

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.058.870 - RJ (2008/0107981-0)\*

Relator : Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente : Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido : Welton de Oliveira Gomes

Advogado : José Cícero da Silva

#### EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA. APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 12 DA LEI 9.609/98 AO CRIME DO ART. 184, § 2º, DO CP. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É vedada a combinação de leis, em consagração aos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

2. Recurso parcialmente provido para restaurar a sentença condenatória.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

---

\* Recurso Especial interposto pela Procuradora de Justiça Dalva Pieri Nunes. *Vide* seção "Pareceres e Razões".

Brasília (DF), 23 de junho de 2009(Data do Julgamento).  
Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator.

## RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA: Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, que, por maioria e de ofício, anulou a sentença condenatória, mas manteve o tipo penal originário, aplicando-se-lhe preceito secundário de outra norma penal. O acórdão recorrido restou assim exarado (fl. 189):

PENAL. FITA PIRATA. ARTIGO 184 § 2º CP. PENA. ISONOMIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO.

Irrelevante para a configuração do tipo imputado eventual má qualidade da fita pirateada, o que torna ainda mais grave a infração. A dificuldade financeira e o grande número de pessoas desempregadas não justificam a prática do comportamento ilícito.

Tratando-se de condutas idênticas que protegem o mesmo bem jurídico, não se justifica que o preceito secundário do artigo 184 § 2º do Código Penal seja diferente daquele do artigo 12 da Lei 9.609/98. O equívoco do legislador ao não observar os princípios da isonomia e proporcionalidade pode ser corrigido pelo Judiciário.

Aplicado ao tipo praticado o preceito secundário do artigo 12 da Lei 9.609/98, deve o Ministério Público previamente se manifestar acerca de eventual proposta de suspensão do processo, devendo a sentença ser anulada para tal fim.

Sustenta o recorrente negativa de vigência ao art. 184, § 2º, do CP, por ter o acórdão recorrido aplicado o preceito secundário do art. 12 da Lei 9.609/98. Alega, ainda, ofensa ao art. 2º do CPC, ante a anulação da sentença sem que padecesse de vício ou houvesse pedido manifesto de quaisquer das partes (fls. 210/216).

Requer a reforma do acórdão para restaurar a sentença condenatória.

Contrarrrazões apresentadas (fl. 220/236) e admitido o recurso na origem (fls. 238/239), foram os autos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradora-Geral da República MARIA DAS MERCÊS DE C. GORDILHO ARAS, opinou pelo parcial provimento do recurso (fls. 245/258).

É o relatório.

## VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator): Conforme relatado, pretende o recorrente a reforma do acórdão a fim de se restaurar a sentença condenatória, ante a aplicação de preceito secundário de outra norma penal, bem como em razão da anulação da sentença condenatória sem que houvesse vício ou pedido de quaisquer das partes.

Inicialmente, assinalo que não restou prequestionada a questão referente à ofensa ao art. 2º do CPC, de forma que não prospera, nessa parte, o pleito do recorrente.

Da análise dos autos, verifica-se que o recorrido foi condenado pelo crime do art. 184, § 2º, do CP à pena de 2 anos de reclusão, substituída por 2 restritivas de direito, e ao pagamento de 20 dias-multa.

Em sede de apelo defensivo, improvido pelo Tribunal de origem, foi alterada de ofício a sanção do art. 184, § 2º, do CP pelo preceito secundário do art. 12 da Lei 9.609/98, sob a seguinte fundamentação (fls. 193/195):

... excepcionalmente, quando violado o princípio constitucional da igualdade, ou seja, quando condutas idênticas que ofendem o mesmo bem jurídico são tratadas de forma desigual, o Juiz, sempre de olho na Constituição, deve intervir para sanar a contradição. (...)

O tipo imputado ao apelante tem como bem juridicamente protegido a propriedade intelectual. No caso presente, o apelante foi flagrado quando expunha diversos CD's falsificados à venda, ficando efetivamente violado o bem jurídico protegido. A pena mínima prevista para tal conduta é de dois anos de reclusão.

A Lei 9.609/98 prevê como crime a falsificação de programa de computador, tendo como bem juridicamente protegido, assim como o tipo pelo qual foi o apelante condenado, a propriedade intelectual. A pena mínima cominada para esta infração é de um ano de reclusão. (...)

Condutas idênticas, que protegem o mesmo bem jurídico, apenas sendo distinto o objeto material, são punidas de forma diferente, o que, a meu sentir, viola o princípio da isonomia previsto na carta magna. (...)

Assim, excepcionalmente, quando existir na própria legislação vigente padrão comparativo a demonstrar tratamento desigual de fatos idênticos, deve o juiz intervir e reconhecer que a pena respectiva se mostra em desacordo com a carta magna. (...)

Nada justifica o tratamento diferenciado entre CD pirata e PROGRAMA DE COMPUTADOR pirata.

Assim, configurada a violação do art. 184, § 2º, do CP, uma vez que vedada a combinação de leis, em consagração aos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

A esse respeito, confira o entendimento desta Corte Superior no seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88) QUE IMPÕE O EXAME, NO CASO CONCRETO, DE QUAL DIPLOMA LEGAL, EM SUA INTEGRALIDADE, É MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE.

I - A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga.

II - A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33.

III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador.

IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao

condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.

**VI - O parágrafo único do art. 2º do CP, à toda evidência, diz com regra concretamente benéfica que seja desvinculada, inocorrendo, destarte, na sua incidência, a denominada combinação de leis.**

**VII - A vedação à combinação de leis é sufragada por abalizada doutrina. No âmbito nacional, v.g.: Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. Dentre os estrangeiros, v.g.: Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Edgardo Alberto Donna, Gonzalo Quintero Olivares, Francisco Muños Conde, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Germano Marques da Silva e Antonio Garcia-Pablos de Molina.**

.....  
Ordem denegada. (HC 106.193/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 16/3/09 - Grifamos)

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial para restaurar a sentença condenatória.

É o voto.