



CAAPJ
CENTRO DE APOIO À ATIVIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

NOTA TÉCNICA Nº 01/2022

“Cigarro eletrônico”. Tipicidade penal. Apreensão criminal.

NOTA TÉCNICA Nº 01/2022

Nota Técnica nº: 01/2022/ CAAPJ/ASJUR/DGPC

Assunto: “Cigarro eletrônico”. Tipicidade penal. Apreensão criminal.

Trata-se de consulta realizada a este CENTRO DE APOIO À ATIVIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA (CAAPJ) quanto a eventual tipicidade penal em face de condutas relacionadas ao chamado “cigarro eletrônico”.

É, em síntese, a consulta apresentada.

Os dispositivos eletrônicos para fumar (DEF), popularmente conhecidos como “cigarros eletrônicos, vaper, pod, e-cigarette, e-ciggy, e-pipe, e-cigar, heat not burn (tabaco aquecido), entre outros”¹, foram introduzidos no mercado mundial no início dos anos 2000, muito embora “existam relatos de que a indústria do tabaco já estuda este tipo de dispositivo desde, pelo menos, 1963”².

Conforme a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, é possível identificar “diversas gerações” e, conseqüentemente, variadas espécies de dispositivos eletrônicos para fumar.³ Os exemplos normalmente citados são os seguintes: “os produtos descartáveis - de uso único: os produtos recarregáveis com refis líquidos (que contém em sua maioria propileno glicol, glicerina, nicotina e flavorizantes) - em sistema aberto ou fechado; os produtos de tabaco aquecido, que possuem um dispositivo eletrônico onde se acopla um refil com

1 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. *Cigarro Eletrônico*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/cigarro-eletronico>>. Acesso em 28.09.2022.

2 BERTONI, Neilane; SZKLO, André Salém. Dispositivos Eletrônicos para Fumar nas Capitais Brasileiras: prevalência, perfil de uso e implicações para a Política Nacional de Controle do Tabaco. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 7, julho 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00261920>>. Acesso em 28.09.2022.

3 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. *Cigarro Eletrônico*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/cigarro-eletronico>>. Acesso em 28.09.2022.

tabaco; os sistemas ‘pods’, que contém sais de nicotina e outras substâncias diluídas em líquido e se assemelham à *pen drives*”.⁴

Trata-se, em regra, de “um tipo de produto destinado a entregar a nicotina, provinda da folha do tabaco, na forma de aerossol”, em que pese a comercialização de alguns dispositivos sem a presença dessa substância.⁵

Quanto ao modo de funcionamento desses equipamentos, tem-se que, “ao serem aquecidos, os DEF liberam o vapor líquido, parecido com a fumaça do cigarro regular, contendo nicotina disponibilizada em uma infinidade de sabores, além de outras substâncias”.⁶

Os dispositivos “são aparelhos mecânico-eletrônicos alimentados por bateria de lítio”, contendo em seu interior “um espaço para a inserção do cartucho ou refil, onde fica armazenada a nicotina líquida, disponível nas concentrações que variam entre zero e 36 mg/ml ou mais em alguns casos”.⁷

I. Da Proibição à Comercialização, Importação e Propaganda

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por meio da Resolução da Diretoria Colegiada nº 46, de 28 de agosto de 2009, proibiu a comercialização, a importação e a propaganda de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar, conhecidos como cigarro eletrônico, *in verbis*:

Art. 1º. Fica proibida a comercialização, a importação e a propaganda de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar, conhecidos como cigarros eletrônicos, e-cigarettes, e-ciggy, ecigar, entre outros, especialmente os que aleguem substituição de cigarro, cigarrilha,

4 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. *Cigarro Eletrônico*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/cigarro-eletronico>>. Acesso em 28.09.2022.

5 INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA. *Cigarros Eletrônicos: o que sabemos? Estudo sobre a composição do vapor e danos à saúde, o papel na redução de danos e no tratamento da dependência de nicotina*. Rio de Janeiro: INCA, 2016, p. 31.

6 INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA. *Cigarros Eletrônicos: o que sabemos? Estudo sobre a composição do vapor e danos à saúde, o papel na redução de danos e no tratamento da dependência de nicotina*. Rio de Janeiro: INCA, 2016, p. 31.

7 INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA. *Cigarros Eletrônicos: o que sabemos? Estudo sobre a composição do vapor e danos à saúde, o papel na redução de danos e no tratamento da dependência de nicotina*. Rio de Janeiro: INCA, 2016, p. 32.

charuto, cachimbo e similares no hábito de fumar ou objetivem alternativa no tratamento do tabagismo. Parágrafo único. Estão incluídos na proibição que trata o caput deste artigo quaisquer acessórios e refis destinados ao uso em qualquer dispositivo eletrônico para fumar.⁸

Registre-se, por oportuno, que essa proibição foi mantida pela ANVISA por ocasião da deliberação do relatório final de Análise de Impacto Regulatório sobre os dispositivos eletrônicos para fumar, ocorrida em 06 de julho do corrente ano, durante a 10ª Reunião Extraordinária Pública de 2022.⁹

II. Do Contrabando

Em se tratando de produto cuja comercialização é proibida no Brasil, resta indubitoso que as condutas relacionadas à sua importação ou exportação podem constituir o delito previsto no art. 334-A do Código Penal. Veja-se:

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

O contrabando se caracteriza pela introdução em território brasileiro ou pela remessa a território estrangeiro de bem móvel, “apropriável e comercializável”,¹⁰ tido como proibido pela legislação nacional.

Frise-se, por oportuno, que “a proibição de mercadorias é estabelecida por normas extrapenais, sendo o dispositivo em tela norma penal em branco”.¹¹

8 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC Nº 46, de 28 de agosto de 2009. Disponível em: <http://antigo.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_46_2009_COMP.pdf/>. Acesso em 28.09.2022.

9 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. *Anvisa aprova relatório de AIR sobre Dispositivos Eletrônicos para Fumar, que inclui todos os tipos de cigarros eletrônicos*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2022/anvisa-aprova-relatorio-de-analise-de-impacto-regulatorio-sobre-dispositivos-eletronicos-para-fumar-que-inclui-todos-os-tipos-de-cigarros-eletronicos>>. Acesso em 28.09.2022.

10 SEGNINI, Sandro. Contrabando. In: MACHADO, Costa (Org.). *Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 12 ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2022, p. 586.

11 SEGNINI, Sandro. Contrabando. In: MACHADO, Costa (Org.). *Código Penal Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 12 ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2022, p. 586.

No caso do “cigarro eletrônico”, a proibição pode ser classificada como absoluta, já que vinculada à natureza da mercadoria,¹² o que perfaz o tipo objetivo do contrabando. Sempre lembrando que essa figura criminal também pode alcançar, dentre seus bens jurídicos tutelados, a saúde pública.¹³

II.I. Das Figuras Equiparadas ao Contrabando

Importante registrar a possibilidade de caracterização de figuras equiparadas ao contrabando, previstas nos incisos IV e V, do § 1º, do art. 334-A do Código Penal, as quais preveem:

Art. 334-A (...)

§ 1º. Incorre na mesma pena quem:

(...)

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

Nessas hipóteses, em que pese silêncio legal, deve-se compreender a “mercadoria proibida pela lei brasileira” como “fruto de importação ilícita”, já que a interpretação dos incisos está vinculada ao contexto normativo do art. 334-A do CP, qual seja, o delito de contrabando.¹⁴

O sujeito ativo, ademais, não pode ser qualquer pessoa. Tanto no inciso IV quanto no inciso V, o delito é próprio, uma vez que há de ser necessariamente “comerciante ou industriário”¹⁵, muito embora a caracterização da atividade comercial possa se dar em “qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências”, nos termos do § 2º do artigo 334-A do CP.

12 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 1240.

13 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. v. 5. 08 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 256.

14 MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 04 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 1427.

15 MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 04 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 1427.

II.II. Da Atribuição Investigativa no Caso de Contrabando Típico ou Equiparado

Em todos os casos de contrabando, inclusive nas figuras equiparadas (ou assimiladas), a atribuição investigativa criminal incumbe à Polícia Federal, conforme o próprio regramento constitucional da segurança pública.

Nesse sentido, dispõe o art. 144, § 1º, II, da CF, senão vejamos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

(...)

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, consolidou entendimento no sentido de que, nas hipóteses de contrabando e descaminho, a competência processual penal da justiça comum federal (e, por consequência, a atribuição investigativa criminal da polícia federal) independe “da aferição da transnacionalidade da conduta, uma vez que presente a ofensa à autoridade alfandegária, tributária e sanitária da União”.¹⁶

III. Do Crime Contra as Relações de Consumo

Afora os casos de importação ou exportação de mercadoria, a comercialização de “cigarros eletrônicos” no Brasil pode configurar crime contra as relações de consumo, mais especificamente o delito previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, o qual assim estabelece:

16 STJ – Terceira Seção - AgRg no CC 182.372/MT – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – j. em 09.02.2022 – DJe de 11.02.2022. Na mesma linha: STJ – Quinta Turma - AgRg no HC 664.809/SP – Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) – j. em 19.10.2021 – DJe de 04.11.2021.

Art. 7°. Constitui crime contra as relações de consumo: (...) IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.

De antemão, importante observar que, também nesse caso, o crime é próprio. Isso porque o sujeito ativo é necessariamente um “fornecedor” enquanto o sujeito passivo a “coletividade de consumidores”.¹⁷

A interpretação, por sua vez, de cada uma dessas categorias jurídicas deve ser buscada nas disposições gerais do próprio Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente nos artigos 2° e 3° da Lei n. 8.078/90, *in verbis*:

Art. 2°. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3°. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Pode-se dizer, na linha sustentada por Wunderlich, que “o Estado veio a tutelar penalmente a relação jurídica estabelecida no CDC que, por sua vez, (...) contém os significados jurídicos de consumidor, fornecedor e produto/serviço”.¹⁸

Dentre os objetos materiais elencados pelo inciso IX, do art. 7°, da Lei n. 8.137/90, o foco neste momento deve recair sobre a noção de “mercadoria”, que pode ser identificada como bem móvel suscetível a relações negociais de troca, ou melhor, de compra e venda.

17 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 09 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 133.

18 WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a Tutela Penal das Relações de Consumo: da exegese da Lei n. 8.078/90 à Lei n. 8.137/90 e as Consequências dos 'Tropeços do legislador'. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. *Experiências do Direito*. Campinas: Millennium, 2004, p.391.

Mercadoria, por sua vez, vendida (comercializada), mantida em depósito (guardada) para venda, exposta (exibida) à venda ou de qualquer forma entregue (transferida a outrem), em condições impróprias ao consumo.

Aqui, mais uma vez, deve-se recorrer ao Código de Defesa do Consumidor, particularmente ao rol de impropriedade de produtos ao consumo, estabelecido pelo art. 18, § 6º, da Lei n. 8.037/90, senão vejamos:

Art. 18 (...) § 6º. São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Sublinhe-se, *in casu*, a impropriedade ao consumo pela nocividade à vida ou à saúde. É justamente o caso do “dispositivo eletrônico para fumar”, considerado pelo Ministério da Saúde¹⁹ e pela ANVISA²⁰ como prejudicial à saúde.

Por fim, ainda neste tópico, entendemos que será possível, em tese, a ocorrência de concurso de crimes entre o delito previsto no inciso IX, do art. 7º, da Lei n. 8.137/90 e aquele definido no art. 334-A, §1º, IV, notadamente por atingirem bens jurídicos diferentes.

IV. Do Crime Contra a Saúde Pública

É a redação prevista no tipo penal previsto no art. 278 do CP:

Outras substâncias nocivas à saúde pública

19 BRASIL. Ministério da Saúde. Os cigarros eletrônicos são tão nocivos quanto os convencionais? Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/eu-queiro-para-de-fumar/noticias/2022/os-cigarros-eletronicos-sao-tao-nocivos-quanto-os-convencionais>>. Acesso em 01.10.2022.

20 BRASIL. ANVISA. Alerta aos Médicos. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/cigarro-eletronico/arquivos/alerta-medicos-cfm_a_s-versao-final.pdf>. Acesso em 01.10.2022.

Art. 278 - Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

O delito em questão, previsto no capítulo III do Código penal, o qual não requer qualidade especial do sujeito ativo, possui como bem jurídico a saúde pública de forma geral (*peçoas indeterminadas*).

Observa-se, frente aos pontos já delineados na presente nota, que há aparente conflito de normas entre a tipicidade penal apontada no inciso IX, do art. 7º, da Lei n. 8.137/90 e o delito aqui em estudo.

É que no crime previsto na L. 8.137/90, o autor também vende, tem em depósito para vender ou expõe à venda ou, de qualquer forma, entrega matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias para consumo.

O aparente conflito de normas, aqui, é resolvido pelo critério da especialidade, na medida em que o tipo penal previsto na lei 8.137/90 terá aplicação quando presentes os fatores a) relação de consumo e b) impropriedade para consumo.

Do contrário, em não sendo o caso de típica relação consumerista, aplicar-se-ia, subsidiariamente, o tipo penal previsto no art. 278 do CP.

V. Da (A)Tipicidade da Conduta quanto ao Simples Uso do Dispositivo

De plano, evidencia-se, em regra, **atípica** a conduta daquele que faz simples **uso** de “cigarro eletrônico”.

V.I. Dos Crimes Previstos na Lei Antidrogas (Lei n. 11.343/2006)

Não há que se falar, a princípio, em qualquer criminalização relacionada às substâncias entorpecentes referidas pela Lei n. 11.343/2006. Isso porque, muito embora o dispositivo eletrônico para fumar seja de comercialização proibida no país, as substâncias comumente nele encontradas (ex.: nicotina) não estão arroladas na portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde, tomada por base para a configuração do objeto material “droga” no que concerne aos tipos incriminadores da Lei n. 11.343/2006. Trata-se, em verdade, de clara situação, penalmente atípica, ainda que se cogite de eventual autocolocação do usuário em risco.

Contudo, nas situações extraordinárias, em que o usuário do dispositivo eletrônico para fumar insere no aludido equipamento substâncias elencadas como proibidas pela portaria nº 344/1998 da SVS/MS, aptas à configuração do objeto material do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, tem-se lugar a análise desse tipo criminal específico.

Assim, presentes os demais elementos típicos, resta configurada a citada infração penal, o que, por consectário lógico, demanda apreensão do objeto e submissão a exame pericial.

Na mesma óptica, aquele que comercializa o dispositivo eletrônico nessas condições, isto é, contendo drogas ilícitas, previstas na portaria nº 344/1998 da SVS/MS, daria ensejo ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como necessária apreensão do objeto e requisição pericial.

Frise-se, portanto, que a conclusão acerca da subsunção (ou não) da conduta de portar ou possuir para uso próprio, bem como vender o dispositivo eletrônico para fumar, em relação a determinado tipo criminal previsto na “Lei Antidrogas”, depende necessariamente da verificação, por meio de perícia, quanto à correspondência (ou não) da substância nele existente a alguma daquelas arroladas como proscritas na Portaria nº 344/1998 SVS/MS.

Não havendo correspondência entre a substância introduzida no “cigarro eletrônico” e a aludida portaria, a conduta se afigurará atípica no campo da criminalização das drogas ilícitas (Lei n. 11.343/2006).

V.II. Do Crime de Receptação

No que se refere ao porte ou à posse de “cigarro eletrônico”, desprovido de qualquer droga ilícita, assim considerada pela Portaria nº 344/1998 SVS/MS, mister se faz a verificação, no caso concreto, de eventual crime de receptação.

Isso porque, em face da proibição de importação e comercialização de quaisquer dispositivos eletrônicos para fumar (ANVISA - RDC nº 46/2009), bem como de possível dano à saúde promovido pelos “cigarros eletrônicos”, há tipos penais específicos, já mencionados neste trabalho, que podem ter lugar quanto à introdução desses equipamentos em território nacional ou mesmo sua venda no país.

É justamente pela sua potencial natureza delitativa anterior que ganha sentido (e necessidade) a análise dos tipos penais relacionados ao delito de receptação no Código Penal.

Oportuno destacar, a esse respeito, as condutas previstas no “caput” e no parágrafo terceiro, ambos do artigo 180 do Código Penal, que estabelecem, respectivamente, duas modalidades de receptação: a primeira, em sua forma dolosa simples; a segunda, em sua forma culposa. Acompanhe:

Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa (...)

§ 3º. Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

Nessa senda, a prática de algum dos verbos nucleares dos tipos acima descritos, em relação ao “cigarro eletrônico”, para consumo próprio, sem

qualquer droga ilícita em seu interior, poderia ensejar, à primeira vista, uma subsunção aparente ao crime de receptação, seja na sua forma dolosa, seja na sua forma culposa, já que o dispositivo eletrônico para fumar constitui objeto proveniente de crime (ex.: art. 334-A do CP, art. 7, IX, da Lei n. 8.137/90 ou art. 278 do CP, a depender da situação concreta).

Se aquele que adquire o chamado “cigarro eletrônico”, sem qualquer droga ilícita em seu interior, o faz com conhecimento de que o dispositivo advém de conduta criminosa anterior (ex.: art. 334-A do CP, art. 7, IX, da Lei n. 8.137/90 ou art. 278 do CP), haveria, em tese, crime de receptação (art. 180 do CP), seja na modalidade dolosa (art. 180, *caput*, do CP), seja na figura culposa (art. 180, § 3º, do CP), o que demanda, obviamente, dilação probatória.

Frise-se, neste ponto, que para a configuração do crime de receptação, o delito precedente não necessariamente deve possuir natureza patrimonial.

Nessa linha, a doutrina de Pierangeli:

Muito embora se trata de crime autônomo, a receptação é um delito acessório, sucedâneo ou consequencial (...) pois a sua existência depende da ocorrência de um crime anterior, que pode ou não ser patrimonial. Destarte, a coisa pode advir, inclusive, de um delito contra a Administração Pública.²¹

Não se pode olvidar, contudo, que a expressão “que sabe ser produto de crime”, contida no *caput* do art. 180 do CP, é considerada, pela maioria da doutrina, como indicativo de que o tipo penal em questão somente admite o dolo direto, não sendo possível falar em dolo eventual.²²

Nas palavras de Costa Jr., indispensável que o agente tenha “certeza” da origem criminosa do bem.²³

Logo, “é preciso um juízo de valor sobre as circunstâncias para aferir essa consciência do agente, sem a qual o tipo não se aperfeiçoa”.²⁴

21 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. 01 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 609.

22 PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência; conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 616.

23 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 775.

E, nesse contexto, não se pode perder de vista que o uso do “cigarro eletrônico” se disseminou nos últimos anos no Brasil, sobretudo na população jovem, sendo comercializado de forma difusa em grande parte das cidades.²⁵

Ao contrário das drogas ilícitas, como a popularmente denominada ‘maconha’, é comum encontrar pessoas de todas as idades, especialmente jovens, fazendo uso de cigarros eletrônicos em vias públicas e locais fechados como casas noturnas e bares, sem qualquer preocupação ou tentativa de velar a prática, o que reforça a tese quanto à falta de conhecimento da população em geral sobre a ilicitude do comércio ou a importação de dispositivos eletrônicos para fumar.

Além da venda e do uso serem corriqueiros, há, ainda, a difusão da ideia de que o “cigarro eletrônico” não acarretaria mal à saúde, sendo, inclusive, imaginado, por alguns, como mecanismo útil no processo de afastamento quanto ao vício do cigarro convencional.

Nesse contexto, dada a necessidade de comprovação do dolo direto, a subsunção quanto ao tipo penal descrito no art. 180, “*caput*”, do CP, embora possível, parece pouco provável na maioria dos casos concretos de porte ou posse de “cigarro eletrônico” para consumo próprio.

Até mesmo o tipo penal da chamada “receptação culposa”, constante no art. 180, § 3º, do CP, que trabalha com uma origem criminosa que deveria ser presumida pelo agente a partir de indícios legais objetivos,²⁶ apresenta-se difícil de preenchimento no atual quadro social.

Destaque-se que, em não havendo elementos informativos suficientes quanto à comprovação dos tipos subjetivos em questão, deve-se considerar penalmente atípica a conduta daquele que portava ou possuía dispositivo eletrônico para fumar e, por conseguinte, prejudicada estaria a

24 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial*. v. 1. 01 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 610.

25 USO DE CIGARRO ELETRÔNICO VIRA FEBRE ENTRE JOVENS EM BARES E FESTAS. G1, 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ba/bahia/verao/2022/noticia/2022/02/12/uso-de-cigarros-eletronicos-vira-febre-entre-jovens-em-bares-e-festas-de-salvador-especialista-faz-alerta-sobre-riscos-a-saude.ghtml>>. Acesso em: 01.10.2022.

26 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 778.

instauração de qualquer procedimento policial na espécie, bem como a apreensão do objeto.

V.III. Da Função de Filtro da Investigação Preliminar

Ao lado da busca por indícios de autoria e prova da materialidade, incumbe à investigação preliminar, também, evitar que um inocente seja processado injustamente.²⁷

Além de viabilizar o processo, a investigação preliminar tem a função de impedir o exercício de ações penais aventureiras, preservando, com isso, “a inocência contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam”.²⁸ Trata-se da chamada função de filtro.²⁹

Nereu José Giacomolli explica que a fase preliminar possui duas funções essenciais e contrapostas, quais sejam: de um lado a de fornecer elementos fáticos, mormente de autoria, materialidade e espécie delituosa para que seja deduzida uma pretensão acusatória; de outro, a função de filtro às acusações infundadas, temerárias e destituídas de qualquer elemento razoável de autoria.³⁰

E não poderia ser diferente. “O processo penal em si já é uma pena. É inegável que o processo penal significa um etiquetamento com clara estigmatização social e por isso o juízo de pré-admissibilidade da acusação é tão importante”.³¹

27 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 326.

28 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 167-168.

29 FRANCO, Cordero. *Procedimiento Penal*. t II. Santa Fé de Bogota: Temis, 2000, p. 212; ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 326; GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50; LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124.

30 GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50.

31 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 258.

Nas palavras de Carlos Viada Lopez e Pedro Aragoneses Alonso “el proceso penal ya comporta por su propia existencia una cierta sanción para el encausado, por lo que el ejercicio de la acusación ha de rodearse de las máximas garantías de seriedad para evitar vejaciones injustificadas”.³²

Portanto, é função do Delegado de Polícia evitar a instauração de procedimentos policiais infundados, natimortos, desprovidos de juízo de possibilidade criminosa.

Cabe ao Delegado de Polícia, primeiro garantidor dos direitos fundamentais, evitar que um inocente passe pelas mazelas inerentes aos procedimentos de persecução penal.

In casu, a evidente ausência de conhecimento sobre a origem ilícita do “cigarro eletrônico” por quem o porta ou possui para consumo próprio impede a instauração de procedimento policial, pelo Delegado de Polícia, mediante decisão regularmente fundamentada, por atipicidade da conduta.

V.IV. Da Atipicidade da Conduta pelo Reconhecimento da Insignificância

Mesmo que presentes indícios de que o agente tinha ciência sobre a proveniência ilícita do dispositivo eletrônico para fumar, a conduta de portar ou possuir “cigarro eletrônico” para consumo próprio deve ser aferida à luz do princípio da insignificância.

O Supremo Tribunal Federal preleciona que a aplicação do princípio da insignificância está condicionada ao preenchimento de quatro requisitos, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.³³

Nessa linha, esclarece Luiz Flávio Gomes a conceituação de infração bagatelar:

32 LOPEZ. Carlos Viada; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Castellana, 1974, p. 236.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 123108, Pleno, Brasília, DF, 01 de fevereiro de 2016. Disponível em jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336547/false. Acesso em: 06 de outubro de 2022.

“Conceito de infração bagatela: infração bagatela ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do direito (civil, administrativo, trabalhista, etc). Não se justifica a incidência do direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante”.³⁴

Repete-se, portanto, que, na grande maioria dos casos, mesmo quando formalmente satisfeitos os tipos objetivo e subjetivo de ambas as modalidades de receptação (dolosa e culposa), a conduta daquele que porta ou possui um “cigarro eletrônico” para uso próprio se apresenta, em regra, minimamente ofensiva ao bem jurídico protegido, destituída de periculosidade social, com reduzido grau de reprovabilidade e, de modo geral, inexpressiva, conduzindo logicamente à conclusão de que lhe falta tipicidade de ordem material, e, portanto, em razão do princípio da insignificância, não constitui fato típico.

Não há dúvidas de que incumbe ao Delegado de Polícia, como primeiro responsável pela análise técnico-jurídica do caso concreto,³⁵ bem como primeiro baluarte contra a irracionalidade do sistema punitivo, impedir a instauração de procedimento policial por condutas que, de plano, são consideradas penalmente atípicas.

Nesse sentido, aliás, a doutrina de André Nicolitt:

“O Delegado de Polícia é o primeiro a fazer um juízo de tipicidade da conduta. Certo é que o direito penal não se contenta com a mera tipicidade formal, sendo necessária a tipicidade material, ou seja, a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, o que não ocorre quando a lesão é insignificante ou irrelevante. Neste caso, verificada a improcedência das informações (art. 5, 3, do CPP) por força do princípio da insignificância, a autoridade policial não estará obrigada a lavrar o flagrante ou baixar portaria instaurando o inquérito policial”.³⁶

34 GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade*. v. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

35 Lei 12.830/13. Art. 2º, § 6º. O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

36 NICOLLIT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 86.

Em suma, reconhecida a aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia, o que deve ocorrer sempre de maneira devidamente fundamentada, a partir dos elementos reunidos no caso concreto, fica prejudicada a instauração de procedimento policial na espécie, bem como a apreensão do objeto.

VI. Da Orientação

Por fim, embora as conclusões deste Centro de Apoio, setor auxiliar da atividade funcional da Polícia Civil, não possuam caráter vinculativo, conforme estabelece o art. 9º da Resolução nº 26/GAB/DGPC/PCSC/2022,³⁷ incumbindo à Autoridade Policial regular análise quanto à sua pertinência e aplicabilidade no caso concreto, acerca da consulta em questão o CAAPJ **ORIENTA**:

1. Que, nos casos em que configuradas quaisquer das práticas delitivas acima explicitadas (de atribuição da polícia civil), envolvendo dispositivo eletrônico para fumar, seja instaurado o correspondente procedimento policial e realizada a formal apreensão dos objetos que interessem à prova, nos termos do Código de Processo Penal, máxime nas situações definidas no art. 302 do CPP;
2. Que, diante do mero porte ou da simples posse de cigarros eletrônicos para uso próprio, quando evidenciada a ausência de conhecimento, direto ou presumido, sobre a origem criminosa do dispositivo eletrônico para fumar, bem como na hipótese de atipicidade material da conduta,

37 Resolução Nº 26/GAB/DGPC/PCSC/2022 - Art. 9º As manifestações do CAAPJ, tem natureza auxiliar da atividade funcional da Polícia Civil, e não possuem efeito vinculativo, incumbindo ao Delegado de Polícia solicitante, e aos demais diante de situações análogas, a análise quanto a sua pertinência e aplicabilidade.

não seja instaurado procedimento policial e, por consequência, não seja realizada a apreensão de qualquer produto³⁸.

É a nota técnica.

Florianópolis/SC, 07 de outubro de 2022.

ADRIANO SPOLAOR

Delegado de Polícia – Coordenador da ASJUR

ANGELO MORENO CINTRA FRAGELLI

Delegado de Polícia – Coordenador do CAAPJ

ALAN PINHEIRO DE PAULA

Delegado de Polícia – Consultor CAAPJ

ANDRÉ LUIZ BERMUDEZ

Delegado de Polícia – Consultor CAAPJ

DAVID TARCÍSIO QUEIROZ DE SOUZA

Delegado de Polícia – Consultor CAAPJ

LEONARDO MARCONDES MACHADO

Delegado de Polícia – Consultor CAAPJ

MARCELO RICARDO COLAÇO

Delegado de Polícia – Consultor CAAPJ

38 Considerando a necessidade de fundamentação das decisões promovidas pelo Delegado de Polícia, bem como da necessidade de possibilitar a atividade de controle dos atos administrativos, a decisão pela não instauração de inquérito policial deve ser devidamente fundamentada e anexada ao boletim de ocorrência correspondente aos fatos.