

# ESTADO DO MARANHÃO

# PODER JUDICIÁRIO

# TERCEIRA VARA CRIMINAL DA CAPITAL

# FORUM – Desembargador Sarney Costa

# Avenida Professor Carlos Cunha, s/nº, Calhau – São Luís (MA), Cep: 65000-000 Fone: (098-31945513)

## Ação Penal n.º 55355-17.2015.8.10.0001 (Distribuição n° 59368/2015)

## Autora: Justiça Pública

Promotora de Justiça: Dra. Lize de Maria Brandão de Sá Costa

**Acusado: FRANCISCO JOSÉ FERREIRA DO CARMO**

**Defensora Pública: Marta Beatriz de Carvalho Xavier**

Vítima: COLETIVIDADE

Conduta Ilícita: Art. 184, § 1º do Código Penal

**Sentença**,

O Ministério Público do Estado do Maranhão ofereceu denúncia criminal contra **Francisco José Ferreira do Carmo**, imputando a ele a conduta descrita no artigo 184, parágrafo primeiro do Código Penal com a consequente condenação nas penas abstratamente cominadas.

Consta da peça acusatória, que no dia 14 de dezembro de 2015 policiais civis do Maranhão, após 3(três) campanas avistaram o denunciado pilotando uma motocicleta e trazendo na garupa uma “ caixa suspeita”, ocasião em que acionaram uma equipe de apoio, e em conjunto invadiram a residência do acusado e o avistaram reproduzindo CD’s e DVD’s, bem como foram localizadas 05(cinco) torres com 50(cinquenta gravadores, diversas capas de discos sendo impressas, 500 (quinhentos) CD’s e DVD’s virgens de marcas diversas, cinco impressoras a jato de tinta, da Marca HP, 05(cinco)sacolas de fibras plásticas contendo diversos CD’s e DVD’s, 03(três) monitores de marcas diversas, um teclado e uma CPU de computador, razões pelas quais lhe foi dada voz de prisão em flagrante, depois posto em liberdade mediante fiança.

No interrogatório o acusado confessou que costuma gravar, em sua casa, CD,s e DVD,s que são vendidos na Feira do João Paulo, em São Luís, em uma banca própria.

As duas testemunhas, policiais civis que efetuaram a prisão em flagrante do acusado e foram seus condutores até a presença da autoridade policial, afirmaram nos depoimentos de fls. 10/13, que “observaram o autor chegar na residência de motocicleta trazendo na garupa uma caixa suspeita(...); que, quando chegaram os reforços, a residência foi invadida e o autor fora surpreendido em flagrante fabricando CD’s e DVD’s, pois(...).”

O Auto de Apreensão de fls. 16 descreve as coisas apreendidas, afirmando serem instrumentos de delitos, como sendo vários CD’s *aparentemente* falsificados; vários DVD’s *aparentando* serem falsificados; uma CPU de computador; 03 monitores de marcas diversas; 01 teclado; cinquenta gravadores e 500 CD’s e DVD’s virgens de marcas diversas; bem como uma motocicleta marca Suzuki EM 125 YES/JTA, devendo ser aquela que carregava na garupa a “ caixa suspeita”.

No relatório de fls. 49/50 a autoridade policial que não presidiu o flagrante e nem colheu as provas testemunhais, afirmou que Francisco José Ferreira do Carmo foi preso em flagrante gravando CD’s e DVD’s “piratas” para depois revender em barracas no varejo.(...) E que o indiciado confessara que costuma gravar CD’s e DVD’s em sua residência para posteriormente vender em bancas na feira do João Paulo, nesta cidade.

Denúncia criminal recebida em 12 de fevereiro de 2016.

Audiência de instrução e julgamento, com inquirição das testemunhas já ouvidas no Inquérito Policial. Interrogatório feito por mim em 12.07.2017, e alegações finais apresentadas pelas partes, fl. 69/71.

É o Relatório.

Decisão.

Este processo penal apurou a conduta do acusado Francisco José Ferreira do Carmo por suposta violação do tipo penal descrito no artigo art. 184 do Código Penal Brasileiro:

“Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

§ 1o Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)”

Trata-se de descrição do crime de violação de direito autoral. Em casos como este, quando da lavratura do Auto de Apreensão, deve-se observância às regras previstas no Código de Processo Penal, a seguir:

Art. 530-B. Nos casos das infrações previstas nos §§ 1o, 2o e 3o do art. 184 do Código Penal, a autoridade policial procederá à apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, em sua totalidade, juntamente com os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a sua existência, *desde que estes se destinem precipuamente à prática do ilícito.* (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Art. 530-C. Na ocasião da apreensão será lavrado termo, assinado por 2 (duas) ou mais testemunhas, com a descrição de todos os bens apreendidos *e informações sobre suas origens*, o qual deverá integrar o inquérito policial ou o processo. (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Art. 530-D. Subseqüente à apreensão, ***será realizada, por perito oficial, ou, na falta deste, por pessoa tecnicamente habilitada, perícia sobre todos os bens apreendidos e elaborado o laudo que deverá integrar o inquérito policial ou o processo.*** (Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)

Neste caso em julgamento, quando da feitura do Inquérito Policial, a autoridade se descuidou de observar as prescrições processuais acima anotadas e não fez um Auto de Apreensão hígido, pois após apreender, fls. descrever, 16/17 os CD’s e DVD’s afirmou que tais eram “aparentemente falsificados” ou “ aparentando serem falsificados” e que os demais CD’s e DVD’s num total de 500, eram virgens, ou seja, sem gravações nas mídias. Não afirmou e forma conclusiva do que se tratava.

De forma estranha concluiu o IP afirmando que Francisco José Ferreira do Carmo foi preso em flagrante gravando CD’s e DVD’s “piratas” para ***depois revender em barracas no varejo.(...) E que o indiciado confessara que costuma gravar CD’s e DVD’s em sua residência para posteriormente vender em bancas na feira do João Paulo, nesta cidade.***

Estranha, porque não constam nas peças do inquérito tais informações. O acusado confessou que ***fazia as gravações para vender em barraca própria na Feira do João Paulo, não tendo se referido à venda em barracas no verejo. Ou para vender em bancas...(...).***

Do mesmo modo, não foi realizada após a apreensão dos equipamentos e das mídias( cd’s e dvd’s), a perícia prevista no artigo 530 do CPP, acima transcrito, que deveria fazer parte destes autos. E também não foi explicitado o que continha a tal “caixa suspeita”.

Estas condutas da autoridade policial, se realizadas, seriam importantes, pois consistiriam nas provas da materialidade do fato narrado, e sem elas, as condutas, não será possível afirmar ocorrência do crime.

**Falta materialidade.**

No mesmo rumo, o tipo do artigo 184, § 1º, descreve a conduta de quem reproduz total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, *obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor.*

A denúncia descreveu que o acusado fora preso em flagrante reproduzindo CD’s e DVD’s, mas não informou ao processo o que continha nas mídias matrizes, ou seja, quais músicas eram copiadas e de quais autores e intérpretes eram. O certo é que os policiais que efetuaram a prisão e foram condutores e testemunhas da lavratura do auto de prisão em flagrante, afirmaram nos depoimentos de fls. 10/13, *... (...) a residência foi invadida e o autor fora surpreendido em flagrante fabricando CD’s e DVD’s, pois(...).* E sabemos que o tipo penal em questão não trata da fabricação de CD ou DVD, esse verbo fabricar CD e DVD não é núcleo do tipo.

Conceitua-se CD como disco ótico digital de armazenamento de dados. O formato foi originalmente desenvolvido com o propósito de armazenar e tocar apenas músicas, mas posteriormente foi adaptado para o armazenamento de dados (CD-ROM). Diversos outros formatos foram depois derivados deste, incluindo o CD de áudio e data (CD-R), mídias regraváveis (CD-RW), o Video Compact Disc (VCD), o Super Video Compact Disc (SVCD), o Photo CD, PictureCD, CD-i e o Enhanced Music CD. CDs de áudio e CD Players são comercializados desde Outubro de 1982. ( fonte: wikipedia).

Já o DVD - "Digital Video Disc", é um formato digital para arquivar ou guardar dados, som e voz, tendo uma maior capacidade de armazenamento que o CD, devido a uma tecnologia óptica superior, além de padrões melhorados de compressão de dados.

O tipo penal do artigo 184, § 1º do CPB, não descreve como conduta proibida fabricar essas mídias ( CD’s e DVD’s).

A descrição formalmente criminosa é de quem reproduz total ou parcial obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente; e nestes autos não há a descrição dessa conduta, nem muito menos quais autores e intérpretes foram copiados.

A conduta do acusado segunda a descrição feita pela polícia é atípica. E nestes autos nada mais foi produzido de prova, de forma firme, além do que foi produzido na fase policial. E o fato típico é uma conquista de direitos individuais contra o arbítrio do Estado, sobre a qual não podemos transigir. Se o Estado descreve com anterioridade e por lei uma conduta indesejada por ele, a conduta do indivíduo reputada de criminosa tem que amoldar-se perfeitamente ao tipo penal, para que o Estado possa exercitar a perseguição e usufruir desse direito de punir.

Mas não é só isso. ainda há outras considerações acerca da conduta do acusado a analisar. Fala-se muito no *PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL* aplicado à tolerância na reprodução de sons e imagens em pequenas quantidades de CD’s e DVD’s e venda desses produtos pelo autor da reprodução.

Hans Welzel, um dos antigos do direito penal, foi dos primeiros a responder a pergunta de que se é possível criminalizar uma conduta socialmente aceita por grande maioria da sociedade, e afirmava que mesmo que se enquadrasse em um tipo penal formalmente típico, não seria possível considerar delituosa uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade.

Na atualidade, o princípio da adequação social é tido como afastador da tipicidade material. Se o comportamento humano formalmente típico é tido como normal pela sociedade e não atenta contra a existência dela, ou seja, não se volta contra regras de condutas sociais, então a norma penal está em desavença com o que é o socialmente permitido. Sendo assim, nesses casos, renove-se essa desavença com o reconhecimento da atipicidade material da conduta do indivíduo, por não malferir preceitos importantes para a sociedade.

No mesmo rumo, o caráter fragmentário impõe ao Direito Penal que não sancione todas as condutas humanas formalmente lesivas a bens jurídicos, mas somente condutas bem graves e que apresentem perigo à sobrevivência da sociedade e praticadas contra bens mais relevantes.

O Direito Penal não deve ser vulgarizado com qualquer ação humana, portanto deve ser a última razão, e ser utilizado no último caso, e não em casos em que o argumento que motiva a aplicação do tipo penal formal ***é que não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos.*** (STF - HC 98898/SP – Min. Ricardo Lewandowski ). ***Ou que o prejuízo causado nesses casos não está vinculado apenas ao valor econômico dos bens apreendidos, mas deve ser aferido, também, pelo grau de reprovabilidade da conduta, que, nesses casos, é alto, tendo em vista as consequências nefastas para as artes, a cultura e a economia do País, conforme amplamente divulgados pelos mais diversos meios de comunicação.*** (STJ - HC 161.019/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho)

Afastando-me do entendimento esposado pelos juízes superiores do STJ e STJ, acima anotados, tenho que tais condutas tidas como criminosas poderiam ser perfeitamente combatidas com o direito tributário, com o direito administrativo ou civil, mas não com o Direito Penal, dada a aceitação social da conduta de quem produz para venda, cópias de CD’s e DVD’s originais que contenham manifestação artística.

Prova disso, da aceitação unânime dessa conduta, e que me obrigou a uma reflexão sobre a matéria, é que este processo me foi concluso dia 12.07.2017 e depois disso em três finais de semana seguidos trafeguei pelas estradas do Maranhão rumo às cidades de Santa Luzia do Paruá e Caxias. E foi fácil constatar a partir do Entroncamento de Itapecuru-Mirim até Santa Inês-MA, na BR 316, nos postos de combustíveis e paradas de ônibus e de Vans, uma quantidade muito grande de bancas de vendas CD’s e DVD’s. Nas cidades de Miranda, de Santa Inês na Parada das Laranjeiras e nos Postos de Combustíveis há fatura de vendedores com uma profusão de autores e interpretes à venda. No terminal Rodoviário de Peritoró, porta de entrada do Região do Alto Rio Mearim, Centro-Sul e Sul do Maranhão, encontrei dezenas de vendedores de tais produtos proibidos.

Em toda extensão da BR 316 e seus entroncamentos - onde o fluxo de autoridades das Polícias e Justiça, bem como de membros do órgão estatal de acusação-, é enorme a ocorrência de vendedores desses produtos formalmente proibidos e não há inconformismo de ninguém ou de nenhuma autoridade que por lá passa, até, talvez, pela consciência residente em eles de que não é justo atacar com o Direito Penal Incriminador táticas e estratégias de sobrevivência de pessoas menos favorecidas, ou seja, estratégias e táticas de sobrevivência daquelas pessoas para as quais “a batata está plantada em terras bem mais fundas e ruim de colher”- e daquela consciência de que o Direito Penal não existe para punir, pois o Estado já existe para fazer isso e muito bem. Ele tem sim, o Direito Penal, a missão de limitar o poder absoluto do Estado, criando mecanismos fortes para represamento da ação absoluta do Estado, como o tipo penal material.

E como disse antes, nesses entroncamentos rodoviários, bem como em todas as praças e feiras de São Luís, há fortíssima presença de vendedores, devidamente vistos pelas polícias e por demais autoridades.

Portanto condenar o acusado neste processo seria praticar seletividade penal e hipocrisia penal com o aprisionamento desnecessário do acusado; e combater táticas de sobrevivência de pessoas para as quais as oportunidades lhes deram poucas escolhas.

E eu não me comprometeria com coisas dessas.

Ante as razões acima expostas este juízo delibera por;

I - editar decisão absolutória em favor do acusado **Francisco José Ferreira do Carmo**, da conduta descrita no artigo 184, parágrafo primeiro do Código Penal, imputada a ele, por não restar satisfatoriamente provada materialidade do crime, ante a total imprestabilidade do Auto de Apreensão de Fls. 16/17.

II – Editar decisão absolutória, ante a concordância da sociedade local com a conduta do acusado, bem demonstrada nestes autos, reconhecendo a vigência do princípio da Adequação Social, como excludente da tipicidade material.

Restando o acusado absolvido da acusação que lhe foi feita, com base no artigo 386, II e III do Código de Processo Penal.

Determino a devolução ao acusado, da Motocicleta apreendida e de todos os bens aprendidos, descritos no termo de fls. 16/17, inclusive os CD’S e DVD’S virgens.

Arquive-se com as anotações e baixas de estilo, após o trânsito em julgado.

P.R.I.

São Luís(Ma), 06 de Agosto de 2017.

Clésio Coêlho Cunha

**Juiz de Direito**