

## Violação de direito autoral - Preliminar de ofício - Teses antagônicas - Defensor único - Defesas colidentes - Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa - Nulidade absoluta

Ementa: Apelação criminal. Art. 184, § 2º, do CP. Preliminar de ofício. Teses defensivas conflitantes. Defensor comum aos réus. Ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição da República. Nulidade absoluta.

- Constitui nulidade absoluta, por ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição da República, quando um único defensor patrocina os interesses de dois réus com teses antagônicas.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0074.11.001977-0/001 - Comarca de Bom Despacho - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2ºs) D.A.S. e outro, D.J.S. - Apelados: D.A.S. e outro, D.J.S., Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em, DE OFÍCIO, ANULAR O PROCESSO, A PARTIR DA F. 81, INCLUSIVE.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2014. - Renato Martins Jacob - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Em exame, recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público

do Estado de Minas Gerais e pelos denunciados D.A.S. e D.J.S. contra a respeitável sentença que condenou estes nas iras do art. 184, § 2º, do Código Penal (f. 190/193).

D.A.S. foi condenado a expiar uma pena de reclusão de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, em regime aberto, além de 12 (doze) dias-multa, enquanto impôs-se a D.A.J. uma pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além de 10 (dez) dias-multa, substituída a pena carcerária por prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo em favor do Conselho da Comunidade de Bom Despacho/MG, além de mais 20 (vinte) dias-multa.

O Ministério Público pede o aumento da pena de D.A.S. e recrudescimento do regime prisional, e, com relação a D.J.S., pugna pela modificação das penas substitutivas por outras de caráter não pecuniário (f. 196/205).

Por sua vez, a defesa dos réus afirma que D.A.S. não agiu com dolo e estava no local ali apenas para fechar a banca, desconhecendo a existência do material apreendido, que pertencia apenas a D.J.S., seu genitor. Assim, pugna pela absolvição por atipicidade.

Ambos ainda pedem a absolvição por força do princípio da adequação social. Subsidiariamente, pedem a desclassificação para o delito do art. 184, *caput*, do Código Penal, por ausência de tutela ao videofonograma no § 2º do referido dispositivo. Caso mantida a condenação, D.A.S. requer o afastamento do *bis in idem*, pelo fato de a reincidência ter elevado a pena e, concomitantemente, obstado as penas substitutivas e o *sursis* (f. 217/232).

Contrarrazões apresentadas (f. 234/236 e 252/259).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela absolvição de ambos os réus, por ausência de provas da materialidade e por força do princípio da adequação social (f. 266/269).

A denúncia foi recebida em 19.10.2011 (f. 71), e a sentença condenatória foi publicada em 14.02.2013 (f. 194).

Conheço dos recursos, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Antes de adentrar o mérito dos apelos, tenho preliminar de nulidade, que ora submeto à elevada apreciação da egrégia Turma Julgadora.

Segundo se depreende dos autos, os recorrentes D.A.S. e D.J.S., apesar de apresentarem teses defensivas conflitantes, tiveram suas defesas patrocinadas pelos mesmos advogados, o que acarreta flagrante ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição da República.

Embora D.A.S. tenha afirmado que o material contrafeito pertencia a D.J.S., que, por sua vez, confessou a propriedade, certo é que o exercício da ampla defesa restou prejudicado, haja vista que os advogados dos acusados adotaram tese defensiva em que as declarações de um foram preponderantes para a condenação do outro, ou seja, a tese que favoreceu o primeiro prejudicou o segundo.

O prejuízo para um dos réus é patente, na medida em que, para viabilizar a absolvição do codenunciado D.A.S., seu filho, que foi flagrado no local, D.J.S. teve que assumir a propriedade do estabelecimento comercial e de todo o material contrafeito ali apreendido (CDs, DVDs e jogos de videogame), e ainda descrever todos os detalhes da aquisição do produto pirateado.

Somem-se, ainda, as dissonâncias entre os acusados, na medida em que, por exemplo, D.A.S. afirmou que estava ali apenas para “fechar o estabelecimento” (f. 162), enquanto D.J.S. já sustentou que pediu a D.A.S. para que, naquele dia, “tomasse conta da banca para o declarante” (f. 14). Noutro ponto, D.J.S. disse que quando adquiriu a banca de D.A.S., “lá já existiam os DVDs/CDs, sendo que ia acabar com eles” (f. 165), enquanto D.A.S. disse que “não sabe a origem das referidas mercadorias” (f. 07/08, confirmado às f. 161/162).

Verifica-se, pois, que a ilustrada defesa estava impossibilitada de patrocinar, com eficiência, os interesses de ambos os acusados, circunstância que enseja o reconhecimento da nulidade do processo, como bem assevera Ada Pellegrini Grinover:

*A nomeação de um só defensor para os réus que apresentem versões antagônicas para os fatos apresentados sacrifica irremediavelmente o direito de defesa [...]. A nulidade, no caso, surge como absoluta, não havendo que se perquirir a respeito da ocorrência do prejuízo. E, sendo assim, será decretada em qualquer fase do procedimento [...] (As nulidades no processo penal. 5. ed., 1996, p. 78-79 - destaquei).*

Assim, em razão da ofensa ao preceito constitucional estatuído no art. 5º, LV, da CR/88, revela-se imperiosa a anulação do processo a partir da defesa prévia, restando prejudicado o exame meritório dos recursos.

Mercê de tais considerações, em preliminar de ofício, anulo o processo a partir da defesa prévia (f. 81/83), determinando a remessa dos autos à Comarca de origem, a fim de que seja renovada a instrução, desta feita, com os acusados patrocinados por advogados ou defensores públicos distintos.

Deixo de expedir alvará de soltura, pois ambos já respondem ao presente feito em liberdade.

Custas recursais, pelo Estado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NELSON MISSIAS DE MORAIS e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

*Súmula* - DE OFÍCIO, ANULARAM O FEITO A PARTIR DE F. 81, INCLUSIVE.

...