

*Processo administrativo. Assessoria Criminal da Procuradoria-Geral de Justiça. Art. 28 do Código de Processo Penal. Busca e apreensão de unidades de mídias graváveis de jogos de videogame contrafeitos. Rejeição do arquivamento.*

## **ASSESSORIA CRIMINAL DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**

Procedimento Administrativo MPRJ nº 2014.00442862

Origem: Termo Circunstanciado nº 00666/2012 da 158ª Delegacia de Polícia, distribuído para a Vara Única da Comarca de Bom Jardim, onde recebeu o nº 0001170-87.2014.8.19.0009

Crime sob investigação: art. 184, §2º do CP

Indiciado: Giovani Klem

Assunto: Arquivamento recusado

### **PARECER**

*Arquivamento recusado. Art.28 do Código de Processo Penal. Busca e Apreensão de 345 unidades de mídias graváveis de jogos de videogame contrafeitos. Art. 184 §2º do Código Penal. Ação Penal Pública incondicionada. Promoção ministerial postulando o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade, consistente no reconhecimento da decadência do direito de queixa, por entender que o fato se adéqua ao delito previsto no artigo 12, §2º da Lei 9609/1998, processando-se mediante ação penal privada. Discordância judicial, com base na aplicação do artigo 12, § 3º, inciso II da Lei 9.609/1998, que prevê a ação penal pública incondicionada, diante da perda de arrecadação do Estado. Acórdão proveniente da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *declarando nula a decisão recorrida, diante do error in procedendo*. Remessa dos autos à Chefia do Ministério Público para fins do art. 28 do CPP. Autoria e materialidade delitiva comprovadas. Intuito de venda e lucro configurados. Ação Penal Pública incondicionada. Dever de deflagração da demanda em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Parecer que se orienta no sentido de sugerir a *não insistência no arquivamento*, designando-se Promotor de Justiça desimpedido para o oferecimento de denúncia.*

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça:

Trata-se de Termo Circunstanciado lavrado em virtude da busca e apreensão, em 19/12/2012, de 345 unidades de DVD's de videogames contrafeitos, as quais estavam

no estabelecimento comercial denominado Relojoaria e Chaveiro Hora Certa de Bom Jardim Ltda, de propriedade de *Giovani Klem*, com o propósito de venda.

Auto de Apreensão acostado à fl. 07.

Termo de Declaração dos policiais militares que realizaram a apreensão dos materiais, às fls. 09/12.

Laudo de Exame de Material, elaborado pelo Instituto de Criminalística Carlos Éboli, à fl. 36, concluindo tratar-se de aproximadamente 345 (*trezentos e quarenta e cinco*) unidades de mídias graváveis (*discos de vídeo digital – DVDs*) de marcas diversas, acondicionados em envelopes plásticos com encartes coloridos produzidos por impressão a jato de tinta, constando como títulos de jogos, tais como: “PlayStation”; “XBOX 360”. Os encartes têm características de reprodução doméstica e as mídias não exibem faces compatíveis com as utilizadas comercialmente; apresentam-se desprovidas de qualidade técnica existente nos originais, assemelhando-se aos vulgarmente conhecidos como “piratas”.

Relatório do Inquérito pela autoridade policial, às fls. 40/41, concluindo pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º do CP, tendo em vista que o indiciado, de forma consciente e com intuito de lucro, vendia cópia de obras intelectuais sem a autorização de quem detém os direitos sobre as mesmas.

Manifestação do Ministério Público, da lavra do Exmo. Promotor de Justiça, Dr. Giuliano Seta, entendendo pela *natureza privada da ação penal* aplicável ao caso, com base no crime previsto no art. 12, § 2º da Lei 9609/98, postulando, desse modo, a extinção da punibilidade e o conseqüente arquivamento do feito, com fundamento na decadência, em caso de não oferecimento tempestivo da queixa-crime pelo ofendido (fls. 43/45).

Esse posicionamento não foi acolhido pelo Juízo, o que ensejou a propositura de Recurso em Sentido Estrito em que o *Parquet* destacou que os *jogos de computador se enquadram no conceito de programa de computador*, razão pela qual, não se aplicam o rito e as penas do delito previsto no art. 184, § 2º do CP, mas, sim, o do previsto no art. 12, § 2º da Lei 9609/98, em face do princípio da *especialidade*, procedendo-se mediante ação penal privada. Contudo, diante da ausência de notícias do ajuizamento da queixa-crime pelo titular do direito autoral do programa de computador, *ratificou o pedido de arquivamento do inquérito*. (49/62).

A Exma. Juíza da Comarca de Bom Jardim, Dra. Hevelise Scheer, modificou o entendimento anteriormente esposado, afastando-se a incidência do art. 184, § 2º do Código Penal, por entender ser aplicável à hipótese o artigo 12, § 3º, inciso II da Lei 9.609/98, o qual prevê a natureza pública incondicionada da ação penal, tendo em vista a perda de arrecadação tributária em favor do Estado (fls. 63/64).

Acórdão proveniente da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *declarando nula a decisão recorrida, diante do error in procedendo*, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem e a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, caso mantida a decisão impugnada (fls. 91/93).

Encaminhamento dos autos, pelo Juízo de origem, ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça, na forma e para os fins do art. 28 do CPP.

Por conseguinte, o feito foi encaminhado à Assessoria Criminal, com posterior remessa para análise do Procurador de Justiça subscritor da presente.

### **Em síntese, é o relatório.**

Com efeito, a promoção de arquivamento levada a efeito pelo membro do *Parquet* não merece ser mantida, pois, a hipótese dos autos se subsume, sem sombra de dúvida, ao disposto no artigo 184, § 2º, do CP, cuja ação penal é pública incondicionada, conforme doutrina e jurisprudência majoritárias.

Reza o art. 184 do Código Penal que constitui crime “Violar direitos de autor e os que lhe são conexos, sendo a pena de *detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa*”.

O § 1º do referido dispositivo legal estabelece que: “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”, a pena será de *reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa*.

O § 2º do aludido dispositivo legal, por sua vez, visando apenar com o mesmo rigor que o § anterior, estabelece que:

*Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro* direto ou indireto, distribui, vende, *expõe à venda*, aluga, introduz no País, adquire, oculta, *tem em depósito*, original ou *cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor*, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, *sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente*. (Redação determinada pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003).

Como já informado, o indiciado confessou que comercializava CDs e Videogames há dez meses, tendo adquirido os produtos em local conhecido na cidade do Rio de Janeiro como “camelódromo”, reduto de revendedores de obras intelectuais falsificadas, situado na Rua Uruguaiana, Centro do Rio de Janeiro, tendo adquirido uma remessa de 300 unidades na primeira vez e mais 300 unidades em agosto de 2012, ao custo unitário de R\$ 1, cujo valor de *revenda* era de R\$ 3 (fls. 05).

Como destacado no preâmbulo desse parecer, o indiciado tinha em *depósito* (acondicionadas em um armário fechado), com *intuito de lucro*, 345 unidades (DVDs) de *jogos de videogame*, reproduzidas com violação de direito autoral, sem expressa autorização dos titulares dos direitos de quem os represente, ou seja, trata-se de contrafação ilícita, “pirataria”.

A hipótese dos autos, portanto, não se subsume ao disposto no artigo art. 12, § 2º da Lei 9609/98 – que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador –, pois, como se sabe, no campo dos direitos autorais, há os que reproduzem milhares de mídias para serem comercializadas por terceiros, sejam grandes ou pequenos comerciantes. Todos compõem um só universo de distribuição de cópias piratas de discos de música, filme, jogos de computador etc. São todos infratores, mormente os que comercializam com intuito de lucro, como no caso dos autos.

Sobre os §§ 1º e 2º do art. 184, que disciplinam as figuras *qualificadas* da violação de direitos autorais e sua natureza pública, com muita propriedade, o douto Cezar Roberto Bitencourt traça as seguintes explicações sobre o assunto:

Esses dois parágrafos *abrangem* especialmente a prática da *pirataria* de obras intelectuais, culturais e artísticas (...). A finalidade *lucrativa* da mesma conduta violadora de direitos autorais e dos que lhes são conexos *qualifica* o crime, cuja pena cominada é de dois a quatro anos de reclusão e multa. A finalidade comercial – *intuito de lucro* – *amplia* consideravelmente o *desvalor* e o resultado da conduta violadora do direito autoral. Esse caráter mercenário da pirataria autoral justifica a majoração da sanção penal. A violação em si mesma já é criminosa e a sua *finalidade mercantil* a torna abjeta e merecedora de maior reprovação social (...). Em relação às condutas tipificadas nos §§ 1º e 2º, a *ação penal será pública incondicionada*<sup>1</sup>. (grifamos).

A distinção entre o crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal e o delito do artigo 12, da Lei nº 9.609/98, foi muito bem definida em julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, nos Embargos Infringentes de nº 2011.035084-4/0001-00, julgado em 10/4/2012, em cujo voto o Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator) asseverou:

O objeto jurídico do delito capitulado no *Codex Penal* é a *propriedade intelectual* consubstanciada no direito autoral, o qual possui “*natureza mista, de cunho pessoal ou moral e patrimonial*”.

Verifica-se que o alcance da norma é amplo, pois, além de proteger os danos patrimoniais advindos da conduta delituosa, garante os prejuízos subjetivos do autor quanto à sua criação.

No art. 184, § 2º, do Código Penal (LGL\1940\2), pretende-se coibir a “*pirataria*”, a fraude, a falsidade, a cópia ilegal da produção.

Por sua vez, a norma prevista no art. 12, § 1º e § 2º, da Lei n.º 9.609/98, possui alcance *restritivo*, pois se destina a proteger *exclusivamente os direitos intelectuais na área de TI (Tecnologia de Informática)*, visando coibir a cópia ilegal de “*softwares*” de computador.

<sup>1</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado do Direito Penal*, 6ª edição, 2010, páginas 391/392.

Nessa esteira, tenho por incabível a discussão acerca da inconstitucionalidade, pois em verdade *nem se trata de questão decorrente de conflito de normas*.

Na lição da doutrina:

“Lei especial é a que contém todos os elementos de outra (geral) e ainda alguns elementos especializantes. (...) A escolha pela lei especial é determinada pela comparação abstrata. Lendo-se a lei especial, percebe-se também a geral (...). Além de conter todos os elementos da lei geral e acrescentar os elementos especializantes, para que uma lei seja especial em relação à outra é ainda preciso que ambas tutelem o mesmo bem jurídico e que haja entre elas relação de gênero e espécie.”

*Esse é o caso dos autos em que a Lei nº 9.609/98 contém os elementos do tipo descrito no art. 184, do Código Penal (LGL\1940\2), com a peculiaridade de dirigir-se exclusivamente ao direito do autor de programas de informática.*

Como sabido, a lei especial exclui a aplicação da lei geral.

Entretanto, tal ocorre quando estamos diante do caso concreto que se amolde à exata previsão da norma específica, *o que não se verifica no caso em análise em que os embargantes foram flagrados transportando, para posterior comercialização, cópias de CD's e DVD's musicais diversos, material que nada tem a ver com programas de computadores* strito sensu.

Ademais, o fato do dispositivo em questão possuir *pena mais gravosa que a prevista na Lei nº 9.609/98 não implica em violação ao princípio da proporcionalidade ou da isonomia*, pois, ao estabelecer a reprimenda levou-se em consideração o maior desvalor da conduta muito disseminada – e que deve ser igualmente repelida – em nossa sociedade, exigindo, portanto, maior repressão e punição. (grifos nossos).

Esse também é o entendimento da *Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, em acórdão Unânime, da Relatoria do eminente DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ, julgado em 27/01/2010, *in verbis*:

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

PROGRAMAS DE COMPUTADOR

MAIOR GRAU DE REPROVABILIDADE

CONSTITUCIONALIDADE

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Violação de direito autoral. Artigo 184, § 2º, do Código Penal.

Condenação. Pena: 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, na razão unitária de 1/30 do salário-mínimo. Regime aberto. Substituição na forma do artigo 44 do Código Penal. Apelo defensivo requerendo o reconhecimento da inconstitucionalidade *incidenter tantum* do artigo 184, § 2º, do Código Penal, eis que dá tratamento mais gravoso do que o dispensado aos que violam direitos autorais dos criadores de programas de computador, com a consequente remessa dos autos ao órgão de origem para que seja formulada proposta de suspensão condicional do processo. *Inexiste inconstitucionalidade por violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, eis que são tipos jurídicos diferentes, o artigo 184, § 2º, do Código Penal refere-se à violação dos direitos do autor de obra intelectual e o artigo 12 da Lei nº 9.609/98 versa sobre a violação dos direitos de autor de programa de computador, aos quais foram atribuídos pelo legislador graus de reprovabilidade diferentes que, ante a sua discricionariedade, fixou reprimenda maior ao delito de violação de direitos autorais de obra intelectual.* Apelo improvido.

Precedente Citado: TJRJ ApCrim 2008.050.04526, Rel. Des. Ângelo Moreira Gliuche, julgado em 20/08/2008 e ApCrim 2009.050.00923, Rel. Des. Denise Rolins Lourenço, julgado em 29/04/2009. (grifos nossos).

Também merece destaque o acórdão proferido pela *Primeira Câmara Criminal* do mesmo Tribunal, sendo Relator o eminente Des. *MARCUS BASILIO*, Julgado em 26/07/2016:

EMENTA: PENAL – PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL – EMBARGOS INFRINGENTES – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – ARTIGO 184, §2º DO CP – CONDENAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DO ARTIGO 12, §1º DA LEI 9.609/1998 PELO VOTO VENCIDO – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA DO INTUITO DE MERCÂNCIA DA MERCADORIA – PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR. *Inicialmente se faz necessário indicar a diferença dos tipos do artigo 12, §2º da Lei 9609/98 e artigo 184, §2º do CP. Em que pese o bem jurídico protegido ser o mesmo, a saber, propriedade intelectual, os objetos materiais dos tipos se diferem em sua natureza. O artigo 184 do CP diz respeito à violação de direitos autorais como um todo, sendo o artigo 12 da Lei 9609/98 um tipo especial dedicado exclusivamente à violação de direitos de autor de programa de computador. Diante das provas carreadas nos autos, não há como operar a desclassificação pretendida, na medida em que o laudo acostado (index 00030) não indica expressamente que o conteúdo dos bens apreendidos seja programas de computador. Ao revés, da sua leitura extrai-se que os CD's, DVD's têm conteúdo diverso de programas de computador, já que houve a diferenciação em relação*

aos DVD's comuns e aos DVD's de jogos. Feitas tais considerações, importante frisar que a prova da mercancia só se faz necessária quando analisado o tipo do artigo 12, §2º da Lei 9609/98, que expressamente o exige para sua configuração. *De outro giro, o artigo 184, §2º do CP nada fala acerca da prova da mercancia, só exigindo o intuito de lucro direto ou indireto daquele que viola direito autoral.* Por amor ao debate, insta consignar que mesmo diante da ausência de necessidade da prova da mercancia dos bens que estavam na posse do embargante, *o intuito de lucro foi cabalmente comprovado. O réu foi preso com grande quantidade de CD's e DVD's, o que, por si só, já demonstra o intuito de lucro,* ainda mais somado ao fato que essa não era a primeira vez em que o mesmo foi abordado nas mesmas condições. Ademais, os policiais militares responsáveis pela prisão relataram *que o acusado admitiu que vendia os produtos* para seu sustento e de sua família. (Grifamos).

Ademais, ressalte-se, ainda, o *Enunciado nº 502* da Súmula da Jurisprudência predominante do STJ: *“Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs ‘piratas’”.*

Diante disso, incontestemente a configuração, no caso, do delito de violação do direito autoral, sendo pública e incondicionada a natureza da ação penal, não cabendo, *in casu*, a aplicação do disposto no art. 12 da Lei 9606/98 por não se tratar de violação de direito de programas de computador.

Ante o exposto, o presente parecer é no sentido de sugerir a Vossa Excelência *que não insista no arquivamento* do inquérito policial e, em consequência, designe Promotor de Justiça desimpedido para o oferecimento de denúncia.

Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2016.

**LEONARDO FREIRE DE OLIVEIRA**

Assistente da Assessoria Criminal

De acordo:

**ANTONIO CARLOS BISCAIA**

Assessor-Chefe da Assessoria Criminal

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento Administrativo MPRJ nº 2014.00442862

Origem: Termo Circunstanciado nº 00666/2012 da 0158ª Delegacia de Polícia, distribuído para a Vara Única da Comarca de Bom Jardim, onde recebeu o nº 0001170-87.2014.8.19.0009

Crime sob investigação: art. 184, §2º do CP

Indiciado: Giovani Klem

Assunto: Arquivamento recusado

APROVO o parecer da douta Assessoria Criminal. Na forma do art.28 do Código de Processo Penal, deixo de confirmar a promoção de arquivamento inserta Termo Circunstanciado nº 00666/2012 da 158ª Delegacia de Polícia. Designo o Promotor de Justiça ..... para oferecer denúncia contra o indiciado Giovani Klem. Devolvam-se os autos ao Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Bom Jardim. Dê-se ciência ao Promotor de Justiça que oficiou no feito e, após, publique-se.

Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2016.

**ALEXANDRE ARARIPE MARINHO**

Subprocurador-Geral de Justiça de  
Assuntos Institucionais e Judiciais