



¹ Sentença Tipo “D”. (Provimento COGER 38/2009, artigo 350, § 4º; Resolução CJF 535/2006.)

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS

JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA



I – RELATÓRIO (C.P.P., artigo 381, incisos I e II)

1. Denúncia. C.P.P., artigo 41.

Em 15 de junho de 2012 (Folhas [Fls.] 1-A/1-C), o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF ou Autor) ajuizou a presente ação penal pública incondicionada contra **MARCOS DE MARCOS** (MARCOS ou Denunciado) imputando-lhe a prática do crime de desenvolver, clandestinamente, atividade de telecomunicação, descrito no artigo 183 da Lei 9.472/1997.

II – FUNDAMENTAÇÃO (C.P.P., artigo 381, incisos III e IV)

2. Parâmetro legal para o recebimento da denúncia.

“Para o recebimento ou rejeição da denúncia, dever-se-á verificar se ela preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e se não ocorre qualquer dos motivos de rejeição previstos no artigo 43 do mesmo Código [atual artigo 395]. **É admissível, porém, que se julgue liminarmente improcedente a acusação, se não houver necessidade da produção de provas na fase instrutória do processo**, e se o Tribunal se convencer dessa improcedência, em face da resposta apresentada pelo acusado e da prova documental por ele produzida.” (STF, Inq 1057/PB, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2002, DJ 04-10-2002 P. 93, grifei.)

No presente caso, a análise da aptidão da denúncia será procedida à vista dos fatos narrados na Denúncia, dos depoimentos e da documentação existente nos autos, vistos à luz mais favorável à acusação. Portanto, trata-se de prova que não sofrerá mutação nem acréscimo substancial numa eventual instrução criminal.

3. Justa causa para o exercício da ação penal. C.P.P., artigo 395, inciso III.

Nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, a denúncia ou queixa será rejeitada, quando faltar justa causa para o exercício da ação penal.

“Entre as causas de rejeição da denúncia ou da queixa, por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir), a inexistência de indícios no inquérito ou peças de informação que possam amparar a acusação. É realmente necessário que a inicial venha

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA



acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o *fumus boni juris* que ampare a imputação. Tem se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e autoria, para que se opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando a simples versão dada pelo ofendido.” (JULIO FABBRINI MIRABETE, Código de Processo Penal Interpretado, 9ª edição, Atlas, São Paulo, 2002, p. 208.) “O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa”. (STF, HC 70763/DF, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 28/06/1994, Primeira Turma, DJ 23-09-94, P. 25328.) “Em termos de admissibilidade da denúncia, o direito processual penal moderno não se contenta, exclusivamente, com a adequação formal da conduta ao tipo penal incriminador. É preciso mais, um *plus*, uma análise da adequação material. Nesse sentido, o TRF/1ª Região já decidiu à unanimidade que: ‘Na esteira do direito penal moderno, o juízo de adequação não se satisfaz apenas com a mera subsunção lógico-formal da conduta ao tipo penal. Há um plus a ser observado, traduzido na verificação concomitante da tipicidade material, pois não basta a conduta do agente amoldar-se à previsão legal, é preciso que lesione ou coloque em risco bens jurídicos penalmente relevantes. O juízo de adequação material da conduta decorre da necessidade cada vez maior de dar relevância ao caráter fragmentário do direito penal, afastando da incidência da *ultima ratio* situações que não ofendam ou pouco ofendam os bens jurídicos tutelados pela norma penal.’ (ACR 0002631-74.2009.4.01.3802/MG; Rel. Juiz Tourinho Neto; 3ª Turma; e-DJF1 p.1027 de 27/04/2012) ‘Conquanto a denúncia descreva a realização de conduta formalmente típica, todavia, sob o aspecto da tipicidade material, verifica-se ser inexpressiva a lesão ou ameaça de lesão gerada ao bem jurídico tutelado.’ (RSE 0026551-88.2006.4.01.3800/MG; Rel.(a) Juíza Federal Clemência Maria Almada Lima de Ângelo (conv.); 4ª Turma; e-DJF1 p.308 de 14/10/2011) Ensina Luiz Flávio Gomes que ‘o fato típico objetivo (...) é composto da tipicidade formal + tipicidade material ou normativa (com dois momentos valorativos distintos)’. Complementa: ‘A ausência de qualquer um desses requisitos implica naturalmente na *atipicidade do fato*, que pode ser formal ou material (tudo conforme a natureza do requisito faltante). A ausência de uma conduta humana voluntária, por exemplo, exclui a tipicidade objetiva formal. A criação de um risco permitido (lesão

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA



esportiva dentro das regras do jogo, v.g.), de outro lado, constitui exemplo de uma atipicidade objetiva material. Também a insignificância revela a atipicidade material do fato. No plano formal (da tipicidade objetiva) devem ser constatados: (a) a conduta, (b) o resultado naturalístico (nos crimes materiais), (c) o nexó de causalidade e (d) a adequação típica (do fato à letra da lei). No plano material (da tipicidade objetiva) o primeiro juízo valorativo recai sobre a conduta (e isso é feito de acordo com o critério da imputação objetiva de Roxin: criação ou incremento de risco proibido relevante). O segundo juízo valorativo incide sobre a ofensa ao bem jurídico (que é o resultado jurídico), que deve ser: (a) concreto, (b) transcendental, (c) não insignificante, (d) intolerável, (e) objetivamente imputável ao risco criado e (f) que esteja no âmbito de proteção da norma. Na sua configuração mais completa, como se vê, onze (no total) são as exigências da tipicidade *objetiva* (quatro formais e sete materiais). Um desses requisitos da tipicidade objetiva material está vinculado com a valoração da conduta, enquanto outros seis dizem respeito à valoração do resultado jurídico.²” (TRF-1ª Região, RSE 0017527-97.2005.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal TOURINHO NETO, Terceira Turma, e-DJF1 p. 25 de 08/06/2012.)

4. Lei 9.472/1997, artigo 183. Tipo aberto. Interpretação estrita e restritiva. Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Inexistência de prestação de serviço de telecomunicação. Lei 9.472/1997, artigo 183. Atipicidade.

No direito penal, é inadmissível, diante dos princípios da determinação taxativa dos tipos penais e da legalidade (Constituição do Brasil, artigo 5º, inciso XXXIX; Código Penal, artigo 1º), a interpretação extensiva ou o emprego da analogia para abarcar, como condutas criminosas, hipóteses não expressamente previstas na lei. As normas penais incriminadoras devem ser interpretadas de forma estrita. “**As normas penais restritivas de direitos** não de ser interpretadas de forma teleológica - de modo a confirmar que as leis são feitas para os homens -, **devendo ser afastados enfoques ampliativos.**” (STF, HC 84414/SP, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/09/2004, DJ 26-11-2004 P. 26, LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 388-401, grifei.) Esse princípio (ou regra), de que as leis penais devem ser interpretadas de forma estrita, como registrou a

² Extraído de <http://www.ipclfg.com.br/teoria-constitucionalista-do-delito/tipicidade-formal-material-onze-requisitos-exigencias/>, em 14/05/2012.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS

JUIZO FEDERAL DA 11ª VARA



Suprema Corte dos Estados Unidos, é talvez não muito menos antigo do que a própria interpretação (ou tão antigo quanto a interpretação). (*United States v. Wiltberger*, 18 U.S. [5 Wheat] 76, 95 [1820]: “The rule that penal laws are to be construed strictly, is perhaps not much less old than construction itself”, *apud* ANTONIN SCALIA, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law – an essay, Princeton University Press, 1998, p. 29.)

No que concerne à analogia, os que a admitem, fazem-no apenas se for *in bonam partem*. (MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1997, volume 1, págs. 75 e 76.) “Quanto aos resultados, a interpretação da lei que pune não deve ser extensiva. É uma decorrência do princípio contido no art. 1º do nosso Código. Não se pode dar ao texto penal interpretação que lhe confira maior amplitude do que a que resulta naturalmente da sua força compreensiva.” (BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, Max Limonad, tomo 1, 1963, p. 159.)

Em regra, o legislador descreve a conduta típica com a maior quantidade de circunstâncias possíveis, a fim de diferenciar o fato típico da conduta lícita. O tipo penal aberto constitui uma exceção. As exceções devem ser interpretadas restritivamente. (STF, ADI 41/DF, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/1990, DJ 28-06-1991 P. 8903, RTJ 134/1016; ADI 1920 MC/BA, Relator Min. NELSON JOBIM, julgado em 23/06/1999, Tribunal Pleno, DJ 20-09-2002, P. 88, RTJ 183/579; RE 409459/BA, Relator Min. GILMAR MENDES, julgado em 20/04/2004, Segunda Turma, DJ 04-06-2004, P. 60; ADI 100/MG, Relatora Min. ELLEN GRACIE, julgado em 09/09/2004, Tribunal Pleno, DJ 01-10-2004, P. 9, RTJ 192/763.)

O **tipo penal aberto** exige uma atividade integradora, valorativa e complementar por parte do juiz, uma vez que não apresenta a descrição típica completa. (STF, HC 70389/SP, Rel. p/ acórdão Min. CELSO DE MELLO, Julgado em 23/06/1994, Tribunal Pleno, DJ 10-08-2001, P. 3.) MIGUEL REALE JUNIOR (*Problemas Penais Concretos*, Malheiros Editores, p. 14): “A fórmula adotada pelo legislador no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86 constitui, de um lado, a renúncia de especificação de condutas e, de outro, uma falta de decisão do legislador, que termina por impedir tratamento igualitário dos destinatários da norma, de vez que outorga ao juiz, em razão da indeterminação do

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS

JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA



conteúdo, a realização de uma valoração complementar de acordo com sua particular perspectiva subjetiva (v. Fulgencio Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, Valencia, Universidad de Valencia, 1983, p. 224).”

A integração e a valorização complementar, que, em última análise, conduzirão à delimitação da hipótese de incidência, ou seja, dos fatos tidos por típicos, **deve ser restritiva**, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade penal, no tocante ao aspecto da observância do **princípio da determinação taxativa** dos tipos penais (Constituição do Brasil, artigo 5º, inciso XXXIX). O tipo aberto “**deve ser interpretado de forma restritiva, para não abranger aquelas condutas imprudentes, que caracterizam comportamentos apenas culposos, e não dolosos**” (TRF-1ª Região, ACR 2001.32.00.010253-9/AM, Rel. Desembargador Federal TOURINHO NETO, Terceira Turma, e-DJF1 p. 414 de 13/02/2009, grifei) e “com atenção ao princípio da reserva legal e da impossibilidade de consagração da responsabilidade penal objetiva”. (TRF-3ª Região, HC 96.03.030303-8/SP, Relator Desembargador Federal THEOTONIO COSTA, Primeira Turma, julgado em 28.05.1996, DJ 08.10.1996 p. 75754.)

Dessa forma, “não se pode, mediante ato do intérprete, criar figura típica, sob pena de grave e ostensiva violação ao princípio da legalidade penal.” (STF, HC 95078/RJ, Relator Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-089 15-05-2009, LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 412-420.)

O tipo previsto no artigo 183 da Lei 9.472/1997 é aberto, e, assim, deve ser interpretado de forma estrita e restritivamente. A expressão “**atividades de telecomunicação**” deve ser interpretada de forma estrita e restritivamente.

O acusado se defende dos fatos que lhe foram imputados na denúncia, e, não, da classificação jurídica pretendida pelo Autor, pois essa pode ser corrigida nos termos dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal. (STF, RHC 57283/RS, Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 31/08/1979, Segunda Turma, DJ 28/09/1979 P. 7227, RTJ 95/131.)

No presente caso, o MPF afirma que no dia 30 de maio de 2011, o Denunciado foi flagrado por Agentes da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) distribuindo

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS

JUIZO FEDERAL DA 11ª VARA



transmissão ou recepção de informações, deixando de enquadrar-se, por isso, no conceito de serviço comunicacional. Para ter acesso à Internet, o usuário deve conectar-se a um sistema de telefonia ou outro meio eletrônico, este sim, em condições de prestar o serviço de comunicação, ficando sujeito à incidência do ICMS. O provedor, portanto, precisa de uma terceira pessoa que efetue esse serviço, servindo como canal físico, para que, desse modo, fique estabelecido o vínculo comunicacional entre o usuário e a Internet. É esse canal físico (empresa de telefonia ou outro meio comunicacional) o verdadeiro prestador de serviço de comunicação, pois é ele quem efetua a transmissão, emissão e recepção de mensagens. A atividade exercida pelo provedor de acesso à Internet configura na realidade, um 'serviço de valor adicionado': pois aproveita um meio físico de comunicação preexistente, a ele acrescentando elementos que agilizam o fenômeno comunicacional. A Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações ao definir, no art. 61, o que é o serviço de valor adicionado, registra: 'Serviço de valor adicionado a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicação, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de mensagens'. E dessa menção ao direito positivo já se percebe que o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde. A função do provedor de acesso à Internet não é efetuar a comunicação, mas apenas facilitar o serviço comunicação prestado por outrem. Aliás, nesse sentido posicionou-se o Tribunal: 'O serviço prestado pelo provedor de acesso à Internet não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União (artigo 21, XI, da Constituição Federal). Tampouco oferece prestações onerosas de serviços de comunicação (art. 2º, III, da LC n. 87/96), de forma a incidir o ICMS, porque não fornece as condições e meios para que a comunicação ocorra, sendo um simples usuário dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações. Trata-se, portanto, de mero serviço de valor adicionado, uma vez que o prestador se utiliza da rede de telecomunicações que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário final à Internet, por meio de uma linha telefônica, atuando como intermediário entre o usuário final e a Internet. Utiliza-se, nesse sentido, de uma infra-estrutura de telecomunicações preexistente, acrescentando ao usuário novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações). O provimento

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS

JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA



acesso à internet por meio de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). O MPF sustenta, ainda, que o Denunciado não possuía autorização para a exploração desse serviço. (Fls. 1-A/1-B.)

“Art. 60. **Serviço de telecomunicações** é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. § 1º Telecomunicação é 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. § 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.” **LEI 9.472/1997, ARTIGO 60.**

“Art. 61. **Serviço de valor adicionado** é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. § 1º **Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações**, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição. § 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.” **LEI 9.472/1997, ARTIGO 61.**

O STJ firmou o entendimento de que **o provedor de internet não exerce atividade de telecomunicação**, mas, sim, **serviço de valor adicionado**, o que afasta a tipicidade dos fatos descritos na Denúncia, porquanto o artigo 183 da Lei 9.472/1997 somente tipifica o desenvolvimento de **telecomunicação**. “A Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em seu art. 61, caput, prevê: ‘Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações’. O serviço de conexão à Internet, por si só, não possibilita a emissão,

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS

JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA



de acesso não pode ser enquadrado, (...), como um serviço de comunicação, pois não atende aos requisitos mínimos que, técnica e legalmente, são exigidos para tanto, ou seja, o serviço de conexão à Internet não pode executar as atividades necessárias e suficientes para resultarem na emissão, na transmissão, ou na recepção de sinais de telecomunicação. Nos moldes regulamentares, é um serviço de valor adicionado, pois aproveita uma rede de comunicação em funcionamento e agrega mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações' (José Maria de Oliveira, apud Hugo de Brito Machado, in 'Tributação na Internet', Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 89).' (RESP nº 456.650/PR, Voto Vista Ministro Franciulli Netto) Consectariamente, o serviço de valor adicionado, embora dê suporte a um serviço de comunicação (telecomunicação), com ele não se confunde, pois seu objetivo não é a transmissão, emissão ou recepção de mensagens, o que, nos termos do § 1º, do art. 60, desse diploma legal, é atribuição do serviço de telecomunicação. Destarte, a função do provedor de acesso à Internet não é efetuar a comunicação, mas apenas facilitar o serviço comunicação prestado por outrem, no caso, a companhia telefônica, aproveitando uma rede de comunicação em funcionamento e a ela agregando mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações. **O serviço de provedor de acesso à internet não enseja a tributação pelo ICMS, considerando a sua distinção em relação aos serviços de telecomunicações**, subsumindo-se à hipótese de incidência do ISS, por tratar-se de serviços de qualquer natureza. Registre-se, ainda, que a lei o considera 'serviço', ao passo que, o enquadramento na exação do ICMS implicaria analogia instituidora de tributo, vedado pelo art. 108, § 1º, do CTN. Deveras, é cediço que a analogia é o primeiro instrumento de integração da legislação tributária, consoante dispõe o art. 108, § 1º do CTN. A analogia é utilizada para preencher as lacunas da norma jurídica positiva, ampliando-se a lei a casos semelhantes. Sua aplicação, in casu, desmereceria aplausos, uma vez que a inclusão dos serviços de internet no ICMS invadiria, inexoravelmente, o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, preconiza que o tributo só pode ser criado ou aumentado por lei. [...] No julgamento dos EREsp 456.650/PR, em 11 de maio de 2005, a Primeira Seção, por maioria de votos, negou provimento aos embargos de divergência, fazendo prevalecer o entendimento da Segunda Turma, no sentido de ser indevida a incidência de ICMS sobre os serviços prestados pelos

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS
JUIZO FEDERAL DA 11ª VARA



provedores de acesso à internet, sob o fundamento de que esses prestam serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei 9.472/97, apenas liberando espaço virtual para comunicação.” (STJ, AgRg nos EDcl no Ag 883.278/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/03/2008, DJe 05/05/2008, grifei.)

Se, no âmbito do Direito Tributário, o fornecimento de acesso à internet não caracteriza desenvolvimento de telecomunicações, mas, sim, serviço de valor adicionado, com tanto mais razão essa conclusão se impõe no que concerne ao Direito Penal (*ultima ratio*). Lei 9.472/1997, artigo 61, § 1º. “Impõe-se a rejeição da denúncia quando o fato narrado não constitui crime ou falte condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Os serviços de telecomunicações prestados pelos denunciados não se enquadram no art. 183 da Lei 9472/97 que alude ao ato de ‘desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações’. O serviço desenvolvido pelos provedores da internet é serviço de valor adicionado (art. 61, Lei 9472/97), o qual exclui expressamente da classificação os serviços de telecomunicações (§ 1º, art. 61).” (TRF-2ª Região, RCCR 2003.50.02.0007616, Rel. Desembargador Federal FERNANDO MARQUES, Quarta Turma, DJ 24/06/2004 P. 213.)

“O que se tem na hipótese é a atipicidade do fato descrito na peça acusatória do Parquet. O art. 183 da Lei 9.472/97 pune aquele que desenvolver clandestinamente, sem a devida autorização, atividades de telecomunicações, e o provimento de acesso à internet, de acordo com a jurisprudência pátria, mormente a do STJ, não pode ser classificado como serviço de telecomunicações, mas sim, como serviço de valor adicionado. É certo que tais julgados tratam de matéria tributária, mas, nem por isso, terminam por inaplicáveis à hipótese em apreciação. Essas decisões vêm definindo os serviços que devem ser considerados como sendo de telecomunicações, e excluem os serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet, razão pela qual, na seara penal, não podem ser tidos como abrangidos pelo art. 183 da Lei 9.472/97.” (TRF-5ª Região, HC 7173-16.2011.4.05.0000, Desembargador Federal MANOEL ERHARDT, Primeira Turma, DJE 02/06/2011 P. 229.)

Por outro lado, cumpre notar que, no âmbito da Procuradoria da República no Estado de Goiás (PR/GO), a Dra. LÉA BATISTA DE OLIVEIRA “comung[a] da linha de entendimento manifestada pelos tribunais superiores de que a retransmissão a terceiros, de sinal de acesso à internet contratado, não pode ser caracterizado com típico serviço de

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS

JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA



telecomunicação e nem pode ser a este assemelhado.” (Promoção de arquivamento no Inquérito Policial 154/2009, Processo 2009.35.00.002608-8, 8 de agosto de 2012.)

Não se tratando de desenvolvimento de telecomunicações, a conduta de explorar serviço de acesso à internet sem autorização da ANATEL é atípica. Lei 9.472/1997, artigo 183. A atipicidade da conduta impõe a rejeição da Denúncia. CPP, artigo 395, inciso III.

5. Inexistência de autorização para a exploração do Serviço de Comunicação de Multimídia (SCM) ou internet sem fio. Matéria satisfatoriamente tratada no âmbito do Direito Administrativo.

A conjugação dos princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima, da ofensividade e da subsidiariedade impõe a conclusão de que o Direito Penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, e, assim, somente deve ser utilizado para solucionar os conflitos de interesse que não tiveram solução adequada no âmbito dos demais ramos do sistema jurídico. “Diante dos princípios do Direito Penal, que o reconhecem como *ultima ratio*, esmaece a persecução penal diante de atuação médica reconhecida pelo Conselho Regional de Medicina, em sindicância requerida pelo Ministério Público Federal, como legal e tecnicamente correta.” (STJ, HC 200701060764, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJE 30/03/2009.) “Na esteira do direito penal moderno, o juízo de adequação não se satisfaz apenas com a mera subsunção lógico-formal da conduta ao tipo penal. Há um *plus* a ser observado, traduzido na verificação concomitante da tipicidade material, pois não basta a conduta do agente amoldar-se à previsão legal, é preciso que lesione ou coloque em risco bens jurídicos penalmente relevantes. O juízo de adequação material da conduta decorre da necessidade cada vez maior de dar relevância ao caráter fragmentário do direito penal, afastando da incidência da *ultima ratio* situações que não ofendam ou pouco ofendam os bens jurídicos tutelados pela norma penal.” (TRF-1ª Região, ACR 200938020026339, Rel. Desembargador Federal TOURINHO NETO, Terceira Turma, e-DJF1 27/04/2012 P. 1027.) “A persecução criminal somente deve intervir depois de esgotados outros meios não-penais de proteção, ou seja, a pena deve ser a *ultima ratio*.” (TRF-1ª Região, EDRCCR 200339000069889, Rel. Desembargador Federal HILTON QUEIROZ, Quarta Turma, DJ 01/09/2005 P. 39.) “A área penal deve ser vista sob a *ultima ratio*, ou seja, a última solução para o problema jurídico apresentado

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS

JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA



para apreciação e enquadramento, e isso se dá pela aspereza da resposta apresentada pelo sistema penal a condutas que violem seus preceitos típicos, com a cominação da pena que passa da restrição ou limitação da liberdade humana até a multa penal.” (TRF-2ª Região, RSE 200851018163680, Rel. Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Segunda Turma Especializada, DJ 20/11/2009 P. 68/69.) “Em não havendo lesão relevante ao bem juridicamente tutelado, não se justifica a aplicação da norma penal, que deve funcionar como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, cuidando apenas de condutas consideradas graves, potencialmente capazes de gerar um estado de crise social que não pode ser solucionado por normas jurídicas com poder de sancionador mais brando.” (TRF-3ª Região, ACR 200561060116133, Rel. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES, Segunda Turma, DJF3 CJ1 22/09/2011 P. 135.) “[U]ma vez que se entende ser o direito penal a *última ratio*, não sendo razoável, de um lado, punir determinada conduta penalmente e, de outro, considerá-la irrelevante sob a égide administrativa, em função da ausência de grave violação ao bem juridicamente tutelado, porquanto aquele rege-se pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade.” (TRF-4ª Região, ACR 200470050035467, Rel. Juíza Federal ELOY BERNST JUSTO (Conv.), Oitava Turma, D.E. 03/02/2010.)

No presente caso, a ANATEL lavrou Auto de Infração contra o Denunciado pela prática de infração administrativa. (Fls. 56/59.) O artigo 173 da Lei 9.472/1997 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos autores de infrações administrativas. “Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal: I - advertência; II - multa; III - suspensão temporária; IV - caducidade; V - declaração de inidoneidade.” LEI 9.472/1997, ARTIGO 173. Assim sendo, a ANATEL tem competência para impor ao Denunciado sanções de natureza administrativa pela prática da conduta objeto da presente Denúncia.

Não obstante a independência entre as instâncias penal e administrativa, a imposição de sanção de natureza administrativa corrobora a conclusão deste Juízo pela rejeição da Denúncia. A imposição de sanção de natureza administrativa demonstra que a

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA



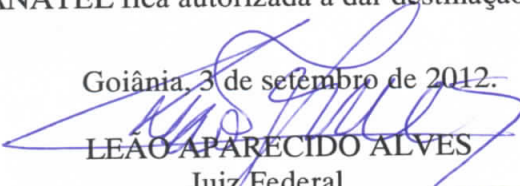
conduta imputada ao Denunciado foi objeto de tratamento adequado no âmbito do Direito Administrativo, não reclamando, assim, a interferência do Direito Penal. “A criminalização de uma conduta só se mostra legítima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. **Quando houver a possibilidade de aplicação de outras sanções ou outros meios de controle social suficientes para a tutela do bem jurídico, a incidência do Direito penal se torna inadequada e não recomendável (princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*)**. Denúncia rejeitada.” (TRF-1ª Região, INQ 200901000285783, Rel. Juiz Federal MURILO FERNANDES DE ALMEIDA (Conv.), Segunda Seção, e-DJF1 20/03/2012 P. 23, grifei.) “Ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, **não se justificando a movimentação da esfera penal, considerada como *ultima ratio*. Acusado penalizado na esfera administrativa.**” (TRF-1ª Região, RCCR 200434000153968, Rel. Desembargador Federal CARLOS OLAVO, Quarta Turma, DJ 15/12/2004 P. 97, grifei.) ““Aplicabilidade do princípio da intervenção mínima, assentado no pressuposto de que o Direito Penal somente deve intervir na vida social em ocasiões estritamente necessárias, atuando como *ultima ratio* do ordenamento jurídico. **Desta forma, se alguma reprovabilidade existe na conduta do paciente, certo é que tal questão deve ser resolvida no âmbito administrativo.**” (TRF-4ª Região, HC 200704000092582, Rel. Desembargadora Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Sétima Turma, D.E. 23/05/2007, grifei.)

III – DISPOSITIVO (C.P.P., artigo 381, incisos V e VI)

6. À vista do exposto, rejeito a denúncia apresentada contra MARCOS DE MARCOS imputando-lhe a prática do crime de desenvolver, clandestinamente, atividade de telecomunicação, descrito no artigo 183 da Lei 9.472/1997, por ausência de justa causa para a ação penal. C.P.P., artigo 395, inciso III.

7. Determinações finais: **a)** Registrar (C.P.P., artigo 389); **b)** Notificar o Autor; **c)** Se houver recurso por parte do Autor, fazer imediata conclusão; **d)** Publicar; **e)** A ANATEL fica autorizada a dar destinação legal aos equipamentos apreendidos.

Goiânia, 3 de setembro de 2012.


LEÃO APARECIDO ALVES
Juiz Federal