



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

PROCESSO Nº 00001909-08.2015.4.05.8300 – APELAÇÃO CRIMINAL Nº 13350 - PE
ORIGEM: 4ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO
JUÍZA SENTENCIANTE: AMANDA TORRES DE LUCENA DINIZ ARAÚJO
APELANTE: **WALDIRCLÊNIO UBIRAJARA DA SILVA**
DEFENSORA PÚBLICA FEDERAL: JÉSSICA DANIELLE DA SILVA SOARES
APELADO: **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROCURADORA DA REPÚBLICA: LÁDIA MARIA DUARTE CHAVES DE ALBUQUERQUE
RELATOR: **DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE – 1ª TURMA**

«173»

E M E N T A

PENAL. CRIME DE ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÕES. RÁDIO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. POTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. ÔNUS PROBATÓRIO DA ACUSAÇÃO. PROVIMENTO.

I - Apelação interposta à Sentença proferida nos autos de Ação Criminal, que condenou o Réu em face da prática do Crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, alusivo a funcionamento de Rádio na frequência FM, sem autorização da ANATEL, à Pena de 02 (dois) anos de Detenção, em Regime Aberto, e Multa de 01 (um) Salário Mínimo, e substituiu a Pena Privativa de Liberdade por duas Restritivas de Direitos, consistentes em Prestação Pecuniária e de Serviços a Entidades Públicas.

II – A Condenação está baseada em quatro Fundamentos: a) inaplicabilidade do Princípio da Insignificância à hipótese, porquanto o funcionamento, clandestino, da Rádio, independentemente de sua Potência ou Frequência, interferiu em Sistemas de Telecomunicações, inclusive o Aéreo; b) configuração do Dolo, uma vez que o Réu tinha pleno conhecimento da necessidade de autorização do Poder Público para viabilizar o funcionamento da Rádio; c) inoportunidade de Arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal), em face da natureza do Delito em questão, que não o admite, e considerando que o encerramento da atividade clandestina da Rádio decorreu de dificuldades financeiras, conforme Depoimento do Acusado; d) o conteúdo da programação da Rádio, de caráter religioso, embora houvesse divulgação de propaganda a revelar a finalidade, também e ao que parece, lucrativa, não tem o condão de afastar a Criminalização, isto é, não é causa legal de exclusão da Ilícitude.

III – “É que esta Primeira Turma, em consonância à jurisprudência firme do STF sobre a matéria (STF, HC nº 126.592/BA), firmou o entendimento de que o princípio da insignificância é aplicável ao delito do art. 183 da Lei nº 9.472/97, quando a potência dos equipamentos utilizados clandestinamente sejam inferiores a potência de 25 W (vinte e cinco watts), tendo em vista que a própria Lei nº 9.612/98, que instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária, qualificou esse tipo de transmissão como transmissão de baixa potência (ACR15291/PE, Rel. Des. Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, Primeira Turma, JULGAMENTO: 28/09/2017, DJE: 05/10/2017; RSE2198/AL, Rel. Des. Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, Primeira Turma, DJE: 11/10/2017). Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes deste TRF5: ACR13669/AL, Rel. Des. FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO, Quarta Turma, DJE 30/06/2016; ACR12402/AL, Rel. Des. Federal MANUEL MAIA (convocado), Quarta Turma, DJE 08/10/2015; ACR11974/PE, Rel. Des. Federal VLADIMIR CARVALHO, Segunda Turma, DJE 01/06/2015.” (Apelação Criminal – 14732, Relator Desembargador Federal Roberto Machado, j. em 23.11.2017, DJE de 06.12.2017, p. 47)

IV - A Sentença faz menção ao fato de que não houve a realização de Perícia Criminal, razão pela qual a hipótese enseja a Absolvição quanto à Autoria, por insuficiência probatória no tocante à Potência do Transmissor da Rádio considerada clandestina, a teor do ônus probatório de que trata o artigo 156 do Código de Processo Penal e na linha da orientação da 1ª Turma do TRF-5ª Região sobre a matéria.

V – Provimento da Apelação.

A C Ó R D ã O

Vistos e relatados estes autos em que são Partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar Provimento à Apelação, nos termos do Relatório e do Voto do Relator e Notas Taquigráficas constantes dos autos, integrantes do presente Julgado.

Recife, 26 de Outubro de 2017 (Data do Julgamento).

Desembargador Federal ALEXANDRE LUNA FREIRE



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
 GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

Relator

«174»

«175»

RELATÓRIO

O Exmº Desembargador Federal Alexandre Luna Freire (Relator):

Trata-se de **Apelação** interposta à Sentença proferida nos autos da Ação Criminal nº 00001909-08.2015.4.05.8300, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, que condenou o Réu em face da prática do Crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997, alusivo a funcionamento de Rádio na frequência FM, sem autorização da ANATEL, à Pena de 02 (dois) anos de Detenção, em Regime Aberto, e Multa de 01 (um) Salário Mínimo, e substituiu a Pena Privativa de Liberdade por duas Restritivas de Direitos, consistentes em Prestação Pecuniária e de Serviços a Entidades Públicas.¹

A **Sentença** considerou demonstradas a Materialidade e a Autoria Delitivas, em resumo:

“II — FUNDAMENTAÇÃO

15. Ausente a suscitação de preliminares, passo ao exame do mérito.

16. No que concerne, primeiramente, a MATERIALIDADE DELITIVA, verifica-se estar evidenciada.

17. Com efeito, o Relatório nº 0002PE20130064 - Qualificação de Atividade Clandestina, por meio do qual se apresentou a notícia criminis, demonstra que a Radio Shalom FM, operada na frequência 100.1 MHz, na Av. Vinte e Um de Abril, San Martim - Recife/PE, não possuía licença da Anatel (fls.04/09 do IPL).

18. Essa ausência de autorização também é comprovada pela Nota Informativa nº 391/2013/DEAA/SCE-MC do Ministério das Comunicações, acostado as fls.25 do IPL.

19. Por sua vez, o auto a f1.11 do IPL de conta da apreensão de 1(uma) mídia (CD), a qual reporta a programação da radio Shalom FM.

20. Ademais, embora não tenha havido apreensão do transmissor de radiodifusão, o que impossibilitou, por conseguinte, a realização de laudo pericial criminal, constatou-se efetiva interferência na faixa de serviço móvel aéreo, frequência 118.05 Mhz, pela estação clandestina, consoante análise espectral de espúrio as fls.05/06 do IPL.

21. Nesse contexto, imprescindível destacar o depoimento do fiscal da Anatel Emmanuel Rodrigues (mídia digital de f1.66), em que, além de corroborar a atuação clandestina da radio, explicou os efeitos da interferência no serviço aéreo e a análise de espúrios, ora realizada. Assim (...)

24. Assim, considerando os depoimentos testemunhais — que indicam o pleno exercício de atividade clandestina da Radio Shalom FM — e a análise espectral de espúrio — responsável por apontar a emissão em frequência deslocada, qual seja 118.05 MHz, e, conseqüentemente, a interferência na faixa de serviço móvel entendo estar plenamente demonstrada a ocorrência do fato descrito na denúncia.

25. De seu turno, a AUTORIA DELITIVA também restou demonstrada.

26. De fato, o acusado confessou perante este Juízo (mídia digital de fl.66) que era responsável pela Radio Shalom FM, operada na frequência 100.1 MHz, bem como disse que a estação funcionava, sem a devida autorização do Ministério das Comunicações, em um ambiente alugado a Aluisio Cirilo dos Santos pela quantia de R\$200.00 (duzentos reais). 11110 Afirmou ter cobrado valores com o intuito de veicular propagandas em sua rádio. Asseverou, ainda, que a atividade perdurou por dois meses e meio, momento em que, voluntariamente, por

¹ Lei nº 9.472 de 16 de Julho de 1997

Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

falta de recursos financeiros, resolveu cessá-la.”²

² SENTENÇA

I — RELATÓRIO:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, na pessoa de seu representante legal, ofereceu denúncia as fls.03/04 contra WALDIRCLÊNIO UBIRAJARA DA SILVA, já devidamente qualificado nos autos, por haver pretensamente incorrido na infração disposta no art. 183, da Lei nº 9.472/97, o qual tipifica o delito de atividade clandestina de telecomunicação.

2. Aduziu o órgão ministerial, em suma, que, no dia 16/08/2013, o denunciado, na qualidade de responsável pela Estação Shalom FM, desenvolveu, com vontade livre e consciente, atividades de telecomunicações de forma clandestina na Rua Vinte e um de Abril, rio 4005 (térreo), San Martin — Recife/PE.

3. Narrou o Parquet que os fiscais da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) constataram o funcionamento irregular da estação de radiodifusão denominada Shalom FM, operada na frequência 100.1 Mhz, que estava fechada, impossibilitando a apreensão do equipamento transmissor.

4. Foram arroladas 03 (três) testemunhas pela acusação.

5. A denúncia foi recebida em 02/03/2015 as fls. 05/10, tendo sido instruída com a Qualificação de Atividade Clandestina, promovida pela ANATEL, de f1.04 — IPL; as fotos do local de funcionamento da entidade e do sistema irradiante de fls.07/09; a mídia com gravação de programas a fl. 12; a atenuação de espúrios irregular em 118.05 Mhz; a frequência destinada ao serviço móvel aéreo de fls. 05/06; e o termo de declaração de Aluisio Cirilo dos Santos de fls. 42/43 — IPL.

6. Citado a fl. 29, o réu ofereceu resposta a acusação por meio da Defensoria Pública da União, juntada as fls. 34/38, oportunidade em que alegou a finalidade da rádio, a qual servia para a divulgação de culto de oração em pro! da comunidade carente e divulgação de músicas evangélicas.

7. Arrolou, a fl. 38v., 03 (três) testemunhas.

8. O recebimento da exordial foi confirmado a f1.40, já que não se vislumbrou a configuração de qualquer causa de absolvição sumaria, deflagrando-se a instrução criminal e designando-se audiência para a realização dos atos de forma concentrada.

9. O termo de audiência de instrução e julgamento foi juntado as fls. 58/63 (e mídia digital a f1.66), ocasião em que foram inquiridas as três testemunhas arroladas pela defesa e pela acusação, bem como foi o acusado interrogado. Nada requereram as partes na fase do art.402 do CPP.

10. Alegações finais do Parquet, apresentadas oralmente na audiência de instrução e julgamento, realizada no dia 13/08/2015, requerendo a condenação de WALDIRCLÊNIO UBIRAJARA DA SILVA nas penas do art.183, da Lei n(9.472/97, porquanto entendeu que restaram comprovadas a materialidade e a a utoria delitivas.

11. A defesa, por seu turno, expos suas razões finais oralmente na referida audiência, pleiteando a absolvição do réu da imputação que lhe foi feita ou, em sendo o caso, a adoção de uma pena mínima, reduzida ao Máximo em decorrência do arrependimento posterior e atenuada pela confissão e pela circunstância relevante do serviço de utilidade pública ofertado pela rádio.

12. A Defensoria Pública da União complementou suas alegações orais com a petição de fls.67/71.

13. As certidões de antecedentes criminais do réu foram colacionadas as 16 (JFPE) e 18 (TJPE), não constando delas outros registros negativos.

14. Em seguida, vieram-me os autos conclusos para julgamento. E o relatório. Decido.

II — FUNDAMENTAÇÃO

15. Ausente a suscitação de preliminares, passo ao exame do mérito.

16. No que concerne, primeiramente, a MATERIALIDADE DELITIVA, verifica-se estar evidenciada.

17. Com efeito, o Relatório nº 0002PE20130064 - Qualificação de Atividade Clandestina, por meio do qual se apresentou a notícia criminis, demonstra que a Rádio Shalom FM, operada na frequência 100.1 MHz, na Av. Vinte e Um de Abril, San Martin - Recife/PE, não possuía licença da Anatel (fls.04/09 do IPL).

18. Essa ausência de autorização também é comprovada pela Nota Informativa nº 391/2013/DEAA/SCE-MC do Ministério das Comunicações, acostado as fls.25 do IPL.

19. Por sua vez, o auto a f1.11 do IPL de conta da apreensão de 1(uma) mídia (CD), a qual reporta a programação da rádio Shalom FM.

20. Ademais, embora não tenha havido apreensão do transmissor de radiodifusão, o que impossibilitou, por conseguinte, a realização de laudo pericial criminal, constatou-se efetiva interferência na faixa de serviço móvel aéreo, frequência 118.05 Mhz, pela estação clandestina, consoante análise espectral de espúrio as fls.05/06 do IPL.

21. Nesse contexto, imprescindível destacar o depoimento do fiscal da Anatel Emmanuel Rodrigues (mídia digital de f1.66), em que, além de corroborar a atuação clandestina da rádio, explicou os efeitos da interferência no serviço aéreo e a análise de espúrios, ora realizada. Assim:

"Que é fiscal da ANATEL desde 2005, não se recordando dessa fiscalização referida na denúncia; Que teve acesso a documentos de uma Rádio Shalom, mas eram de 2008, e não de 2013, como diz a denúncia; Que esta de licença da Anatel; Que confirma ter assinado a Qualificação de Atividade Clandestina, constante as fls. 4 e seguintes do IPL, bem como ter batido as fotos; Que após ter visto as fotos passou a se recordar do fato; Que não teve contato com o responsável da rádio, pois a rádio sempre estava fechada; Que o procedimento é tentar uma abordagem, mas, se não conseguir, faz-se o relatório de atividade clandestina e tira-se foto do espectro (foto do equipamento que capta as atividades espúrias, o sinal de rádio transmitido); Que a análise espectral de irradiação, além da frequência principal, detectou um sinal de 118.5 MHz, interferindo na faixa do serviço aeronáutico. Que não lembra se houve na época reclamação de efetiva interferência, mas esclarece que se alguma aeronave estivesse passando no local haveria efetiva interferência; Que havia a efetiva ocupação da faixa utilizada pelas aeronaves; Que as horas mais críticas para a aeronave são os momentos da aterrissagem e de decolagem, em que os pilotos precisam se comunicar com a torre e, se há interferência, pode prejudicar essa comunicação; Que uma aeronave não cai por um único motivo, mas por uma combinação; Que essa interferência atrapalha a comunicação dos pilotos; Que quanto maior a potência do transmissor (que deve em regra transmitir: sinal de FM), maior o sinal principal e maior os espúrios; Que espúrio é um sinal diferente daquele que se espera que ele transmita, então, se um transmissor de rádio opera na faixa de rádio FM (de 88 a 108), o transmissor é fabricado para trabalhar numa frequência dessa; Que, eventualmente, na ocorrência de um defeito ou qualquer motivo diverso, o transmissor, além de transmitir aquela frequência FM, transmite também um sinal diferente, um sinal espúrio (que não era para estar ali, mas esta por algum defeito de funcionamento); Que, no caso em tela, a ANATEL não apreendeu o equipamento, por isso não sabe a potência do transmissor utilizado no caso; Que se a potência for inferior a 25w, ainda assim pode ocorrer espúrio e interferência noutra frequência; Que o espúrio não advém da potência do transmissor, mas de um mau funcionamento; Que não é normal ter espúrio; Que, como tem muita demanda, somente trabalha por acionamento, com missões bem definidas, para apurar as denúncias e reclamações de interferências da Aeronáutica; Que, uma vez detectado o espúrio, consegue sintonizar num equipamento, que possui a programação que está sendo veiculada e consegue ouvi-la, daí consegue saber qual a rádio está gerando o espúrio e, no caso, abaixo da antena da rádio em foco o espúrio estava bem forte; Que o mau funcionamento do equipamento, que gera o espúrio, não interfere na programação da rádio, que continua sendo veiculada normalmente; Que geralmente os espúrios ocorrem em casos de transmissores caseiros, pois somente os autorizados passam por ensaios para evitar que gerem espúrios; Que os espúrios decorrem não da programação ou da instalação do equipamento, mas do equipamento em si, geralmente os caseiros."

22. A testemunha Aluisio Cirilo dos Santos, em seu depoimento perante a autoridade policial as fls. 42/43, informou ter alugado um espaço a WALDIRCLÊNIO, pelo valor de R\$200,00 (duzentos reais), para que ele montasse uma rádio comunitária. Nesse âmbito, esclareceu que o acusado, além de instalar uma antena pequena no telhado, levou ao local um computador, um microsistema, umas caixas de som pequenas e um birô velho.

23. Na Informação nº 94/2014, o agente de Polícia Federal Luis Maciel aduziu que Luis Carlos (proprietário do estabelecimento comercial de nome Nossa Granja) contratou os serviços de propaganda prestados pela Rádio Shalom FM, ocasião em que pagava a quantia de R\$20,00 (vinte reais) por mês. Ainda, alegou que a pessoa conhecida como "Irmão Val" (proprietário de uma banca de verduras) também contratou os serviços de propaganda, situação em que dispunha o montante de R\$10,00 (dez reais) por mês.

24. Assim, considerando os depoimentos testemunhais — que indicam o pleno exercício de atividade clandestina da Rádio Shalom FM — e a análise



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

A Defesa do Réu interpôs **Apelação** em que requer a Reforma da Sentença, alegando, em síntese:

“2. DAS QUESTÕES DE MÉRITO.

2.1 DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA (EQUIPAMENTO DE 15 W)

2.2. AUSÊNCIA DE DOLO(...)

2.3 Do ARREPENDIMENTO POSTERIOR(...).

2.4 Do SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA PRESTADO PELA RÁDIO(...)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

Diante de todo o exposto, pede-se a absolvição do réu, tendo em vista que sua conduta, quando muito,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

caracteriza

mera

infração administrativa".³

³ APELAÇÃO

"WALDIRCLENIO UBIRAJARA DA SILVA, já devidamente qualificado nos autos, vem a presença de Vossa Excelência, por intermédio da DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIAO, presenteada pelo seu membro abaixo assinado, apresentar

RAZÕES DE APELAÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu Denúncia (fls. 03/04) contra WALDIRCLENIO UBIRAJARA DA SILVA, imputando-lhe a prática do crime previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97, por ter, supostamente, desenvolvido clandestinamente atividade de telecomunicação, ou seja, use de radiofrequência sem a autorização da ANATEL, na faixa de RDFM 100.1 MHz, pela Estação Shalom FM.

Recebida a Denúncia (fls. 05/10), foi o acusado citado (fl. 29) e os autos encaminhados a esta DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIAO para apresentação de Resposta a acusa Gao (fl. 34/38). Foi realizada a Audiência de Instrução e Julgamento em 13/08/2015 (mídia digital a f1.66) em que foram realizadas as alegações finais orais pela acusação e pela defesa, as alegações finais da defesa foram complementadas com a petição de fls. 67/71.

Na sentença penal condenatória (fls. 73/84), o juízo a quo entendeu ser a denúncia procedente, impondo ao ora apelante a pena de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, uma de prestação de serviços a entidade pública e outra de prestação pecuniária, além de multa no valor de 1 (um) salário mínimo.

Irresignado, o réu insurge-se contra a sentença condenatória pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

2. DAS QUESTÕES DE MERITO.

2.1 Do PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA (EQUIPAMENTO DE 15 W)

A nova perspectiva do Direito Penal encontra-se consubstanciada nos postulados da intervenção mínima, da lesividade, da fragmentariedade e, por fim, da insignificância. Direito Penal, como ramo jurídico voltado a aplicação das sanções mais gravosas em Direito admitidas (privação de liberdade e, excepcionalmente, até a pena de morte — artigo 5º, XLVII e artigo 84, XIX, Constituição Federal), deve ter sua atuação concebida com temperamentos e ponderações que visam a imprimir-lhe conformação jurídica atenta as diretrizes constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Não pode este ramo do Direito exceder-se em seu desiderato constitucionalmente demarcado (e que consiste na repressão daquelas condutas mais graves contra aqueles bens jurídicos mais caros vida social), sob pena de convolar-se ele instrumento estatal autoritário e abusivo, contrário, portanto, ao objetivo social para o qual criado.

Esta é a base do chamado "Direito Penal Mínimo", e que constitui, a Ferrajoli. Podem ser concatenados em dois sub-princípios: o princípio da fragmentariedade e o da subsidiariedade: princípio da fragmentariedade consiste em que o Direito Penal não tem como missão proteger todos os bens jurídicos de todos os ataques. Ao contrário, ele só se justifica para proteger alguns bens jurídicos e somente de ataques considerados intoleráveis; conhecido como princípio da subsidiariedade implica em que somente é de se deflagrar o Direito Penal quando e se outros ramos do Direito não se revelarem aptos a resolver o conflito. Logo, o Direito Penal tem a obrigação de ser a ultima ratio.

A respeito escreveu o Professor da Universidade Pablo de Olavide, em Sevilha, Munoz Conde:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos

Também é o magistério de Cezar Roberto Bittencourt.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como ultima ratio, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são) estas que devem ser empregadas e não as penais. (Lições de Direito Penal, Parte Geral, p.32)

Claus Roxin pontifica que:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senaº que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falem outros meios de solução do problema — como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a 'última ratio da política social', e se define sua missão proteção subsidiária de bens jurídicos. (Derecho Penal, t. I, p.65).

O Princípio da insignificância traz a tona o motivo pelo qual o legislador cominou uma sanção a determinada conduta a tipificando como criminosa, as condutas abarcadas por tal princípio devem ser retiradas do campo de incidência do Direito Penal por trazerem prejuízo insignificante ao bem jurídico protegido.

A conduta do Sr. Waldirclenio, apesar de ser formalmente típica se adequando a, uma ação prevista num tipo penal, não causou lesão efetiva ou ameaça a lesão ao bem jurídico-tutelado pelo tipo penal em questão, sendo materialmente atípica. Com efeito, a lesão causada foi ínfima, estando ausente a tipicidade material, devendo ser consagrado o princípio da insignificância.

Sobre o assunto leciona Guilherme de Souza Nucci:

"o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira "Ka" (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes"

Dessa forma, com a moderna visa, do Direito Penal, não se justifica a condenação por este tipo de delito. Como se sabe a jurisprudência pátria prevê que no caso dos transmissores com potência menor do que 25 W, a lesão ao bem jurídico tutelado seria ínfima, no caso a incolumidade pública, não estando tal conduta no campo de incidência do Direito Penal. Observe tal entendimento no julgado a seguir:

A radio em questão merava com transmissão considerado de baixa potência (16W), por aproximadamente dois meses e meio, ou seja, abaixo de 25W, fato que a revelou pelo autor na audiência de Instrução e Julgamento. É importante salientar que não ha qualquer prove que contrarie a versão do Sr. Waldirclenio, de modo que suas alegações devem ser tidas como verdadeiras e deve ser reconhecida a aplicação do princípio da insignificância.

Apesar de existir entendimento de que o exame técnico se é imperioso para que se possa aferir o real potencial lesivo do transmissor, assim como para avaliar a capacidade de interferência nas atividades regulares de comunicação dos equipamentos apreendidos, destaca-se que o ônus da prova é da acusação, cabendo ao Ministério Público alegar e provar que o réu praticou uma infração penal sem a presença de qualquer excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. Dessa forma, deve prevalecer o Princípio da Presunção de Inocência consagrado na Constituição Federal, tendo em vista que, até que se prove o contrário, o réu é presumidamente inocente, e do mesmo modo na dúvida interpreta-se em favor do acusado (aplicação do princípio do in dubio pro réu).

O entendimento do STF postula pela aplicação do princípio da insignificância, já que a radio operava com o transmissor considerado de baixa potência, não havendo a possibilidade de interferência em sinais de avião ou serviços de emergência. Sendo assim, quando não ha grande risco para sociedade, em função do princípio da insignificância, a justiça não deve ser acionada:

Percebe-se dessa maneira que a radio mencionada era uma radio comunitária, a serviço dos seus membros, condizente com o que esta disposto no art. 10 da Lei 9.612/98:

Art. 10 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.

10 Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

As **Contrarrazões** do Ministério Público Federal foram no sentido de manutenção da Sentença.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

A Procuradoria Regional da República ofertou **Parecer** pelo Desprovemento da Apelação.⁴

⁴ PARECER

“O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo procurador regional da República signatário, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem, perante essa 1ª TURMA DO EG. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO apresentar PARECER nos autos deste processo, conforme fatos e fundamentos adiante externados.

1. RELATÓRIO

Cuida-se de ação penal instaurada a partir de denúncia oferecida pela PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PERNAMBUCO, unidade deste MPF, perante a 4ª VARA FEDERAL- PE, em face de WALDIRCLENIO UBIRAJARA A SILVA, imputando-lhe a conduta tipificada no art. 183 da Lei no 9.472/97 A sentença, da lavra da Exma. Sra. juíza federal AMANDA TORRES DE LUCENA DINIZ ARAUJO, julgou procedente o pedido ministerial (f. 73-80).

Irresignado, o réu interpôs apelação (f. 89; 97-112), que foi contrarrazoada pelo órgão ministerial local (f. 116-120). Recebidos nesse Eg. TRF - 5ª Região, os autos foram distribuídos e remetidos a este órgão ministerial regional, para atuar como custos legis (f. 125).

2. ANÁLISE

A presente ação penal diz respeito a denúncia do MPF/FE, oferecida contra WALDIRCLENIO UBIRAJARA DA SILVA, em razão da prática delitiva, verificada em fiscalização da AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, no dia 16.08.2013 na Rua Vinte e Um de Abril, 4005, San Martin, Recife/PE, consistente no desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação - use de radiofrequência sem autorização da ANATEL na faixa de rede RDFM 100.1 MHz ("Radio Shalom"), configurando a prática do crime previsto no art. 183 da lei no 9.472/97. O veredicto da sentença condenatória foi proferido seguintes termos (f. 73-84v):

III - DISPOSITIVO

58. Em face do exposto, julgo PROCEDENTE a acusação formulada na denúncia e CONDENO o acusado WALDIRCLENIO UBIRAJARA DA SILVA pela perpetração do delito tipificado no art. 183 da Lei no 9.472/1997.

Irresignado, o réu interpôs apelação, submetendo, em síntese, os seguintes pontos controvertidos a análise dessa Corte Regional:

(a) tipicidade:

(a.1) ausência de materialidade - exercício regular de um direito;

(a.2) princípio da insignificância; e

(a.3) ausência de dolo;

(b) dosimetria:

(b.1) diminuição de pena - arrependimento posterior;

(b.2) exclusão - custas processuais.

A respeito das teses defensivas, o órgão ministerial local, na condição de titular da ação penal, apresentou, em contrarrazões da lavra do Exma. Sra. procuradora da República LADIA MARA DUARTE CHAVES ALBUQUERQUE, os motivos pelos quais não deve prosperar o pleito recursal, importando transcrever o que segue:

Não merece razão o apelante. A sentença de primeiro grau não deve ser reformada, pois possui a consistência fática e jurídica necessária para ser considerada como resultado justo da tutela jurisdicional prestada pelo Estado-Juiz as partes neste processo, inclusive no que se refere a dosimetria da pena aplicada e demais sanções.

Com efeito, não merece prosperar a tese referente a aplicação do princípio da insignificância no caso em tela. Isso porque, a despeito de não ter sido realizado laudo de pericia criminal - já que não houve apreensão do transmissor foi efetivamente constatada a interferência na faixa de serviço móvel aéreo, frequência 118.05 MHz, pela rádio clandestina, em consonância com a análise espectral de espúrio de ff. 05/06 dos autos do IPL. Nesse contexto, a sentença impugnada bem destaca o depoimento da testemunha EMMANUEL RODRIGUES, fiscal da ANATEL, que explicou os efeitos da interferência no serviço aéreo e análise de espúrios:

(...) que a análise espectral de irradiação, além da frequência principal, detectou um sinal de 118.5 MHz, interferindo na faixa do serviço aeronáutico; que não lembra se houve na época reclamação de efetiva interferência, mas esclarece que se alguma aeronave estivesse passando no local haveria efetiva interferência; que havia a efetiva ocupação a faixa utilizada pelas aeronaves; (...) que espúrio é um sinal diferente daquele que se espera que ele transmita, então, se um transmissor opera na faixa de rádio FM (de 88 a 108), o transmissor é fabricado para trabalhar numa frequência dessa; que, eventualmente, na ocorrência de um efeito ou qualquer motivo diverso, o transmissor, além de transmitir aquela frequência FM, transmite também um sinal diferente, um sinal espúrio (...) que se a potência for inferior a 25W, ainda assim pode ocorrer espúrio e interferência noutra frequência; que o espúrio não advém da potência do transmissor, mas de um mau funcionamento; (...) que uma vez detectado o espúrio, consegue sintonizar num equipamento, que possui a programação o que esta sendo veiculada e consegue ouvi-la, daí consegue saber qual a rádio esta gerando o espúrio e, no caso, abaixo da antena da rádio em foco o espúrio estava bem forte; (...)

Assim, não se cogita de insignificância numa atividade que tinha a efetiva capacidade de interferir na comunicação das aeronaves, ate porque trata-se de crime formal e de perigo abstrato, ou seja, a consumação independe da ocorrência de danos efetivos.

Vale dizer, nenhum estudo técnico, enfim, nenhum dado empírico corrobora a tese de que uma rádio operante abaixo do patamar de 25W não pode par em perigo o bem jurídico protegido pela norma que prevê o citado crime.

Por isso, também as rádios comunitárias com potência inferior aos 25w precisam de autorização, nos termos do art. 60 da Lei no 9.612/98, haja vista que aplicar o princípio da insignificância utilizando como Único parâmetro o limite de potência implicaria a descriminalização de todas as rádios comunitárias, nessas condições, que operam sem autorização.

Assim é que da simples potência do transmissor não é possível inferir a ausência de potencialidade lesiva, uma vez que há vários outros aspectos que devem ser observados, um deles, por exemplo, a elaboração de um projeto que obedeça a todos os critérios técnicos de segurança.

Com efeito, não há base jurídico-legal para acolhimento do pleito do recorrente, uma vez que a rádio comunitária deve atender aos requisitos legais e estar sujeita ao controle e fiscalização oficiais pelo dano que pode causar as tele ou radiocomunicações em geral (interferências nas ondas sonoras), e por sua eventual utilização para fins delituosos, que devem ser prevenidos pelo Poder Telo:).

Noutro giro, por se tratar de crime de perigo abstrato, inexistente necessidade de prove de dano. De fato, como nos crimes de perigo concreto, "consoante a quase totalidade da doutrina, o perigo é indicado no modelo legal"¹, deduz-se facilmente que o delito em tela é de perigo abstrato², nos quais, salvo equívoco do legislador (aqui inexistente), o perigo é presumido *juris et de jure*.

Posta assim a questão, verifica-se, na análise do caso, a tipicidade e a consequente inaplicabilidade do princípio da insignificância. Reconhecido que os fatos são incontroversos, não há dúvidas quanto a materialidade delitiva, autoria e nem quanto ao preenchimento do tipo objetivo.

Pelo que pode ser visto, carece de substratos jurídicos a tese defensiva de cabimento de absolvição em virtude da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que o comportamento delituoso amolda-se com perfeição ao tipo penal, não tendo como ser acolhido o pleito recursal.

Da mesma forma, não há que se falar em ausência de dolo do recorrente. O acusado, em seu interrogatório, confessou que explorava a rádio sem a devida autorização do Ministério das Comunicações. Ora, se agia conscientemente de que atuava sem a autorização legal, não há que se falar em conduta culposa.

Quanto ao argumento de configuração do instituto do arrependimento posterior, a determinar a diminuição da pena, também não deve prosperar o argumento do recorrente.

Como já foi ressaltado, cuida-se de crime formal e de perigo abstrato, de sorte que não se revela necessária a demonstração de efetivo dano ao bem jurídico albergado pela norma.

Nesse caminho, incabível o instituto em tela, que se aplica em casos de crime sem violência ou grave ameaça a pessoa, e reparação do dano ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

É o Relatório.

«176»

«177»

VOTO

O Exmº Desembargador Federal Alexandre Luna Freire (Relator):

Destaco da Sentença os Fundamentos que embasaram a Condenação do Réu, *verbis*:

“16.No que concerne, primeiramente, a MATERIALIDADE DELITIVA, verifica-se estar evidenciada.

17.Com efeito, o Relatório nº 0002PE20130064 - Qualificação de Atividade Clandestina, por meio do qual se apresentou a notícia criminis, demonstra que a Rádio Shalom FM, operada na frequência 100.1 MHz, na Av. Vinte e Um de Abril, San Martim - Recife/PE, não possuía licença da Anatel (fls.04/09 do IPL).

18.Essa ausência de autorização também é comprovada pela Nota Informativa nº 391/2013/DEAA/SCE-MC do Ministério das Comunicações, acostado as fls.25 do IPL.

19.Por sua vez, o auto a f1.11 do IPL de conta da apreensão de 1(uma) mídia (CD), a qual reporta a programação da rádio Shalom FM.

20.Ademais, embora não tenha havido apreensão do transmissor de radiodifusão, o que impossibilitou, por conseguinte, a realização de laudo pericial criminal, constatou-se efetiva interferência na faixa de serviço móvel aéreo, frequência 118.05 Mhz, pela estação clandestina, consoante análise espectral de espúrio as fls.05/06 do IPL.

21.Nesse contexto, imprescindível destacar o depoimento do fiscal da Anatel Emmanuel Rodrigues (mídia digital de f1.66), em que, além de corroborar a atuação clandestina da radio, explicou os efeitos da interferência no serviço aéreo e a análise de espúrios, ora realizada. Assim (...)

22.A testemunha Aluisio Cirilo dos Santos, em seu depoimento perante a autoridade policial as fls. 42/43, informou ter alugado um espaço a WALDIRCLENIO, pelo valor de R\$200,00 (duzentos reais), para que ele montasse uma rádio comunitária. Nesse âmbito, esclareceu que o acusado, além de instalar uma antena pequena no telhado, levou ao local um computador, um microsistema, umas caixas de som pequenas e um birô velho.

23.Na Informação nº 94/2014, o agente de Polícia Federal Luis Maciel aduziu que Luis Carlos (proprietário do estabelecimento comercial de nome Nossa Granja) contratou os serviços de propaganda prestados pela Rádio Shalom FM, ocasião em que pagava a quantia de R\$20,00 (vinte reais) por mês. Ainda, alegou que a pessoa conhecida como "Irmão Val" (proprietário de uma banca de verduras) também contratou os serviços de propaganda, situação em que dispunha o montante de R\$10,00 (dez reais) por mês.

24.Assim, considerando os depoimentos testemunhais — que indicam o pleno exercício de atividade clandestina da Rádio Shalom FM — e a análise espectral de espúrio — responsável por apontar a emissão em frequência deslocada, qual seja 118.05 MHz, e, conseqüentemente, a interferência na faixa de serviço móvel entendendo estar plenamente demonstrada a ocorrência do fato descrito na denúncia.

25.De seu turno, a AUTORIA DELITIVA também restou demonstrada.

26.De fato, o acusado confessou perante este Juízo (mídia digital de fl.66) que era responsável pela Rádio Shalom FM, operada na frequência 100.1 MHz, bem como disse que a estação funcionava, sem a devida autorização do Ministério das Comunicações, em um ambiente alugado a Aluisio Cirilo dos Santos pela quantia de R\$200.00 (duzentos reais). 11110 Afirmou ter cobrado valores com o intuito de veicular propagandas em sua rádio. Asseverou, ainda, que a atividade perdurou por dois meses e meio, momento em que, voluntariamente, por falta de recursos financeiros, resolveu cessá-la.(...)

29.É cristalino que as testemunhas arroladas pela defesa e pela acusação declararam que a rádio, além de possuir finalidade lucrativa — vez que transmitia propagandas -, era usada pelo réu para transmissão de programas evangélicos.

30.Pois bem.

31.E sabido que a exploração do serviço e ato subordinado a expedição de licença, ato administrativo discricionário, não se satisfazendo com o mero protocolo do requerimento. Faz-se necessária análise da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

viabilidade técnica e riscos inerentes ao serviço a que se propõe a desempenhar, como condição inafastável de concessão.

32. Evidente que a singela formulação de pedido em seara administrativa não suprime o elemento objetivo da clandestinidade. Não é de se supor que a autarquia regulamentar, ou mesmo o Ministério das Comunicações, apenas por estarem cientes da pretensão da solicitante - que pode ou não vir a ser acolhida resultem advertidos de que a requerente vá dar início ao quanto pretendido, antes mesmo de qualquer ato formal, dando caráter de publicidade aquilo que vem sendo desenvolvido às ocultas.

33. Ademais, "clandestino" tem, na língua portuguesa, não apenas a acepção daquilo que feito as escondidas, mas, também, daquilo que "é fora da legalidade, ilegítimo", ou que "não apresenta as condições de publicidade exigidas pela Lei" (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa).

34. A despeito de tais considerações, em casos deste jaez, quando há requerimento administrativo de funcionamento da rádio efetivamente formulado nos moldes legais, antes de a colocar em efetivo funcionamento, esta magistrada já adotou o posicionamento de que, em havendo comprovação da demora exacerbada do órgão em dar alguma resposta a solicitação para instalação de rádio comunitária, a responsabilidade do autor poderia ser atenuada, por aplicação de uma atenuante genérica de pena (adotando-se a teoria da coculpabilidade).

35. No caso em foco, todavia, não consta nos autos qualquer protocolo/documento que ateste alguma tentativa do réu de regularizar a situação da Rádio Shalom FM junto ao Ministério das Comunicações.

36. Nesse sentido, saliente-se que o Ministério das Comunicações noticiou a f1.25 que, ao realizar consulta no Sistema de Radiodifusão Comunitária — Radico WEB, não localizou processo administrativo requerendo outorga para execução do serviço de radiodifusão comunitária em nome da Rádio Shalom FM, o que leva a conclusão, portanto, de que essa Rádio não possuía autorização para estar em funcionamento nem mesmo requerimento para tanto.

37. Em casos como o ora em apreço, em que se apura a responsabilidade criminal pelo cometimento do crime de operação clandestina de rádio, é essencial analisar, além da tipicidade objetiva da conduta, também a sua tipicidade subjetiva.

38. Com efeito, o delito em foco só e punido se cometido mediante dolo. Por conseguinte, deve-se apreciar se houve dolo na conduta do réu.

39. A caracterização do dolo, no que concerne ao delito do art. 183 da Lei nº 9.472/97 dá-se quando o agente faz operar clandestinamente atividades de telecomunicações, assim definidas como aquelas desenvolvidas sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

40. O elemento normativo do tipo "clandestinamente" é entendido como colocar a rádio em funcionamento sem ter estza autorização do poder competente para tanto e a objetividade jurídica do crime é justamente proteger outras formas de navegação como a aérea, evitando-se interferências indesejadas.

41. No caso em testilha é notório que o réu WALDIRCLENIO UBIRAJARA DA SILVA tinha conhecimento da imprescindibilidade de outorga prévia do Poder Público para fazer operar a rádio, tanto que declarou em Juízo (mídia digital de fl.66) ter colocado, "ainda que sem os documentos necessários", a rádio em funcionamento, o que evidencia a sua atuação dolosa e a violação subjetiva ao tipo penal infringido.

42. No que concerne ao argumento do arrependimento posterior, trazido pela defesa na alegação oral realizada em audiência de instrução e julgamento (entre as 16h09min e as 16h18min da mídia digital de fl.66) e em petição complementar de fls.68/71, verifico não merecerem acolhimento.

43. Dá-se o arrependimento posterior, em consonância com o art. 16 do Código Penal, quando o agente, voluntariamente, até o recebimento da denúncia ou da queixa, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça a pessoa, repara o dano ou restitui a coisa. Exige-se para tanto que o sujeito ativo, após a devida consumação do delito, efetue uma reparação com o intuito de voltar ao status quo ante.

44. Ocorre que o crime em testilha é formal, de perigo abstrato, e dispensa, para sua consumação, a demonstração de dano efetivo ao bem jurídico tutelado pela norma, qual seja, a segurança dos meios de telecomunicações.

45. Com isso, o mero exercício de atividade de telecomunicações sem autorização da administração pública é suficiente para caracterizar o delito em foco, não havendo falar em arrependimento posterior.

46. E não é demais frisar que o próprio acusado admitiu que encerrou a atividade por insuficiência financeira, e não por não querer provocar qualquer dano possível ao objeto jurídico protegido.

47. Além disso, sublinhe-se que as rádios clandestinas oferecem riscos à saúde e à segurança das pessoas que nelas trabalham ou que moram nas suas imediações, bem como risco de interferência em outras estações e serviços de telecomunicações.

48. Sobre a tipificação penal, não há dúvida de que a conduta atribuída ao denunciado se amolda perfeitamente ao art. 183, da Lei nº 9.472/97, que é formal, de perigo abstrato e dispensa, para sua consumação, a demonstração de dano efetivo ao bem jurídico tutelado pela norma, qual seja, a segurança dos meios de telecomunicações. (...)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

53. *No que toca ao interesse público da atividade, em face do conteúdo religioso, é cediço que, conquanto relevantes, não são elementos propícios a afastar a tipicidade da conduta porquanto esta não cede ante o caráter social da transmissão da rádio, como entende a defesa. O conteúdo da programação não é questionável no enquadramento objetivo da ação. Para a configuração das elementares do tipo desconsidera-se-o, pois o bem penal tutelado é a segurança dos meios de comunicação.*

54. *Ora, o direito a outras liberdades não desincumbe o (...) interessado em explorar atividades de telecomunicações de atender as exigências legais e regulamentares estabelecidas.*

55. *Por fim, além de típico e antijurídico, o comportamento do acusado também culpável, por ser ele imputável, ter conhecimento da ilicitude de sua conduta de operar a rádio sem autorização, e, ainda, ser-lhe exigível comportamento diverso, já que poderia ter solicitado e aguardado, se fosse o caso, a licença para funcionamento.” (grifei)*

Colhe-se que a Condenação está baseada em quatro Fundamentos: a) inaplicabilidade do Princípio da Insignificância à hipótese, porquanto o funcionamento, clandestino, da Rádio, independentemente de sua Potência ou Frequência, interferiu em Sistemas de Telecomunicações, inclusive o Aéreo; b) configuração do Dolo, uma vez que o Réu tinha pleno conhecimento da necessidade de autorização do Poder Público para viabilizar o funcionamento da Rádio; c) inoportunidade de Arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal), em face da natureza do Delito em questão, que não o admite, e considerando que o encerramento da atividade clandestina da Rádio decorreu de dificuldades financeiras, conforme Depoimento do Acusado; d) o conteúdo da programação da Rádio, de caráter religioso, embora houvesse divulgação de propaganda a revelar a finalidade, também e ao que parece, lucrativa, não tem o condão de afastar a Criminalização, isto é, não é causa legal de exclusão da Ilcitude.

Porém, a teor do Voto proferido pelo Exm^o Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, constante das Notas Taquigráficas, a que aderi, *“Trata-se da questão de equipamento de rádio e não houve a perícia da potência para saber se a mesma ultrapassa o limite”.*

Com efeito, a Sentença faz menção ao fato de que não houve a realização de Perícia Criminal, salientando, todavia, que *“constatou-se efetiva interferência na faixa de serviço móvel aéreo, frequência 118.05 Mhz, pela estação clandestina, consoante análise espectral de espúrio as fls.05/06 do IPL.”*

Por sua vez, a Apelação acena que:

“Dessa forma, com a moderna visão do Direito Penal, não se justifica a condenação por este tipo de delito. Como se sabe a jurisprudência pátria prevê que no caso dos transmissores com potência menor do que 25 W, a lesão ao bem jurídico tutelado seria ínfima, no caso a incolumidade pública, não estando tal conduta no campo de incidência do Direito Penal. Observe tal entendimento no julgado a seguir (...)

A radio em questão operava com transmissão considerado de baixa potencia (16W), por aproximadamente dois meses e meio, ou seja, abaixo de 25W, fato que a revelado pelo autor na audiência de Instrução e Julgamento. E importante salientar que não há qualquer prova que contrarie a versão do Sr. Waldirclenio, de modo que suas alegações devem ser tidas como verdadeiras e deve ser reconhecida a aplicação do princípio da insignificância.

Apesar de existir entendimento de que o exame técnico se é imperioso para que se possa aferir o real potencial lesivo do transmissor, assim como para avaliar a capacidade de interferência nas atividades regulares de comunicação dos equipamentos apreendidos, destaca-se que o ônus da prova é da acusação, cabendo ao Ministério Público alegar e provar que o réu praticou uma infração penal sem a presença de qualquer excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. Dessa forma, deve prevalecer o Princípio da Presunção de Inocência consagrado na Constituição Federal, tendo em vista que, ate que se prove o contrario, o réu é presumidamente inocente, e do mesmo modo na dúvida interpreta-se em favor do acusado (aplicação do princípio do in dubio pro réu.

O entendimento do STF postula pela aplicação do princípio da insignificância, já que a radio operava com o transmissor considerado de baixa potencia, não havendo a possibilidade de interferência em sinais de avião ou serviços de emergência. Sendo assim, quando não ha grande risco para sociedade, em função do princípio da insignificância, a justiça não deve ser acionada (...)” (grifei)

A hipótese enseja a **Absolvição** quanto à Autoria, por insuficiência probatória no tocante à **Potência do Transmissor** da Rádio considerada clandestina, a teor do ônus probatório de que trata o artigo 156 do Código de Processo Penal e na linha da orientação da 1ª Turma do TRF-5ª Região sobre a matéria, *verbis*:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. RADIODIFUSÃO CLANDESTINA. DECLASSIFICAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. SUBSUÇÃO AO TIPO DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. POTÊNCIA DO TRANSMISSOR. 23.4 WATTS. APELAÇÕES PROVIDAS.

1. *Apelações interpostas por M.L.B.B, F.A.N, J.A.V, F.F.C, J.B.C e J.B.S contra sentença que, julgando procedente a denúncia, condenou: a) o réu M.L.B.B à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos; b) o réu F.A.N à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos; c) o réu J.A.V à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos; d) o réu F.F.C à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos; e) o réu J.B.C à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos; f) o réu J.B.S à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, todos pela prática do crime previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62.*

2. *Tendo em vista que o réu se defende de fatos e não da classificação jurídica que lhes é atribuída, o Tribunal ao qual compete conhecer do recurso de apelação poderá proceder, de ofício, à emendatio libelli, desde que a pena não seja agravada em razão da readequação típica, quando ausente recurso do Ministério Público. Nesse sentido: "perfeitamente possível, segundo entendimento pacificado nesse Superior Tribunal, a aplicação da emendatio libelli - permitida pelo art. 383 do CPP - em segundo grau, mas desde que nos limites do art. 617 do CPP, que proíbe a reformatio in pejus." (STJ, HC 106467, Rel.: Ministro JORGE MUSSI, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Julgado em: 14/04/2009, DJe: 25/05/2009). Precedente do TRF3: ACR 69183, Rel. Des. Federal JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - Décima Primeira Turma, e-DJF3 Judicial 1: 06/04/2017.*

3. *No caso dos autos, o MPF narrou na denúncia que a Polícia Federal constatou "o efetivo funcionamento de estação de radiodifusora denominada Rádio Club FM em desacordo com as disposições legais pertinentes, sobretudo sem a necessária autorização da autarquia" (fl. 05). Ocorre que, conforme lição do STJ, "a prática de atividade de telecomunicação sem a devida autorização dos órgãos públicos competentes subsume-se no tipo previsto no art. 183 da Lei 9.472/97; divergindo da conduta descrita no art. 70 da Lei 4.117/62, em que se pune aquele que, previamente autorizado, exerce a atividade de telecomunicação de forma contrária aos preceitos legais e aos regulamentos" (CC 101.468/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 10.9.2009). Nesse mesmo sentido: AgRg no HC 258842/SP, Rel. Min. MARILZA MAYNARD (Desembargadora Convocada do TJ/SE), STJ - Quinta Turma, DJE 15/08/2013; AgRg no REsp 1103166/BA, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - Sexta Turma, DJe 29/08/2011. Portanto, considerando que a conduta narrada na exordial acusatória consiste, essencialmente, na prática de radiodifusão clandestina, resta clara a subsunção dos fatos apontados ao tipo do art. 183 da Lei nº 9.472/97, e não ao delito do art. 70 da Lei nº 4.117/62.*

4. *Quanto mérito recursal, deve-se analisar a tipicidade material dos fatos narrados na denúncia, ainda que não tenha sido objeto específico dos recursos, considerando o efeito devolutivo amplo das apelações criminais. É que esta Primeira Turma, em consonância à jurisprudência firme do STF sobre a matéria (STF, HC nº 126.592/BA), firmou o entendimento de que o princípio da insignificância é aplicável ao delito do art. 183 da Lei nº 9.472/97, quando a potência dos equipamentos utilizados clandestinamente sejam inferiores a potência de 25 W (vinte e cinco watts), tendo em vista que a própria Lei nº 9.612/98, que instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária, qualificou esse tipo de transmissão como transmissão de baixa potência (ACR15291/PE, Rel. Des. Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, Primeira Turma, JULGAMENTO: 28/09/2017, DJE: 05/10/2017; RSE2198/AL, Rel. Des. Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, Primeira Turma, DJE: 11/10/2017). Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes deste TRF5: ACR13669/AL, Rel. Des. FEDERAL RUBENS DE MENDONÇA CANUTO, Quarta Turma, DJE 30/06/2016; ACR12402/AL, Rel. Des. Federal MANUEL MAIA (convocado), Quarta Turma, DJE 08/10/2015; ACR11974/PE, Rel. Des. Federal VLADIMIR CARVALHO, Segunda Turma, DJE 01/06/2015.*

5. *Compulsando os autos, verifica-se que o Laudo de Perícia Criminal Federal, realizado no transmissor de radiofrequência FM apreendido (fls. 68/73 do IPL), constatou que o aparelho possuía uma potência de 23.4 Watts. Irrefutável, portanto, a atipicidade material das condutas imputadas aos réus, devendo-se conceder a absolvição pela incidência do princípio da insignificância (art. 386, III, do CPP).*

6. *Desclassificação, de ofício, das condutas imputadas para o delito do art. 183 da Lei nº 9.472/97. Apelações providas para absolver os réus em razão da atipicidade material das condutas.”(Apelação Criminal – 14732, Relator Desembargador Federal Roberto Machado, j. em 23.11.2017, DJE de 06.12.2017, p. 47)*

ISTO POSTO, **dou Provimento** à Apelação para decretar a Absolvição do Réu, ora Apelante.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE LUNA FREIRE

É o meu Voto.

«178»

GCLS/CLS