



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

Acórdão nº 109522.

APELAÇÃO – Processo n. 2011.3.000601-3

Apelante: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ**

Promotor de Justiça Helena Maria Oliveira Diniz

Apelado: **RICARDO HENRIQUE VASCONCELOS BARBOSA**

Advogado Francisco de Assis Santos Gonçalves

Procuradora de justiça: **DULCELINDA LOBATO PANTOJA**

Relator: **DES. JOÃO JOSÉ DA SILVA MAROJA**

EMENTA

APELAÇÃO. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL CONSISTENTE NA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MÍDIA "PIRATA". CONDENAÇÃO INFERIOR AO MÍNIMO PERMITIDO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

I – *EMENDATIO LIBELLI*. 1) O apelado foi denunciado na forma do art. 184, § 1º, do Código Penal, mas em seus memoriais o *Parquet* alterou a capitulação para a forma do § 2º do mesmo artigo, sem fornecer qualquer explicação a respeito. Considerando o instituto da *emendatio libelli*, deve-se admitir a possibilidade de o juiz modificar a capitulação contida na denúncia, para adequá-la aos fatos apurados na instrução, desde que não haja inovação ou surpresa para o réu. 2) Existem nos autos provas de que o apelado tanto produziu quanto comercializou a mídia ilícita, incorrendo nas duas modalidades típicas. Tratando-se de tipo misto alternativo, basta a incidência em uma modalidade típica para haver a consumação, sem que o delito deixe de ser único. Assim, não houve nenhum prejuízo para o réu, eis que ambas as imputações possuem a mesma pena cominada.

II – IMPOSIÇÃO DE PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. 3) Embora não haja regra legal expressa sobre a possibilidade de agravantes e atenuantes excederem os limites cominados da pena, a matéria é objeto da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que veda expressamente tal possibilidade – corrente a que me filio. 4) Reconhecimento da atenuante alusiva à confissão espontânea que, no entanto, não pode ser calculada porque a pena-base já se encontra fixada no mínimo legal. Recrudescimento da pena provisória para dois anos de reclusão.

III – APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. 5) Nos precisos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, a condenação arbitrada em dois anos deveria ter sido substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou duas restritivas. 6) Sentença reformada para incluir, na condenação, a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo tempo da reclusão ora substituída, nas condições determinadas pelo juízo da execução penal.

IV – RECURSO PROVIDO, para fixar a pena definitiva em dois anos de reclusão, substituída por prestação de serviços à

comunidade ou a entidades públicas e pela prestação pecuniária já constante da sentença. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 3ª Câmara Criminal Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, sob a presidência do Desembargador Raimundo Holanda Reis, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em **conhecer da apelação** e, no mérito, **dar-lhe provimento**, nos termos do voto do relator.

Belém (PA), 28 de junho de 2012.

Des. João José da Silva Maroja

Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado do Pará, guerreando a sentença que condenou Ricardo Henrique Vasconcelos Barbosa, pelo crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal às penas de 1 ano e 6 meses de reclusão e multa, a primeira substituída por prestação pecuniária consistente em distribuir uma cesta básica de produtos alimentícios, durante dois meses, à Paróquia de Santa Edwiges.

Em seu arrazoado recursal (fls. 196/206), o *Parquet*, primeiramente, questiona a condenação do réu a uma pena privativa de liberdade inferior ao mínimo legal previsto para o delito, que é de 2 a 4 anos de reclusão. Tal diminuição foi determinada pela incidência de circunstância atenuante relativa à confissão espontânea do réu em juízo sobre a pena-base de dois anos, que culminou na sanção definitiva abaixo do mínimo legal.

Argumenta que há entendimento jurisprudencial e até a Súmula n. 231, do Superior Tribunal de Justiça, vedando que circunstância atenuante diminuía a pena abaixo do mínimo legal previsto. Reclama que "a pena há de ter ressaltado o seu caráter preventivo, pedagógico, exemplar, além do notório efeito punitivo e expiatório".

O apelante também afirma que a pena alternativa aplicada foi insignificante diante de suas finalidades pedagógica e repressora, não tendo o juízo *a quo* observado a proporcionalidade entre a conduta criminosa e a pena fixada, nem atentado para a situação econômica do réu. A par disso, o art. 44, § 2º, determina que a pena superior a um ano deve ser substituída por duas restritivas de direitos ou uma restritiva e uma multa. Sugere, inclusive, que fosse imposta uma prestação de serviços à comunidade.

Ao final, requer a revisão parcial da sentença condenatória, no que tange à pena imposta e a sua substituição por pena restritiva de direitos.

Em contrarrazões (fls. 208/216), a defesa sustenta que a aplicação de atenuante que resulta em pena abaixo do mínimo legal é matéria controversa, sem claro posicionamento específico, acostando jurisprudência do STJ. Afirma

que não há vedação legal que proíba tal situação e que a não incidência da circunstância atenuante seria uma violação à principiologia do direito penal. Destaca que o apelado confessou o delito, declarou-se arrependido, e justificou-se por estar desempregado e com a esposa grávida.

Ressalva ainda que houve uma alteração na interpretação dos dispositivos legais, posto que o ora apelante foi denunciado pelo tipo previsto no art. 184, § 1º, do Código Penal e, em sede de memoriais, foi-lhe imputada a conduta contida no art. 184, § 2º. Admitiu, contudo, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, como mencionado no apelo.

A procuradoria de justiça pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 221/226).

É o relatório, que submeto à revisão.

Belém, 5 de junho de 2012.

VOTO

1 – Admissibilidade e contextualização

O recurso é adequado e tempestivo, além de estar subscrito por promotor de justiça no exercício regular do seu *munus*. **Conheço.**

O Ministério Público ofereceu denúncia (fls. 2/5) contra Ricardo Henrique Vasconcelos Barbosa, alegando que, em 6.3.2009, a partir de *notitia criminis* anônima, policiais civis se dirigiram à residência do apelado, onde funcionava um estúdio de gravação de mídias "piratas". Constatando a veracidade das informações, autuaram em flagrante o apelado, que confessou a produção e comercialização de DVD.

A denúncia imputa o delito tipificado no art. 184, § 1º, do Código Penal^L. Em razões finais (fls. 168/175), contudo, o órgão ministerial afirma que a conduta do agente se "subsume perfeitamente" ao tipo do § 2º do mesmo artigo^O, ratificando "integralmente os termos da denúncia", o que é um equívoco. O fato foi destacado nos memoriais da defesa (fls. 176/185), que apontou a necessidade de aditamento da denúncia, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, faculdade preclusa àquela altura, suscitando tangencialmente uma nulidade.

O juízo *a quo* condenou o apelado (fls. 189/194), porém impondo reprimenda que o órgão ministerial considerou baixa em quantidade e qualidade, alegando que "o crime praticado apenas parece ser banal, mas é altamente prejudicial a economia popular, pois prejudica a arrecadação tributária, fomenta a sonegação de impostos e impulsiona o crime organizado nos grandes centros urbanos" (*sic*, fl. 198).

2 – Mérito

2.1 – Da emendatio libelli *incorretamente realizada*

Analisando a alegação defensiva, observamos que a denúncia imputou o crime do art. 184, § 1º, do Código Penal, e posteriormente, nos memoriais do Ministério Público, mudou a capitulação para a forma do § 2º do mesmo dispositivo legal, mas sem prestar nenhum esclarecimento acerca da mudança. Deveras, poderia ter acontecido de, após a instrução processual, o promotor de justiça se convencer de que os fatos praticados pelo agente eram um pouco diferentes dos concebidos a princípio. Neste caso, esperar-se-ia que explicasse expressamente as razões do seu convencimento ao pedir a condenação por conduta delitiva.

Não foi o que ocorreu, mas é o caso de perguntar se o fato implica em nulidade ou se estaríamos diante de uma irregularidade sanável.

Recorde-se o instituto da *emendatio libelli*, disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, que confere ao magistrado a possibilidade de modificar a definição jurídica do fato narrado, se assim entender necessário, ainda que em função disso tenha que aplicar pena mais grave, mesmo que não tenha havido suscitação do autor da ação penal. Assim, se o magistrado tem a prerrogativa de modificar a capitulação contida na denúncia, a fim de melhor enquadrar a realidade dos fatos à previsão jurídica, desde que não haja inovação ou surpresa para o réu, não haveria motivos para concluir por nulidade, na espécie destes autos.

Basicamente, a norma do § 1º se diferencia daquela do § 2º porquanto aquela contempla a figura de quem *reproduz* ilicitamente a obra protegida por direitos autorais, ao passo que esta se concentra no indivíduo que a *comercializa*. No caso sob exame, o apelado realizou ambas as figuras, o que por sinal foi objeto de sua confissão em juízo^o.

Em suma, existe prova nos autos de que o apelado tanto produziu quanto comercializou a mídia ilícita, incidindo por conseguinte nas duas previsões normativas. Contudo, tratando-se de um tipo misto alternativo, a incidência em mais de uma modalidade típica consuma o delito, porém a incidência em mais de uma não altera a condição de crime único. Logo, mesmo admitindo a inexistência de aditamento à denúncia, forçoso reconhecer que não houve nenhum prejuízo para o réu – nem poderia, haja vista que as penas cominadas a ambos os tipos penais é rigorosamente a mesma.

Rejeito a alegação defensiva.

2.2 – Imposição de pena provisória abaixo do mínimo legal

Tendo obtido a condenação do réu, insurge-se o órgão ministerial quanto à pena imposta, inicialmente em quantidade. O juízo *a quo* aplicou a pena-base no mínimo legal e, em seguida, reduziu-a em seis meses por força da atenuante de confissão espontânea. Esta pena, provisória, tornou-se a definitiva. Pela total

ausência de esclarecimentos no texto da sentença, é possível que a magistrada não tenha percebido ter levado à sanção para abaixo do mínimo legal.

Contra isto se insurge o apelo. Com efeito, não existe uma regra expressa para esse aspecto do cálculo, o qual é objeto de controvérsia doutrinária, sendo crescente o número de autores que refuta a jurisprudência consolidada no sentido de que, nas duas primeiras fases da dosimetria, o juiz fica adstrito aos limites da pena cominada, o que por sinal é objeto da conhecida Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça^a. Aquela corte sempre decide em conformidade a esta súmula, cujo conteúdo é também o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA EXCLUSIVAMENTE À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE . FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE EM FACE DE ATENUANTES GENÉRICAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO. OFENSA REFLEXA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. (...) O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 597.270-QO-RG, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso, reconheceu a repercussão geral do tema relativo à fixação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal. **Na oportunidade, esta nossa Casa de Justiça reafirmou a sua jurisprudência, no sentido da inadmissibilidade da tese quando presentes apenas atenuantes genéricas, e inexistentes causas especiais de diminuição de pena.** (...) Agravo regimental desprovido." (STF, 2ª Turma – AI 819339 AgR/SP – rel. Min. Ayres Britto – j. 14/12/2010 – DJe-072 DIVULG 14-04-2011 PUBLIC 15-04-2011)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE MOTIVADO. ORDEM DENEGADA. (...) **A pena-base foi aplicada em seu mínimo legal. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena a quem do mínimo legal. Precedentes.** (...) *Writ* denegado. Ordem concedida de ofício apenas para restabelecer o regime inicialmente fechado fixado anteriormente e cassar a decisão que impôs o regime integralmente fechado." (STF, 2ª Turma – HC 99406/RS – rel. Min. Ellen Gracie – j. 24/8/2010 – DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010)

Filiando-me à jurisprudência consolidada, acolho a tese recursal e reformo

a sentença para, mantendo a pena-base em dois anos de reclusão, proclamar o cabimento da atenuante relativa à confissão espontânea do ofendido, porém a impossibilidade de calculá-la no caso concreto, posto que a pena-base já se encontra no mínimo legal. Em consequência, **fica a pena definitiva reestabelecida para dois anos de reclusão.**

2.3 – Da substituição da pena por restritivas de direitos

O Código Penal contempla as penas restritivas de direito como alternativa à prisão e seus devastadores efeitos, desde que preenchidas as exigências do art. 44 daquele diploma^a—. Compulsados os autos, constata-se que o apelado atende a todos os requisitos legais. A irresignação ministerial incide apenas sobre uma particularidade técnica, porquanto a pena imposta ao réu foi substituída por uma única prestação pecuniária, porém o § 2º, daquele mesmo artigo, determina expressamente que se a condenação for superior a um ano, "a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos".

O erro da sentença é manifesto e, em face do recurso, urge a correção.

Fica mantida a prestação pecuniária que, na verdade, foi transformada em doação de cestas básicas, no valor de meio salário mínimo, por apenas dois meses. Há, aqui, outro erro técnico, na medida em que a pena restritiva de direitos substitui a privativa de liberdade *pelo tempo da condenação*, não havendo fundamento jurídico para a delimitação em dois meses. Contudo, ausente recurso ministerial quanto a este particular, a instância recursal nada pode fazer.

Em relação à segunda reprimenda que deve ser imposta, determino a inclusão, na condenação, da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, usualmente apontada como a de melhor efeito ressocializador, *pelo tempo da reclusão ora substituída*. O local e as condições de cumprimento da aludida sanção deverão ser determinadas pelo juízo competente para a execução penal, eis que mais capacitado a julgar a viabilidade da medida, na prática.

3 – Conclusão

Ante o exposto, **conheço da apelação** e, no mérito, **dou-lhe provimento** para, reformando a sentença de primeiro grau, **fixar a pena de Ricardo Henrique Vasconcelos Barbosa para 2 anos de reclusão**, a qual deverá ser **substituída pela prestação pecuniária alternativa já constante da sentença e por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**, tudo nos termos da fundamentação.

Ficam mantidas as demais disposições da sentença.
É como voto.

Belém, 28 de junho de 2012.

Des. João José da Silva Maroja
Relator