HABEAS CORPUS Nº 515.028 - SP (2019/0167105-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	CHAYENE BORGES DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	CHAYENE BORGES DE OLIVEIRA - SP340691
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	ALEXSANDER SALDANHA FRANSON

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ALEXSANDER SALDANHA FRANSON, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, proferido na Apelação n. 0002850-25.2011.4.03.6110, assim ementado:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. ART. 183 DA LEI Nº 9.472/1997. INTERNET VIA RÁDIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VALIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. PENA DE MULTA PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REDUÇÃO DE OFÍCIO.*
>
> *1 - Na data dos fatos, já estava em vigor a nova redação do art. 110 do CP, a qual afasta a possibilidade de haver prescrição retroativa, de modo que os fatos delituosos não poderiam ter sido atingidos pelo fenômeno prescricional, subsistindo, em favor do Estado, o direito de punir . Ademais, a despeito do que se alegou, entre a data dos fatos (18.05.2011) e a data do recebimento da denúncia (17.11.2014) NÃO decorreu lapso superior a 4 (quatro) anos (inteligência do artigo 109, V, do Código Penal).*
>
> *2 - A alteração ou inversão do procedimento previsto no art. 212 do CPP não implica, necessariamente, em nulidade, isto é, a nulidade, neste caso, é relativa. Deve-se sempre aferir o quanto a inobservância ao disposto naquele artigo influiu na apuração da verdade ou na decisão da causa, nos termos do disposto no art. 566 do Código de Processo Penal. Por não se ter identificado nenhum prejuízo decorrente da inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP, deve ser reconhecida a validade da prova testemunhal. Nesse sentido, há precedentes do STF (RHC 122467/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro*

Ricardo Lewandowsky, DJe: 04.08.2014) e do STJ (HC 362.022/PR. Quinta Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, DJe: 07.11.2016).

3 - Não se ignora que, em 24.10.2017, a C. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus, posicionou-se no sentido de que a oferta de serviço de internet não seria passível de ser enquadrada como atividade clandestina de telecomunicações, sob o fundamento de que, segundo o parágrafo primeiro do art. 61 da Lei n°. 9.472/1997 , o serviço de internet seria 'serviço de valor adicionado', não constituindo serviço de telecomunicação (HC 127978, MARCO AURÉLIO, STF). Não obstante, deve prevalecer o entendimento consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a transmissão clandestina de sinal de internet, via rádio, sem autorização da Agência Nacional de Telecomunicações, caracteriza sim, em tese, o delito previsto no artigo 183 da Lei n° 9.472/1997, uma vez que, independentemente de se tratar de 'serviço de valor adicionado' (art. 61, parágrafo 1 da mesma lei), tal característica não exclui sua natureza de efetivo serviço de telecomunicação.

4 - A materialidade delitiva restou fartamente demonstrada por meio do termo de qualificação de atividade clandestina e relatório fotográfico, da informação da polícia federal n°. 27/2010, do auto circunstanciado de busca, apreensão e arrecadação, do relatório policial e do laudo pericial n°. 155/2011, bem como por meio da prova oral colhida durante a instrução processual. Os documentos acostados às fls. 07 e 43 (cópias das teIas do analisador de rede WIFI) demonstram a rede iRAPIDA - TELECOM TORRE 1/TORRE 5 em funcionamento em 07.04.2010 e em 18.05.2011, respectivamente. Além disso, as cópias das telas do analisador de rede WIFI revelam a rede iRAPIDA - TELECOM TORRE 1/TORRE 5 sendo irradiada antes e de pois da remoção dos equipamentos.

5 - Em relação ao corréu DIEGO SALDANHA FRANSON, não há dúvidas acerca de sua autoria. O próprio réu, em se interrogatório judicial, admitiu ter distribuído panfletos de propaganda de seu provedor de internet (iRAPIDA) pela cidade. Além de ser dele o número de telefone que consta dos panfletos de propaganda distribuídos na cidade, con forme ele próprio admitiu em juízo, é também DIEGO quem consta como titular e administrador na ficha cadastral da empresa iRAPIDA, cujo objeto social consiste em comércio e instalação de equipamentos e acessórios para acesso a internet via rádio. Ademais, restou evidenciado que este acusado tinha pleno conhecimento da ilicitude de sua conduta, tanto que, ao ser interrogado em juízo, declarou já ter consultado o órgão responsável (ANATEL) acerca da necessidade de autorização para exploração daquela atividade. Não se sustenta a versão de DIEGO no sentido de que a antena transmissora estava instalada há menos de um mês, apenas para testes, já que, desde a

primeira constatação de funcionamento clandestino do serviço (em 07.04.2010) até a segunda vez em que essa situação foi constatada (em 18.05.2011), decorreu lapso superior a um ano, sendo inverossímil que o aparelho estivesse em fase de testes por tanto tempo.

6 - Em relação ao corréu ALESXANDER SALDANHA FRANSON, embora ele tenha negado participação no delito e apontado seu irmão como único responsável pela operação da atividade de telecomunicação clandestina, alegando ter, tão-somente, cedido de boa fé, a pedido do seu irmão, a laje de sua residência para a instalação do equipamento para testes, sem saber detalhes nem quais eram os objetivos de DIEGO, o qu e se observa é que, diante do conjunto probatório acostado aos autos, essa ver são se revelou inverossímil. Desde a primeira constatação de funcionamento clandestino do serviço (em 07.04.2010) até a segunda vez em que essa situação foi constatada (em 18.05.2011), decorreu lapso superior a um ano, sendo pouco provável que ALESXANDER acreditasse que o aparelho estivesse em fase de testes por tanto tempo. O parágrafo único do art. 183 da Lei n°. 9.4 72/1997 é claro no sentido de que incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime e, no caso em questão, tudo leva a crer que ALESXANDER não apenas tinha pleno conhecimento da atividade clandestina desenvolvida pela empresa de seu irmão, como também prestou efetivo auxílio para o cometimento do delito, já que a antena de transmissão se encontrava instalada na laje de sua residência. Os policiais federais que participaram da diligência foram unânimes ao afirmar que, na data dos fatos, foi ALESXANDER SALDANHA FRANSON quem os recebeu, uma vez que este residia no local em que os equipamentos foram encontrados em pleno funcionamento. Além disso, o depoimento da testemunha Ronaldo Pelizon, gerente técnico da empresa SETICOM , foi cristalino no sentido de que tinha conhecimento de que ambos os irmãos (ALESXANDER e DIEGO) vendiam serviço de internet via rádio na cidade, por meio da empresa iRAPIDA, e de que, desde que chegou à cidade de Itapeva, em 2010, a empresa deles já operava. Ora. se havia panfletos de propaganda da empresa iRAPIDA espalhados pela cidade de Itapeva e se essa empresa, segundo consta, operava desde 2010, não é razoável supor que ALESXANDER desconhecesse que os equipamentos instalados em sua residência estavam transmitindo mal de internet via rádio. Além disso, na data da abordagem policial, de acordo com a testemunha Marcivan Caldas Santana, ALEXSANDER admitiu, informalmente, que realizava 'essa espécie de transposição de sinal'.

7 - É consolidado o entendimento desta Corte no sentido de que a pena de multa estabelecida na Lei n°. 9.472/1997 viola o princípio da individualização da pena. Inclusive, em sessão de julgamento realizada em 29.06.2011, o Órgão Especial desta Corte declarou, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade Criminal n°

0005455-18.2000.4.03.61 13, a inconstitucionalidade da expressão 'de RS 10.000,00', a qual consta do preceito secundário do art. 183 da Lei n° 9.472/1997.

8 - A aplicação da pena de multa deverá observar os parâmetros previstos no artigo 49, caput, do Código Penal. Em relação ao corréu ALESXANDER SALDANHA FRANSON, considerando que a pena privativa de liberdade estabelecida foi a de 2 (dois) anos de detenção (mínimo legal), a pena de multa deve ser fixada, proporcionalmente, em 10 (dez) dias-multa. Como, em relação ao corréu DIEGO SALDANHA FRANSON, a pena de multa estabelecida em sentença foi a de 24 (vinte e quatro) dias-multa, impõe-se a reforma, de ofício, desta determinação, por ter violado a regra de proporcionalidade, já que a pena privativa de liber dade estabelecida em sentença foi a de 2 (dois) anos de detenção (mínimo legal), de modo que o quantum da pena de multa deve ser redimensionado para 10 (dez) dias-multa.

9 - Apelação do Ministério Público Federal a que se dá provimento para condenar o réu ALESXANDER SALDANHA FRANSON. Apelação do réu DIEGO SALDANHA FRANSON a que se nega provimento. Redução, de ofício, da pena de multa cominada em sentença para o réu DIEGO SALDANHA FRANSON." (fl. 675/678)

No presente *writ*, a defesa busca a absolvição do paciente, ao argumento de que os laudos periciais acostados aos autos indicam que o equipamento de radiocomunicação era de comunicação restrita. Afirma, ainda, que o tipo previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/97 deve ser interpretado de forma restrita, porquanto o paciente não estava desenvolvendo atividade de telecomunicação, mas sim compartilhando sinal de internet.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a absolvição do paciente.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No caso, ao menos em juízo perfunctório, não é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado ou, ainda, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum*

in mora, elementos autorizadores para a concessão da tutela de urgência.

Confundindo-se com o mérito, a pretensão deve ser submetida à análise do órgão colegiado, oportunidade na qual poderá ser feito exame aprofundado das alegações relatadas após manifestação do Ministério Público Federal.

Por tais razões, **indefiro o pedido de liminar**.

Devidamente instruído, encaminhem-se os autos ao *Parquet* para parecer.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator