

Autos com (Conclusão) ao Juiz em 08/03/2017 p/ Sentença

*** Sentença/Despacho/Decisão/Ato Ordinatório

Tipo : D - Penal condenatória/Absolutória/rejeição da queixa ou denúncia Livro : 2 Reg.: 199/2017 Folha(s) : 4

Vistos etc. Cuida-se de ação penal pública incondicionada, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de [REDACTED] [REDACTED] nos autos qualificado, denunciado como incurso nas penas do art. 183, caput, da Lei 9.472/97. Segundo a denúncia, ao menos desde 1º de janeiro de 2012, mas certamente até 1º de abril de 2013, [REDACTED] [REDACTED] com consciência e vontade livres, juntamente com [REDACTED] e [REDACTED], desenvolveu clandestinamente atividade de telecomunicação na modalidade internet via rádio, tecnicamente classificada como Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), exploração que se deu por meio da empresa [REDACTED] localizada em Tupã/SP. Recebida a denúncia, em 1º de dezembro de 2014 (fl. 85), seguiu-se a citação do réu. Apresentada a defesa preliminar por defensor nomeado (fls. 128/130), ratificou-se o recebimento da denúncia, com a designação de audiência de instrução, quando ouvidas as testemunhas de acusação. Não se realizou o interrogatório do réu, porque ausente ao ato designado pelo juízo deprecado. A decisão de fl. 167 decretou a revelia do réu. Finda a instrução, as partes apresentaram suas considerações finais. É o relatório. Decido. Narra a denúncia que, em 1º de janeiro de 2012, a empresa [REDACTED] [REDACTED], representada por PAULO SANTOS MESSINA, celebrou contrato com a empresa [REDACTED] administrada por [REDACTED] e [REDACTED] com o escopo de estabelecerem parceria para a exploração de Serviço de Valor Agregado (SVA). Entretanto as investigações teriam desvelado que o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) era, em realidade, prestado pela [REDACTED] [REDACTED] não licenciada perante a ANATEL para tal fim, isso por meio de ilícita terceirização de licença titularizada pela empresa [REDACTED] com sede no Rio de Janeiro/RJ. Ainda segundo a acusação, a licença que a empresa [REDACTED] possuía junto à ANATEL lhe permitia explorar o serviço de internet via rádio em qualquer ponto do território nacional, desde que tivesse uma estação homologada. Todavia, a licença não autorizaria a [REDACTED] a sublocar o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) para outras empresas explorarem diretamente. Em sendo assim, a empresa [REDACTED] [REDACTED] desenvolveria atividade clandestina de telecomunicação, pois não detentora de licença outorgada pela ANATEL para prestar o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), somente não respondendo [REDACTED] e [REDACTED] pela acusação porque, considerando o mencionado contrato, acreditaram estar habilitados à prestação do serviço, a revelar erro inescusável determinado por terceiro (art. 20, 2º, do CP). Em contrapartida, [REDACTED] [REDACTED], mediante o repasse da licença da [REDACTED] para a prestação do SCM, desenvolveu clandestinamente atividade de telecomunicação (internet via rádio), conduta praticada materialmente pelos sócios da empresa [REDACTED] incorrendo nas sanções do art. 183 da Lei 9.472/97, na forma do art. 20, 2º, do CP. A Lei 9.472/97, para o que interessa nesse momento, preconiza: 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. Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão

cautelar. Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite. Art. 185. O crime definido nesta Lei é de ação penal pública, incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la. Observe-se ser elementar do tipo a clandestinidade da atividade de telecomunicação. E clandestina é a atividade de telecomunicação desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite - parágrafo único do art. 184 da Lei 9.472/97. Ou seja, para o tipo penal em destaque, a clandestinidade é caracterizada pelo simples exercício de atividade de telecomunicação sem a necessária concessão, permissão ou autorização de serviço, dispensando a norma penal seja a atividade exercida às acultas ou às escondidas. No caso, a empresa [REDACTED] não possuía licença para operar o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), tal qual constatado pela fiscalização da ANATEL, desencadeada a partir de denúncia (recebida pelo sistema FOCUS - Suporte de Atendimento aos Usuários dos Serviços de Telecomunicações), cujo relatório reproduz parcialmente (fl. 12): Dos exames realizados, obtiveram-se as evidências materiais enumeradas a seguir: 5.2.1 - Em 02/04/2013, os agentes de fiscalização [REDACTED] realizaram diligência ao endereço da denúncia, situado na [REDACTED] - Centro - Tupã/SP; 5.2.2 - Os agentes foram acompanhados pelo [REDACTED] proprietário da entidade. 5.2.3 - Neste endereço existe uma estação licenciada da entidade [REDACTED], que é atendida pelo Link da entidade [REDACTED] (Anexo 1). 5.2.4 - A entidade [REDACTED] contratou Links de internet da entidade outorgada [REDACTED] portanto a entidade [REDACTED] revende os Links contratados da [REDACTED] sem ser uma entidade autorizada a prestar este serviço (Anexo 2). 5.2.5 - O [REDACTED] informou aos agentes que é um provedor de serviço de valor adicionado - SVA, porém um provedor SVA não pode ofertar a capacidade de transmissão e recepção de informações multimídia, adquirida como usuário, para outra prestadora SCM, no caso a estação licenciada da [REDACTED] 500, pois a responsável pela transmissão de pacotes de dados a usuário é a operadora outorgada SCM, conforme art. 3º da Resolução 272. 5.2.6 - Diante do exposto a entidade foi autuada, o serviço interrompido e o equipamento lacrado. (Anexo 3) 5.2.7 - Os agentes constataram que a entidade [REDACTED] além de ofertar a capacidade de transmissão e recepção para a estação da [REDACTED] autentica clientes [REDACTED] e hospeda sites. 5.2.8 - Todos os serviços prestados pela entidade [REDACTED] estão interligados com os links da entidade [REDACTED]. 5.2.9 - Para não interromper os serviços prestados de forma regular, os agentes optaram por não apreender os links, lacrando o switch que alimenta a estação da entidade [REDACTED] 500, interrompendo o serviço prestado de forma irregular. (Anexo 4). E arrematou a autoridade administrativa da ANATEL o relatório com a seguinte assertiva (fl. 12, verso): "[...] conclui-se que a entidade [REDACTED] presta SCM sem a devida autorização e com uso de equipamento não homologado." Em oposição, diz a defesa de [REDACTED] que a empresa [REDACTED] estava devidamente autorizada pela ANATEL a prestar o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), por prazo indeterminado e com área de prestação sob todo o território nacional, conforme o Ato n. 3159, de 5 de dezembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União. E, mais, assevera a defesa que a [REDACTED] possuía licença para funcionamento da estação no local dos fatos - sede da [REDACTED] (fl. 21). Assim, como a [REDACTED] possuía autorização da ANATEL e a antena instalada na estação estava regulamente licenciada, não haveria clandestinidade no desenvolvimento da atividade de telecomunicação ou, quando muito, mera irregularidade, punível administrativamente segundo as regras da Lei 9.472/97 (art. 140). A tese de defesa não convence. A questão que

se coloca é a se [REDACTED] poderia ceder, mediante simples contrato, em sem anuência da ANATEL, sua autorização para prestar SCM para a [REDACTED], circunstância a descaracterizar a clandestinidade da atividade de telecomunicação. A resposta é negativa, isso porque a prestadora do SCM deve manter, obrigatoriamente, vínculo formal e direto com os respectivos usuários. Nesse sentido é o que aponta o art. 43 do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução ANATEL 272/2001, vigente na época dos fatos: Art. 43. A prestadora é responsável, perante o assinante e a Anatel, pela exploração e execução do serviço. 1º A prestadora será integralmente responsável pela exploração e execução do serviço perante o assinante, inclusive quanto ao correto funcionamento da rede de suporte ao serviço, mesmo que esta seja de propriedade de terceiros, sendo-lhe garantido, neste caso, direito de regresso. 2º A responsabilidade da prestadora perante a Agência compreenderá igualmente o correto funcionamento da rede de suporte à prestação do serviço, inclusive nos casos em que esta seja de propriedade de terceiros. No caso, o conjunto probatório aponta que a relação direta e formal com o clientes era implementada pela [REDACTED], como revelados por seu gestores, que por sua vez remunerava a [REDACTED] unicamente pela cessão da autorização do SCM, tal qual se tem as fls. 37/54. É de se assentar, aliás, oposição da ANATEL contra tal prática, no aspecto geral e em face especificamente da [REDACTED]. No aspecto geral, o sítio da ANATEL informa não pode haver prestação de serviços SCM mediante o uso de autorização conferida a outra empresa, qual se tem no menu Perguntas Frequentes, acesso Comunicação Multimídia: Não sou autorizado do SCM. Posso prestar serviço de telecomunicações usando a autorização de prestação do SCM de outra empresa? Não. A legislação do setor de telecomunicações estabelece que somente empresas com concessão, permissão ou autorização emitida pela Anatel podem explorar serviços de telecomunicações no país. A legislação prevê também que a prestadora do serviço de telecomunicações poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço. Entretanto, a prestadora será integralmente responsável pela exploração e execução do serviço perante o assinante usuário de telecomunicações. No aspecto específico, retiro do sítio da ANATEL ter a [REDACTED] perdido a autorização - por caducidade (Ato 5.833, de 24.08.2011) - para a exploração do SCM, conforme decisão do Conselho Direito, proferida 21 de julho de 2011, cujo fragmento reproduzo: 4.8 - Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO; Interessado(s): [REDACTED] Processo(s) n. 53504.014039/2009; 53504.021490/2009; 53508.001766/2010 e 53508.002002/2009: o Conselho, examinando o processo referenciado, acompanhou, por unanimidade, a fundamentação e o voto do Conselheiro Relator, contidos na ANÁLISE n.º 479/2011-GCJR, de 14/7/2011, deliberando: a) extinguir, por caducidade, a autorização para prestar o Serviço de Comunicação Multimídia outorgada à empresa [REDACTED] em razão de infração ao artigo 34 do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, com fundamento no artigo 140 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, inciso IV do art. 173 da referida Lei e inciso IV do art. 4 do Regulamento de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução n. 344, de 18 de julho de 2003; b) determinar que a Gerência de Arrecadação da Anatel seja alertada e tome as providências que entender cabíveis sobre o indício de evasão fiscal relatado no item 6.7 do Informe n. 898/2010-PVSTP/PVST/SPV, de 24/09/2010; c) determinar que a área técnica competente tome as providências cabíveis para o atendimento do contido no item "e", do Parecer n. 169/2011/LFF/PGF/PFE - Anatel, de 14 de fevereiro de 2001; e, d) determinar à Superintendência de Serviços Privados que adote providências no sentido de efetuar a cobrança dos valores devidos pela entidade, dado que a extinção da autorização não a exime de suas obrigações para com terceiros, nem prejudica a apuração de eventuais infrações cometidas ou a cobrança

de valores devidos à Anatel; É certo ter a [REDACTED] apresentado vários recursos à decisão da ANATEL que aplicou a pena de caducidade da autorização para prestação de SCM, a indicar manutenção do direito até final discussão administrativa, mas interessante reproduzir a decisão proferida pela autarquia no seu pedido de reconsideração: Processo nº 53508.002002/2009 e apensos Conselho Relator: Marconi Thomaz de Souza Maya Fórum Deliberativo: Reunião nº 721, de 14 de novembro de 2013 Recorrente/Interessado: [REDACTED]

[REDACTED]. SCO. TRANSFERÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO SEM PRÉVIA ANUÊNCIA DA ANATEL. INEXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIAS EM REGULARIZAÇÃO DA CONDUTA. PROPOSTA DE TAC INVIÁVEL ANTE A PRÁTICA INFRATIVA REITERADA. COM O RELATOR. PELO CONHECIMENTO E, NO MÉRITO, NÃO PROVIMENTO. MANTIDA SANÇÃO DE CADUCIDADE. 1. A Prestadora foi sancionada por transferência sem anuência desta Agência de autorização para prestação do SCM. 2. Já foram aplicadas 67 (sessenta e sete) multas à entidade por diversas irregularidades, incluindo reiteradas terceirizações de outorga. Nenhuma multa foi paga. 3. A proposta de TAC se revela inviável, pois em nenhum dos processos anteriores ou neste em que o Recurso se analisa, há evidências de que a prestadora tenha envidado esforços para regularizar sua conduta. 4. Pedido de Reconsideração conhecido e, no mérito, não provido. Em suma, como a transferência da autorização para a prestação do SCM sem prévia anuência da ANATEL é ilícita, a não surtir efeito jurídico (ou o efeito jurídico pretendido), a empresa [REDACTED] definitivamente atuava em serviço de telecomunicação clandestinamente, subsumindo-se a conduta descrita na denúncia ao contido no art. 183 da Lei 9.472/97 - o que afasta a incidência do art. 70 da Lei 4.117/62, bem assim a alegada prescrição penal. A propósito, coleciono julgado do TRF da 4ª Região, na linha condenatória (embora não se desconheça decisões do TRF da 3ª Região, no caso específico da [REDACTED], em sentido contrário), a envolver exatamente idêntica prática da [REDACTED] PENAL. CRIME CONTRA AS TELECOMUNICAÇÕES. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM). ARTS. 183 E 184 DA LEI Nº. 9.472/1997. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. 1. É típica a conduta de prestação de serviço de comunicação multimídia, sem autorização da ANATEL. A elementar "clandestinamente", prevista no art. 183 da Lei de Telecomunicações, está caracterizada pela prestação de serviço sem autorização da agência reguladora competente. 2. A dosimetria da pena deve considerar os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código Penal. 3. A fixação da pena de multa obedece ao sistema bifásico, devendo guardar proporcionalidade com a sanção corporal imposta. O valor de cada dia-multa deve levar em conta a situação econômica do condenado, podendo ser aumentada até o triplo, caso o máximo previsto se mostre ineficaz, em razão da condição econômica do réu. Inteligência dos arts. 49, 1º e 60, 1º, ambos do Código Penal. 4. Apelações criminais desprovidas. (TRF4, ACR 5002011-92.2011.404.7206, OITAVA TURMA, Relator JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, juntado aos autos em 09/02/2015) PENAL. PROCESSO PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE TELECOMUNICAÇÃO (ART. 183, LEI 9.472/97). MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. PROVA. PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. 1. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo no desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação, deve ser mantida a condenação do réu pelo delito previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97. 2. Tratando-se de Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), a potencialidade lesiva independe da potência de transmissão dos equipamentos, sendo desnecessária a perícia para identificar a potência dos aparelhos. Precedentes. 3. Aplica-se a regra da continuidade delitiva aos crimes praticados em semelhantes condições de tempo, lugar e modo de execução, evidenciando que as condutas subsequentes configuram continuação das anteriores. (TRF4, ACR 5002349-10.2013.404.7202, SÉTIMA TURMA, Relator MÁRCIO

ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 17/07/2015) ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET. LEI Nº 9.472/97. INTERRUÇÃO DOS SERVIÇOS POR FALTA DE AUTORIZAÇÃO. 1. A prática dos atos de fiscalização pela ANATEL decorrem do poder de polícia inerente à Administração, com fulcro no artigo 60, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.472/97. 2. A empresa não limitou-se somente a prestar um Serviço de Valor Adicionado - SVA, mas, também, um serviço de telecomunicação. 3. Apelação improvida. (TRF4, AC 2009.72.00.006191-6, TERCEIRA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, D.E. 02/12/2009) Assim, quanto à materialidade, têm-se o termo de representação, relatório fotográfico, nota técnica e relatório de fiscalização, documentos produzidos e apresentados à autoridade policial pela ANATEL (fls. 04/15), além daqueles fornecidos por [REDACTED] tais como Proposta e Contrato de Co-Billing, Contrato de Prestação de Serviço Internet e faturas de pagamento pela transferência da autorização (fls. 21/54). No que se refere à autora, como se trata de crime praticado mediante pessoa jurídica, a responsabilidade penal emerge segundo a Teoria Objetivo-Subjetiva ou teoria do domínio do fato, para a qual se fixa o autor delitivo naquele que tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Em sendo assim, a autoria também se mostra delimitada, pois [REDACTED], como proprietário e administrador da empresa [REDACTED], concorreu (art. 29, caput, do CP) para que a empresa [REDACTED] desenvolvesse clandestinamente atividade de telecomunicação, isso ao transferir, mediante contrato, sem anuência da ANATEL, a autorização para a prestação do SCM - ademais, o parágrafo único do art. 183 da Lei 9.472/97 determina que, incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorre para o crime. E o réu tinha ciência do ilícito da conduta. De efeito, embora não interrogado, os dados coletados do site da ANATEL dão conta de ter sido a empresa [REDACTED] por [REDACTED] gerida, sistematicamente repreendida pela autarquia ante a ilícita prática de terceirização de outorga. Desta feita, não pode negar ciência do caráter ilícito de sua conduta. Ainda nesse aspecto, aceitável a argumentação do MPF de que os gestores da empresa [REDACTED] foram conduzidos a acreditar na legalidade do negócio, em especial, da transferência da autorização para operar o SCM, mesmo porque tudo previsto em (inválido) contrato. Aplicável, desta feita, a [REDACTED] e [REDACTED], o contido no art. 20 do CP, com o registro de não haver figura penal por crime culposos. Por força disso, considerando as diretrizes do art. 59 do Código Penal e na ausência de excludente de ilicitude ou dirimentes da culpabilidade, passo à individualização da pena. A culpabilidade é circunstância judicial que merece ser considerada em prejuízo do réu, pois mesmo sistematicamente advertido pela ANATEL a propósito da ilegalidade da transferência da autorização, sujeitando-se a várias multas pela autarquia, empreendeu o negócio clandestino de telecomunicação. Ainda que concorde com as argumentações do MPF, segundo a orientação jurisprudencial atual, o réu não possui antecedentes, pois não condenado criminalmente, com trânsito em julgado. Não há dados afetos à conduta social e à personalidade do réu. O desenvolvimento clandestino da atividade de telecomunicação, por ser elementar do crime, não merece ser considerado em desfavor do réu nos motivos do crime. Como a vítima (ANATEL), com seu comportamento, não contribuiu, provocou ou facilitou o agir do réu, deve a circunstância ser considerada neutra no caso. Versando crime sem cominações alternativas, as penas são de detenção e multa (art. 59, I, do CP). Prosseguindo, tendo em atenção as circunstâncias judiciais, uma desfavorável ao réu, fixo-lhe a pena-base da pena privativa de liberdade em 2 anos e 3 meses de detenção. Não há circunstância atenuante nem agravante a ser considerada. Também não há causa especial de diminuição ou de aumento da pena a ser considerada. Há de ser tomada a continuidade delitiva (art. 70 do CP), pois a conduta criminosas se renovou sucessivamente desde a disponibilização do SCM até a lacração pela ANATEL, em 2 de abril de 2013. Assim, considerando o período de exercício clandestino de

telecomunicação (2008-2013), aumento a pena privativa de liberdade em 1/3, passando a corresponder a 3 anos de detenção. Quanto ao valor da multa, como pena cumulativa, é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Entretanto, o Órgão Especial do TRF da 3ª Região, em Arguição de Inconstitucionalidade Criminal, declarou a inconstitucionalidade da expressão "R\$ 10.000,00" contida no preceito secundário do art. 183 da Lei n. 9.472/97, por entender violado o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição da República (TRF da 3ª Região, Arguição de Inconstitucionalidade Criminal n. 2000.61.13.005455-1, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 29.06.11). Em sendo assim, considerando o primado da individualização da pena, em especial as circunstâncias judiciais e a causa de aumento (crime continuado), fixo a pena de multa em R\$ 7.500,00, proporcionalmente à pena privativa de liberdade ao final apurada. O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 59, inc. III) é o aberto (CP, arts. 33, 1º, c, e 2º, c, 36). A vista do que dispõem os arts. 59, IV, e 44, 2º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consubstanciada em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, do CP), a ser definida pelo juízo da execução, e prestação pecuniária (art. 43, I, do CP), correspondente a 50 salários mínimos (não há dados nos autos a indicar ser o réu capaz de suportar valor maior), a ser revertida em favor da ANATEL. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, a fim de condenar [REDACTED] às penas do delito descrito no art. 183, caput, da Lei 9.427/97, apuradas em 3 anos de detenção, regime aberto, e multa, no valor de R\$ 7.500,00. A pena privativa de liberdade resta substituída por duas restritivas de direitos, consubstanciada em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV, do CP) e prestação pecuniária (art. 43, I, do CP), correspondente a 50 salários mínimos, a ser revertida em favor da ANATEL. Considerando a pena aplicada, notadamente o regime inicial de cumprimento, e a ausência dos pressupostos da prisão preventiva, tenho por conferir ao réu direito de recorrer em liberdade. Na forma do art. 184, II, da Lei 9.427/97, com o trânsito em julgado da condenação, decreto a perda dos equipamentos apreendidos em favor da ANATEL e, não havendo prova de dano causado pelo crime, desonero o réu de obrigação de indenizar. Transitada em julgado, lança-se o nome do réu no rol dos culpados. Ao Sedi para a alteração da situação processual do sentenciado. Custas pelo réu. P. R. I. Comuniquem-se.

Ato Ordinatório (Registro Terminal) em : 28/04/2017

Em decorrência dos autos estão a disposição / foram remetidos/ estão MINISTERIO PUBLICO para VISTA (Sem contagem de tempo)