

CRIMES RELATIVOS AOS DIREITOS AUTORAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS PERSPECTIVAS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA E BEM JURÍDICO

CRIMES RELATING TO COPYRIGHTS: AN ANALYSIS FROM PROSPECTS FOR LEGISLATIVE AND LEGAL RATIONALITY

Paula Nunes Mamede Rosa*

RESUMO

O presente artigo trata da discussão dos crimes relativos aos direitos autorais, adotando a separação entre aqueles de natureza moral daqueles de natureza patrimonial, para então focar nesses últimos. Parte-se dos elementos fornecidos pela teoria do bem jurídico penal e da racionalidade legislativa, trazendo, quando necessário, argumentos de cunho interdisciplinar para questionar a criminalização das condutas referentes aos direitos autorais patrimoniais e sua relação com a realidade social brasileira, garantias constitucionais previstas e com o acesso ao conhecimento. Para tanto, os itens 1 a 3 fornecem os pressupostos utilizados para essa discussão e o item 4 desenvolve a discussão em si.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de direitos autorais; Teoria econômica da escassez; Racionalidade legislativa; Bem jurídico.

ABSTRACT

The present article aims to discuss crimes against author rights (copyright and moral rights), adopting the different concepts of each, to then focus on copyrights. The elements provided by the criminal theory of legal asset and legislative rationality are used for this discussion, also bringing, when necessary, arguments of interdisciplinary nature to question the criminalization of conducts relative to copyrights and their relation to Brazilian social reality, the constitutional guarantees provided and access to knowledge. For this, items 1 to 3 provide the assumptions used for such discussion and item 4 develops the discussion itself.

* Mestranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

KEYWORDS: Copyright crimes; Economic theory of scarcity; Legislative rationality; Legal asset.

“If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.

That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space without lessening the density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give and exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody.” Thomas Jefferson¹

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade cada vez mais globalizada e conectada, com informações trocadas a todo momento, em frações de segundo, e oriundas dos mais diversos lugares do mundo, é necessário abordar a questão da propriedade intelectual e, mais especificamente, dos direitos autorais.

Se antes a criação intelectual humana ficava restrita a poucos, pela dificuldade em sua reprodução e pela necessidade de uma estrutura para ser dispersada, contemporaneamente, na era da internet e do desenvolvimento tecnológico, a facilidade de compartilhamento de dados faz com que o fenômeno contrário ocorra, qual seja, perde-se controle do que é transmitido, por quem e para quem.

¹ LIPSCOMB, Andrew A., BERGH, Albert Ellery (Ed.). **The Writings of Thomas Jefferson**. Washington: Thomas Jefferson Memorial Association, 1905, vol. 3, art. 1, seção 8, cláusula 8, doc. 12. Disponível em http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html, acessado em 28 jul. 2014.

Essa nova realidade, para a qual o Direito ainda não se preparou, em conjunto com a sociedade de risco resultante desse mesmo contexto de desenvolvimento de tecnologia, faz com que a proteção dos direitos autorais, como concebida hoje, seja quase obsoleta.

Não se pretende, no presente artigo, abordar questões cíveis acerca dos direitos autorais e de sua proteção, mas se tem como objetivo analisar a criminalização das condutas relacionadas aos direitos autorais.

O tipo penal de tais condutas está inserido no Código Penal no Título que trata “Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial”, no Capítulo sobre “Dos Crimes contra a Propriedade Intelectual”, o que permite, em um primeiro momento, e por uma conclusão lógica, afirmar que se visa a proteger a propriedade intelectual. Alguns doutrinadores, ainda, entendem que o bem jurídico protegido é o interesse econômico das empresas que exploram o produto dos direitos autorais, ou o interesse social e do consumidor em saber a proveniência do que se consome, entre outros.

A proposta do presente trabalho é, no entanto, fugir desse ciclo vicioso de se legitimar o crime ao encontrar o bem jurídico. Interessa menos encontrar o bem jurídico declarado e mais aferir qual a sua necessidade, se se encaixa nos princípios penais basilares do Estado Democrático de Direito, o que se está efetivamente – e não declaradamente – protegendo. E, ainda, qual a eficácia dessa intervenção.

Partindo de estudos acerca da racionalidade legislativa e do bem jurídico, portanto, surgem alguns questionamentos quanto à legitimidade da intervenção penal para a proteção dos direitos autorais, os fins da norma penal que versa sobre ela, bem como a sua eficácia.

Se um dos fundamentos de todo Estado de Direito é a sua estruturação em torno da lei como expressão da vontade geral e como representação democrática, essa lei é legítima ao atender aos anseios e às necessidades de determinada sociedade. Está, por isso, submetida a constantes questionamentos, devendo ser dinâmica, de forma a acompanhar uma sociedade plural e diversa, em contínua mudança.

1 DIREITOS AUTORAIS

Propriedade Intelectual é compreendida, genericamente, como um conjunto de direitos resultantes do trabalho da inteligência e criatividade humanas, sendo um de seus ramos os direitos autorais.

Direitos autorais, por sua vez, regulamentados pela Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, são definidos, em seu art. 1º, como “os direitos de autor e os que lhe são conexos”. Assim, o conceito de direitos autorais engloba o direito de autor e os direitos conexos, sendo esses últimos entendidos como “os direitos reconhecidos, no plano dos de autor, a determinadas categorias, que auxiliam na criação, na produção ou na difusão da obra intelectual”².

O fundamento da propriedade intelectual difere em muito do da propriedade material, uma vez que a propriedade material é adquirida por qualquer meio lícito e a propriedade intelectual necessita de sua materialização em um determinado suporte.

A propriedade tradicional recai em um objeto material preexistente, que tem existência mesmo que não seja adquirido por ninguém. A propriedade intelectual, por sua vez, recai sobre um objeto imaterial, que se individualiza enquanto propriedade e é atribuído ao seu criador, ou seja, não preexiste e não está à disposição do primeiro que a toma. Por essa razão, ninguém pode monopolizar as palavras e as idéias vulgares, as notas musicais, as cores, uma vez que o monopólio da combinação desses elementos está condicionado à originalidade do resultado, da criação de algo novo que possa ser atribuído ao seu criador³.

A propriedade intelectual divide-se, então, em dois grupos: criações intelectuais no campo técnico, protegida pela propriedade industrial⁴, e no campo estético, protegida pela propriedade literária, artística e científica. O direito autoral, assim, diz respeito ao segundo grupo. Aquele, de acordo com o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição)⁵, pode ser descrito como:

[...] um conjunto de prerrogativas conferidas por lei à pessoa física ou jurídica criadora da obra intelectual, para que ela possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes da exploração de suas criações. [...] Os direitos autorais são

² Projeto “Pensando o Direito – Propriedade Intelectual”, n. 03, p. 10, disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>, acessado em 09 jun. 2014.

³ GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual. In: MIR, José Cerezo, MONTES, Rodrigo F. Suarez, IPIÑA, Antonio Beristain, CASABONA, Carlos M. Romeo (Ed.). **El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al Professor Doctor Don Ángel Torío López**, Granada: Comares, 1999. p. 756.

⁴ Não é objeto do presente artigo tratar da propriedade industrial, representada por marcas, patentes e desenhos industriais, embora seja um rico campo a ser explorado. Restringe-se, aqui, aos direitos autorais.

⁵ ECAD. **O que é direito autoral?** Disponível em: <http://www.ecad.org.br/pt/direito-autoral/o-que-e-direito-autoral/Paginas/default.aspx>, acessado em: 14 jun. 2014.

divididos, para efeitos legais, em direitos morais e patrimoniais. Os direitos morais asseguram a autoria da criação ao autor da obra intelectual, no caso de obras protegidas por direito de autor. Já os direitos patrimoniais são aqueles que se referem principalmente à utilização econômica da obra intelectual. É direito exclusivo do autor utilizar sua obra criativa da maneira que quiser, bem como permitir que terceiros a utilizem, total ou parcialmente. Ao contrário dos direitos morais, que são intransferíveis e irrenunciáveis, os direitos patrimoniais podem ser transferidos ou cedidos a outras pessoas, às quais o autor concede direito de representação ou mesmo de utilização de suas criações. Caso a obra intelectual seja utilizada sem prévia autorização, o responsável pelo uso desautorizado estará violando normas de direito autoral, e sua conduta poderá gerar um processo judicial. A obra intelectual não necessita estar registrada para ter seus direitos protegidos. O registro, no entanto, serve como início de prova da autoria e, em alguns casos, para demonstrar quem a declarou primeiro publicamente.

Os direitos autorais, portanto, são divididos em direitos morais e patrimoniais:

Los derechos de carácter personal conforman lo que se conoce como *derecho moral* del autor, integrado por un conjunto de facultades extrapatrimoniales que el ordenamiento jurídico reconoce al creador de una obra, en la que ha proyectado su personalidad intelectual, y mediante las que se trata sobre todo de asegurar que la obra creada no pueda ser desfigurada o divulgada sin tener en cuenta la voluntad del autor. Los derechos patrimoniales, generalmente conocidos como *derechos de explotación*, son los que aseguran al creador el aprovechamiento de las remuneraciones y beneficios económicos a los que tiene derecho por su trabajo creativo.⁶

Assim, os direitos autorais morais são aqueles de caráter pessoal, que são compostos por um conjunto de facultades extrapatrimoniais, são as projeções da personalidade do autor, e visam a garantir que a obra criada não poderá ser modificada ou divulgada sem considerar a vontade do autor.

Os direitos autorais patrimoniais, por sua vez, são os direitos de exploração sobre a obra criada, que asseguram ao autor sua remuneração e os benefícios econômicos aos quais tem direito por seu trabalho criativo.

Assim, quando um comprador adquire uma obra materializada em um suporte, passa a deter a propriedade daquele bem, do suporte, e desfruta da obra em si. Não adquire, no entanto, os direitos patrimoniais ou morais.

Historicamente, a proteção dos direitos autorais era de certa forma natural, uma vez que havia dificuldade no processo de reprodução de obras, feita manualmente. Foi com a invenção da imprensa que esse processo se tornou mais eficiente e surgiu a necessidade de seu controle. Os soberanos de então concediam aos donos dos meios de produção o monopólio da comercialização de obras, exigindo em contrapartida que o conteúdo divulgado

⁶ GONZÁLEZ RUS, *op. cit.*, p. 757.

não fosse desfavorável aos seus interesses. As corporações, assim, eram aliadas do governo, controlando a produção impressa e manipulando os escritos.⁷

Essa troca entre o poder dominante e os donos do meio de produção visava a garantir o monopólio de reprodução das obras, e não a tutelar os direitos morais de autor, razão pela qual foi denominada *copyright*. Foi com a Revolução Francesa e a Revolução Industrial que começou a surgir uma consciência de que os criadores das obras teriam algum direito sobre suas criações. As origens do que hoje chamamos de “propriedade intelectual” remonta, portanto, às origens do capitalismo.⁸

1.1 Direitos autorais e acesso ao conhecimento

Não são poucos os debates em torno da natureza jurídica do direito autoral, sendo que alguns a compreendem como uma propriedade social:

Nega-se, em primeiro lugar, a própria natureza jurídica do direito autoral, em virtude do caráter social das idéias. Dessa opinião, compartilha PROUDHON, verdadeiro espírito de contradição, na frase de WALINE, o qual sustenta que obras literárias, científicas e artísticas não podem ser objeto de propriedade, porque a literatura e a arte não são coisas venais, mas que se distribuem gratuitamente. Na mesma ordem de idéias, afirma MANZINI que ‘o pensamento, uma vez manifestado, pertence a todos; é uma propriedade social: a inspiração da alma humana não pode ser objeto de monopólio’.⁹

Um aspecto relevante do direito autoral que deve ser levado em consideração é que, ao contrário do que muitos imaginam quando pensam em uma criação, como algo espontâneo, que vem da mente e da criatividade humanas e pertencem exclusivamente àquele que criou, ela é, na maioria das vezes, resultado de um acúmulo de conhecimento que esteve disponível de forma a possibilitar aquela criação. A inspiração da alma humana parte, na realidade, de uma gama de conhecimentos e informações pré-estabelecidos e ao qual o criador teve acesso ilimitado e irrestrito¹⁰.

⁷ VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da propriedade intelectual. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro, 15/16, p. 65, anual. 2007, p. 7-8.

⁸ *ibid.*, p. 8.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 3: Direito das Coisas, 37^a ed. Revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, São Paulo, Editora: Saraiva, 2003. p. 444, apud ESCOBAR, Marcelo Ricardo. **As regras vigentes de proteção intelectual como óbice ao desenvolvimento nacional**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, ano 14, n. 20, p. 48.

¹⁰ ESCOBAR, op. cit., p. 49. Nesse mesmo artigo, o autor inclusive exemplifica com um estudo acerca das obras de Shakespeare: “[...] sabe-se que o crítico inglês MALONE, apelidado *Minutius*, contou minuciosamente os plágios cometidos por Shakespeare. Concluiu que em 6.043 versos de suas tragédias, 1.771 foram escritas por poetas anteriores, 2.373 foram refeitos e 1.899 pertencem, de fato, ao autor de Ricardo III.”

Essa característica não tira o mérito dos intelectuais e criadores, mas somente evidencia o conflito entre os direitos autorais e o desenvolvimento do próprio ramo e mesmo da sociedade. O monopólio e o controle sobre o conhecimento acabam levando à restrição ao seu acesso e, em uma sociedade em desenvolvimento como a brasileira, na qual não apenas há esse controle de fato, mas uma exclusão de boa parcela da população por aspectos econômicos, há que se questionar o que deve prevalecer, e em que medida, nesse conflito entre direito de exploração e o acesso ao conhecimento.

Partindo desse ponto de vista, surge uma tensão entre os interesses privado e público, devendo-se compreender em que limite a proteção aos direitos autorais começa a onerar a sociedade. Deve-se ter em mente que há um custo em se defender um interesse privado e, nesse caso, talvez esse custo comece a ser desinteressante pela dinâmica sócio-econômica envolvida.

Não se está, nesse momento, defendendo a não proteção dos direitos autorais, mas oferecendo material para questionamentos sobre como, e em que medida, eles devem ser protegidos, uma vez que:

A interação entre direitos de autor e promoção do desenvolvimento parece, à primeira vista, pouco evidente, mas ela aparece justificada, em larga medida, nos mecanismos de reforço aos direitos de acesso à cultura e aos bens do conhecimento. Políticas governamentais em torno desses mecanismos podem levar à concretização de uma 'relação de complementaridade' que deve existir entre aquelas duas áreas. Assim, enquanto no domínio dos direitos de propriedade intelectual existe uma preocupação nuclear dos titulares com a apropriação dos bens da tecnologia e informação (e, aqui, o direito de autor assume significado dogmaticamente relevante), o direito ao desenvolvimento assenta uma lógica muito mais centrada na liberdade dos meios de acesso e na proteção da concorrência nos mercados. As recentes transformações nas áreas da tecnologia da informação e da Internet levaram a uma expansão quantitativa e qualitativa dos instrumentos de acesso aos bens do conhecimento, o que propiciou uma convergência de fatores para a expansão dos níveis de educação das populações locais. Em muitos países em desenvolvimento, observa-se uma tendência de capacitação dos setores públicos e privados na área educacional e o principal desafio continua sendo o acesso equitativo a materiais protegidos por direitos de autor. Programas de doação transnacionais também foram elaborados, em muitos casos, para facilitar políticas de acesso ao conhecimento. Em países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, o acesso a livros e material educacional tem sido um problema efetivo, em especial pelos preços de aquisição estabelecidos pelas editoras locais e aquelas sediadas no estrangeiro, o que acaba prejudicando o desempenho das estruturas de educação nesses países. O aprofundamento em estudos técnicos e especializados, nas várias áreas das ciências, depende de fatores como acumulação de experiências e intercâmbio internacional. Dessa forma, barreiras de acesso a material educacional de qualidade no trânsito econômico internacional levam a dificuldades de absorção das tecnologias, geração de inovação e capacidade de competição na economia global. Consideramos que a remodelação do sistema de direitos de autor deve permitir a criação e manutenção de um ambiente conducente ao desenvolvimento nos Estados, enquanto processo e

objetivo. Nesse contexto, o papel dos sistemas de direitos de autor estaria centrado no equilíbrio de interesses tutelados pela ordem jurídica e orientado para a concretização dos direitos de acesso à cultura e aos bens do conhecimento.¹¹

Além disso, é importante contrapor os dois aspectos dos direitos autorais, quais sejam, os direitos morais e os patrimoniais. Ao mesmo tempo em que a maior divulgação de obras favorece os seus autores, fere os interesses patrimoniais dos que exploram as obras.

Enquanto no conceito tradicional de propriedade existe um claro interesse do proprietário de não compartilhar de sua propriedade, nos direitos autorais o que ocorre é o contrário. O proprietário de uma casa, por exemplo, não tem o interesse de dividir sua casa com estranhos, à medida que o autor de uma música se beneficia com a maior quantidade possível de pessoas que desfrutam dela, uma vez que isso lhe traz mais reconhecimento e notoriedade¹².

Do ponto de vista de lucro para o próprio autor da obra, muitas vezes a sua reprodução inclusive é mais benéfica do que o monopólio de exploração pelas empresas. Quanto mais fama tem, maiores são as oportunidades de shows, propagandas, patrocínio, entre outras atividades que rendem mais ao autor do que a parcela que ganha pela exploração da obra.

Quanto às aos interesses das associações empresariais, surge um debate importante em torno da natureza da propriedade intelectual e a possibilidade de sua comercialização. Ao contrário da propriedade tradicional, que possui um claro “valor de troca”, a propriedade intelectual possui um “valor de uso”, sendo o seu “valor de troca” condicionado à venda casada com o seu suporte¹³, ou seja, o papel, o CD, o DVD etc.

Economicamente, trabalha-se muito com a questão da escassez, ou seja, a disponibilidade de um bem na sociedade. Nessa lógica, maior é o “valor de troca” de um bem quanto mais escasso, menos disponível, esse for. Surge já nesse ponto uma evidente dificuldade na exploração econômica das obras intelectuais, uma vez que essas podem ser replicadas infinitamente sem que acabem, podendo o seu conteúdo se exteriorizar numerosas vezes e ser desfrutado e possuído simultaneamente por quantas pessoas quiserem.

¹¹ Projeto “Pensando o Direito – Propriedade Intelectual”, *op. cit.*, acessado em 09 jun. 2014.

¹² Essa característica fica evidente também em certas propriedades industriais, como a marca. Quanto mais conhecida é a marca, mais forte ela se torna no mercado e mais fraca fica a sua proteção jurídica. Tome-se como exemplo as marcas Danone ou Bombril, que se tornaram nomes para designar os produtos aos quais se referem. Do ponto de vista comercial, isso é um sucesso, uma vez que ela é divulgada naturalmente; no entanto, do ponto de vista jurídico, é um prejuízo, uma vez que a empresa que detém a marca perde o domínio completo sobre o seu uso.

¹³ VIANNA, *op. cit.*, p. 10.

Quando o processo de reprodução era difícil e limitado, o problema da escassez estava naturalmente presente, pois a aquisição de uma obra implicava na aquisição conjunta de bens e serviços, consistentes no suporte material para aquela obra, que garantiam o tão buscado “valor de troca”¹⁴. No entanto, com o desenvolvimento tecnológico e a facilidade de obtenção e compartilhamento de dados e informações, além da redução dos custos da reprodução, o problema da escassez diminui e inicia-se a dificuldade de exploração econômica das obras, viabilizada pelo monopólio daqueles dados e informações.

Na economia capitalista, é evidente que há todo um interesse no aprisionamento da informação e na sua manutenção enquanto mercadoria, o que é garantido pelos direitos de propriedade intelectual e, mais especificamente, pelo direito de autor. É esse direito que transforma a informação em algo apropriável em regime de exclusividade, com a proibição da sua reprodução e da exploração, sem a devida autorização do titular. E a razão para tanto é muito simples: como o valor da informação é de difícil mensuração, conforme exposto acima, o poder de barganha dos agentes envolvidos na comercialização da informação depende da obtenção de algum tipo de monopólio, que garanta a exclusividade na sua exploração. Esse monopólio é constituído pelos direitos de propriedade intelectual¹⁵.

Por outro lado, não há qualquer comprovação de que a democratização e o acesso ao conhecimento prejudiquem as atividades econômicas das empresas.

A digitalização das obras intelectuais não aboliu a impressão de livros. As leis, que sempre foram de domínio público, estão fartamente disponíveis na íntegra na Internet, mas as editoras jurídicas continuam produzindo e vendendo códigos impressos. Inúmeras traduções da Bíblia podem ser encontradas na Internet com facilidade, mas a obra sagrada continua sendo o livro mais vendido do mundo. A genial literatura de Machado de Assis, em domínio público pelo passar do tempo, também pode ser encontrada na Internet, mas várias editoras continuam imprimindo seus trabalhos, inclusive em edições luxuosas.¹⁶

Na área de propriedade intelectual, compreendida genericamente, que tem sido estudada tanto nas escolas de comunicação, como, no Direito, pelos ramos de Direito Civil, Comercial, Econômico e Internacional, os debates estão mais avançados. No Direito Penal, no entanto, que é responsável pela maior e mais severa proteção de direitos, os estudos ainda são escassos.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Cf. DANTAS, M. *A lógica do capital-informação: a fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais*, p. 127. apud CARBONI, p. 75.

¹⁶ VIANNA, *op. cit.*, p. 11-12. Esse mesmo discurso pode ser observado nas discussões acerca da quebra de patentes de remédio. Por um bom tempo, contrapôs-se o direito à saúde e o direito de exploração pelas indústrias farmacêuticas, remetendo-se ao investimento por elas feito na pesquisa por novos remédios e novas descobertas. A quebra de patente, no entanto, ocorreu, e não se vislumbra a falência ou a diminuição significativa no lucros das grandes indústrias.

2 PROTEÇÃO PENAL DOS DIREITOS AUTORAIS

A Constituição Federal de 1988 prevê a proteção aos direitos autorais, tanto no seu aspecto moral quanto no seu patrimonial, conforme incisos XXVII e XXVIII, do art. 5^o¹⁷. No Código Penal, ainda, é previsto como crime contra a propriedade intelectual¹⁸.

Trata-se de norma penal em branco, a ser integrada por leis civis, em especial a Lei n. 9.610/98. Embora o crime do *caput* seja de menor potencial ofensivo, as formas qualificadas são de maior potencial ofensivo e não são, portanto, compatíveis com os benefícios da Lei n 9.099/95.

Em uma interpretação do art. 184 do Código Penal, percebe-se que os direitos morais do autor estão previstos no *caput*, que possui um elemento objetivo amplo, consistente em apenas “violar”, aceitando-se todas as formas de violação que surgirem. Os parágrafos, formas qualificadas do crime, dizem respeito à criação materializada em um suporte, relacionando-se, portanto, com os direitos patrimoniais do autor.

Pode-se afirmar, assim, que em um único artigo estão previstos diferentes bens jurídicos, reunidos sob a denominação de “direitos autorais”, englobando direitos de

¹⁷ Art. 5^o [...] XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

¹⁸ Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1^o 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: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2^o Na mesma pena do §1^o 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. § 3^o Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 4^o O disposto nos §§ 1o, 2o e 3o não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei n^o 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

atribuição da obra, de assegurar a integridade da obra ou o monopólio sobre a sua modificação, de edição, de reprodução etc.¹⁹

A formulação ampla do tipo penal é um problema a ser enfrentado. Ao se falar em “violar direitos de autor e os que lhe são conexos”, atribui-se a uma lei civil o papel de definir o bem jurídico penalmente tutelado, além de não explicitar exatamente qual conduta configuraria a referida violação. Está-se diante de um tipo penal demasiadamente amplo, que fere o princípio da taxatividade do direito penal.

Zaffaroni chama a atenção para os problemas das formulações amplas e remissões genéricas, apontando que chegaria um momento em que todo o direito passaria a ser um direito penal, porque o antijurídico passaria a se confundir com o típico²⁰. A insegurança jurídica, nesse caso, fica evidente.

Os arts. 46 a 48, da Lei n. 9.610/98, por fim, elencam os casos que excluem a tipicidade do crime de violação a direitos autorais, ao preverem condutas que não constituem ofensa aos direitos autorais²¹.

¹⁹ VIANNA, *op. cit.*, p. 17.

²⁰ ZAFFARONI, p. 134.

²¹ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

3 RACIONALIDADE NORMATIVA

Para entender de forma mais clara a criminalização de condutas e aferir sua legitimidade, necessário se faz compreender a racionalidade normativa, que se subdivide em racionalidade judicial e legislativa.

Enquanto a racionalidade legislativa se refere às leis, como norma genérica e abstrata, elaborada primordialmente pelo Poder Legislativo, a racionalidade judicial diz respeito às normas jurídicas individuais para os casos concretos, exercida pelo Poder Judiciário.

A produção legislativa seria, assim, todo o processo legislativo de elaboração das leis, com observância de seus requisitos formais (o processo de produção da norma) e materiais (legitimação de seu conteúdo ou produto). A lei, por sua vez, serve como uma moldura para a produção da norma jurídica individual, concretizada na sentença ou no acórdão produto da atividade do Poder Judiciário, que também deve cumprir requisitos formais (processo de aplicação do Direito) e materiais (conteúdo da prestação jurisdicional).²²

3.1 Racionalidade legislativa

Para fazer a análise que se pretende, é essencial uma breve explanação sobre a racionalidade legislativa.

Díez Ripollés²³ trabalha com o modelo de legislação racional proposto por Atienza, que será o adotado no presente trabalho, e está integrado por dois planos: o plano dinâmico ou operacional, e o plano prescritivo.

O plano dinâmico ou operacional diz respeito ao processo legislativo em si e é composto por 03 fases, quais sejam: a pré-legislativa, a legislativa e a pós-legislativa. A fase pré-legislativa se inicia quando se problematiza a falta de relação entre a realidade social e

²² PINHEIRO, Cláudio José. Fundamentos e/ou Níveis de Racionalidade da Produção Normativa Legislativa e da Produção Normativa Judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, ano VII, n. 15, dez/2002, p. 97-98.

²³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

sua resposta jurídica, e termina com a apresentação de um projeto ou proposta de lei na Câmara. A fase legislativa principia com a recepção do projeto ou da proposta pelas casas legislativas e finaliza com a aprovação e publicação da lei. A fase pós-legislativa se inicia com essa publicação e termina com o questionamento pela sociedade, ou por grupos dela, sobre se aquela lei é adequada à realidade social e econômica que pretende regular²⁴. Apesar das denominações dadas, essas fases não são lineares e contínuas, mas se retroalimentam ininterruptamente.

O segundo plano, prescritivo, diz respeito aos níveis de racionalidade da produção legislativa. Esse plano estabelece os critérios de racionalidade que devem ser levados em consideração no procedimento legislativo:

[...] após a seleção de diversos critérios de racionalidade a serem considerados, e uma vez estabelecida sua seqüência e inter-relação, deverá assegurar sua colocação em prática através de sua subdivisão em princípios ou regras mais específicos e suscetíveis de utilização na atual realidade legiferante, assim como distribuí-los adequadamente ao longo das diversas fases operativas, ficando, assim, em condições de identificar violações de tais exigências de racionalidade.²⁵

O plano prescritivo exerce, portanto, um controle de legitimidade das decisões legislativas penais.

Dentro desse modelo, Atienza propõe 05 níveis diferentes de racionalidade, que devem permear toda produção legislativa, de forma que cumpra com os fundamentos prescritivos já citados. Díez Ripollés aponta que todos os níveis devem estar sempre presentes, em maior ou menor grau, dependendo do momento da produção; e o critério da eficiência deve ser transversal, ou seja, presente em todos os níveis.²⁶

Os 05 níveis são, então, divididos em: racionalidade lingüística, racionalidade jurídico-formal, racionalidade pragmática, racionalidade teleológica e racionalidade ética.

A racionalidade lingüista se refere à norma como meio de comunicação, forma de transmissão de uma mensagem, enquanto a racionalidade jurídico-formal se refere ao sistema jurídico, como um conjunto de normas estruturadas dentro desse sistema. Assim, quando há racionalidade no nível jurídico-formal, está-se querendo dizer que ela está se encontra em harmonia com o sistema na qual se insere, cumprindo uma função de inspiração do sentimento social de segurança no sistema jurídico²⁷. A irracionalidade nesse nível pode ser

²⁴ RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 18-20.

²⁵ *ibid.*, p. 113.

²⁶ *ibid.*, p. 102.

²⁷ PINHEIRO, *op. cit.*, p. 103-104.

vista quando uma norma jurídica desorganiza a estrutura de um ordenamento jurídico ou quando desrespeita critérios existentes nele, ou mesmo quando incorre em lacunas e contradições.

A racionalidade pragmática diz respeito à adequação ou ajuste da conduta dos destinatários, conforme prescrito na lei. Nesse nível, o sistema jurídico é visto como um conjunto de normas eficazes que devem emanar de quem tem poder para produzi-las e que alcançam o fim de ajuste de conduta por parte dos destinatários, garantindo que essas normas sejam obedecidas, sendo, assim, Direito em ação, e não apenas alguns enunciados²⁸.

Díez Ripollés entende a racionalidade pragmática como a incidência da norma sobre os cidadãos, que são destinatários dela. Tem, por função, ajustar os objetivos declarados pela racionalidade teleológica, exigindo uma resposta positiva a exigências projetadas pela norma.²⁹

A racionalidade ética, na visão de Atienza, se refere à responsabilidade que o legislador tem pelos resultados previsíveis das suas atitudes. Serve como critério para julgar atitudes sociais, incluindo as do Estado. Esse nível também se relaciona com os fins da norma, ao prescrever condutas que podem ter um fim eticamente pautado ou não, podendo ser a norma ilegítima.³⁰ Esse nível, muito trabalhado por Díez Ripollés, não é objetivamente compreendido, é através deste que se descortina um sistema de crenças, cultural e historicamente condicionados que sustenta uma determinada coletividade, que condiciona o processo legislativo. Nas palavras de Habermas, trata-se de identificar o “mundo da vida” dos integrantes da coletividade.³¹

A racionalidade teleológica é o nível que está em constante questionamento sobre o fim para a qual uma norma será editada, prestando-se a descobrir a verdadeira finalidade da lei. Nesse nível, os editores da norma são compreendidos como representantes de interesses sociais, com a missão de regular o convívio social através de normas jurídicas. Os fins devem se relacionar com os fatos e argumentos que justificaram todo o processo legislativo.³²

Diez Ripollés entende esse nível como uma continuação da racionalidade ética. Se a racionalidade ética busca os princípios inquestionáveis que devem orientar a decisão legislativa penal, a racionalidade teleológica deve:

²⁸ PINHEIRO, *op. cit.*, p. 105-106.

²⁹ RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 101.

³⁰ PINHEIRO, *op. cit.*, p. 108-109.

³¹ RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 98.

³² PINHEIRO, *op. cit.*, p. 106-108.

[...] assentar as bases para um discurso ético-político no qual, pressupostos os princípios anteriores, se produza uma confrontação racional entre conteúdos éticos de segunda ordem, isto é, carentes de uma aceitação livre de qualquer desacordo na coletividade, e interesses particulares e setoriais distintos, todos procedentes de agentes sociais e grupos de pressão de amplo espectro. Essa confrontação implicará na obtenção de compromissos e de um emprego decisivo do critério democrático. Dela há de surgir, no âmbito jurídico-penal no qual nos movemos, uma formulação dos objetivos perseguidos por essa concreta decisão legislativa penal que determine, no mínimo, o objeto de tutela, seu grau de proteção desejável e os níveis correspondentes de exigência de responsabilidade e de sanção aplicável que se estimam necessários no caso de descumprimento da norma.³³

É nesse âmbito da racionalidade que pode ser encaixada a discussão acerca do bem jurídico, quando este se relaciona com a política criminal e princípios como os da ofensividade, proporcionalidade e intervenção penal mínima. Toma-se o bem jurídico como referencial crítico na análise da legitimidade da intervenção penal, como forma de penetração das ciências sociais no campo do direito penal. É aqui que se trata o conflito entre os diversos agentes sociais e grupos de pressão.

Ana Elisa Bechara, ao tratar do Direito Penal, afirma que “se este é tomado como um instrumento de configuração político-social, é necessário que, no processo de elaboração sistêmica, levem-se em conta suas funções e fins”³⁴. Mas alerta que nem sempre a decisão político-criminal de tipificar determinada conduta corresponde com o que realmente se visa a proteger. Por isso, é importante tratar da ideologia que muitas vezes esconde a realidade³⁵, ou seja, muitas vezes os fins declarados não são aqueles que realmente se quer tutelar.

4 OS DIREITOS AUTORAIS COMO BEM JURÍDICO

A discussão acerca da criminalização das condutas referentes aos direitos autorais deve levar em consideração a diferenciação entre aqueles de cunho moral e aqueles de cunho patrimonial.

Os direitos autorais morais são direitos personalíssimos e intransferíveis, e raramente se questiona a obrigatoriedade de se dar a devida atribuição de uma obra ao seu autor.

³³ RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 100-101.

³⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. 2010. 464 fls. Tese de Livre Docência: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 358.

³⁵ *ibid.*, p. 367. Exemplifica, em sua tese, com o crime de adultério, que declaradamente visava à proteção da honra familiar, mas que se prestava, na realidade, a perpetuar a submissão da mulher ao homem no âmbito das relações sociais.

Enquanto o autor tem o desejo e o direito de ser reconhecido e citado por sua obra, aquele que a utiliza e cita o autor não perde em nada ao fazê-lo, uma vez que teve acesso à obra, pôde consultá-la e utilizá-la, se alimentando das idéias e criando algo seu. A criação intelectual, nesse caso, cumpre com o propósito de fomento do conhecimento e desenvolvimento cultural, tanto pessoal, quanto da coletividade, que terá à disposição mais uma obra. Não haveria aqui, contrapondo-se ao direito autoral moral do autor, qualquer direito de terceiro de se apropriar indevidamente de uma criação que não é sua.

No que tange ao direito autoral patrimonial, no entanto, a discussão deve se pautar em diferentes aspectos, uma vez que se fundamenta em interesses legítimos, mas que se contrapõe e conflitam.

Primeiramente, faz-se essencial apontar que os direitos autorais patrimoniais são puramente normativos, o que significa dizer que não são pré-concebidos como relevantes para a sociedade ou para o indivíduo, mas são juridicamente construídos.

Existe, de um lado, o interesse privado de instituições comerciais e, de outro, o interesse público de acesso a trabalhos intelectuais. Entre um pólo e outro, estão presentes os gastos com investimentos em novos artistas, o interesse dos artistas em serem remunerados pelos produtos de suas obras que são comercializados, bem como divulgados e reconhecidos, o interesse público no acesso ao conhecimento, o fato de que toda obra traz em si um acúmulo de conhecimento que esteve em domínio público e, por fim, a própria natureza das obras intelectuais.

As obras intelectuais, com efeito, necessitam de informação e conhecimento para serem produzidas e, em retorno, fornecem informação e conhecimento para que novas obras sejam produzidas, em um ciclo de desenvolvimento pessoal e cultural da sociedade.

Apesar dessas ponderações feitas, percebe-se que os direitos morais recebem proteção mais amena do que os direitos patrimoniais, conforme exposto acima. Enquanto os direitos morais são tutelados pelo *caput* do art. 184, cuja pena cominada é de “detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”, as formas qualificadas de seus parágrafos tutelam os direitos patrimoniais, e tem pena de “reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Com tais aspectos em mente, deve-se discutir não a existência dos direitos autorais patrimoniais, à qual o Direito Penal não se presta, tampouco seu remodelamento ou novas propostas na seara da propriedade intelectual. Deve-se, aqui, questionar a escolha política feita pelo legislador, bem como a própria criminalização de condutas relativas aos direitos autorais patrimoniais e seus fins.

4.1 Os direitos autorais patrimoniais no nível da racionalidade teleológica: a discussão do bem jurídico

Para uma discussão no nível da racionalidade teleológica, como finalidade da lei, faz-se oportuna a análise sob o prisma do bem jurídico, seu objeto de tutela, que não será tomado na presente análise como um legitimador que se busca para a criminalização da conduta, mas estritamente como um limitador do *ius puniendi* estatal, aferido pelo processo discursivo.

Deve-se levar em consideração a sociedade pluralista na qual estamos inseridos, da qual emanam diversos interesses e demandas de proteção de diferentes bens jurídicos. Esse conceito, tão amplo que pode levar a uma desenfreada intervenção penal, deve ter seu conteúdo preenchido, através do conflito entre os diversos segmentos e grupos hoje existentes, de forma que se alcance o mais próximo de um interesse social geral.³⁶

Os bens jurídicos devem ser, assim, vinculados a interesses humanos fundamentais, que são reconhecidos através da síntese do conflito de discursos oriundos das relações sociais, normativizados e então entendidos como bens jurídicos. Isso porque nem todo interesse humano e social pode ser reconhecido como bem jurídico (uma vez que muitas vezes não resistem a um processo e uma análise racionais) e, se o é, nem sempre sua afetação pode ser criminalizada.³⁷

A tutela penal de um bem jurídico não pode simplesmente nele se legitimar, mas deve observar também critérios como o da proporcionalidade, o da intervenção mínima, o da subsidiariedade, entre tantos outros.

Após essa breve, mas necessária, explanação dos pressupostos do quais se parte, uma vez que o bem jurídico pode receber diferentes abordagens (como bem, valor ou interesse social), há que se questionar se os direitos autorais patrimoniais podem ser aceitos como bem jurídico democrática e racionalmente debatidos e politicamente escolhidos.

De um lado, existe o interesse econômico das empresas em explorarem economicamente obras intelectuais, a reivindicação de retorno financeiro do investimento feito nos autores ou simplesmente o direito patrimonial adquirido e declarado sua propriedade.

³⁶ BECHARA, *op. cit.*, p. 374-379.

³⁷ *idem.*

De outro, uma sociedade notadamente desigual, com uma boa parcela da população sem condições de ingressar devidamente em um mercado consumidor e que é impossibilitada de adquirir bens que, em certa medida, são propriedade social, como já visto. Ou, ainda, direitos essenciais que são retirados das pessoas em geral, como o direito ao desenvolvimento cultural e de serem criadores das suas próprias obras.

A favor da tutela penal da propriedade industrial, há diversos argumentos que devem ser considerados, como os danos causados pela falsificação de remédios e cosméticos, a fragilidade de bens de consumo falsificados (como bolsas, sapatos, roupas), ou a importância da proteção da propriedade industrial para o desenvolvimento econômico do país.

Por outro lado, sendo tantos, pode-se entender que os próprios danos causados por bens de consumo falsificados levam a uma espécie de autotutela dos direitos de propriedade intelectual, uma vez que um usuário legítimo goza de vantagens que não estão disponíveis aos que recorrem a um produto ilícito.

Há ainda argumentos como o de que a violação aos direitos de propriedade intelectual geralmente acoberta atos de maior ofensa à segurança pública, como o crime organizado, lavagem de dinheiro, evasão fiscal e, recentemente, até terrorismo. A Interpol já, inclusive, declarou ter constatado a violação da propriedade intelectual a ações de grupos extremistas de etnia albanesa, separatistas tchetchenos, grupos fundamentalistas radicais africanos, o Al-Qaeda e o Hizbullah.³⁸

Diante de tais informações, efetuou-se uma pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça com os termos “direitos” “autorais” e “penal”, a fim de selecionar os acórdãos referentes a direitos autorais na área criminal. De tal pesquisa, resultaram 32 acórdãos, dos quais: 01 tratava de venda não autorizada de camisetas com personagens infantis; 01 tratava de radiodifusão de música ambiente; 01 tratava de direito autoral de software; 01 tratava de publicação em revista do último capítulo da novela; 01 tratava de retransmissão de música por rádios locais; 06 diziam respeito a conflito de competência; e, por fim, 18 diziam respeito à venda de CDs, DVDs e videocassete piratas, dos quais 12 tratavam do pedido de aplicação da adequação social ou do princípio da insignificância.

³⁸ PIMENTEL, Isabella. Infração à propriedade intelectual: quem paga? **Revista da ABPI**. n. 74, 2005. p. 18.

Remete-se, aqui, à seletividade, se não primária, então secundária do Direito Penal³⁹. Se o que se pretende com a criminalização das condutas de violação a direitos autorais é prender grandes criminosos, o Brasil está, mais uma vez, fracassando.

Há sempre que se ficar atento à tendência de países em desenvolvimento em tentar controlar com o Direito Penal problemas que tem raízes sociais, tendência essa que é irracional e provoca efeitos político-criminais muitas vezes contraproducentes, cujos resultados são freqüentemente opostos àqueles proclamados. No âmbito da delinquência econômica, no qual podem se encaixar os direitos autorais patrimoniais, quando se criminaliza antes de se esgotar outros meios oferecidos por ramos do direito como o Civil, o Comercial ou o Administrativo, corre-se o risco de fazer recair a repressão penal sobre os delinquentes mais inofensivos, deixando impunes aqueles que podem causar maior dano social⁴⁰.

Um setor da doutrina considera que os delitos relativos aos direitos autorais patrimoniais seriam delitos contra a ordem econômica. A violação desses direitos feriria o direito da comunidade saber quem é o autor de uma obra, que confundiria os consumidores e lesionaria direitos de outros competidores⁴¹.

Parece, no entanto, que tais violações estão relacionadas aos direitos autorais morais, uma vez que seriam contornadas com a mera atribuição de determinada obra ao seu criador.

Levando-se em consideração o interesse econômico de exploração, não se vislumbra o bem jurídico protegido quanto aos direitos patrimoniais de autor, uma vez que não se trata da subtração de uma propriedade ou de um patrimônio, mas uma mera expectativa de lucro das empresas. No entanto, supondo que ele exista nessa perspectiva, não está presente o princípio da lesividade, uma vez que pressupõe-se que as pessoas que pirateiam ou consomem produtos piratas passariam a consumir os produtos originais. Desconsidera-se, nessa análise, a probabilidade de que a maioria dos consumidores desses produtos jamais conseguiria consumir os produtos originais, por falta de recursos financeiros para isso, inclusive. Se uma lesão patrimonial só é considerada relevante se alcança uma certa dimensão lesiva, portanto, esse não é o caso aqui.

³⁹ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos / Instituto Carioca de Criminologia, 1999. (Coleção Pensamento criminológico, v. 1).

⁴⁰ ZAFFARONI, *op.cit.*, p. 137-138.

⁴¹ GONZÁLEZ RUS, *op. cit.*, p. 768-769.

Vianna sustenta que o que se pretende com a criminalização de condutas relativas aos direitos autorais patrimoniais é a tutela penal de uma obrigação civil. Assim, entende que as instituições comerciais não tem seu patrimônio subtraído, mas no máximo deixam de lucrar, o que faria com que, ao invés de serem vítimas do crime, se assemelhariam mais à figura de credoras. Defende que o Direito Penal acaba sendo travestido em um instrumento de regulação do mercado econômico.⁴²

Olhando o outro lado, qual seja, o de acesso ao conhecimento e desenvolvimento cultural da sociedade, não apenas esse tipo penal conflita com esses interesses, que é tratado com a repressão típica do sistema, mas os legisladores aparentemente o ignoram.

Estão protegidos somente os direitos de autor e deixa-se de lado o direito a ser autor, como a capacidade que uma pessoa tem de ser criador de uma obra literária, artística ou científica, como direito de produzir e criar⁴³. Capacidade essa somente plenamente desenvolvida através do acesso a obras anteriores e fundamentais.

Zaffaroni, em análise político-criminal da proteção internacional dos direitos autorais, faz uma interessante reflexão:

Si tomamos el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, veremos que toda la materia parece concentrar su atención en el segundo párrafo del mismo, pero parece descuidar el primero, que es el 'derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad'. Puede parecer que este derecho resulte obvio en los países desarrollados, puesto que en general nadie puede objetar la amplia libertad de creación artística o literaria y de investigación científica en las democracias occidentales. Sin embargo, no puede negarse que las tensiones entre países desarrollados y países en desarrollo existen y que frecuentemente, esta libertad creativa se halla sumamente retaceada en los segundos, sin que los esfuerzos por apuntalar este aspecto elemental del derecho de autor – que es nada menos que el derecho a ser autor – corra parejo con los esfuerzos por tutelar los otros aspectos del mismo, que en definitiva son derivados del primero. La censura, el control político, la manipulación de los recursos económicos, la reducción al silencio, la privación arbitraria de posibilidades de acceso a la investigación, es decir, todo aquello que configura el abuso del poder contra la libertad creativa del hombre, queda fuera del tratamiento particularizado del derecho de autor, que en los países en desarrollo está prácticamente a merced de los avatares políticos de turno.⁴⁴

Apesar do direito autoral em sua modalidade patrimonial ter sede constitucional, também é previsto na Carta Magna o acesso à informação, conhecimento e cultura, e a mesma

⁴² VIANNA, *op. cit.*, p. 19-20.

⁴³ GONZÁLEZ RUS, *op. cit.*, p. 766.

⁴⁴ ZAFFARONI, *op. cit.* p. 139.

traça como objetivo “promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais”, entre outros⁴⁵.

Na era globalizada, com diversos recursos de reprodução e compartilhamento das obras protegidas, esses direitos não mais podem ser ignorados. Se não são dados à população, esta os toma para si, como pode-se observar com o consumo de produtos piratas, *download* de músicas etc.

A partir disso, pode-se escolher entre a manutenção ou aumento da repressão, ou o reconhecimento e a internalização dessas demandas, com novas iniciativas para retirar da ilegalidade o exercício do direito de informação e conhecimento, com todos os outros que são vinculados a eles. Do ponto de vista mercadológico, alguns avanços já foram feitos, com a criação dos softwares livres ou dos “creative commons”, abalando o poder da indústria do entretenimento e da comunicação na distribuição das obras intelectuais, e contribuindo para orientar o direito de autor para a sua função social.

O Direito Penal, no entanto, não parece trazer para o seu âmbito quaisquer dessas inovações, permanecendo engessado em conceitos ultrapassados e defendendo interesses privados, que faz sobrepor aos interesses coletivos.

4.2 Os direitos autorais patrimoniais no nível da racionalidade pragmática

Dentro da racionalidade pragmática, questiona-se se a norma em questão consegue, ou não, condicionar a conduta humana.

⁴⁵ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

[...]

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

[...]

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

[...]

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

De acordo com Díez Ripollés, a irracionalidade pragmática surge quando se trata de leis penais que “não são suscetíveis de um considerável cumprimento pelos cidadãos ou de uma significativa aplicação pelos órgãos do controle social jurídico sancionador, quando diante de leis que, de qualquer forma, não atingem os objetivos pretendidos.”⁴⁶

Alguns autores defendem a atipicidade das condutas criminalizadas com base no princípio da adequação social, que não é o debate que se traz, uma vez que a adequação social consiste em uma hipótese de exclusão da tipicidade em determinados casos, mesmo que afete bem jurídico.

Esse posicionamento já foi inclusive rejeitado pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMI-ABERTO, E MULTA, PELA PRÁTICA DO DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2o. DO CPB). POSSE, PARA POSTERIOR VENDA, DE 180 CD'S PIRATAS. INADMISSIBILIDADE DA TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INCIDÊNCIA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente foi surpreendido por policiais estando na posse de 180 cds de diversos títulos e intérpretes, conhecidos vulgarmente como cds piratas; ficou constatado, conforme laudo pericial, que os cds são cópias não autorizadas para comercialização.
2. Mostra-se inadmissível a tese de que a conduta do paciente é socialmente adequada, pois o fato de que parte da população adquire tais produtos não tem o condão de impedir a incidência, diante da conduta praticada, o tipo previsto no art. 184, § 2o. do CPB.
3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
4. Ordem denegada.

(HC 113.938, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julg. 03.02.2009, publ. DJe 09.03.2009)

VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS (ARTIGO 184, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL). VENDA DE CD'S E DVD'S PIRATAS. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SUBSIDIARIEDADE E DA ULTIMA RATIO. INOCORRÊNCIA. CONDUTA SOCIALMENTE ADEQUADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. FATOS FORMAL E MATERIALMENTE TÍPICOS. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. Da leitura do artigo 184 do Código Penal, não se pode afirmar que se trataria de preceito incriminador instituído pelo legislador com a inobservância aos princípios da intervenção mínima e da ultima ratio, já que na sociedade atual, com os avanços tecnológicos e a existência de inúmeros meios de reprodução, difusão e comercialização de obras intelectuais e fonogramas, mostra-se necessária a incidência do Direito Penal de modo a punir aqueles que o fazem com violação aos direitos do autor.
2. Igualmente, não se pode afirmar que a conduta daquele que comercializa cd's e dvd's "piratas", reproduzidos ilegalmente, seria socialmente adequada. Conquanto o princípio da adequação social oriente o legislador na criação e revogação de normas penais, o certo é que ele não permite a revogação de tipos penais já existentes, o que

⁴⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 103.

só é possível mediante a edição de lei específica, nos termos do artigo 2.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

3. Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido que a compra e venda de cd's e dvd's "piratas", apesar de disseminada, não é socialmente adequada, sendo inclusive severamente combatida pelo Poder Público, motivo pelo é formal e materialmente típica, entendimento que também é compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal.

(HC 233230 / MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julg. 16.04.2013, publ. DJe 24.04.2013)

No entanto, essa não é a visão que aqui se expõe, mas sim se há um bem jurídico a ser protegido e, em havendo, qual a necessidade ou a adequação de proteção dele. Aqui, visa-se a questionar os próprios fundamentos da criminalização, como escolha política e de configuração de interesse social.

Nesse caso, deve-se considerar que estamos inseridos em uma sociedade de consumo, no qual você é o que você consome. Quando as pessoas são excluídas desse mercado consumidor, encontram meios alternativos de exercício das suas vontades.

Paralelamente à vontade de consumo, que pode ser vista naqueles que compram produtos ilícitos, pode-se imaginar também a vontade de lucro daqueles que vendem os produtos. E aqui a vontade de lucro não é interpretada como simples vontade de desenvolver um produto ilícito e dele obter lucro, mas como emprego e meio de subsistência.

Os empregos informais, como são aqueles dos chamados “ambulantes” (geralmente responsáveis pela venda dos produtos ilícitos de que se trata no presente artigo), crescem no Brasil e já são responsáveis por quase metade da ocupação de jovens, em grande parte decorrente da precarização do trabalho. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), inclusive, apontou esse como um grande desafio para toda a América Latina.⁴⁷

Diante desses elementos de ponderação, uma norma que desconsidera a realidade que pretende regulamentar não tem tido, como nunca teve, o condão de mudar essa realidade ou contê-la. Sendo o Direito Penal um instrumento de repressão, claramente não é um instrumento eficaz de mudança e melhoria social.

CONCLUSÃO

⁴⁷ Dados encontrados em: OIT aponta emprego informal como grande desafio da América Latina. **Portal Terra**, 18 dez. 2012, Caderno Econômico, disponível em <http://economia.terra.com.br/oit-aponta-emprego-informal-como-grande-desafio-da-america-latina.620792d3dc6ab310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>; e O trabalho informal no Brasil. Iniciativa: Fórum Engenho de Sonhos de Combate à Pobreza, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em <http://www.ufrn.br/sites/engenhodesonhos/mediateca/artigos/TRABALHO%20INFORMAL.pdf>, ambos acessados em 15 jun. 2014.

Levando-se em consideração a discussão trazida no presente artigo, é de se questionar a criminalização das condutas referentes ao direito autoral. Que proteção se está oferecendo ao direito autoral moral ou ao direito autoral patrimonial? O direito penal está cumprindo a sua função de efetivamente proteger esses bens jurídicos ou mais uma vez se presta à manutenção de uma corrente de privilégios?

A sociedade deseja, como figura de onde emana o direito e a quem ele é destinado, a criminalização de tais condutas? É benéfico, para um Estado que visa ao seu desenvolvimento, em todas as áreas, continuar criminalizando tais comportamentos sem uma profunda reestruturação do direito autoral?

Em que medida devem ser estes bens protegidos? Talvez seja a hora de restringir a criminalização a determinadas condutas, descriminalizando tantas outras. Ou, ainda, rever a forma pela qual são descritas tais condutas, observando a taxatividade essencial ao Direito Penal.

Se o desenvolvimento tecnológico traz a necessidade de novas criminalizações e tutela, como tem ocorrido com bens supraindividuais, como o meio ambiente, traz também a necessidade de descriminalização de outras condutas, como ocorre com os direitos autorais.

Na era da internet, na qual o compartilhamento de informações e dados se dá em menos de segundos, levando artistas a obterem lucro de outras formas que não a exploração dos produtos que materializam as suas obras, lucro esse que somente é possível quando há divulgação e reconhecimento dos artistas, bem como na era na qual o princípio da escassez não se aplica aos direitos autorais, subsiste um crime em descompasso com a realidade social.

A criminalização das condutas relativas aos direitos autorais patrimoniais, ainda, continua se prestando à contenção de uma classe social marginalizada e excluída da sociedade de consumo, que deveria ter acesso ao conhecimento, à informação e ao lazer. Não obtendo tais direitos formalmente, encontra alternativas que atendam às suas vontades.

Basta andar nas ruas de uma grande metrópole quorque nãoe é fácil perceber a falha do Direito Penal em conter tais alternativas. E, se falha tanto, é p é ferramenta mais adequada para esse fim.

Políticas públicas que facilitem o acesso das pessoas aos bens almejados, que levem cultura e conhecimento até aqueles mais marginalizados, disponibilidade de trabalhos,

medidas administrativas e cíveis, talvez sejam a saída para um problema que precisa parar de se vender como econômico, demonstrando sua real natureza de problema social.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. **Revista da ABPI**. n. 59, jul/ag. 2002, 16-39.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Da Teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. 2010. 464 fls. Tese de Livre Docência: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BOTTINI, P. A racionalidade do sistema penal. **Justiça e cidadania**, p. 44 - 45, 01, jun. 2008.

BOTTINI, P. O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 85, p. 267, 2010.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2005.

CARBONI, Guilherme C. **Projeto “Pensando o Direito – Propriedade Intelectual”**. n. 03, disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>, acessado em 09 jun. 2014.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. Os fundamentos do Direito Penal e sua relação com a racionalidade legislativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 96, maio-jun/2012, p. 75-95.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. As regras vigentes de proteção intelectual como óbice ao desenvolvimento nacional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, ano 14, n. 20, p. 45-53.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual. In: MIR, José Cerezo, MONTES, Rodrigo F. Suarez, IPIÑA, Antonio Beristain, CASABONA, Carlos M. Romeo (Ed.). **El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al Professor Doctor Don Ángel Torío López**, Granada: Comares, 1999. 755-772.

LIPSCOMB, Andrew A., BERGH, Albert Ellery (Ed.). **The Writings of Thomas Jefferson**. Washington: Thomas Jefferson Memorial Association, 1905, vol. 3, art. 1, seção 8, cláusula 8, doc. 12. Disponível em http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html, acessado em 28 jul. 2014.

PIMENTEL, Isabella. Infração à propriedade intelectual: quem paga? **Revista da ABPI**. n. 74, 2005. 18-20.

PINHEIRO, Cláudio José. Fundamentos e/ou Níveis de Racionalidade da Produção Normativa Legislativa e da Produção Normativa Judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, ano VII, n. 15, dez/2002, p. 95-115.

RIPOLLÉS, J. L. D. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da propriedade intelectual. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, 15/16, p. 65-78, anual. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Consideraciones político criminales sobre la tutela penal de los derechos de autor. In: **Política criminal latinoamericana: perspectivas, disyuntivas**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982. p. 131-141.