam eles legais, jurisprudenciais ou doutrinários⁴.

No caso brasileiro, a doutrina elenca alguns requisitos para a aplicação do princípio da insignificância.

Nucci entende que deve ser considerado o valor do bem jurídico em termos concretos, bem como considerada a lesão ao bem jurídico em visão global, aliada ainda à consideração particular aos bens jurídicos imateriais de expressivo valor (Nucci, 2023, p. 390-394). Já Martinelli e De Bem (2012, p. 324) entendem que o referido princípio guarda intrínseca relação com o dogma da ofensividade, por constituir sua feição positiva, se analisado do ponto de vista quantitativo. Por sua vez, Masson (2021, p. 26-28) defende que a aplicação está condicionada a requisitos objetivos, relacionados ao fato, e subjetivos, que são dirigidos ao autor da ação o qual alega ser sua conduta insignificante.

Noutro giro, o STF após anos de debate sobre o assunto, fixou quatro parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância, por ocasião do julgamento do HC 84.412/SP (DJ 19/11/2004 – ATA 36/2004). Naquela assentada, a Suprema Corte, por meio do relator ministro Celso de Mello assentou que o

[...] princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

[...] tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público [...].

Portanto, seja na doutrina pátria ou na jurisprudência do STF, verifica-se que o princípio da insignificância sempre terá aplicação casuística, e não geral, devendo ainda ser analisada a situação pessoal do agente, a fim

² Adota-se a teoria tripartite do crime, sendo este fato típico ilícito e culpável, conforme lições de Francisco de Assis Toledo na obra *Princípios Básicos de Direito Penal*.

³ Art. 5º, XXXIX. CR/1988.

⁴ Por exemplo, o art. 28-A, 2º, II do CPP, fala expressamente no termo infrações penais pretéritas insignificantes, como fator não impeditivo do oferecimento do ANPP.

de se evitar o estímulo ao desrespeito às normas jurídicas que guarnecem o ordenamento, focando-se ainda na inexpressividade da lesão ao bem jurídico e no grau de tolerância social da ação⁵.

Postas tais considerações, passa-se ao exame acerca da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a crimes corriqueiramente julgados pela Justiça Federal, a começar pelo delito descrito no art. 183 da Lei 9.472/1997.

2 Rádios comunitárias e o princípio da insignificância: por uma reflexão necessária

Na presente sessão, será feito um exame acerca da aplicação ou não do princípio da insignificância às situações nas quais agentes da Anatel efetuaram a autuação pelo desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações, mais especificamente aquelas relacionadas às chamadas rádios comunitárias.

Para tanto, será feita uma diferenciação da referida situação com fatos relacionados às chamadas “rádios piratas” e ao uso de aparelhos moduladores e receptores de sinal de rádio, apreendidos em situações relacionadas ao tráfico de drogas e contrabando.

De início, o delito do art. 183 da Lei 9.472/1997 tem a seguinte descrição:

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.

Como o presente artigo busca examinar o tipo penal em questão à luz da possível aplicação do princípio da insignificância, deixa-se de lado o exame do preceito secundário do referido tipo penal. Acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo em exame, em certa oportunidade, este autor asseverou que:

Serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens constituem serviços públicos explorados diretamente pela União ou mediante autorização, concessão ou permissão, segundo dispõe o artigo 21 da Constituição Federal.

Não se pode olvidar o real perigo a que se expõe a sociedade com a prática da conduta aparentemente inofensiva de manter em funcionamento uma rádio que não detenha autorização do órgão competente.

Não deixo de reconhecer a importância da profusão de rádios comunitárias, pois é por meio delas que se nutrem as microrrelações dentro das comunidades, bem como se reforçam os traços culturais locais, essenciais para a coesão dos microcosmos sociais no país.

A Constituição Federal permite a exploração de serviço de radiodifusão e imagem por particulares, desde que possuam autorização, concessão ou permissão, dada pela União Federal para o desenvolvimento de tal atividade.

[...] Observa-se, portanto, que a Carta Magna exige expressamente a autorização do Poder Público para o funcionamento das rádios comunitárias.

Referida autorização tem fundamento no fato de que são inúmeros os fatores que influenciam no alcance da transmissão das ondas de rádio, não bastando para a análise de seu potencial ofensivo que o transmissor seja de potência inferior a 25 w. Fatores como a topografia e, principalmente, a frequência em que são transmitidas as ondas de rádio são primordiais para a concessão ou autorização de seu funcionamento.

Cabe à União Federal fiscalizar os serviços de telecomunicação exercidos pelos particulares, sendo essa fiscalização exercida pelas agências reguladoras, no caso a ANATEL.

O desenvolvimento de atividades de telecomunicação – uso de radiofrequência e exploração de satélite – sem o devido conhecimento pelo Ente Federal é considerado pelo legislador como forma clandestina de agir, de tal gravidade, em vista do perigo a que expõe a sociedade, a ponto de reclamar a proteção da esfera penal.

Esse tipo de conduta se trata de perigo real de interferência em frequências de rádio e na comunicação entre aeronaves e as torres de comando, que se potencializa com a proliferação da emissão de sinais sem o controle necessário do Poder Público⁶.

⁵ Contra o exame das condições subjetivas do agente para se aplicar o princípio da insignificância, veja-se *cf.* Martinelli, João Paulo Orsini. Direito Penal parte geral; Lições fundamentais. João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schimitt de Bem.

⁶ ACR 0000913-29.2010.4.01.3601.

Sobre o referido crime, a doutrina mais abalizada entende tratar-se de crime formal, de perigo abstrato, não se exigindo a prova do dano, bastando, para sua configuração, que seja o aparelho instalado e colocado em funcionamento sem a devida autorização (Baltazar Júnior, 2023, p. 791-799).

Já quanto à aplicação do princípio da insignificância a tais delitos, o STJ possui entendimento acerca de sua impossibilidade⁷. Ainda, o verbete de Súmula 606 do STJ determina que não se aplique o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet, via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997.

Em que pese posição inicial deste autor pela inaplicabilidade do referido princípio ao crime do art. 183 da Lei 9.472/1997, refletindo sobre o tema, passa-se a defender o entendimento de que seria possível sua aplicação, se atendidos aos pressupostos definidos pelo STF para a utilização do referido princípio em outras situações, como em casos de delito de furto, por exemplo.

De início, ao se analisar os precedentes que deram origem à Súmula 606 do STJ, que trata do desenvolvimento de disseminação de sinal de internet via serviço não autorizado de radiofrequência, não se verifica que o STJ tenha se debruçado sobre os requisitos autorizadores da aplicação da bagatela penal quando não houver lesão ao bem jurídico, firmando posição pela lesão presumida em razão de se tratar de crime formal e de perigo abstrato.

Noutro giro, embora a Súmula 606 seja específica em falar de serviço de difusão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, resta claro que o entendimento do STJ pela inaplicabilidade do princípio da insignificância é estendido a todas as modalidades de telecomunicações sem autorização do órgão competente, em fatos que se amoldem ao delito do art. 183 da Lei 9.472/1997.

Com todo respeito ao entendimento do STJ, a não aplicação do princípio da insignificância ao crime em exame com o fundamento único de se tratar de delito formal e de perigo abstrato, não mais satisfaz um direito penal do século XXI que deve primar pela *ultima ratio* de atuação, sem esquecer a necessidade de verificação efetiva de violação do bem jurídico tutelado pela norma. Se o CNJ tem grande preocupação com uma política criminal descarcerizadora⁸, cuja cúpula é composta justamente por ministros do STF e STJ⁹, não faz sentido excluir uma interpretação contemporânea do direito penal que vise a uma utilização racional do processo penal e do cárcere para situações dignas de repressão e uso do *jus puniendi* do Estado.

Com base em tal ponderação, defende-se ser possível a aplicação da insignificância penal ao delito do art. 183 da Lei 9.472/1997, desde que preenchidos os quatro requisitos, delineados pelo STF para crimes de furto, os quais devem ser analisados com os critérios de ponderação que se sugere a seguir¹⁰.

Em primeiro lugar, pondera-se que a aplicação do princípio da insignificância ao delito do art. 183 da Lei 9.472/1997 deve atender à mínima ou inexpressiva ofensividade da conduta do agente. Tal pressuposto, por óbvio, somente pode ser analisado casuisticamente, sendo um corolário do princípio da proporcionalidade em seus três vetores, muito bem delineados na obra de Robert Alexy (2001, p. 112).

⁷ Nos termos da orientação jurisprudencial desta corte, o funcionamento de emissora de rádio sem autorização da Agência Nacional de Telecomunicações é delito formal, de perigo abstrato, tendo como bem jurídico tutelado a segurança e o regular funcionamento dos meios de comunicação. Assim, ainda que constatada a baixa potência do equipamento de radiodifusão, a conduta não pode ser considerada um irrelevante penal (AgInt no Agravo em Recurso Especial 1.153.446/SP (2017/0216540-6), de 06/06/2018) No mesmo sentido: “não há como reconhecer o reduzido grau de reprovabilidade ou a mínima ofensividade da conduta, de forma a ser possível a aplicação do princípio da insignificância. A instalação de estação clandestina de radiofrequência, sem autorização dos órgãos e entes com atribuição para tanto – o Ministério das Comunicações e a Anatel –, já é, por si, suficiente a comprometer a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações, o que basta à movimentação do sistema repressivo penal” (AgRg no AREsp 108.176/BA, relator ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 9/10/2012). Incidência da Súmula 83/STJ (AgRg no AREsp 291.445/BA, relator ministro Jorge Mussi, DJe 12/6/2014 e AgRg no AREsp 277.964/BA, relator ministro Sebastião Reis Júnior).

⁸ Vide Resolução 288/219 do CNJ que define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade.

⁹ Cf. art. 103-B da CR/1988.

¹⁰ A opção pelo parâmetro jurisprudencial, em detrimento dos requisitos cunhados pela doutrina, deve-se a fins meramente didáticos, posto que a idéia principal do texto seja confrontar a posição jurisprudencial vigente acerca da não aplicação do princípio da insignificância.

Justamente, no viver do cotidiano da Justiça Federal, surgem algumas situações de enfrentamento comum que merecem o exame acerca da aplicação da insignificância ao crime descrito no art. 183 da Lei 9.472/1997, dentre elas, citem-se: a) a apreensão de aparelhos radiocomunicadores usados em veículos abordados em crimes relacionados ao contrabando, descaminho e tráfico de drogas; b) aparelhos de rádio amador ilegais, sintonizados em frequências de canais policiais, encontrados em residências submetidas a processos de busca e apreensão; c) identificação de atividades clandestinas de telecomunicação levadas a cabo por servidores da Anatel em fiscalizações das rádios, sejam elas comunitárias ou não.

No caso de apreensões de aparelhos conhecidos como rádio comunicadores, geralmente encontrados em veículos abordados em ações policiais de combate a crimes relacionados ao contrabando, descaminho e tráfico de drogas, não se identifica a aplicação do princípio da insignificância. Isso porque está claro não ser inexpressiva a ação perpetrada frente ao bem jurídico tutelado pela norma. Até mesmo, pelo contexto do cometimento do delito do art. 183 da Lei 9.472/1997 indicar que a ação foi perpetrada para acobertar um segundo delito, tal como o descaminho, contrabando, tráfico de drogas etc.¹¹ De igual forma, quando tais radioamadores são apreendidos em residências, geralmente monitorando a frequência da polícia, dos bombeiros ou de outras forças de segurança e de preservação da incolumidade individual, pública e de preservação da paz social, não se infere a aplicação do referido princípio.

Já no caso do desenvolvimento das chamadas rádios clandestinas, a situação ganha outros contornos, embora para o STJ a situação deva ser tratada sem distinção, ou seja, pela inaplicabilidade do princípio da insignificância¹².

Em que pese o posicionamento do STJ, o qual este autor seguia até recentemente, entende-se que o direito é uma ciência plástica que deva se moldar no tempo e no espaço, a fim de uma compatibilização com os anseios sociais. Não é outro o pensamento de Peter Härbele quando defendeu a chamada sociedade aberta de intérpretes (Coelho, 1998, p. 158).

Dessa forma, passa-se a defender a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em situação de fiscalização das chamadas rádios comunitárias, desde que verificados quatro fatores, os quais se passam a explorar.

De início, cumpre citar que o STF, ainda que de maneira tímida, já teve a oportunidade de analisar a aplicação do princípio da insignificância ao crime do art. 183 da Lei 9.472/1997, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 138.134/BA, com relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, ocasião na qual, votando pela incidência do referido princípio, pontuou que:

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 administrativas¹³.

Como se vê, o STF no julgamento acima abordou a questão, sem, contudo, esmiuçar todos os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, o que se passa a fazer.

Em primeiro lugar, defende-se que a rádio fiscalizada em situação irregular não possa desenvolver atividade lucrativa, mas tão somente de interesse da própria comunidade ou do meio social no qual está inserido, para

¹¹ Nesse sentido, veja-se recente julgado do TRF1 na (ACR 1002462-05.2020.4.01.3602, desembargador federal Wilson Alves de Souza, TRF1, Terceira Turma, *PJe* 23/06/2022): [...] 12. A demonstração de que o rádio comunicador estava instalado de forma dissimulada (escondido atrás do som automotivo) no veículo habitualmente utilizado por [...], bem assim seu confessado histórico delitivo demonstra ser para ele aplicável hipótese do art. 183 da Lei 9.472/1997, pelo fato de efetivamente desenvolver clandestinamente a atividade de telecomunicação.

¹² Cf. Agaresp (Agrav. Regimental no Agrav. em Recurso Especial) 1.463.969 2019.00.70610-2, Agresp (Agrav. Regimental no Recurso Especial) 1.555.104 2015.02.30705-0, Agrhc (Agrav. Regimental nos *Habeas Corpus*) 410.403 2017.01.89018-8.

¹³ Acórdão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12633467>. Acesso em: 13 nov. 2023.

ser verdadeiramente enquadrada como rádio comunitária, tudo nos termos do art. 1º e 11 da Lei 9.612/1998¹⁴. Assim, estariam preenchidos os primeiros requisitos da aplicação do princípio da insignificância, pois na esteira dos requisitos definidos pelo STF, haveria “mínima ofensividade da conduta do agente e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento”¹⁵.

Em segundo lugar, entende-se que a rádio fiscalizada deva ter processo administrativo para a outorga da licença de transmissão protocolado. Isso porque, ainda que não analisado o pedido pelo poder público, estaria configurada a boa-fé do autor do fato e responsável pela rádio, podendo-se ainda aferir se a eventual demora injustificada do poder público no exame do pedido, indicaria a clara inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Terceiro, a potência medida no momento da fiscalização não poderá ser superior a 25 *watts*, sem esquecer que o serviço desenvolvido não poderá estar localizado próximo a espaços cujo sinal interfira em serviços essenciais tais como aqueles realizados em aeroportos, escolas, hospitais etc., o que importaria na ausência da periculosidade social da ação e evidente a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Por fim, deverá ser analisado o grau de desenvolvimento econômico e social do local da fiscalização, para que seja privilegiado o acesso à informação em detrimento do formalismo exacerbado. Preenchidos os pressupostos anteriores, ficando claro o caráter fragmentário do direito penal em cidades longínquas, sendo as rádios comunitárias, na maioria das vezes, o único meio de contato entre populações isoladas. Basta lembrar que este é o cenário da imensidão amazônica e do sertão do Brasil.

Feitas estas ponderações e verificado o preenchimento dos requisitos acima propostos, não se enxerga óbice à aplicação do princípio da insignificância ao crime descrito no art. 183 da Lei 9.472/1997. Sugere-se aqui o uso de interpretação mais consentânea com os fins do direito penal, como ramo subsidiário, sem esquecer a necessidade de verificar a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, atrelada a uma expressiva reprovação social, para chegar-se a uma tipicidade penal material efetiva.

Dito isso, na última sessão deste texto, será feita uma rápida abordagem da aplicação do princípio da insignificância ao delito de contrabando.

3 A insignificância no contrabando de cigarros: saúde pública x política criminal utilitarista

A presente seção visa ao exame da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de contrabando de cigarros, tendo por base o recentíssimo julgamento do Tema 1.143, pelo STJ.

O delito de contrabando está descrito no art. 334-A do CP¹⁶. O referido delito está no capítulo dos crimes contra a administração, cujo bem jurídico tutelado seria a Administração Pública. Segundo a doutrina, cuida-se de crime formal, de consumação antecipada, exaurindo-se com a entrada ou saída do território brasileiro de mercadoria proibida (Masson, 2021, p. 743), cuidando-se de hipótese de norma penal em branco, ou seja, que requer outro instrumento normativo para sua completude¹⁷.

Constituindo-se o contrabando espécie de crime contra a Administração Pública, a interpretação jurisprudencial dominante é pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, tendo o STJ firmado posicionamento no verbete de Súmula 599, assim redigido: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

¹⁴ Art. 1º Denomina-se serviço de radiodifusão comunitária a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço. [...] Art. 11 A entidade detentora de autorização para execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária não poderá estabelecer ou manter vínculos que a subordinem ou a sujeitem à gerência, à administração, ao domínio, ao comando ou à orientação de qualquer outra entidade, mediante compromissos ou relações financeiras, religiosas, familiares, político-partidárias ou comerciais” (art. 11 da Lei 9.612/1998).

¹⁵ HC 84.412/SP (DJ 19/11/2004 - ATA 36/2004).

¹⁶ Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei 13.008, de 26.6.2014). Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei 13.008, de 26.6.2014). § 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Incluído pela Lei 13.008, de 26.6.2014).

¹⁷ Sobre normas penais em branco, confira-se: MARTINELLI, João Paulo Orsini. Direito Penal parte geral; Lições fundamentais. João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem.

Não obstante a tal posicionamento do STJ, tal como se falou no início deste texto, o princípio da insignificância demanda exame concreto para se aferir ou não sua aplicação, não se podendo excluí-lo peremptoriamente. Justamente, em razão desse exame casuístico que o delito de contrabando é objeto de debate.

O referido delito é praticado sob as mais diversas modalidades, tais como o contrabando de eletrônicos, roupas, alimentos, suplementos alimentares, remédios e, principalmente, cigarros, sendo esse o enfoque a ser dado nesta sessão.

Sabe-se que o cigarro é uma droga lícita, cuja produção é permitida à iniciativa privada, com intenso controle dos órgãos estatais, Anvisa e Receita Federal do Brasil. Enquanto a primeira é responsável por aferir a qualidade da produção e dos produtos que podem ser comercializados no país (Brasil, 2023), a segunda é responsável pela arrecadação dos tributos advindos da venda do cigarro, sendo esse produto com taxaço altíssima no Brasil¹⁸ (Instituto Nacional de Câncer, 2023a).

Dessa forma, somente marcas credenciadas pela Anvisa podem ser comercializadas, sendo proibida a venda de quaisquer outras, configurando-se o delito de contrabando no caso de apreensão de cigarros de origem estrangeira ou de origem nacional que foram exportados e, depois, reinseridos no Brasil de forma indevida.

Nesse contexto de droga lícita, o cigarro é alvo de grandes organizações criminosas de contrabando, bem como de pequenos criminosos que, valendo-se do baixo preço do aludido objeto praticado em países como o Paraguai, fazem com que esse produto seja diariamente contrabandeado para o Brasil, causando não só prejuízos aos cofres públicos (Instituto Nacional de Câncer, 2023b), como também sendo enorme o número de casos de tal crime na Justiça Federal.

Por um lado, o contrabando fere os princípios de arrecadação, sendo certo que a vertente pela vedação da aplicação da insignificância tem nítido viés arrecadatório¹⁹. Todavia, em contraponto, argumenta-se que se a Fazenda Nacional tem norma interna que libera a execução de tributos em valores inferiores a 20 mil reais, como sustentar que algo não seria executado na esfera tributária, ainda assim seria considerado crime?

O argumento que sobraria seria de que o cigarro contrabandeado, por não ser autorizado pela Anvisa, causaria mal maior à saúde pública, desembocando em mais casos de doenças relacionados ao uso do produto sem a chancela oficial de qualidade. Defende-se ainda que a falta de mensuração dos males daquele produto pela Anvisa impediria até mesmo o desenvolvimento de políticas públicas de proteção à saúde e propagandas antitabagismo (Maes, 2023).

Com todo respeito a quem defende tal posição, cuida-se de mera retórica. Se o Estado quer minorar os males do uso de uma droga, cuja venda é autorizada, que se proíba a venda total. O argumento da Anvisa está mais relacionado a uma proteção de mercado do que à saúde pública. O cigarro faz mal à saúde em todo o mundo. Esse fato é público e notório. Não é porque alguém compra o cigarro nos aeroportos internacionais que fará menos mal do que aquele comprado no mercado da esquina. Ambos são deletérios à saúde.

Ao fim e ao cabo, tem-se que a tipologia do contrabando de cigarro está simplesmente relacionada à política de arrecadação do Estado, sendo a saúde pública um interesse totalmente subsidiário. E a razão é óbvia, qual seja; o preço do produto ao consumidor. Considerando a alta carga tributária do cigarro no Brasil e o baixo valor do mesmo produto no Paraguai, o cigarro contrabandeado chega ao bolso do fumante brasileiro por um preço menor do que o cigarro nacional.

Dito isto, verifica-se que o contrabando de cigarros já preenche o primeiro requisito para a aplicação do princípio da insignificância, que seria o reduzido grau de reprovabilidade social da conduta. Segundo dados já

¹⁸ “A evolução da carga tributária total sob o regime especial (misto) desde a reforma do sistema de tributação está ilustrada na Tabela 1. Neste regime a carga tributária em 2017 variou de 69% a 83%, em função do preço da marca comercializada. Quanto mais caro, menor a carga tributária, como efeito da parcela específica do cálculo do IPI.”

¹⁹ Cf. TREVISAN, Ronaldo. A Lei de Gerson e o contrabando no Brasil. Veja-se: Assim tem decidido o STF, *v.g.*, no HC 131.205 (2016 – 2ª Turma), no HC 118.539 (2013 – 2ª Turma), e no HC 120.550 (2013 – 1ª Turma) em casos referentes a contrabando de cigarro (praticado por quem desejava “levar vantagem”, em uma acepção bem menos ética que a invocada no comercial). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-29/territorio-aduaneiroa-lei-gerson-contrabando-brasil/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

citados neste texto, mais da metade dos fumantes adquire cigarros contrabandeados, explicitando o caráter de adequação social da conduta.

Feito o enquadramento do primeiro requisito, quando seria possível então dizer que o contrabando de cigarro seria uma conduta, além de socialmente tolerável, minimamente ofensiva e que causasse inexpressiva lesão jurídica ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal que, frise-se, nada mais é que a tutela do poder de arrecadação do Estado?

Aos olhos deste autor, bastaria analisar dois requisitos: a) ausência de contumácia e, b) valor da carga de cigarros apreendida.

Quanto ao requisito objetivo, defende-se que o valor da carga apreendida não possa ser superior àquele que a Fazenda Nacional utiliza como parâmetro para o não ajuizamento de execuções fiscais²⁰. Lembre-se aqui que o perdimento do bem contrabandeado é automático²¹. Já havendo uma sanção administrativa, sendo o valor do bem inferior ao parâmetro retromencionado, não se justifica a atuação do direito penal em homenagem ao princípio da subsidiariedade. Dessa forma, pouco importa a quantidade de cigarros, desde que fique o montante da carga dentro do parâmetro financeiro predefinido.

Noutro giro, acerca do requisito de ordem subjetiva, pensa-se que a contumácia deva ser evitada, não se podendo aplicar o referido princípio ao mesmo autor em intervalo inferior a cinco anos, sob pena de estímulo à sonegação. Usa-se aqui interpretação analógica com o art. 89, § 5º da Lei 9.099/1995, que veda a propositura da suspensão condicional do processo ao autor de fato beneficiado pelo instituto no quinquídio anterior à data do eventual crime.

Dito isso, cumpre ainda ressaltar que em um giro jurisprudencial de 180 graus, o STJ, recentemente, firmou jurisprudência em tema repetitivo pela aplicação do princípio da insignificância ao contrabando de até mil maços de cigarros. Confira-se a redação do Tema 1.143, julgado em 19/09/2023:

O princípio da insignificância é aplicável ao crime de contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida não ultrapassar 1.000 (mil) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão ao contrabando de vulto, excetuada a hipótese de reiteração da conduta, circunstância apta a indicar maior reprovabilidade e periculosidade social da ação.

Como se vê, no tema acima, o STJ abordou requisitos de natureza objetiva e de ordem subjetiva.

Quanto ao critério objetivo, entende-se que o STJ não andou bem ao aferir como parâmetro da insignificância no contrabando de cigarros o número de maços, definido como mil. Isso porque, há marcas que custam mais do que outras, fazendo-se endosso pela revisão da recente tese, o que não se acredita, ao menos em intervalo curto de tempo, para que se adote como parâmetro o critério financeiro atrelado ao interesse de arrecadação do Estado.

Por fim, acerca do elemento subjetivo que embasaria a aplicação da insignificância, a expressão usada no precedente também foi insuficiente, pois deixou muita margem de discricionariedade ao julgador para aferir o que poderia ser considerada reiteração da conduta. Dessa forma, também se defende a definição de um critério subjetivo sem margem interpretativa, tal como posto acima.

Feitas essas considerações, conclui-se a presente sessão entendendo-se que andou bem o STJ ao rever a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de contrabando de cigarros de baixa monta. Porém, defende-se que a formulação da tese do Tema 1.143 foi tímida e incompleta, seja na definição dos critérios objetivo e subjetivo para o cabimento do referido princípio como excludente da tipicidade penal.

²⁰ Portaria PGFN 75/2012.

²¹ Vide arts. 23 e 24 do Decreto 1.455/1976. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1970-1979/decreto-lei-1455-7-abril-1976-375667-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 nov. 2023.

4 Considerações finais

Neste breve artigo buscou-se abordar a aplicação do princípio da insignificância ao crime do art. 183 da Lei 9.472/1997 e ao crime de contrabando de cigarros, cujos pensamentos podem assim ser sintetizados:

- O direito penal, como manifestação estatal do poder de punir do Estado, opera segundo a máxima do princípio da fragmentariedade ou da chamada *ultima ratio* (Toledo, 2000, p. 14-15).

- Para que seja apta a atuação do direito penal, é preciso verificar a existência de uma conduta que lese ou efetivamente ponha em perigo concreto de lesão o bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador²² (Masson, 2021, p. 7-10).

- O princípio da insignificância, também conhecido por princípio da bagatela penal (Masson, 2021, p. 25), tem especial importância como instrumento de correção da tipicidade normativa, servido como meio de adequação social das condutas que, a um primeiro exame, seriam tidas por delituosas (Martinelli, 2012, p. 323).

- Sendo o princípio da insignificância parte de um todo, qual seja a tipicidade material, fica claro que sua utilização sempre dependerá do exame do caso concreto, cujo contexto varia no tempo e no espaço, a partir do estabelecimento de pressupostos que embasem sua aplicação, sejam eles legais, jurisprudenciais ou doutrinários²³.

- Ao se analisar os precedentes que deram origem à Súmula 606 do STJ, que trata do desenvolvimento de disseminação de sinal de internet por meio de serviço não autorizado de radiofrequência, não se verifica que o STJ tenha se debruçado sobre os requisitos autorizadores da aplicação da bagatela penal quando não houver lesão ao bem jurídico, firmando posição pela lesão presumida em razão de se tratar de crime formal e de perigo abstrato.

- Embora a Súmula 606 seja específica em falar de serviço de difusão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, resta claro que o entendimento do STJ pela inaplicabilidade do princípio da insignificância é estendido a todas as modalidades de telecomunicações, sem autorização do órgão competente, cujos fatos se amoldem o delito do art. 183 da Lei 9.472/1997.

- A não aplicação do princípio da insignificância ao crime em exame, tendo como único fundamento se tratar de delito formal e de perigo abstrato, não mais satisfaz um direito penal do século XXI, que deve primar pela *ultima ratio* de atuação, sem esquecer a necessidade de verificação efetiva de violação do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

- Defende-se ser possível a aplicação da insignificância penal ao delito do art. 183 da Lei 9.472/1997, desde que preenchidos os quatro requisitos delineados pelo STF.

- A aplicação do princípio da insignificância em situação de fiscalização das chamadas rádios comunitárias é possível, desde que: não desenvolva atividade lucrativa; tenha processo administrativo para a outorga da licença de transmissão protocolado; a potência medida no momento da fiscalização não poderá ser superior a 25 *watts*; o serviço desenvolvido não interfira naqueles essenciais tais como em aeroportos, escolas, hospitais etc.

- Deverá ainda ser analisado o grau de desenvolvimento econômico e social do local da fiscalização, a fim de se privilegiar o acesso à informação em detrimento do formalismo exacerbado da norma fiscalizadora.

- Constituindo-se espécie de crime contra a Administração Pública, a interpretação jurisprudencial dominante era pela inaplicabilidade do princípio da insignificância ao contrabando.

- A tipologia do contrabando de cigarro está simplesmente relacionada à política de arrecadação do Estado, sendo a saúde pública um interesse totalmente subsidiário.

- O contrabando de cigarros de baixa monta preenche o primeiro requisito para a aplicação do princípio da insignificância, que seria o reduzido grau de reprovabilidade social da conduta.

²² Sobre as funções do direito penal, dentre elas a de proteger bens jurídicos.

²³ Por exemplo, o art. 28-A, 2º, II do CPP, fala expressamente no termo infrações penais pretéritas insignificantes, como fator não impeditivo do oferecimento do ANPP.

- Defende-se que o valor da carga apreendida não possa ser superior àquele que a Fazenda Nacional utiliza como parâmetro para o não ajuizamento de execuções fiscais.
- Acerca do requisito de ordem subjetiva, pensa-se que a contumácia deva ser evitada, não se podendo aplicar o referido princípio ao mesmo autor em intervalo inferior a cinco anos, usando como parâmetro o art. 89, § 5º da Lei 9.099/1995.
- O STJ, recentemente, firmou jurisprudência em tema repetitivo pela aplicação do princípio da insignificância ao contrabando de até mil maços de cigarros.
- Andou bem o STJ ao rever a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime de contrabando de cigarros. Porém, defende-se que a formulação da tese do Tema 1.143 foi tímida e incompleta, seja na definição do critério objetivo seja no critério subjetivo definidos para o cabimento do referido princípio como excludente da tipicidade penal.

5 Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2023. p. 791-799.
- BRASIL. Agência de Vigilância Sanitária. *Para consulta sobre marcas de cigarros com licença na Anvisa*. Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/consulta-a-registro/arquivos/marcas-de-cigarros_2023_10_09.pdf. Acesso em: 24 out. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.463.969/2019.00.70610-2*, da 5ª Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas, *DJe*, 11 jun. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.555.104/2015.02.30705-0* da 6ª Turma. Relator: Min. Néfi Cordeiro, *DJe*, 3 abr. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 410.403/2017.01.89018-8*, da 5ª Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe*, 12 mar. 2018.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). *Apelação Criminal nº 0000913-29.2010.4.01.3601*, da 3ª Turma. Relator: Juiz Marllon Sousa, *PJe*, 7 fev. 2023.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). *Apelação Criminal nº 1002462-05.2020.4.01.3602*, da 3ª Turma. Relator: Desembargador Wilson Alves de Souza, *PJe*, 23 jun. 2022.
- COELHO, Inocêncio Matires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista do Senado*, v. 35. n. 137, p. 158, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/343/r137-16.pdf?sequence=4>. Acesso em: 23 out. 2023.
- DAEUR, Leticia. *R7*, Brasília, 2023. Brasil deixa de arrecadar R\$ 94 bilhões por causa do contrabando de cigarros nos últimos 11 anos. *Jornal*. Disponível em: <https://noticias.r7.com/cidades/brasil-deixa-de-arrecadar-r-94-bi-por-causa-do-contrabando-de-cigarros-nos-ultimos-11-anos-19042023>. Acesso em: 24 out. 2023.
- INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER (Brasil). "A evolução da carga tributária total sob o regime especial (misto) desde a reforma do sistema de tributação está ilustrada na Tabela 1. Neste regime a carga tributária em 2017 variou de 69% a 83%, em função do preço da marca comercializada. Quanto mais caro, menor a carga tributária, como efeito da parcela específica do cálculo do IPI." Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/gestor-e-profissional-de-saude/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/politica-nacional/precos-e-impostos#:~:text=Novo%20sistema%20de%20tributa%C3%A7%C3%A3o%20do%20IPI&text=A%20regra%20geral%20de%20tributa%C3%A7%C3%A3o,sobre%20o%20pre%C3%A7o%20de%20venda>. Acesso em: 24 out. 2023a.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER (Brasil). Brasil deixa de arrecadar R\$ 94 milhões por causa do contrabando nos últimos 11 anos. *Correio do Povo*. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/brasil-deixa-de-arrecadar-r-94-bilh%C3%B5es-por-causa-do-contrabando-de-cigarros-nos-%C3%BAltimos-11-anos-1.1019745>. Acesso em: 24 out. 2023b.

MAES, Jéssica. O contrabando que prejudica a sua saúde. *Jornal a Gazeta do Povo*. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/gpbc/dentro-da-lei/o-contrabando-que-prejudica-a-sua-saude/>. Acesso em: 24 out. 2023.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Direito penal: parte geral. Lições fundamentais*. 6. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2012. 323 p.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Direito penal: parte geral. Lições fundamentais*. 6. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2012. 323 p.

MASSON, Cleber. *Direito penal: parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: volume único*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

STF. HC 84.412/SP DJ 19/11/2004. Ementário n. 2173-2. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em: 24 out. 2023.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Direito penal brasileiro: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.