

**VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO - MATERIALIDADE -
AUTORIA - TIPICIDADE - INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA - ESTADO DE NECESSIDADE -
NÃO-CARACTERIZAÇÃO - VALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO - PENA DE MULTA -
CRITÉRIOS OBJETIVO E SUBJETIVO**

Ementa: Direito autoral. Venda de CDs piratas. Inexigibilidade de conduta diversa. Estado de necessidade. Pena de multa. Proporcionalidade com pena corporal.

- Restando comprovadas a autoria e a materialidade, bem como o elemento subjetivo do tipo, não prosperam eventuais teses de inexigibilidade de conduta diversa ou de estado de necessidade, já que as excludentes são usadas como mera desculpa da prática delituosa, pois ficou claro que tinha conhecimento e consciência da ilicitude que praticava, com objetivo de lucro.

- O fato de o réu ser pobre, estar desempregado e sem condições dignas de sustentar a família não o autoriza a lesar os direitos dos artistas dos CDs que vendia, nem de terceiros que detêm os respectivos direitos autorais.

- Na individualização da pena pecuniária, o primeiro critério a ser utilizado é o objetivo, calculando-se a quantidade de dias-multa, seguindo os mesmos parâmetros da pena privativa de liberdade. O segundo critério é o subjetivo, determinando-se o valor de cada dia-multa, em função da situação econômica do réu, devendo o *quantum* guardar estreita correlação com a pena corporal aplicada, e somente o valor do dia-multa segue regra diversa, de acordo com a capacidade econômica do acusado.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0223.04.157245-2/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Nikodemus Marcelo Rodrigues da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de abril de 2007. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio Armando dos Anjos - Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Divinópolis, Nikodemus Marcelo Rodrigues da Silva, alhures qualificado, foi denunciado pelo Órgão de Execução Ministerial da comarca, pela prática do crime descrito no art. 184, § 2º, do CP.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 2/3 que, no dia 22.06.2004, por volta das 14 horas, "o denunciado estava expondo à venda,

com o intuito de lucro, cópias de CDs não autorizados pelos respectivos autores, violando, portanto, direito autoral".

Narra ainda a inicial que foram apreendidos na posse do acusado 110 CDs de procedência duvidosa, os quais estavam sendo oferecidos aos pedestres que transitavam pelo local.

Regularmente processado, ao final, sobreveio a r. sentença (f. 64/66), julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o réu como incurso nas sanções do art. 184, § 2º, do CP, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente semi-aberto, e pagamento de trinta (30) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo, tendo a pena corporal sido substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e interdição temporária de direitos.

Inconformado com a decisão condenatória, a tempo e modo, apelou o réu (f. 69).

Em suas razões recursais (f. 71/82), suscita preliminar de nulidade da r. sentença pela ausência de fundamentação quando da fixação das penas. No mérito, pugna pela absolvição (art. 386, inciso II, do CPP), ou pela desclassificação do delito para a forma simples, prevista no *caput* do art. 184 do CP, visto que não há prova da materialidade, nem do elemento subjetivo do delito.

O recurso foi devidamente contrariado pelo órgão de execução do Ministério Público (f. 83/92), batendo-se pela manutenção da r. sentença.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dr.^a Myrian Regina X. N. Carvalhaes (f. 94/98), il. Procuradora de Justiça, opina pelo acolhimento da preliminar suscitada e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

Em síntese, é o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Inicialmente, examino a preliminar de nulidade do *decisum* por ausência de fundamentação na aplicação da pena-base acima do mínimo legal, erigida pela defesa e corroborada pela erudita procuradora oficiante.

Analisando detidamente os autos, em especial a dosimetria das penas aplicadas ao apelante, a meu sentir, *data venia*, tenho que não merece acolhida a preliminar erigida, pois as circunstâncias judiciais do apelante foram suficientemente apreciadas pelo Juiz sentenciante na primeira fase da fixação das penas.

Com efeito, muito embora não tenha o Juízo singular recorrido sobre a totalidade das circunstâncias enumeradas no art. 59 do CP, verifica-se que Sua Excelência justificou aquelas valoradas negativamente, em especial a culpabilidade, ou seja, o juízo de reprovação, justificando, assim, a fixação da pena um pouco acima do mínimo legal, permitindo ao ora

apelante saber o que foi determinante na fixação da pena acima do mínimo legal, em obediência ao postulado constitucional inserto no art. 93, IX, da CF, já que as demais circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis.

Lado outro, mostra-se oportuno ressaltar que, embora o douto Sentenciante faça referência aos maus antecedentes e à reincidência do apelante, certo é que essas circunstâncias não influíram na fixação da pena-base, pois, prevendo o delito que lhe foi imputado pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, a pena-base foi fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, compensando a atenuante com a reincidência, restando a pena final no patamar inicial de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, a meu juízo, *data venia*, sem qualquer exacerbação, ou seja, em *quantum* suficiente para reprovação do crime.

Mas não ficou nisso, pois o douto Juiz, entendendo ser socialmente recomendável, embora seja o apelante reincidente, concedeu-lhe a substituição da pena por duas restritivas de direitos.

Todavia, pedindo vênias ao il. Colega de primeira instância, penso que não se houve com o mesmo acerto ao fixar a pena de multa, pois, na individualização da pena pecuniária, o primeiro critério a ser utilizado é o objetivo, calculando-se a quantidade de dias-multa, seguindo os mesmos parâmetros da pena privativa de liberdade. O segundo critério é o subjetivo, determinando-se o valor de cada dia-multa, em função da situação econômica do réu, devendo o *quantum* guardar estreita correlação com a pena corporal aplicada, e somente o valor do dia-multa segue regra diversa, de acordo com a capacidade econômica do acusado.

In casu, o Sentenciante andou bem no critério subjetivo, pois fixou o dia-multa no patamar unitário mínimo de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, uma vez que se trata de réu desempregado. Contudo, no critério objetivo, não seguiu o mesmo parâmetro da pena corporal, já que fixou a pena de multa em 30 (trinta) dias-multa.

Entretanto, malgrado a irresignação da defesa, esse pequeno desacerto na fixação da pena de multa mostra-se incapaz de gerar a nulidade da sentença, pois a dosimetria da pena de multa pode ser refeita nesta Corte Revisora, fixando-a, a exemplo da pena privativa de liberdade, perto do mínimo legal.

Sendo assim, mercê de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade da r. sentença por ausência de motivação na fixação da pena acima do mínimo legal.

Não tendo sido argüidas outras preliminares ou nulidades e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito da apelação interposta.

Examinando detidamente os autos, verifica-se que a defesa pleiteia inicialmente a absolvição do apelante, na forma do art. 386, inciso II, do CPP, e, subsidiariamente, sob a forma de "protesto", busca a absolvição do apelante sob o fundamento de que a manutenção da condenação torna "ainda mais crítica a situação social experimentada pelo que seria definitivamente excluído do mercado de trabalho caso ostente em seu prontuário uma certidão criminal positiva".

A despeito das efusivas razões apresentadas, nenhuma razão assiste à defesa no que diz respeito às teses absolutórias, uma vez que o juízo condenatório firmado em primeira instância se encontra em perfeita consonância com os elementos do caderno probatório.

Ora, dúvidas não há quanto à autoria do crime em julgamento, o que, além de não questionado pela defesa, foi confessado pelo ora apelante nas duas fases da persecução criminal (f. 9 e 47/48).

No que tange à materialidade, ao contrário do alegado, tenho que também é incontestado, tendo sido comprovada pelo boletim de ocorrência (f.6/8), auto de apreensão (f.12) e laudo de constatação de f. 14/15.

De igual modo, ao contrário do alegado, o laudo pericial contém a regularidade formal

exigida pelo art. 158 do CPP, estando subscrito por dois peritos, que atestaram a contrafação dos CDs apreendidos, seja pela ausência de

código de barras-padrão, nome de nenhum dos fabricantes acima relacionados no folheto, número de catálogo - conforme padrões dos referidos fabricantes, bem como código do IFPI. As inscrições/numerações constantes nas peças-motivo não apresentam concordância com as características da peça-padrão.

Não bastasse isso, o laudo em comento, além de conclusivo, mostra-se coerente com as demais provas carreadas aos autos, notadamente com as declarações do próprio réu.

Contudo, ainda que assim não fosse, é bom lembrar que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o juiz forma a sua convicção pela livre apreciação da prova, significando que o juiz é soberano na análise das provas produzidas durante o processo, tendo a faculdade de formar livremente a sua convicção acerca dos fatos e do direito, atribuindo valor às provas, e, ao final, de decidir de acordo com seu convencimento.

Portanto, sem ignorar as reais desigualdades socioculturais existentes no País, assim como o crime como fato social que é, não há como aplicar à espécie o princípio da intervenção mínima, pois a lei incrimina aquele que vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, empresta, troca ou tem em depósito, com o intuito de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do CP), pouco importando que essa atividade vise à sobrevivência daquele que a pratica, pois podia e devia dedicar-se a uma atividade lícita.

No caso *sub judice*, não há dúvida de que o apelante conhecia a origem clandestina dos CDs que vendia, pois, ao ser preso, expressamente declarou "que um rapaz de Itaúna é quem lhe passa os CDs para vender, sendo que os revende por 3,50 a 4,00 reais e os adquire por 2,80, recebendo lucro de 0,80 pela venda de cada CD".

Dessa forma, o fato de o réu ser pobre, estar desempregado e sem condições dignas de sustentar a família não o autoriza a lesar os direitos dos artistas dos CDs que vendia, nem de terceiros que detenham os respectivos direitos autorais.

Logo, não prosperam as teses de inexigibilidade de conduta diversa, ou de estado de necessidade, já que as excludentes são usadas como mera desculpa da prática delituosa, pois é certo de que tinha conhecimento e consciência da ilicitude que praticava, até porque os CDs que comercializava trazem a advertência de que é proibida a reprodução. A propósito, sobre o assunto, confira-se a orientação jurisprudencial desta 3ª Câmara Criminal:

Violação de direito autoral - Venda de CDs piratas - Art. 184, § 2º, do Código Penal - Elementos que evidenciam a culpabilidade do agente - Estado de necessidade - Afastamento. - No caso de deter o agente prévio conhecimento sobre a procedência ilícita das fitas contrafeitas e consciência da ilicitude de sua conduta, haja vista já ter sido denunciado por fato semelhante, descabe o pedido de absolvição. O estado de miserabilidade, além de não demonstrado, não pode servir de desculpa para a prática de atos ilícitos (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0223.04.135623-7/001, Rel. Des. Paulo César Dias, v.u., j. em 11.10.2005, pub. no *DOMG* de 16.12.2005).

Violação de direito autoral - Venda de CDs piratas - Princípio da intervenção mínima do direito penal - Conduta atípica - Miserabilidade da agente - Dignidade da pessoa humana - Consciência da ilicitude - Inconstitucionalidade da Lei 10.695/2003 - Uso atípico do direito penal. - É típica a conduta de expor à venda CDs reproduzidos sem a autorização de seu autor, por expressa disposição legal. - Inadmissível o afastamento de norma penal em razão do princípio da intervenção mínima do direito penal quando o civil trata da mesma matéria, já que somente este não se mostra capaz de prevenir e reprimir as reiteradas condutas ilícitas praticadas. - Impossível a absolvição da agente unicamente em razão de seu estado de miserabilidade. Agindo a autora com prévio conhecimento sobre a procedência ilícita dos CDs apreendidos, impossível se afastar a

consciência da ilicitude de sua conduta. - É constitucional o aumento da pena mínima cominada para o delito de violação de direito autoral, através da Lei 10.695/2003, por demonstrar um maior desvalor à conduta, que deve ser duramente prevenida e reprimida (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Ap. nº 1.0223.04.147120-0/001, Rel.ª Des.ª Jane Silva, v.u., j. 25.07.2006, pub. no *DOMG* de 03.08.2006).

Assim, havendo certeza quanto à autoria e materialidade do delito imputado ao apelante, diante ausência de excludentes ou circunstâncias válidas para afastar do campo de reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos termos da norma penal, outra solução não resta senão afastar a pretensão absolutória amparada na situação social contemporânea.

Da mesma forma, melhor sorte não socorre o apelante quanto à pretensão de se desclassificar o delito que lhe foi imputado para a forma simples, ao argumento de que não restou comprovado o elemento subjetivo necessário para configurar o tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do CP, isto é, o intuito de lucro direto ou indireto.

Em verdade, afere-se do acervo probatório colacionado aos autos, notadamente da confissão do autor, que a contrafação tinha sim intuito de lucro, pois o próprio apelante afirmou, em ambas as fases, que vendia os CDs com intuito de lucro, confira-se:

(...) que um rapaz de Itaúna é quem lhe passa os CDs para vender, sendo que os revende por 3,50 a 4,00 reais e os adquire por 2,80, recebendo lucro de 0,80 pela venda de cada CD; que sua profissão é eletricitista, mas está vendendo CD para ajudar nas despesas e não ficar parado enquanto está sem serviço; que faz uns três meses que está vendendo CDs pirateados (...) (f. 9).

(...) é verdadeira a imputação que lhe é feita na denúncia; de fato, no dia, horário e local descritos na denúncia, estava expondo à venda, com intuito de lucro, cópias de CDs não autorizados pelos respectivos autores; com o interrogando foram apreendidos cento e dez CDs falsificados de cantores e conjuntos

musicais diversos; havia comprado cada CD falsificado em Belo Horizonte pela importância de dois reais e os estava vendendo pela importância de três reais a unidade (...) (f. 47-48).

Com efeito, evidenciado ficou que a atividade do apelante tinha por objetivo auferir lucro direto com a venda dos produtos falsificados; como dito e explicado, sem qualquer rodeio por ele próprio, este era o meio pelo qual obtinha recursos financeiros para o seu sustento próprio e de sua família, pois estava desempregado na época dos fatos.

Dessarte, a conduta do ora apelante amolda-se, sem qualquer dúvida, ao tipo penal descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, estando nela presentes todas as elementares do tipo pelo qual foi condenado, mostrando-se incabível a pretensa absolvição ou desclassificação para a forma simples.

Por fim, sendo a imposição de pagamento de custas processuais um dos efeitos da condenação (art. 804 do CPP), não há como isentar o agente dessa obrigação, ainda que o

mesmo seja pobre no sentido legal, ou beneficiário da assistência judiciária gratuita, devendo, contudo, na fase de execução, a persistir o estado de miserabilidade, ser sobrestado o seu pagamento pelo prazo estabelecido no art. 12 da Lei 1.060/50.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, dou parcial provimento ao recurso, apenas e tão-somente para reduzir a pena de multa para 13 (treze) dias-multa, na fração unitária mínima, mantendo inalterados os demais termos da r. sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Sérgio Resende e Jane Silva*.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

-:-:-