

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARILIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

VINÍCIUS DE GODOY JACOBINO

DESCRIMINALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

MARÍLIA
2010

VINÍCIUS DE GODOY JACOBINO

DESCRIMINALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Graduação do Centro Universitário Eurípedes de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. Jairo José Gênova

MARÍLIA
2010

Jacobino, Vinícius de Godoy

Descriminalização da violação de direitos autorais / Vinícius de Godoy Jacobino; orientadora: Jairo José Gênova, Marília, SP: [s.n.], 2010.

58 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2010.

1. Direito penal 2. Direito de autor 3. Descriminalização

CDD:341.55712



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Vinicius de Godoy Jacobino

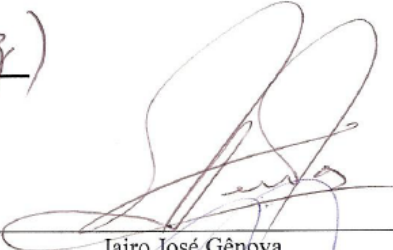
RA: 38209-4

DESCRIMINALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

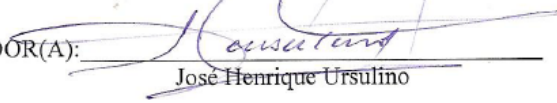
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (dez)


ORIENTADOR(A):


Jairo José Gênova

1º EXAMINADOR(A):


José Henrique Ursulino

2º EXAMINADOR(A):


Fabiana Christina Ferrari

Marília, 01 de dezembro de 2010.

Dedico este trabalho a todos que de alguma forma ajudaram na sua realização, em especial a minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares, pelo apoio durante todo o curso.

Agradeço aos amigos e amigas que fiz durante o curso e com os quais tive o prazer de conviver durante cinco anos.

Agradeço ao professor Jairo José Gênova pelos ensinamentos e orientação na elaboração deste trabalho.

“Quanto mais sejam os conflitos que uma sociedade atribua para seu sistema penal, maior será a incapacidade para resolvê-los, ao mesmo tempo que revelará seu grau de desintegração comunitária”

Eugênio Zaffaroni

JACOBINO, Vinícius de Godoy. **Descriminalização da violação de direitos autorais**. 2010. 58 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

O presente trabalho aborda a proteção penal dispensada aos direitos autorais. Trata da evolução histórica, da classificação dos direitos autorais e das obras protegidas tanto no Brasil quanto em âmbito internacional. A proteção penal do direito do autor está prevista no Código Penal brasileiro, e as características do crime de violação de direito autoral foram analisadas neste trabalho, com o intuito de melhor compreender como se dá a proteção dos direitos de autor. Os princípios penais têm caráter de norma superior à legislação devendo a lei penal estar de acordo com esses princípios. O estudo da descriminalização busca analisar a viabilidade de retirar de uma determinada conduta o seu caráter de ilícito penal. A descriminalização da violação de direito autoral é abordada a partir dos princípios limitadores do direito penal, visando investigar se o ordenamento jurídico está em harmonia com tais princípios.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito de autor; descriminalização;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – DIREITO AUTORAL.....	12
1.1 Evolução jurídica.....	14
1.2 A proteção jurídica no Brasil.....	16
1.2.1 A proteção constitucional.....	18
1.2.2 A Lei dos direitos autorais.....	19
1.2.3 Tratados internacionais.....	21
CAPÍTULO 2 – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL.....	24
2.1 Bem jurídico tutelado.....	25
2.2 Sujeitos ativo e passivo.....	26
2.3 Tipo objetivo.....	27
2.4 Modalidades qualificadas.....	28
2.5 Elemento subjetivo.....	29
2.6 Consumação e tentativa.....	30
2.7 Ação penal e competência para julgamento.....	31
CAPÍTULO 3 – DESCRIMINALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS.....	33
3.1 Descriminalização, despenalização e diversificação.....	33
3.2 Política criminal.....	35
3.3 Princípio da adequação social.....	37
3.4 Princípio da intervenção mínima.....	39
3.5 Princípio da lesividade.....	41
3.6 Princípio da taxatividade.....	42
3.7 Tutela penal de obrigação civil.....	43
3.8 Princípio da insignificância.....	46
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52
ANEXO.....	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar a proteção penal dada ao direito autoral, analisando, principalmente, a necessidade dessa proteção. É de grande extensão social a utilização, cópia e reprodução de obras artísticas e intelectuais desrespeitando os direitos autorais.

A violação de direito autoral, prevista como crime na legislação penal, ocorre diariamente, visto que estão disponíveis para download uma quantidade enorme de músicas, filmes, softwares e outras obras artísticas e intelectuais, as quais, um número incontável de pessoas tem acesso sem que o autor, ou produtor, tenha conhecimento e recebam os direitos decorrentes de sua criação.

A reprodução, cópia, e comercialização de produtos desrespeitando os direitos autorais tornou-se prática corriqueira, já presente nos hábitos da população brasileira. Não se observa constrangimentos em admitir que se adquirem produtos chamados de piratas. Mas, nossa legislação penal prevê que essas condutas são crimes.

A ampla difusão da pirataria, e sua presença constante na sociedade, mostram a importância de se estudar estes fatos.

Observando-se o imenso mercado que se formou na comercialização de produtos desrespeitando direitos autorais, surge a dúvida quanto à eficácia da proteção penal aos direitos autorais. Se a criminalização da violação de direito autoral visava proteger tal direito, e a violação deste direito mostra-se cada vez mais constante, mostra-se importante analisar a hipótese desta criminalização ser ineficiente ou desnecessária.

O presente trabalho busca a definição do que seja direito autoral para, em seguida, analisar a proteção deste direito na legislação penal para, ao final, investigar se esta proteção esta de acordo com princípios penais constitucionais.

Com o objetivo de melhor entender o direito autoral, no primeiro capítulo buscou-se as origens deste direito, seu surgimento, desenvolvimento e as características que foi assumindo com o surgimento de novas idéias. Tal estudo se mostra necessário para alcançar a definição do que é direito do autor, esta definição é de grande importância posto que ao tratar da violação de direito de autor devemos ter bem nítida delimitação do que seja este direito.

No primeiro capítulo analisamos também a proteção prevista, tanto na ordem internacional quanto nacional, aos direitos autorais e os conexos ao de autor. Encontra-se no primeiro capítulo, também, a proteção constitucional dispensada aos direitos objetos deste estudo. A proteção dispensada aos direitos autorais pela legislação civil também foi abordada

neste capítulo, tratando especificamente da Lei de direitos autorais. Esta lei traz a previsão de quais são os direitos autorais, é de grande importância pois é utilizada na interpretação do tipo penal que prevê a violação de direito autoral.

O segundo capítulo trata do crime de violação de direito do autor. Trata este capítulo das características deste tipo penal, e as classificações segundo os doutrinadores. Neste capítulo buscou-se analisar qual o bem jurídico que recebe a proteção do direito penal, quem pode cometer ou sofrer a conduta prevista como crime, além de analisar as condutas às quais o legislador trata como mais graves, denominadas de modalidades qualificadas.

É de grande importância a análise da motivação do legislador em atribuir a proteção penal ao direito autoral. Neste capítulo estuda-se a definição do bem protegido pelo legislador, bem como as condutas que o legislador definiu como crimes. Esses aspectos serão objeto de análise no terceiro capítulo, tendo por base princípios do direito penal.

O terceiro capítulo inicia-se com análise da definição e do funcionamento da descriminalização, visa a esclarecer sobre como ocorre a descriminalização e mostrar suas particularidades em relação à institutos que lhe são próximos, quais sejam a despenalização e a diversificação.

Como forma de melhor compreender como se dá a repressão penal à violação de direito autoral, o capítulo terceiro trás ainda uma breve análise da política criminal de combate à pirataria.

Em seguida, são analisados os princípios limitadores da ação punitiva do Estado. Todos os princípios tratados no terceiro capítulo decorrem de interpretação da Constituição Federal. Ao apresentar esses princípios penais, será feita abordagem especificamente em relação ao crime aqui tratado, verificando-se se este princípio dá fundamento para o tratamento penal para os direitos autorais ou se apresenta fundamentação para a mudança e conseqüente descriminalização.

Com o estudo aqui feito, espera-se entender os princípios penais que garantem o indivíduo frente ao poder punitivo do Estado. Busca-se analisar, com maior profundidade, as causas que levaram o direito autoral a merecer a tutela penal e as causas que levariam a mudança de tratamento desses direitos.

Trata-se aqui, especificamente, da hipótese de não ser mais prevista como crime a violação de direito autoral, visto que tal direito continuará tendo amparo legal, inclusive constitucional, e a prática de ato que atente contra este direito continuará a sofrer sanções de natureza civil.

Com as reflexões aqui desenvolvidas pretende-se contribuir com a discussão acerca dos limites do direito autoral, bem como investigar a maneira mais adequada para se proteger interesses de autores e produtores.

CAPÍTULO 1. DIREITO AUTORAL

O direito autoral é o instituto que regulamenta as relações derivadas da criação intelectual em obras artísticas, literárias e científicas. Além de garantir os direitos do autor, nossa legislação protege também os direitos conexos aos de autor, que são os direitos que cabem aos artistas intérpretes, produtores de fonogramas e empresas de radiodifusão, também conhecidos como direitos vizinhos ou análogos ao de autor.

O direito autoral é considerado um dos gêneros da propriedade intelectual, conforme bem leciona Barbosa (2009, p.117-118):

O sistema jurídico da propriedade intelectual protege diversos aspectos de um mesmo universo: visa estimular a inovação e o desenvolvimento que a inovação acarreta; visa proteger o interesse individual do criador, que é a fonte primária da inovação; visa proteger o consumidor pela informação que permite a identificação de produtos e serviços. Todavia, esse sistema, tal como se apresenta atualmente, está concentrado em aspectos isolados, ou em aspectos em que o interesse econômico é saliente, mas poucas vezes compreende a globalidade da situação.

Como propriedade intelectual entende-se a área do direito que engloba toda a proteção jurídica conferida às criações oriundas do intelecto. Barbosa (2009, p. 9) afirma que “A propriedade intelectual, portanto, aglutina tanto a proteção da propriedade industrial, quanto a proteção à propriedade literária e artística, além de algumas outras proteções *sui generis*”

Mostra-se importante, para melhor definir o que são direitos do autor, fazer a distinção entre os direitos autorais e os demais institutos aglutinados na propriedade intelectual. O direito autoral é o principal gênero da propriedade intelectual, portanto, é necessário mostrar suas particularidades em relação a outros gêneros. Além disso, deve-se notar que o direito autoral não pode ser confundido com a propriedade intelectual, pois a propriedade intelectual possui características mais amplas, as quais não estão todas presentes no direito autoral.

Direitos autorais são definidos por Souza (2006, p. 18) como aqueles que “consistem na atribuição exclusiva do direito de aplicação da regra de reprodução pelo titular, e, conseqüentemente, de auferir os proveitos econômicos resultantes”.

Característica peculiar ao direito autoral é que ele tem um objeto específico a proteger, assim, Costa Netto (1998, p. 52) afirma que “o objeto de proteção do direito de autor

é a obra intelectual, conceituada pelos principais tratadistas como criação intelectual fixada em suporte material”.

Importante aspecto a ser observado é a delimitação daquela que pode ser considerada obra intelectual, já que o direito de autor nasce a partir da criação intelectual de uma obra.

Para que determinada obra seja considerada obra intelectual, e, portanto, protegida, a Lei 9.610/1998 prevê, em seu artigo 7º, três requisitos a serem observados. Souza (2009, p. 14) explica que:

Para configurar-se como obra intelectual, e ser passível de proteção pelas regras que versão sobre os direitos intelectuais, esta deve conter três elementos essenciais: ser a emanção do espírito criador; ter forma sensível; ser original. Deve ser individual, exteriorizada e fruto de processo criativo.

A definição do qual seja obra intelectual sobre a qual o autor possui direitos autorais será de grande importância para a verificação do crime de violação de direito autoral, Importa notar que a definição do crime de direito autoral não se encontra no direito penal, sendo necessária a definição feita anteriormente para se interpretar a lei penal.

A titularidade do direito autoral deve ser também observada. Observando o que prevê a Lei 9.610/1998, Barbosa (2009, p. 163) afirma que ”a legislação autoral identifica como autor a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica, permitindo que em determinadas hipóteses previstas na legislação a pessoa jurídica possa receber proteção equiparada à do autor”. O conceito anterior é de grande importância para definir quem será, no direito penal o titular da ação penal no crime de violação de direito autoral, pois no crime de violação de direito autoral na modalidade simples a ação penal é de natureza privada, conforme veremos, devendo ser proposta pelo criador da obra ou por aquele que tenha titularidade de direito autoral ou conexos.

Além de dar proteção ao autor, nossa legislação, e também legislação internacional, protege também os direitos conexos aos de autor. Os direitos de autor aplicam-se também aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão, por isso são denominados conexos.

Acerca da titularidade dos direitos conexos aos de autor, e citando especificamente o campo musical, Costa Netto (1998, p. 175-176) faz uma importante observação:

Diversamente do que ocorre em relação ao direito de autor, que nasce sempre com a criação intelectual, a titularidade originária dos direitos conexos aos de autor pode surgir, no campo musical, somente a partir da

fixação sonora da obra intelectual: é o que ocorre na produção fonográfica, ao contrário da interpretação ou execução musical, estas com características mais próximas à criação intelectual.

Constata-se , portanto, que os direitos conexos decorrem de melhorias feitas na obra original do autor, ou das atividades que possibilitam a produção e divulgação em larga escala desta obra.

1.1 Evolução jurídica

Da necessidade de garantir ao criador direitos decorrentes da materialização pública de sua ideia surgiu a necessidade de legislar sobre direito do autor, com o objetivo de dar proteção ao autor e que esses direitos sejam utilizados de acordo com sua função social.

Na antiguidade, ao se verificar a existência do direito autoral depara-se com a ausência de interesse econômico, pois a finalidade principal era a disseminação de temas religiosos ou de natureza política.

A retribuição econômica para aqueles que criavam ou reproduziam os manuscritos religiosos ou os escritos políticos na antiguidade não existia, mas observa-se que já se respeitava os direitos morais do autor. Ao analisar a Grécia Antiga, Souza (2006, p. 35) esclarece que “os gregos reconheciam a autoria de seus filósofos, valorizando a sua condição e status, o que resultaria em retorno econômico com as atividades remuneradas que exerciam em razão de seus escritos”. Ainda que não houvesse a retribuição financeira do autor, havia o reconhecimento de sua criatividade.

Em Roma, na antiguidade, havia três condições que poderiam impedir o desenvolvimento do direito autoral, são elas: a inexistência de legislação específica; a impossibilidade de gerar inúmeras reproduções, que eram trabalhosas; e razões de ordem jurídica.

É equivocada, no entanto, a afirmação de que na Roma antiga não existiam institutos que protegiam os direitos do autor. Podem ser observados em Roma aspectos que levam ao reconhecimento de que havia a concepção de imaterialidade como objeto de proteção. Neste sentido, Souza (2006, p. 37) afirma que:

É equivocado falar da inexistência de uma proteção à propriedade literária na Antiguidade, especialmente em Roma. O que parece mais acertado é que as estruturas sociais e econômicas para o seu aparecimento e proteção estavam não só presentes, mas se apresentaram efetivamente, ainda que

indiretamente e localizadas, pendendo estudos mais aprofundados sobre o tema.

Na Idade Média a reprodução material ocorria principalmente em mosteiros e, provavelmente, sem fins lucrativos. Neste período aconteciam também leituras públicas de poesias ou contos, já estavam presentes, portanto, dificuldades que seriam observadas futuramente, como o controle dos direitos de representação e de execução.

No início da Era Moderna, a invenção do tipo móvel, por Gutenberg em 1436, possibilitou a reprodução de livros em escala até então inimagináveis.

Acerca deste período extremamente fértil para a reprodução de livros, Souza (2006, p. 38) observa que:

Associada a facilidade de reprodução à alfabetização de um maior número de pessoas e a uma produção literária mais intensa e diversificada observa-se, então, um período de eclosão cultural – a Renascença – e, concomitantemente, de uma indústria cultural: os impressores e vendedores de livros, inicialmente na França. É de fundamental importância a existência destes intermediários entre o autor e o público, pois aqueles não possuíam meios de divulgação e distribuição, tampouco recursos para a impressão. Os privilégios consistiam em direitos de exclusividade na reprodução e distribuição de material impresso, por tempo determinado porém renovável.

Os intermediários, visando ao resultado econômico que teriam da edição, eram os principais interessados no fortalecimento dos direitos patrimoniais decorrentes da obra. Observa-se, no entanto, que os privilégios, acima citados, eram propriamente direitos editoriais e não autorais. Pode-se observar, então, que muitas das dificuldades enfrentadas atualmente pelos autores quanto a divulgação de suas obras, e quanto à utilização econômica desta obra já ocorriam no passado.

Durante os séculos XVII e XVIII o regime de privilégios, predominante no período mercantilista e que tinha sua força no monopólio, começou a cair em desagrado, sofrendo fortes ataques.

O direito de autor, como é conhecido hoje, teve início neste período, mais precisamente na Inglaterra e na França, devido ao desenvolvimento material e tecnológico ocorrido na primeira e às novas ideias trazidas pela revolução burguesa que aconteceu na segunda.

A aplicação dos novos conceitos científicos às atividades produtivas foi tão ampla que ocasionou uma Revolução no período, denominada de Revolução Industrial. Devido a

diversos motivos a Inglaterra foi o país onde esta revolução se operou. É na Inglaterra, neste período, que o direito autoral deixa de ser o privilégio, o monopólio, do período anterior e passa a ter a atual conotação. Barbosa (2009, p. 30) afirma que:

É digno de nota o fato de a própria conceituação ideológica da propriedade intelectual, em geral, e da proteção às invenções, em particular, ter sido alicerçada pelos juristas e economistas do século XIX. É exatamente nesta época que a denominação e o conceito de privilégio, que identificavam até então tais direitos, passaram a ser considerados propriedade, com todas as conotações positivas e negativas que o termo, já naquele momento, acarretava. O próprio termo privilégio chocava e se contrapunha aos movimentos sócio-econômico-culturais contrários aos monopólios daquele momento histórico, motivo pelo qual foi substituído.

Importante notar, também, que é neste período que surge o capitalismo, nas conotações atuais. Tal fato importa na mudança de postura em relação aos monopólios e em novo paradigma de produção, inclusive a produção intelectual.

Na França, a Revolução de 1789, que era carregada de princípios liberais, aboliu os privilégios dos livreiros passando a dar tratamento mais próximo do que atualmente é dado aos direitos do autor, conforme observa Souza (2006, p. 45) “após passadas as emoções e transcorrido o período de exaltação foram estabelecidos os direitos autorais, sob o nome de direito do autor”.

1.2 A proteção jurídica no Brasil

No Brasil a Constituição do Império e a Constituição de 1824, não trataram do direito autoral. Devido a pequena produção artística e intelectual no Brasil - colônia e nos primeiros anos após a Independência, não havia ordenamento jurídico que tratasse do direito autoral. O direito autoral passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro a partir do surgimento das faculdades no país, o que acarretou na produção de obras nacionais. O primeiro documento que apresenta indícios de proteção aos direitos do autor data do início do século XIX.

A primeira menção a direito do autor em nossa legislação ocorreu em 1827, conforme explica Costa Netto (1998, p. 36):

Em 1827, a Lei Imperial que criou as duas primeiras Faculdades de Direito no nosso país, em São Paulo e em Olinda, frisava:

Art. 7- Os lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, os outros arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação (...) o Governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos.

Os lentes, como era denominado o corpo docente nesta época das primeiras faculdades, foram os primeiros criadores contemplados com a exclusividade de exploração de sua obra. Deve-se observar que a proteção dada aos lentes ocorreu, ainda, na forma de privilégios, não existindo, até então, no ordenamento jurídico brasileiro o direito autoral em seus contornos atuais.

Ainda no início do século XIX, o Código Criminal de 1830 trouxe a proteção penal aos direitos autorais. A previsão de direitos autorais no Código Criminal mostra, portanto que há mecanismo de proteção ao direito do autor, e Souza (2006, p.48) acrescenta que “a especificidade do artigo 261 do Código Criminal do Império nos força a reconhecer a existência destes direitos também no plano civilista, ainda que indiretamente, pois admite que o contrafator esteja violando um direito que, portanto, existe”. Foi a partir da interpretação do Código Criminal que se estendeu o direito autoral a todos aos autores, não somente aos lentes.

Previsto no Código Criminal do Império, o direito autoral assume definitivamente o conceito de direito deixando de ser tratado como privilégio.

A Constituição Republicana de 1891 garantiu a existência dos direitos autorais, a sua duração durante toda a vida do autor e a sua transmissão aos herdeiros.

No ano de 1898 promulgou-se a Lei nº. 496 denominada de Medeiros de Albuquerque, em homenagem a seu relator, esta lei foi o primeiro estatuto civil regulamentando os direitos autorais no Brasil. Acerca da Lei Medeiros de Albuquerque, Costa Netto (1998, p. 37) explica que:

Entre outros ditames, estendeu a duração da proteção de direitos de autor e vedou alterações não autorizadas, mesmo aquelas efetuadas em obras caídas em domínio público ou não abrangidas pela proteção legal, além de outras importantes inovações dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Ao proibir as alterações em obras caídas em domínio público, a Lei Medeiros de Albuquerque tratou dos direitos morais muito tempo antes de leis que tenham disciplinado este tema, embora não tenha usado expressamente esta denominação.

No Código Civil de 1916 os direitos autorais foram tratados em um capítulo denominado Da Propriedade Literária, Científica e Artística.

Devido ao pequeno distanciamento temporal entre a Lei Medeiros de Albuquerque e o Código Civil de 1916, ocorreram poucas mudanças na legislação pertinente ao direito do autor, Souza (2006, p. 62) observa que no Código Civil “evidencia-se a proteção a toda forma de utilização econômica da obra criativa, literária, artística, ou científica, através da reprodução propriamente dita, ou da representação. O código não logrou exemplificar as formas de utilização, abrangendo todas as possíveis”.

Após a publicação do Código Civil, surgiram várias leis esparsas que tratavam, direta ou indiretamente, dos direitos autorais. No final da década de 60 do século passado, começaram a surgir estudos que visavam a criar um estatuto que disciplinasse o direito autoral, e que abrangesse os avanços de então.

O período acima mencionado é bem explicado por Costa Netto (1998, p. 41) que assim define:

No contexto reinante, as múltiplas leis e decretos reguladores da matéria, inclusive aqueles relativos à promulgação de convenções internacionais compatíveis com a legislação interna brasileira, e em face de conflituosas relações jurídicas desencadeadas com a afirmação desordenada de direitos autorais, surgiu a ideia originária e ambiciosa de elaborar um verdadeiro Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

Com a motivação de regular os direitos autorais e conexos e conferir-lhes tratamento sistemático, foi promulgada a Lei 5.988 em 1973. A Lei de 1973 teve grande mérito no aprimoramento da tutela dos direitos do autor e conexos.

A Lei 5.988 criou o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), que tinha a atribuição de fiscalizar a arrecadação de direitos autorais, entre outras. O CNDA foi extinto em 1990.

1.2.1 A proteção constitucional

A Constituição de 1988 trouxe diversos tópicos relativos ao direito do autor. Ao consagrar em seu artigo quinto que pertence ao autor o direito exclusivo de utilização, publicação e reprodução de suas obras, o legislador constituinte elevou a direito fundamental o direito autoral.

Os direitos constitucionalmente assegurados ao autor visam assegurar a estes o controle e proveito de suas criações. Fica evidente, no aspecto financeiro, que a Constituição

ao garantir o direito à propriedade abrange também o direito à propriedade intelectual, que depois é tratada mais detalhadamente.

A dignidade da pessoa humana em nossa Constituição assumiu forma de um princípio jurídico fundamental. Importante aspecto da dignidade da pessoa humana é o respeito, e a proteção constitucional, aos direitos da personalidade.

Refletindo sobre a extensão do que se considera dignidade da pessoa humana, e do tratamento dado pelo legislador constituinte aos direitos autorais, Souza (2006, p. 131) explica que:

A interpretação deste preceito deve almejar a sua efetividade plena, e assim incluir, necessariamente, além dos diversos aspectos da personalidade em si, a defesa dos diversos direitos derivados da exteriorização e projeção da mesma personalidade, incluindo também o direito autoral de personalidade.

A obra do autor é obra de sua criatividade, merece, então, ser tratada como elemento pertencente à sua personalidade. Bittar (2006, p. 140) explica que “o elemento moral é expressão do espírito criador da pessoa, com reflexo da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual”.

Ainda a respeito da proteção à personalidade, deve-se observar que os direitos da personalidade versam sobre os elementos individualizadores do ser, aqueles elementos que o distingue dos demais, e, conseqüentemente, sobre componentes de sua personalidade. Neste sentido, o direito autoral é tomado pelo aspecto pessoal da relação entre o autor e sua obra.

A partir desta interpretação, a projeção da personalidade do autor em sua obra merece proteção, e tem esta proteção prevista na Constituição Federal.

1.2.2 A Lei dos direitos autorais

A necessidade de revisão de alguns aspectos da Lei 5.988/1973, que era específica de Direitos Autorais, gerou vários Projetos de Lei com o objetivo de atualizar a legislação sobre direitos autorais. Promulgada em 1998 a nova lei recebeu o número 9.610, esta lei expressa uma visão mais ampla aos direitos autorais, e trata dos direitos do autor e conexos com relação às novas tecnologias.

A Lei 9.610/98, conhecida também como Lei de Direitos Autorais, por prever vários aspectos relativos ao direito autoral, passou a ocupar lugar central na proteção aos direitos autorais, Barbosa (2009, p. 162) observa que “os direitos autorais são protegidos por uma

série de normas esparsas, todavia a Lei nº. 9.610 de 16 de fevereiro de 1998 centraliza e sistematiza outras normas”.

Sobre a Lei de Direitos Autorais Souza (2006, p. 149-150) afirma que:

A lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 refundiu e revitalizou a proteção aos direitos autorais. Ampliou a salvaguarda destes direitos (...) e atualizou o sistema protetivo nacional aos desenvolvimentos internacionais e incorporou os avanços jurisprudenciais. É o novo marco regulatório nacional.

A proteção aos direitos do autor, na citada lei, não está prevista apenas sob a conotação patrimonial e econômica, estão previstos também os direitos morais. Conforme explica Souza (2006, p. 150) “os direitos morais resultam da projeção da personalidade do autor na sua obra, que é um produto do espírito, necessariamente criativo”.

Os direitos patrimoniais também estão previstos na Lei 9.610. Os direitos patrimoniais do autor são aqueles que advêm da utilização econômica da obra intelectual, e é justamente em relação aos direitos patrimoniais que ocorre, como veremos, com maior frequência, a violação aos direitos autorais. É, também, sobre a violação dos direitos econômicos do autor que se dá, freqüentemente, a tutela penal.

As características patrimoniais do direito autoral estão previstas ao longo dos artigos da Lei de Direitos Autorais, nestes artigos estão previstos: o direito de cessão; a independência entre as diversas formas de aproveitamento econômico do direito autoral; o controle do autor sobre a utilização da obra, permitindo ao titular disponibilizar a obra ao público, gratuitamente ou em caráter oneroso; e outras modalidades que o autor tem para usufruir de seu direito.

Na Lei de Direitos Autorais, diferentemente do Código Civil de 1916 que vigorava quando da sua publicação, não trata o direito do autor como uma propriedade, neste sentido Oliver (1998, p.103) esclarece que “A recente lei aprovada muda para melhor, dando visão mais ampla aos direitos autorais em nosso país. O autor da obra intelectual é proprietário de algo imaterial, mas colocado entre o domínio e os direitos reais”. Esta nova visão presente nesta lei já havia sido delineada na Constituição Federal de 1988, e esta lei veio a disciplinar.

O legislador, apesar de ter enumerado diversas possibilidades, não foi taxativo ao tratar das maneiras que o autor tem para utilizar seu direito. Neste sentido, Souza (2006, p. 165) afirma:

Pode-se observar que o legislador buscou apontar o maior número de usos possíveis, e ainda assim impões à lista um caráter não só exemplificativo mas também aberto, quando inclui entre os usos protegidos “quaisquer outras modalidades de utilização existente ou que venham a ser inventadas”.

São previstos na Lei de Direitos Autorais, além dos direitos patrimoniais do autor, limitações a esses direitos patrimoniais. Essas limitações ocorrem em decorrência do interesse público.

A Lei de Direito Autorais prevê sanções civis e sanções administrativas, que serão aplicadas independentemente das penalidades previstas como sanções no âmbito do Direito Penal.

Ao tratar das limitações ao direito econômico do autor, Souza (2006, p. 168) às divide em dois grupos, quais sejam:

Os limites se apresentam verticalmente e horizontalmente. Os limites que denomina-se aqui de verticais são os que se referem ao prazo de proteção, são as fronteiras temporais, e se referem ao lapso de tempo entre o início da proteção e sua expiração. Já, porém, os limites horizontais ou atemporais são aqueles que se apresentam independentemente do prazo, estabelecem a fronteira lateral entre os direitos patrimoniais e os interesses da coletividade, e assim autorizam usos e determinam situações sobre as quais são afastados os princípios que regem a utilização exclusiva pelo autor.

As limitações verticais estão previstas também em tratados internacionais, e determinam o período pelo qual o autor terá exclusividade no aproveitamento de sua criação.

As limitações horizontais aparecem visando a garantir a função social da propriedade, consagrada na Constituição Federal, para garantir que o interesse particular do autor possa sofrer interferências em favor do bem comum.

1.2.3 Tratados internacionais

Na atualidade, as Convenções Internacionais vigentes nacionalmente são a Convenção Interamericana, a Convenção Universal, A Convenção de Berna e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, conhecido como TRIPS.

A Convenção de Berna, em 1886, consagrou os direitos do autor em todo o mundo. Em vigor desde 1887 esta convenção já sofreu dois aditamentos e cinco revisões. A texto da Convenção em vigor é correspondente à última revisão, feita em 1971.

Ao tratar das adequações feitas pelos países que participam da Convenção de Berna em sua legislação interna, Costa Netto (1998, p. 36) salienta que:

A partir de 1886 as legislações internas dos países que aderiram à Convenção de Berna, que inclui o Brasil, foram se aproximando umas das outras no caminho da orientação jurídica francesa, com a agilidade necessária ao adequado acompanhamento do desenvolvimento da tecnologia e, especialmente, dos meios de comunicação.

A Convenção de Berna é o principal estatuto internacional sobre direitos autorais, é também, o único instrumento internacional que trata dos direitos morais do autor, prevê a existência de direitos do autor que não estão ligados ao aspecto patrimonial.

Estados Unidos e União Soviética que, originalmente, não haviam integrado a União de Berna, vieram a se juntar aos demais países na Convenção Universal, realizada em 1952, em Genebra, e revista também em 1971.

No campo dos direitos do autor duas são as convenções que regulam internacionalmente a matéria: a de Berna e a Universal. A Convenção Universal mostra-se menos exigente do que a Convenção de Berna.

Tratando-se dos direitos conexos aos de autor, o diploma internacional regulador é a Convenção de Roma, de 1961, que trata especificamente da tutela dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Com esta convenção passaram a ser protegidos, internacionalmente, os direitos autorais de forma mais ampla.

Após a realização de diversas Convenções pelos países americanos, foi assinada em 1946 a Convenção Internacional de Direitos do Autor em obras literárias, científicas e artísticas, também conhecida como Convenção Interamericana de Washington, pois foi firmada nesta cidade.

Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC), conhecido como Acordo TRIPS, é o mais importante instrumento internacional para a globalização da proteção à propriedade intelectual. O TRIPS tem como principal característica seu poderoso mecanismo de execução, no âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC).

No que se refere especificamente aos direitos autorais e aos direitos conexos aos de autor nos fonogramas existe um diploma internacional próprio. A Convenção de Genebra, concluída em 1971, trata da proteção dada aos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada destas obras.

Por meio deste instrumento internacional, aprovada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº. 76.906 de 1975, os estados se comprometem a proteger os produtores de fonogramas que são nacionais dos outros estados contratantes contra a produção de cópias feitas sem o consentimento do produtor e contra a importação destas cópias.

Observa-se, portanto, que é enorme a quantidade de instrumentos, tanto no ordenamento jurídico pátrio quanto entre os tratados do qual o Brasil é signatário, que prevêm a proteção aos direitos do autor e aos direitos conexos. No entanto, não prevêm essas normas como deve se dar a proteção. Analisaremos, portanto, como é fiscalizada e executada, atualmente, a proteção ao direito do autor, inclusive no âmbito do direito penal.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a necessidade da proteção penal aos direitos de autor, tratando, principalmente, da consonância entre a tutela penal dos direitos autorais e os princípios constitucionais do direito penal.

CAPÍTULO 2. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Conforme já visto no capítulo anterior, a proteção do direito do autor se desenvolveu de acordo com o aparecimento de novas técnicas de produção intelectual, vindo a aumentar na medida em que a veiculação da produção do autor aumentava.

Observamos também, que o surgimento dos primeiros dispositivos previstos na legislação brasileira que tratavam do direito do autor estavam previstos, justamente, no Código Criminal do Império, ficando claro, portanto, que a proteção dos direitos do autor estava ligada à tutela penal.

Como forma de proteção ao direito do autor e aos direitos conexos ao de autor, existe em nosso Código Penal a previsão de punição para aqueles que violarem tais direitos, especialmente para aqueles que violarem com o intuito de lucro.

O direito econômico e moral do autor sobre sua criação são tutelados pelo Direito Penal. A previsão de proteção ao direito do autor encontra-se no Capítulo do Código Penal que trata dos crimes praticados contra a propriedade imaterial, o artigo 184 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº. 10.695 de 01 de Julho de 2.003, busca proteger os direitos autorais e os direitos conexos ao de autor.

No atual estágio de desenvolvimento tecnológico, a conduta prevista no artigo acima citado pode ser executada por diversos meios, Oliver (1998, p. 32), a respeito da contrafação, acrescenta que “são utilizados os meios fraudulentos mais variáveis, desde o contrabando da obra original, distribuída no exterior, até a montagem de sofisticados laboratórios clandestinos que possuem dezenas de máquinas de reprodução, chamadas vulgarmente de ‘escravas’”.

A denominação comumente dada ao crime de violação de direito de autor é pirataria, ou contrafação, conforme explica Oliver (1998, p. 33):

A pirataria ou contrafação consiste em reprodução de livros, programas de computador, fonogramas, vídeo-home e outros, por qualquer meio ou intuito de lucro, sem consentimento do autor ou se seu representante legal (...) a indústria pirata sempre escolhe a obra em que estejam vinculados artistas de renome e estilo musical de destaque no mundo intelectual.

O uso de equipamentos portáteis, de meios de comunicação cada vez mais abrangentes e o rápido desenvolvimento de compartilhamento de dados e de fabricação de cópias são objetos de estudo daqueles que vêem nas novas tecnologias o motivo para o aumento da prática do crime de violação de direito autoral.

É evidente que a atual tecnologia de compartilhamento e reprodução de dados é utilizada por aqueles que praticam o crime aqui estudado, soma-se a isso a dificuldade de identificação daqueles que utilizam a internet para obter obras que serão copiadas e reproduzidas sem respeitar os direitos autorais.

Uma das dificuldades em combater esta violação é o campo bastante extenso dessas tecnologias, Barbosa (2009, p. 165) afirma que:

Na problemática atual, é fácil observar que o obstáculo à plena aplicação do direito de autor aos meios e à informação digital está justamente na facilidade com que o elemento protegível é copiado. Esta é uma área em que a 'apropriabilidade' da informação é feita com custos muito baixos, devido às próprias características da tecnologia digital.

Passaremos a analisar a classificação do crime de violação de direito autoral, em suas características, analisando, em especial, os bens que recebem proteção e a forma pela qual se pune aquele que viola direito de autor.

2.1 Bem jurídico tutelado

Toda norma penal existe para proteger um determinado bem jurídico, a esse respeito, Capez (2005, p. 24) chega a afirmar que “toda a norma penal em cujo teor não se vislumbrar um bem jurídico claramente definido e dotado de um mínimo de relevância social, será considerada nula e materialmente inconstitucional”.

Bem jurídico é o bem que recebe a proteção da norma penal. Devido a sua importância, inclusive prevista na Constituição Federal, o direito autoral recebeu proteção penal.

No crime de violação de direito de autor bem jurídico penalmente tutelado é o próprio direito do autor, cuja definição foi tratada no capítulo anterior. deve-se observar que, conforme já tratado anteriormente, a Lei dos Direitos Autorais não delimita taxativamente o que é o direito do autor, motivo pelo qual surgem críticas que serão tratadas no próximo capítulo.

Acerca dos bens jurídicos que podem ser protegidos por norma penal, Araújo (2009, p. 64) afirma que “não se pode conceber a tutela de bens jurídicos que não sejam albergados, ainda que indiretamente, pela Constituição, já que nela estão representados – ao menos em tese - os valores que imperam a sociedade”. O direito do autor, conforme já visto, está previsto expressamente em nossa Constituição.

Não basta que um direito seja previsto na Constituição, no entanto, para que mereça ser tutelado penalmente, ao definir qual o bem jurídico merece receber a tutela penal e, principalmente, ao definir as ações que atentam contra bem jurídicos que serão punidas o legislador deve observar princípios que serão apresentados no próximo capítulo.

2.2 Sujeitos ativo e passivo

Conforme explicação de Bitencourt (2003, p. 165) sujeito ativo “é quem pratica o fato descrito como crime na norma penal incriminadora. Para ser considerado sujeito ativo de um crime é preciso executar total ou parcialmente a figura descritiva de um crime”

Sujeito ativo é o agente que pratica o ato previsto no tipo penal ou concorre para a sua execução, é aquele que praticou ou participou da ação que viola o direito de autor ou direitos conexos.

O crime estudado trata-se de crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa, neste caso a lei não exige que aquele que pratica a violação de direito do autor possua nenhuma qualidade em especial.

A violação de direito autoral pode ser praticada por uma única pessoa, portanto, esse crime é classificado como unissubjetivo. Bitencourt (2003, p.149) define crime unissubjetivo como “aquele que pode ser praticado pelo agente individualmente – que também admite o concurso eventual de pessoal -, constituindo a regra das condutas delituosas previstas no ordenamento jurídico-penal”.

O sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa, não sendo necessária qualquer qualidade especial, regra que vale também para eventual participe que, também, pode ser qualquer pessoa.

O sujeito passivo é definido por Souza (2009, p.35) como “o titular do bem jurídico penalmente protegido”. No crime de violação de direito autoral o bem juridicamente protegido é o direito do autor e os análogos ao de autor, portanto, o sujeito passivo deste crime é o titular do direito autoral, ou seja, o criador da obra intelectual. Bitencourt (2003, p. 166) observa ainda que “sob o aspecto formal, o Estado é sempre sujeito passivo do crime, que poderíamos chamar de sujeito passivo mediato. Sob o aspecto material, o sujeito passivo direito é o titular do bem ou interesse lesado”.

Na ausência do criador da obra, seus herdeiros ou sucessores podem figurar como titulares do direito autoral, sendo, portanto o sujeito passivo deste crime.

Acerca daqueles que podem ser sujeito passivo deste crime, Bitencourt (2009, p.349) observa que “a pessoa jurídica, de direito público ou privado, também pode ser sujeito passivo desse crime”, sendo mais provável que a pessoa jurídica figure como sujeito passivo como titular de direitos conexos ao de autor, como, por exemplo, empresas de radiodifusão e produtores fonográficos.

O registro da obra não é necessário para que se tenha a titularidade do direito autoral, neste sentido, Capez (2009, p. 617) afirma que “o autor da obra não está obrigado a registrá-la (...) assim, o registro não constitui condição necessária para conferir a titularidade da obra a seu autor”.

2.3 Tipo objetivo

A delimitação do tipo objetivo, e das condutas que ele visa a abranger, tem grande importância para a proteção do indivíduo frente à ação punitiva do Estado. No capítulo seguinte será analisado o princípio da taxatividade onde será analisado o que está previsto como a conduta de violação de direito autoral, daí a importância de se definir o tipo objetivo previsto na legislação.

O artigo 184 do Código penal define violação de direito autoral como o ato de “violar direitos de autor e os que lhe são conexos”, deixando evidente, portanto, que a conduta que caracteriza este delito é violar, transgredir, falsificar, ofender o direito do autor.

Embora a violação possa ocorrer de diversas maneiras, o tipo penal traz apenas a previsão da conduta de violar, abrangendo as várias formas possíveis de violação. Observa-se, então, que tratasse de um crime de ação única, que Bitencourt (2003, p. 150) define como “aquele que contém somente uma modalidade de conduta, expressa pelo verbo núcleo do tipo”. O verbo núcleo deste tipo penal, e o único previsto, é o verbo violar.

Trata-se de uma norma penal em branco, pois o conceito de direito do autor não está no Código Penal. Conforme explica Souza (2009, p.8) norma penal em branco “é aquela cujo preceito primário é incompleto, indeterminado, vago, lacunoso, precisando ser complementado por outras normas jurídicas, de natureza penal ou extrapenal, enquanto o preceito secundário está plenamente determinado”, sendo preceito primário a descrição do crime, necessita do conceito de direito autoral para ser entendido por completo. Trata-se, mais especificamente, de uma norma penal em branco em sentido lato, pois, conforme elucida Capez (2005, p.30) normas penais em branco em sentido lato ocorrem “quando o

complemento provém da mesma fonte formal, ou seja, a lei é complementada por outra lei. É justamente o que ocorre, pois, a lei penal é complementada pela Lei dos Direitos Autorais.

O conceito de direito autoral e de direitos conexos ao de autor estão previstos, como demonstrado no capítulo anterior, na Lei nº.9610/98, denominada Lei dos Direitos Autorais.

A nova redação dada pela Lei 10.695/2003 incluiu no tipo penal os direitos conexos ao de autor, dando, portanto proteção penal a esses direitos já protegidos no ordenamento civil.

2.4 Modalidades qualificadas

A respeito da definição das qualificadoras e da diferença entre estas e as causas de aumento e diminuição de pena, Bitencourt (2003, p. 559) nos esclarece que:

Alguns doutrinadores não fazem distinção entre as majorantes e minorantes e as qualificadoras. No entanto, as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais – tipos derivados – com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem a sua variação. Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadoras na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena-base.

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 184 trazem as modalidades qualificadas do crime de violação de direito autoral, esses parágrafos trazem hipóteses em que a pena é maior em razão da forma ou do intuito com que são praticados, conforme a explicação acima, as modalidades qualificadas trazem novas penas para condutas que o legislador entendeu mais lesivas. A aplicação da pena será a partir das penas estabelecidas nas qualificadoras, caso o ato praticado esteja previsto em algum dos parágrafos do artigo 184.

Os parágrafos 1º e 2º tratam especialmente da prática de contrafação, pirataria, de obras intelectuais. Esses parágrafos majoram a resposta penal para os casos de reprodução, distribuição e outras formas de violação de direito autoral que são praticadas o intuito de lucro.

A pena maior prevista para as condutas descritas no parágrafo primeiro e segundo do artigo 184 visa a desestimular a prática, atualmente bastante disseminada, da pirataria, ou seja, a comercialização de cópias sem a compensação do autor. Além disso, o motivo pelo qual o legislador dá uma punição maior para os crimes praticados com o intuito de lucro é assim explicado por Bitencourt (2009, 351):

A finalidade “comercial” – intuito de lucro – amplia consideravelmente o desvalor da ação e do 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. Essa providência legislativa tem o mérito de excluir a suspensão do processo, quando o móvel do crime for intuito de lucro, visando maior coercibilidade no combate a essa modalidade tão difundida de infração penal.

Outro aspecto que deve estar presente na modalidade qualificada é a ausência de autorização.

É elucidativa a explicação de Bitencourt (2009, p. 351) a respeito da falta de autorização:

Para que se aperfeiçoe a adequação típica das figuras qualificadas é indispensável que a conduta ocorra “sem autorização expressa” de quem de direito. A ausência de autorização constitui elemento típico; havendo autorização, a conduta será atípica, pela falta de elemento normativo. O eventual desconhecimento da inexistência de autorização pode configurar o erro de tipo, que, sendo invencível, afasta completamente a tipicidade da conduta.

O parágrafo 3º traz a previsão de maior punição para aquele que executar a violação de direito autoral oferecendo ao público, por meio de cabo, fibra ótica, satélite ou outro sistema, a obra sem autorização expressa do autor.

A conduta prevista no artigo 3º. exige também que sua prática ocorra com o intuito de lucro, aplicando-se o que foi acima tratado.

Finalmente, o parágrafo 4º do artigo 184, traz hipóteses em que a modalidade qualificadora não é aplicada, sendo hipóteses de limitação ao direito do autor e conexos previstas na Lei de Direito Autoral e a hipótese de cópia de obra intelectual ou de fonograma em um só exemplar, para uso privado daquele que copia e sem intuito de lucro direto ou indireto.

Deve-se observar, ainda, que os direitos conexos também são objeto material dessas qualificadoras.

2.5 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo do tipo é a exigência que se faz de dolo ou culpa do agente quando pratica a ação prevista na lei penal, no crime de violação de direito do autor e direitos

conexos o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de violar o direito autoral.

A respeito da definição de dolo e de sua composição, Bitencourt (2003, p. 210):

Dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal (...). O dolo, elemento essencial da ação final, compõe o tipo subjetivo. Pela sua definição, constata-se que o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, conhecimento, é o pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele.(...) Enfim, em termos bem esquemáticos, dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto.

O dolo é requisito para a existência do crime de violação de direito do autor, inclusive na sua forma simples. Acerca da vontade de obter lucro que é requisito das qualificadoras, lembra Bitencourt (2009, p. 352) que “nas modalidades qualificadas exige-se o elemento subjetivo do tipo, constituído pelo especial fim de lucro direto ou indireto”.

A modalidade qualificada prevista no parágrafo 2º do artigo 184 do Código Penal pressupõe o dolo do agente para vender, expor à venda e outras formas de utilização de original ou cópia de obra intelectual produzida ou reproduzida com violação de direito autoral.

2.6 Consumação e tentativa

Ao analisar o tipo penal, devemos observar quando, segundo a legislação, ele é considerado como consumado, conforme bem define Capez (2005, p. 239) crime consumado “é aquele em que foram realizados todos os elementos constantes de sua definição legal”.

O crime aqui estudado consuma-se com a reprodução, modificação ou alteração de obra intelectual, violando direito do autor ou os que lhe são conexos sendo neste aspecto um crime material, pois se consuma com a ocorrência do evento ou resultado.

Pode a violação de direito autoral ocorrer sob a forma de crime permanente, que é a espécie de crime que se consuma desde o momento em que ocorre a ação prevista no tipo penal até que termine, posteriormente, esta ação. Bitencourt (2009, p.352) observa que “há hipótese da violação de direito autoral ser crime permanente, nas formas de exposição e de depósito”.

A definição de tentativa é dada por Bitencourt (2003, p. 361), vejamos:

A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, no modelo descrito na lei. Na tentativa há a prática de ato de execução, mas o sujeito não chega à consumação por circunstâncias independentes de sua vontade.

Na tentativa o movimento criminoso para em uma das fases da execução, impedindo o agente de prosseguir o seu desiderato por circunstâncias estranhas ao seu querer.

A tentativa é o crime que entrou em execução, mas o seu caminho para a consumação é interrompido por circunstâncias acidentais.

A hipótese de ocorrer o crime na modalidade tentada é perfeitamente possível em qualquer das figuras previstas no dispositivo legal. Conforme nos explica Capez (2005, p. 244) acerca do início da tentativa, “ a tentativa começa com aquela atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, se põe em relação imediata com a realização imediata do tipo delitivo”.

2.7 Ação penal e competência para julgamento

A partir do momento em que o Estado assumiu a exclusividade para resolução de conflitos, o cidadão possui o direito de invocar a função jurisdicional deste Estado quando tiver direito ou interesse violado, esse direito conferido ao cidadão é denominado de direito de ação penal. Capez (2005, p. 515) bem define ação penal como:

O direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado - Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva.

A ação penal pode ser dividida em espécies de acordo com a titularidade daquele que poderá promovê-la, Segundo este critério as ações penais são públicas ou privadas, há subdivisões tanto na ação penal pública quanto na ação penal privada.

A ação penal pública poderá ser incondicionada ou condicionada à representação. A ação penal privada poderá ser ação penal exclusivamente privada, também conhecida como ação penal propriamente dita; ação penal privada personalíssima ou exclusiva; ou ação penal privada subsidiária da pública.

Na ação penal pública o titular é o Ministério Público, conforme explica Bitencourt (2003, p. 692) “O Ministério Público é o *dominus lictis* da ação penal pública, que se inicia com a denúncia em juízo”.

Em regra a ação penal pública é incondicionada e na explicação de Bitencourt (2003, p. 693) “isso quer dizer que o Ministério Público não necessita de autorização ou manifestação de vontade de quem quer que seja para iniciá-la”

A definição de ação penal privada, e a razão pela qual esta ação é permitida em nosso ordenamento jurídico nos são dadas por Capez (2005, p. 530), ao afirmar que ação penal privada:

É aquela em que o Estado, titular exclusivo do direito de punir, transfere a legitimidade para propor a ação penal à vítima ou a seu representante legal. A distinção básica que se faz entre ação penal privada e ação penal pública reside na legitimidade ativa. Neta, a tem o órgão do Ministério Público, com exclusividade (CF, art. 129, I); naquela, o ofendido ou quem por ele de direito. Mesmo na ação privada, o Estado continua sendo o único titular do direito de punir e, portanto, da pretensão punitiva. Apenas por razão de política criminal é que ele outorga ao particular o direito de ação.

Na figura simples do crime aqui estudado a pena cominada, alternativamente é de detenção de três meses a um ano ou multa. Nesta hipótese a ação penal é de iniciativa privada, salvo se o crime for praticado em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, pois nesse caso há prejuízo ao bem público.

Para as formas qualificadas a pena é cumulativa: reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Para as condutas tipificadas como qualificadas a ação penal será pública incondicionada.

A respeito dos efeitos da sentença condenatória, e da destinação que deverá ser dada aos objetos apreendidos em razão de violação de direito autoral, Capez (2009, p. 622) salienta que:

O juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos e o perdimento dos equipamentos apreendidos, desde que precipuamente destinados à produção e reprodução dos bens, em favor da Fazenda Nacional, que deverá destruí-los ou doa-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social, bem como incorporá-los, por economia ou interesse público, ao patrimônio da União, que não poderão retorná-los aos canais de comércio.

As características do crime de violação de direitos autorais serão analisadas no próximo capítulo sob a ótica dos princípios constitucionais limitadores do direito penal.

CAPÍTULO 3. DESCRIMINALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

3.1 Descriminalização, despenalização e diversificação

Descriminalização consiste em retirar de determinada conduta o seu caráter de ilícito penal. Apesar de afirmar que não há inteiro acordo entre os autores quanto à definição de um conceito, Cervini (2002, p. 81) conceitua descriminalização como o ato de “retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”.

A descriminalização pode ocorrer de diferentes formas, podendo manifestar-se de três formas: descriminalização formal, *de jure*, ou em sentido estrito; descriminalização substitutiva; e descriminalização de fato.

Por descriminalização em sentido estrito entende-se a modalidade em que se outorga reconhecimento legal a um fato que até então era tratado como crime.

A descriminalização substitutiva é a que ocorre quando as penas são substituídas por sanções de outra natureza, ocorrendo principalmente a aplicação de sanções de natureza administrativa.

No tocante à diferença entre a descriminalização em sentido estrito e a substitutiva, Cervini (2002, p.82) afirma que:

Tanto na descriminalização *stricto sensu* como na que chamamos de substitutiva, a conduta deixa de constituir um ilícito penal, mas na primeira variável a solução é mais radical porque significa a eliminação de toda ilicitude, enquanto que na última hipótese (a substituição), embora o comportamento perca a antijuridicidade penal, não fica legalizado nem deixa de ser qualificado como antijurídico e indesejável.

A descriminalização de fato é a descriminalização que ocorre “quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena” (Cervini, 2002 p.83)

As origens da descriminalização de fato podem ser várias: a sobrecarga do sistema penal ou dos critérios de polícia; o não conhecimento do caráter delitivo de um fato por parte do público que considera que a sanção seria desproporcional à perda; a discricionariedade do acusador.

Importante aspecto da descriminalização de fato é que na maioria dos casos em que ocorre é por razões de conveniência legalidade, notadamente em relação aos delitos conhecidos como sem vítimas.

A despenalização ocorre quando se evita atribuir a um fato a pena de prisão, explicando melhor, Cervini (2002, p.85) conceitua despenalização como “o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal”.

Diversificação é entendida como a mudança que atribui a órgãos ou entidades não penais a solução do conflito, sem retirar o caráter ilícito do fato, neste sentido, Cervini (2002, p.85) esclarece que diversificação “significa a suspensão dos procedimentos criminais em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência”.

A diversificação implica em remeter o problema a outros órgãos, ou até mesmo às partes afetadas para que resolvam com o auxílio de um órgão externo, mas afastados destas hipóteses as entidades penais. Desta forma, outros órgãos cuidariam das infrações menores, restando ao sistema penal à proteção a bens considerados essenciais.

Outra proposta recorrente no Direito Penal é a descarcerização, que consiste em evitar o máximo possível a prisão cautelar, devendo o indivíduo ser preso apenas quando não o restar mais possibilidades processuais de estar em liberdade.

O presente trabalho analisará a necessidade de aplicar-se descriminalização substitutiva ao crime de violação do direito do autor, posto que se propõe a estudar a incoerência entre a criminalização do ato de violar direito do autor e os princípios penais. Operando-se a descriminalização substitutiva, a conduta de violar direito autoral ou que lhe são conexos deixa de ser aplicada penalmente, sendo combatida apenas pelos demais ramos do direito, como já vem sendo.

A importância dos princípios é assim explicada por Greco (2009, p. 53):

Os princípios, dado o seu caráter de norma superior às demais existentes no ordenamento jurídico, servem de garantia a todos os cidadãos, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, contra as tentativas do Estado em se arvorar em “senhor onipotente”. Os princípios são, portanto, o escudo protetor de todo cidadão contra os ataques do Estado. Todas as normas lhe devem obediência, sob pena de serem declaradas inválidas.(...)
Assim, concluindo, contemporaneamente, os princípios, em uma escala hierárquica, ocupam o lugar de maior destaque e importância, refletindo, obrigatoriamente, sobre todo o ordenamento jurídico.

A respeito da importância que os princípios alcançaram com o decorrer do tempo, Batista (2005, p. 63) afirma que essa importância “os habilita a funcionar como premissas

arbitrariamente tomadas, a partir das quais, contudo, no esclarecimento e reconstrução das normas jurídicas, se podem estabelecer articulações lógicas”.

Esses princípios servem como limitadores ao poder de punir do Estado, conforme explica Batista (2005, p. 63) “os princípios básicos comprometem o legislador, transitando assim pela política criminal, e os aplicadores da lei – do juiz da Corte Suprema ao mais humilde guarda de presídio – devendo ser obrigatoriamente considerados pelos que se propõem a estudá-la”.

Deve-se salientar, conforme observado no primeiro capítulo, que há em nossa legislação previsão de sanções civis e administrativas, que não são aqui objeto de análise, sendo observado somente o tratamento dispensado pelo sistema penal aos crimes de violação de direito autoral.

3.2 Política criminal

A análise de institutos de direito penal e dos resultados obtidos com a aplicação de penas e com a criminalização de determinadas condutas é objeto de estudo da política criminal.

Acerca do surgimento e da necessidade da política criminal, Batista (2005, p. 34) brilhantemente nos afirma que:

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal.

A descriminalização de uma conduta, que necessita de uma mudança na legislação para que ocorra, é objeto de estudo da política criminal. Importa também à política criminal a comparação entre os resultados obtidos pelo atual tratamento dado ao crime de violação de direito autoral, estudado no capítulo anterior, e os resultados que podem ser obtidos com a descriminalização desta conduta.

Acerca do tratamento penal dado à violação de direito autoral, Viana (2008, p.24) afirma que:

É preciso que fique claro que a força bruta – a criminalização pelo DIREITO PENAL – não é o único e, muito menos o melhor, caminho para o combate à violação de direitos autorais, em um país onde a maioria do povo tem que optar entre comer ou ler/ouvir um disco/assistir um filme.

(...)

Não é possível que a REPRESSÃO PENAL seja utilizada para garantir os INTERESSES PRIVADOS das empresas na manutenção de seus lucros decorrentes da exploração de direitos autorais, muita vez de forma abusivas, O Direito Penal não pode ser convertido em cão de guarda do Direito Civil para obrigar ao pagamento de obrigações civis.

Se temos um problema, como de fatos temos, em relação aos direitos autorais, sua solução não pode ser a REPRESSÃO PENAL com o absoluto desrespeito aos princípios constitucionais.

Importante notar que a política criminal cuida também dos aspectos sociais relacionados às normas jurídicas, avaliando o custo social da pena de determinado delito. Acerca da relação entre criminalização da violação do direito autoral e o acesso à bens culturais, Vianna (2008, p.24) afirma que:

O amplo acesso ao conhecimento nas classes privilegiadas em detrimento ao rigoroso combate à pirataria que abastece as classes pobres, aumenta ainda mais o fosso cultural existente em nosso país, em uma nítida refeição dos valores constitucionais estabelecidos no art. 3º. da Constituição da República.

Não bastasse o aumento desta desigualdade cultural e social, a cada dia demoniza-se a figura do pirata, tornando-o quase um traficante de drogas, como se o dano social causado por condutas tão distintas pudesse ser comparado.

Não pode ser ignorada, por outro lado, a existência de um clamor de autores e titulares de direitos conexos para que seja aumentado o rigor das punições à violação de direito autoral. Por seu caráter punitivo, o Direito Penal é visto pelos autores e titulares de direitos conexos como um dos instrumentos para proteção de seus direitos, buscando-se assim uma função educativa para a pena. Uma das situações é assim contada por Oliver (1998, p. 232):

Os autores apelam até para um mal necessário: que os livros, os fonogramas e videocassetes editados, por qualquer processo existente ou que venha a ser criado, tenham numeração em cada exemplar, possibilitando assim o maior controle da destinação de cada tiragem.

Em título específico, com cláusulas penais, definir ser “vedado o comércio ou utilização de qualquer obra intelectual, sem a respectiva numeração”, salvo os editados até a entrada da nova lei.

A utilização do direito penal como forma de combate à violação do direito autoral, e sua necessidade, serão estudados nos tópicos que tratam do princípio da adequação e do princípio da intervenção mínima.

3.3 Princípio da adequação social

Entende-se por adequado o meio utilizado da maneira menos danosa possível para alcançar o fim pretendido. Araújo (2009, p. 55-56) completa que “um meio será considerado adequado quando for considerado apto a alcançar o resultado pretendido, ou quando a utilização deste meio, se não ensejar o alcance do objetivo, ao menos, fomente sua realização”.

Analisando mais atentamente a definição anterior, observa-se que ainda assim o delineamento do que seja adequado é insuficiente, sendo, portanto, necessária a criação de critérios para definir o que é adequado.

Com o intuito de melhor definir o que é a adequação, Ávila apud Araújo (2009, p. 56) propõe três indagações: “(a) o que significa um meio ser adequado à realização de um fim? (b) como deve ser analisada a relação de adequação? (c) qual deve ser a intensidade do controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”.

Ao se responder à primeira indagação deve-se observar variantes de caráter quantitativo, qualitativo e probabilístico, pois não é difícil de se supor que exista um meio que seja melhor que outro, ou mais adequado.

Na resposta a ser dada para a segunda questão deverá estar presente o caráter geral do meio, pois o meio adequado é aquele que pode ser aplicado de maneira geral e em abstrato, não sendo, portanto, permitida a criminalização de ato específico a ser praticado por uma determinada pessoa.

A terceira pergunta pode ter por resposta um controle forte ou um fraco, são essas as possibilidades de intensidade de controle por parte do Poder Público.

Fica evidente, portanto, que ao elaborar uma norma penal, a ser utilizada como o meio adequado para a busca do fim almejado, o legislador deverá observar o princípio da adequação.

O fim almejado com a criminalização da violação do direito do autor, como já tratado, é a proteção ao bem jurídico direito do autor. Nota-se, portanto, que a tutela penal do

direito do autor não tem diminuído a incidência desta conduta, ficando claro, portanto que o meio utilizado não alcançou e tampouco fomentou o fim pretendido.

Tratando da adequação social Greco (2009, p. 82) explica que:

O legislador na qualidade de pesquisador e selecionador das condutas ofensivas aos bem jurídicos mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, impedido de criar tipos penais incriminadores que proibam condutas que já estejam perfeitamente aceitas e toleradas por essa mesma sociedade, pois, caso contrário, estaria, na verdade, compelindo a população a cometer crimes, uma vez que, estando a sociedade acostumada a praticar determinados comportamentos, não mudaria a sua normal maneira de ser pelo simples fato do surgimento de uma lei penal que não teve a sensibilidade suficiente para discernir condutas inadequadas socialmente daquelas outras que não são toleradas pela sociedade.

A interpretação acima proposta pode ser estendida, também, as condutas com as quais a sociedade está acostumada mesmo que a conduta já fosse prevista em lei, pois caso contrário, estaria sendo posta na criminalidade enorme parte da população. Deve-se notar que é grande o número de pessoas que atualmente vivem do mercado informal, comerciando mercadorias em desacordo com os direitos autorais, e que o grande valor movimentado no comércio de mercadorias, chamadas de piratas, demonstra a grande aceitação que esta conduta tem na sociedade.

Aspecto importante a ser observado é a ideia de necessidade, pois, como elucidada Araújo (2009, p. 58) “o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido (...) é relevante salientar que a necessidade implica a adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão”.

Fica demonstrado, portanto, que além de ser adequada, a tutela penal do direito do autor deveria ser também o meio menos gravoso dentre os possíveis para o alcance do fim pretendido. No entanto, o tratamento dado à violação do direito autoral pelo direito penal não tem se mostrado adequado, tampouco se mostra o menos danoso entre os demais meios de proteção do autor.

Deve-se salientar, no entanto, que o princípio da adequação social é, ainda, pouco aceito, em razão de ser tido como inseguro e relativo, entre os penalistas. A esse respeito, Bitencourt (2003, p. 28) observa que:

O certo é que a imprecisão do critério da “adequação social”- diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência -, que na melhor das hipóteses, não passa de um princípio sempre inseguro e relativo, explica por que os mais destacados penalistas internacionais, entre outros, não o

aceitam nem como excludente da tipicidade nem como causa de justificaco.

Ainda que o critério da adequaco social seja impreciso, é um princípio constitucional e dever ser observado pelo direito penal, razo pela qual mostra-se importante que se busque uma interpretao que seja coerente com esse princípio.

3.4 Princípio da interveno mínima

O direito penal no se ocupa de qualquer conduta socialmente lesiva, mas apenas daquelas consideradas graves transformando-as em infraoes penais. Com relao a esta característica do direito penal, Batista (2005, p. 87) afirma que ele, direito penal, é considerado “remédio sancionador extremo”, que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua interveno se d ‘unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outro ramo do direito”.

A criminalizao de determinada conduta pode, também, no ser aconselhvel, a este respeito Bitencourt (2003, p.11) afirma que “se outras formas de sano ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a criminalizao  inadequada e no recomendvel”.

O princípio da interveno mínima no est expressamente previsto na legislao, mas Batista (2005, p.85) explica-nos que:

O princípio da interveno mínima no est expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; no obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrtico.

Batista (2005, p.85) lembra ainda que “ao princípio da interveno mínima se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade”.

A fragmentariedade do direito penal consiste em no abranger todos os bens jurídicos ofendidos e tampouco todas as formas de ofensa, cuidando apenas daqueles considerados de maior importncia.

A natureza subsidiária do Direito Penal consiste em entendê-lo como a última possibilidade de intervenção do Estado, a *ultima ratio*. Isso significa dizer que um bem deve ser protegido antes por outros ramos do direito, não obtendo sucesso, utiliza-se, subsidiariamente, a tutela penal.

Este caráter subsidiário do direito penal limita o legislador a observar o tratamento dado por outros ramos do direito antes de proteger penalmente algum bem jurídico. Neste sentido Greco (2009, p. 73) esclarece que:

Por intermédio, no momento da escolha do bem, além de ter de aferir sua importância, tanto em nível individual como coletivo ou social, deverá observar, obrigatoriamente, se os outros ramos do ordenamento jurídico se mostram suficientemente eficazes na proteção daquele bem que, de antemão, já fora entendido como importante, para, somente após, caso essa proteção seja entendida como eficaz ou insuficiente, permitir a intervenção drástica do Direito Penal.

Utilizando-se somente o critério acima descrito ainda restaria uma grande quantidade de bens jurídicos a serem tutelados, aí Greco (2009, p. 74) completa que “não só a importância do bem permite a criação da figura típica, mas, além de tal aferição, mister se faz que, ainda em um plano abstrato, o legislador chegue à conclusão de que os outros ramos do ordenamento jurídico, caso tentem protegê-lo, sozinhos, sem a intervenção do Direito Penal, não terão sucesso”.

Deve-se observar, portanto, que para ter a tutela penal o direito autoral deve ter sido protegido por outros ramos do direito, como de fato é, e esta proteção deve ter sido insuficiente, como também é. Contudo, deve-se analisar se a tutela penal deste direito é necessária e se irá efetivamente auxiliar na proteção. Deve-se observar também que a legislação que trata de direitos autorais, fora do âmbito penal, já traz mecanismo de garantia do direito do autor e instrumentos próprios que possibilitam ao autor realizar a cobrança por seu direito de criação.

Uma dedução lógica do princípio da intervenção mínima e que a criação e manutenção de normas incriminadoras exclusivamente com o intuito de promover o medo nos indivíduos não se justifica no Estado Democrático de Direito. As normas jurídicas penais, como visto, devem existir apenas para garantir bens jurídicos importantes, e quando outros ramos do direito não realizarem a proteção à contento, não sendo admitida a existência de norma penal incriminadora a ser utilizada para promover terror psicológico.

3.5 Princípio da lesividade

O princípio da lesividade é bem definido por Araújo (2009, p.47) ao afirmar que este princípio propõe que “apenas condutas que ocasionem lesões a bens jurídicos de terceiros podem ser criminalizadas”.

Com o intuito de melhor demonstrar este princípio e sua aplicação, Araújo (2009, p. 47-48) nos explica que:

O princípio da lesividade possui quatro funções:

- (a) obsta a incriminação de condutas internas;
- (b) veda a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- (c) proíbe a criminalização de estados ou condições existenciais;
- (d) proibição de incriminar condutas que não afetem qualquer bem jurídico

A proteção a condutas internas se refere à não interferência do Estado nas ideias e convicções, ficando a cogitação, os desejos, as aspirações e sentimentos fora do âmbito de punição.

A conduta que não excede o âmbito do próprio autor também não pode ser objeto de legislação penal, ficando livre, por exemplo, o agente para praticar a autolesão, a lesão insignificante também não merece punição, conforme veremos ao tratar do princípio da insignificância.

A criminalização em razão de estados ou condições existenciais é proibida visando a consagrar-se a ideia de que o direito penal é do fato e não do autor, portanto, o tipo penal deve trazer expressa a conduta delitativa, e não características do agente para incrimina-lo. Ainda a respeito desta função do princípio da taxatividade, Batista (2005, p. 93) acrescenta que “o que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas”.

A proibição de incriminar condutas que não afetem a qualquer bem jurídico visa a impedir o Estado de legislar sobre tema que pode ser objeto de apreciação moral, mas que não causam danos a um bem jurídico.

Fica evidente na classificação das funções do princípio da lesividade a importância do conceito de bem jurídico, acerca da dificuldade em definir bem jurídico, Batista (2005, p. 95-96) afirma que “não há um catálogo de bens jurídicos imutáveis à espera do legislador, mas há relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir”.

É no tocante ao bem jurídico tutelado no crime de violação de direito autoral que se encontra uma questão de complicada interpretação, pois de acordo com o princípio da lesividade somente se pode criminalizar condutas que ocasionem lesão a bem jurídico. Mostra-se difícil delimitar qual o prejuízo causado ao autor pela violação de direito autoral, pois não lhe causou uma perda, ou, dito de outra maneira, fica difícil mesurar a lesão sofrida pela vítima.

Ao ter uma obra copiada, sem autorização, o autor não sofre uma perda em seu patrimônio, o que ocorre é que ele deixa de receber o que lhe é direito pela criação da obra intelectual.

A comparação entre um crime praticado contra a propriedade material, como o furto, e um crime contra a propriedade intelectual, mais especificamente o de violação de direito do autor, pode ajudar-nos a analisar a existência ou não de lesão ao autor. Neste sentido, Vianna (2008, p.9) explica que:

Uma lesão à propriedade alheia equivale a uma perda – um decréscimo-patrimonial. A subtração de um livro de uma biblioteca caracteriza, sem dúvidas uma perda patrimonial para o proprietário da biblioteca. A cópia xerográfica deste mesmo livro, porém, não gera qualquer prejuízo ao seu legítimo dono, que continuará com o livro intacto em sua biblioteca, e também não provoca qualquer perda patrimonial ao autor ou à editora, pois não se pode equiparar uma lesão patrimonial a uma frustrada expectativa de lucro relativa à venda hipotética da obra.

Há, no entanto, a frustração, do pagamento de um crédito decorrente do uso da obra protegida pelos direitos autorais.

Para concluir o raciocínio acerca do princípio da lesividade no crime de violação de direito autoral, deve-se observar o que explica Greco (2009, p.79): “a mera presunção de que certas condutas pode afetar a terceiros não basta para legitimar a ingerência punitiva se essa afetação não se produz no caso concreto”. Como visto, o princípio da lesividade proíbe a criminalização da conduta baseada apenas na suposição de que esta conduta acarretará danos futuros.

3.6 Princípio da taxatividade

Em respeito ao princípio da legalidade, cabe apenas ao legislador criminalizar condutas com o objetivo de evitar arbitrariedade por parte do Estado, protegido fica, portanto, o cidadão da sanha punitiva do Estado. Araújo (2009, p. 47) acrescenta que “a legalidade deve

ser estrita. Assim, a tipificação penal há de ser clara, precisa, certa, determinada e específica (não se pode admitir tipificações indevidamente abertas)”.

No momento em que o legislador faz a previsão em abstrato da conduta a ser punida ele deve deixar claro qual ato será punido, qual é a conduta que o agente deve se abster de realizar. Este princípio é, então, um contraponto ao poder do Estado de impor sanções, pois ao as impor ele, Estado, fica obrigado a fazer de maneira clara. Nada obsta, no entanto, que a interpretação de algum conceito previsto na norma penal incriminadora seja buscada em outra legislação.

Ainda tratando-se do bem jurídico e do limite imposto para a definição do bem jurídico tutelado penalmente, Araújo (2009, p. 69) adverte que:

Ao se conferir primazia à tutela do bem jurídico-penal como limite ao poder de punir do Estado, deve-se salientar que não se pode incorrer no equívoco de se valer de forma indiscriminada desta expressão para legitimar a expansão do punitivismo. Nesta esteira, importa salientar que o discurso do bem jurídico é comumente utilizado, em regra, em descompasso com a realidade.

No capítulo em que se tratou da definição de direito autoral, observou-se o quanto pode ser vasta sua definição, a partir desta definição, e de acordo com o princípio da taxatividade que deve ser observado na elaboração das leis penais, Vianna (2006, p. 943) mostra-nos a incongruência entre a criminalização da violação do direito autoral e o princípio da taxatividade:

A doutrina nacional indica os “direitos autorais” como bem jurídico penalmente tutelado pelo delito de “violação de direitos de autor”. Estes, por sua vez, são considerados tão-somente uma espécie do gênero “propriedade intelectual”.

O delito de “violação de direito de autor” é um tipo penal vago, fundamentado em um bem jurídico indeterminado. É uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da taxatividade, pois reúne sob o rótulo de “propriedade intelectual” uma gama de interesses tão diversos quanto: o direito de atribuição de autoria, o direito de assegurar a integridade de uma obra (ou de modifica-la), o direito de conservar a obra inédita, entre outros direitos morais, e os direitos de edição, reprodução (copyright) e outros patrimoniais. Trata-se, portanto, de um tipo penal complexo que tutela não um, mas inúmeros bens jurídicos de natureza moral e patrimonial, agrupados sob a ideologia da “propriedade intelectual”.

A respeito da interpretação que se deve fazer do art 184 do Código Penal buscando a definição de direito do autor na Lei de Direito Autoral, incluindo-se nesta lei as modalidades

não somente expressas taxativamente, mas também as que vierem a surgir com a evolução tecnológica, visto que essa abrangência foi pretendida quando da elaboração da Lei de direito Autoral. Vianna (2008, p. 20) indaga que se “mesmo aos profissionais do direito uma interpretação como esta já exige profundo estudo e reflexão da matéria, o que se dirá do cidadão que constitucionalmente tem direito de saber por lei com antecedência as condutas que lhe são penalmente proibidas?”.

Tratando, ainda, do conflito entre a criminalização da violação do direito de autor, da dificuldade em delimitar direito do autor, e do princípio da lesividade, Vianna (2006, p. 944) conclui que:

A tutela penal da “violação de direito de autor” tal como é concebida hoje é um disparate jurídico que só se justifica quando encoberto pela ideologia da “propriedade intelectual”. Tal delito tutela ao menos três bens jurídicos absolutamente diversos: a) os direitos morais do autor; b) o direito do autor à remuneração pelo trabalho intelectual explorado pelos detentores dos meios de produção e c) mirabile dictu, o direito de monopólio de mercado dos proprietários dos meios de produção.

A crítica acima decorre da necessidade de clareza do tipo penal, pois caso a interpretação da conduta possa ter interpretação muito vasta todos os indivíduos sentem-se ameaçados. Como já dito o objetivo do princípio da taxatividade é evitar o arbítrio por parte do Estado, sendo necessário, portanto, que o tipo penal seja preciso quanto à conduta que os indivíduos devem se abster de praticar.

3.7 Tutela penal de obrigação civil

Conforme já observado anteriormente, os direitos morais do autor tratam-se de direitos personalíssimos, ficando, portanto, justificada a sua tutela penal, estando, inclusive, perfeitamente de acordo com o princípio jurídico fundamental da dignidade da pessoa humana.

Foi observado, também, ao se tratar do princípio da taxatividade, que o tipo penal que caracteriza o crime estudado se refere à conduta apenas como “violar direitos de autor e os que lhe são conexos”. Ao tratar de direitos autorais e os que lhe são conexos entende-se que estão também protegidos os direitos patrimoniais do autor, bem como dos titulares dos direitos análogos.

Para elucidar o que foi acima mencionado, Vianna (2006, p. 945) apresenta-nos o seguinte exemplo:

Se o legislador *ab absurdo* criasse uma lei tipificando a conduta: “violar direito de locador”, ninguém teria dúvidas em afirmar a absoluta inconstitucionalidade da norma.

Argumentar-se-ia, por certo, que os direitos do locador são vários e esta norma lesaria o princípio constitucional da taxatividade. Ainda que os diversos bens jurídicos tutelados por este delirante tipo penal complexo fossem decompostos, em determinado aspecto ele seria visivelmente inconstitucional: tratar-se-ia de uma criminalização do descumprimento de uma obrigação civil, vedada expressamente pela Constituição Federal.

Feita esta comparação, Vianna (2006, p. 945) conclui que “se assim é em relação à tutela da propriedade material, razão alguma haveria para se proteger com maior ênfase um abstrata ‘propriedade intelectual’ que, neste aspecto, tutela o direito do autor a receber a remuneração por seu trabalho intelectual, explorado comercialmente”.

Na análise feita do princípio da lesividade observou-se que a conduta de violar direito de autor não causa efetivamente dano ao patrimônio do criador da obra, o que ocorre é que ele deixa de receber aquilo que lhe é de direito pela criação. Ocorre neste caso, portanto, que o agente violador do direito autoral não causou dano ao autor sob a perspectiva patrimonial, o que este agente causou foi a frustração de uma expectativa de incremento patrimonial, existente por parte do criador ou dos titulares de direitos conexos, mas não hoje propriamente uma perda patrimonial.

A partir desta interpretação, Vianna (2006, p. 945) afirma que:

A produção de obras intelectuais em meio físico que não foi autorizada pelo autor é, portanto, tão-somente um descumprimento de obrigação civil. Dada a sua natureza eminentemente privada e seu caráter exclusivamente pecuniário, sua criminalização afronta não só o princípio da intervenção mínima, mas também a vedação constitucional às prisões por dívidas.

Ao admitirem-se como verdadeiras as proposições anteriores, a criminalização da violação de direito do autor, prevista em nossa legislação atual, só seria admissível, constitucionalmente, se vista como incriminadora da conduta que viola direito moral do autor. Vista a violação de direito patrimonial de autor ou conexos como o descumprimento de uma obrigação civil, o dispositivo legal que trata da violação a estes direitos classificar-se-á como inconstitucional.

Aspecto abordado por diversas vezes neste trabalho é a redação do art 184 do Código penal, que trata apenas de direitos autorais, abrangendo todos, patrimoniais e morais, ficando, de acordo com o entendimento acima desenvolvido, em flagrante desacordo com princípios basilares do Direito Penal

Acerca da necessidade de nova leitura do crime de violação do direito do autor, Vianna (2006, p. 946-947) afirma que:

Necessário se faz uma imediata releitura dos artigos 184 do CP e 12 da Lei 9.608/98 pelos Tribunais para que se declare inconstitucional a tutela penal dos direitos patrimoniais de autor, seja pela inobservância do princípio constitucional da taxatividade, seja pela inobservância da vedação constitucional à prisão por dívidas. Entender de forma diversa é consagrar a instrumentalização do Direito Penal como meio de coerção ao pagamento de dívidas civis.

Ainda que não se admita que o crime de violação de direito autoral está em desacordo com os princípios constitucionais já tratados, deve-se observar que a ofensa causada ao bem jurídico deve ser grave, e esta gravidade será analisada adiante.

3.8 Princípio da insignificância

Conforme já tratado nos princípios anteriores, para que haja a aplicação da tutela penal é necessária a existência de um bem jurídico relevante para a sociedade, e que necessite de proteção, assim, portanto, para que seja aplicada a punição ao agente que lesou determinado bem jurídico exige-se que a lesão tenha alguma gravidade.

A exigência de lesividade e de esta lesão ser importante é uma garantia conquistada pela sociedade, visa a evitar que o Estado interfira em ações que não são relevantes socialmente. A exigência aqui tratada visa a evitar, também, um excesso de condutas previstas como crime, ou seja, que o Estado se torne excessivamente punitivo e deixe a sociedade amedrontada, pois poderia ser penalizada a qualquer momento dada a extensão de condutas previstas como infrações penais.

O princípio da insignificância decorre da natureza fragmentária do Direito Penal, neste sentido, Bitencourt (2003, p. 19) acrescenta que:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar um injusto típico. Segundo esse princípio, que

Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amíúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstancia, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

O princípio da insignificância mostra-se, portanto, como limitador do poder punitivo do Estado, ao prever lesões ínfimas não devem sofrer punições.

Além de dever ser respeitado, pelo legislador, quando da elaboração de normas penais, o princípio da insignificância deve ser utilizado como meio de interpretação por todos aqueles que utilizam o Direito Penal. A este respeito, Ribeiro (2008, p.54) acrescenta que:

O princípio da insignificância é instrumento de interpretação restritiva, fundamentado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, judicialmente e sem macular a segurança jurídica, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, apesar de formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Segundo este princípio, haveria a exclusão da tipicidade em virtude do próprio teor literal da lei penal.

A aplicação efetiva do princípio da insignificância visa a dar mais efetividade à justiça, que passa, então, a tratar apenas de casos em que direitos e bem jurídicos de importância foram lesados.

Ribeiro (2008, p. 55) mostra como o princípio da insignificância ocupa importante papel na moderna concepção do Direito penal:

O princípio da insignificância decorre da moderna concepção utilitarista na estruturas típicas do Direito penal, que exige, para a composição do tipo penal, não só aspectos formais, mas essencialmente elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça na imposição da pena criminal ao agente.

O princípio aqui tratado é um instrumento de política criminal utilizado na descriminalização de condutas, formalmente tratadas como crime, mas que causam um impacto ínfimo no bem jurídico objeto de proteção.

Acerca da previsão constitucional do princípio aqui abordado, Ribeiro (2008, p. 55) esclarece que o princípio da insignificância “afigura-se como princípio jurídico do Direito Penal reconhecido implicitamente na Constituição brasileira (arts. 1º., III, 3º., I, II e IV, e 5º.

caput) pois ajustado à estrutura garantista do Estado Social e Democrático de Direito, e concretizado legislativa, judicial e administrativamente”.

Demonstrada a previsão constitucional de tal princípio, fica evidente, então, de onde decorre a aceitação do princípio da insignificância como princípio limitador do poder de punir do Estado.

Reforçando a importância do princípio da insignificância, Ribeiro (2008, p. 58) cita os fundamentos desse princípio:

Fundamenta-se no princípio da intervenção mínima e seus corolários da fragmentariedade e subsidiariedade, pelo que o direito penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes, deixando a outros ramos do direito o trato das leves perturbações à ordem jurídica. A ideia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime é outro elemento que apóia o princípio da insignificância, porquanto, nos casos de ínfima afetação ao bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que a pena mínima aplicada seria desproporcional à significância do fato.

Pelo que já foi tratado no princípio da lesividade e da intervenção mínima, observa-se que ao Direito Penal deve ser reservado apenas a tutela de bens jurídicos que podem sofrer danos graves, e que o direito penal deve prever punição apenas para condutas que não sejam insignificantes.

Importante distinção a ser feita, para o correto entendimento do princípio da insignificância é a distinção entre o princípio da insignificância e o crime de bagatela.

Apesar dos termos acima serem tratados pela doutrina como sinônimos, Ribeiro (2008, p. 67-68) diferencia o princípio da insignificância do crime de bagatela afirmando que “em relação ao primeiro, não existe a tipicidade do crime; não existe o crime. Quanto ao segundo, refere-se à atuação delituosa sujeita a tratamento mais célere e menos rigoroso, aceitando-se inclusive a possibilidade de perdão judicial decorrente da justa e pronta reparação do dano”.

Assim, ao tratarmos especificamente da descriminalização analisaremos a aplicação do princípio da insignificância à violação de direito de autor.

A respeito das dificuldades na aplicação do princípio da insignificância, Ribeiro (2008, p. 61) afirma que “a falta de critérios objetivamente definidos para a aplicação do princípio da insignificância tem sido o maior entrave ao seu ideal acolhimento pela jurisprudência pátria”.

Mostra-se extremamente difícil a tarefa de determinar quando se aplicar o princípio da insignificância, principalmente no tocante a avaliação de qual conduta amolda-se a este princípio e qual não se amolda.

Sobre a aplicação do princípio da insignificância, Ribeiro (2008, p. 63) nos adverte ainda que:

No caso de aplicação do princípio da insignificância, como excludente de tipicidade, no contexto de apoucada, diminuta ou irrelevante lesão ao bem jurídico, deve-se proceder com a máxima cautela no sentido de valorar corretamente – de acordo com a realidade sócio-econômica média existente em determinada comunidade – o conteúdo da insignificância, evitando assim possível lesão ao princípio da segurança jurídica.

Fica evidente, então, que o critério para aplicação não é a condição sócio-econômica daquele que sofreu a lesão, e sim o valor que o bem representa para a sociedade.

Tratando da forma de aplicação do princípio da insignificância, Capez (2005, p. 13) afirma que “a insignificância nos delitos patrimoniais não leva em conta a capacidade econômica do ofendido, mas o valor do em si mesmo”.

Não importa, tanto, para o entendimento segundo o princípio da insignificância se o bem lesado representava pouco para o sujeito ativo, e sim se esse bem tem algum valor reconhecido socialmente.

Aplicando a interpretação acima observada aos crimes de violação de direito autoral, estaria afastada a tipicidade do crime se houvesse violação que acarretasse prejuízo ínfimo, ou seja, que o valor no qual o autor foi lesado fosse tão baixo, que toda a sociedade reconhecesse ser um valor insignificante, sendo, portanto, inadequada a sua proteção pelo Direito Penal.

É notório que o percentual destina ao autor de uma obra artística ou intelectual é pequeno em relação ao valor da mercadoria final, desta forma o prejuízo sofrido pelo autor é, na maioria das vezes de pequena monta. Segundo este entendimento, no caso de violação de direito do autor, estariam presentes os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância.

CONCLUSÃO

Os princípios tratados neste trabalho são princípios garantidores da liberdade dos indivíduos frente ao poder punitivo do Estado. É, portanto, vital para o Estado Democrático de Direito que esses princípios sejam observados quando da elaboração e da interpretação de leis.

Os princípios limitadores do poder de punir do Estado devem ser respeitados, ainda que possam parecer por demais liberais. Toda a legislação deve estar em consonância com esses princípios, pois eles têm previsão constitucional.

No desenvolvimento do trabalho, pôde-se perceber que o tratamento penal dado à violação de direito autoral encontra impedimentos nos princípios limitadores. Tratando-se de direitos autorais, observa-se que a repressão da violação destes direitos se dá principalmente sob o aspecto financeiro.

É evidente que ao tutelar o direito autoral e os que lhe são conexos o legislador visava proteger o aspecto financeiro deste direito, razão pela qual o direito moral é esquecido quando se fala no combate à pirataria.

Observa-se, portanto, que a criminalização da violação do direito autoral foi concebida como forma de manutenção do patrimônio, visando reprimir aqueles que atentassem a essa propriedade.

Ocorreu, no entanto, que em curto período de tempo desenvolveram-se formas de compartilhamento de dados como até então não havia sido imaginado. As novas tecnologias tornaram mais difusa a transmissão de informações. Tornou-se extremamente difícil ter domínio sobre determinada obra e impedir que outros indivíduos a copiem e distribuam sem autorização.

Ainda que o ordenamento jurídico proibisse, culminando inclusive penas, a violação de direito autoral difundiu-se na medida em que mais pessoas passaram a ter acesso a tecnologia.

Apesar de termos observado, ao longo do trabalho, que o direito autoral recebeu com o passar do tempo uma maior proteção, recebendo inclusive previsão constitucional, essa maior proteção não veio acompanhada da diminuição da violação desses direitos.

Mostrou-se, portanto, ineficaz a tutela penal ao direito autoral, pois ainda que se adotem medidas de repressão a esta prática, não se pode esperar que tal prática diminua, tampouco que deixe de ocorrer.

Desta forma, o que se pôde observar ao longo do trabalho é que uma conduta que oferece pouco ou nenhum risco ao bem comum, que traz prejuízos insignificantes para o sujeito passivo e cuja repressão tem se mostrado ineficaz está totalmente em desacordo com os princípios aqui tratados.

A insistência em tutelar penalmente a violação de direito autoral tem causado mais desgaste do que benefícios, pois o que vem ocorrendo é a repressão à uma conduta que já se alastrou por toda a sociedade. Há que se perguntar se quem está incorrendo em erro é toda a sociedade, ou se a lei que é equivocada. Mostra-se, portanto, mais prudente que se descriminalize tal conduta, buscando-se novas formas de garantir ao autor a compensação por sua criatividade.

O atual tratamento dado à proteção dos direitos autorais já se mostra ultrapassado, visto que se utiliza ainda de meios tradicionais para tratar de um problema que demanda criatividade na sua solução. Frente a enorme gama de formas pelas quais se viola o direito do autor e conexos, mostra-se interessando a busca por uma solução que preveja todas essas possibilidades.

A aceitação dos princípios limitadores na interpretação da legislação penal vem ganhando força nos julgados, incluindo nos julgados acerca da violação de direito autoral. Mostra-se, portanto, que a tendência a descriminalizar a conduta de violação de direito autoral vem se tornando real com o passar do tempo.

Ainda a respeito na mudança na forma de tratar a violação de direito autoral, observa-se que no dia 14 de Junho o Ministério da Cultura abriu consulta Pública para discutir o anteprojeto de lei que visa a alterar a Lei dos Direitos Autorais. As alterações devem harmonizar a proteção ao direito do autor com as novas formas de difusão de conhecimento.

Concluindo que a tutela penal é ineficaz em garantir ao autor os direitos decorrentes de sua criação, observamos que a descriminalização da conduta aqui analisada é medida que está de acordo com princípios constitucionais e se mostra mais adequada a solução do problema.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Fabio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 17 n. 80, p 35-79, 2009.

BARBOSA, Cláudio Roberto. **Propriedade intelectual**: introdução à propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Tratado de direito penal**: parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.2.

_____, **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 4 ed. Niterói: Impetus, 2009.

OLIVER, Paulo. **Direito penal e sua tutela penal**: lei 9.609/98-lei 9610/98 – dec lei 2.556/98. São Paulo: Ícone, 1998.

RIBEIRO, Julio Dalton. Princípio da Insignificância e sua aplicação no delito de Contrabando e descaminho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16 n. 73, p. 48-82, 2008.

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais**: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Luiz Antonio de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.(Col Oab Nacional. Primeira Fase). v. 4.

VIANNA, Túlio Lima. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideo, a.12, t.2, p 933-948, 2006.

_____. Petição “amicus curae” no Incidente de Inconstitucionalidade do TJMG nº 1.0024.05.646547-9/002.2008.

Anexo A.

Violação de direito autoral. Princípio da adequação social e intervenção penal mínima

Área: Penal

Título: Violação de direito autoral. Princípio da adequação social e intervenção penal mínimo

Juízo da 8ª Vara Criminal de Belo Horizonte/MG.

Proc. nº: 04.327.596-5

Autor: Justiça Pública

Réu: ADILSON LOPES

Espécie: Art. 184, §2º, do Código Penal Brasileiro

Vistos, etc...

1)-Do Relatório

O Ministério Público de Minas Gerais ofereceu denúncia contra:

ADILSON LOPES, brasileiro, solteiro, natural de Belo Horizonte, nascido em 25/02/1969, filho de José Fernandes Lopes e de Eunice Vieira Lopes, residente na Rua Indianópolis, nº 147, Apto. 01, Bairro Cachoeirinha, nesta capital; como incurso nas penas do art. 184, §2º do Código Penal Brasileiro.

Narra a denúncia que, no dia 27 de fevereiro de 2004, no Centro desta Capital, o denunciado expunha à venda fonograma reproduzido com violação dos direitos autorais.

Aduz que através de uma denúncia anônima, policiais civis compareceram ao local em que supostamente estaria funcionando um comércio especializado na venda de CD's "piratas". Se depararam com o denunciado comercializando CD's e ao ser realizado busca no local, encontraram 950 (novecentos e cinquenta) CD's de diversos cantores com características de serem contrafeitos.

Consta, ainda, que quando do questionamento ao acusado da procedência dos produtos, o denunciado relatou que os adquiria de pessoas diversas e desconhecidas, na Rua Oiapoque, pagando por cada um a quantia aproximada de R\$2,50 (dois reais e cinquenta centavos), vindo a revendê-los por R\$5,00 (cinco reais).

Por fim, o acusado foi preso em flagrante delito, e os CD's apreendidos e conduzidos a perícia técnica, que constatou que os Compact Disc's eram falsos.

O inquérito policial é composto, dentre outros documentos, pela portaria de f. 05 e laudo de constatação de autenticidade e avaliação de fls. 19/21.

Recebida a denúncia em 18/05/2004 e tendo os autos tramitado sob a égide da Lei Processual Penal anterior, foi o acusado devidamente citado (f. 62-verso) e interrogado a fls. 63/64. Defesa prévia apresentada à f. 65.

Durante a fase de instrução e julgamento, foram ouvidas 2 testemunhas arroladas pelas partes (fls. 74/75), sendo dispensada a oitiva das demais (f. 73).

Em sede de memoriais, o Ministério Público requereu a absolvição do acusado. A defesa, por sua vez, pugnou pelo reconhecimento da causa supra legal de exclusão da culpabilidade, absolvendo-se o acusado, pela inexigibilidade de conduta diversa, a absolvição do acusado pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 184, §2º, do CP, a absolvição pelo reconhecimento do erro de proibição, a absolvição do acusado por ausência de prova de materialidade do delito. Alternativamente, requereu o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, fixação da pena no mínimo legal, fixação do regime aberto para o cumprimento de pena e por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Às fls. 96/97 foi juntada CAC do acusado.

2)- Da Fundamentação

Trata-se de ação penal pública incondicionada movida pelo Ministério Público, contra o acusado ADILSON LOPES, imputando-lhe a conduta tipificada no art. 184, § 2º do CPB.

A denúncia, a meu ver, não merece acolhida.

A conduta praticada pelo acusado, consistente na comercialização de CD's falsificados, embora formalmente típica, não é dotada de antinormatividade, numa concepção material da tipicidade penal.

Segundo orienta o princípio da intervenção mínima, basilar do direito penal brasileiro, o poder incriminador do Estado deve limitar a sua atuação quando outros ramos do direito forem insuficientes para coibir a conduta socialmente inadequada.

Isso significa que o Estado deve esgotar todos os outros meios de controle social para a tutela do bem protegido, a fim de que possa encontrar respaldo à atuação do seu poder punitivo.

O direito penal deve ser a ultima ratio, assumindo feição subsidiária e fragmentária. Ou seja, deve ele se restringir a castigar as ações de significativa gravidade praticadas contra os bens jurídicos mais importantes.

In casu, verifica-se desnecessária a incidência do tipo penal previsto para punição da conduta praticada pelo acusado.

A violação aos direitos autorais é um problema global que deve ser encarado sob o ponto de vista social. De certo que a reprodução e comercialização de produtos falsificados devem ser, de plano, combatidas.

No entanto, o Estado se vê longe da atuação mais coerente. Deixando a hipocrisia de lado, é fácil constatar que o próprio Estado atua numa posição que lhe permite ser apelidado de um dos maiores fomentadores da atividade tida como ilícita. Não é difícil encontrar diversos lugares onde artigos pirateados e contrabandeados são comercializados sem o menor pudor. Tal fato se tornou aceitável pela esmagadora parcela da população, consumidora assídua dos produtos, e o que é pior, deixou de ser coibido pelo próprio Estado. Diversos são os shoppings populares, autorizados pelo Estado, para comercialização de artigos ditos “populares”, mas que, na verdade, são uma grande feira de pirataria. Tudo o que se vende são materiais falsificados, sem notas fiscais. Para ser mais explícito, basta citar dois velhos conhecidos dos belorizontinos: Oiapoque e Tupinambás.

Inclusive, a discussão acerca da ilegalidade da pirataria vêm sendo encarada sob outro ângulo. Segundo artigo publicado na Folha de São Paulo em 30/07/2006, de autoria do mestre Joaquim Falcão, membro do Conselho Nacional de Justiça, o problema da violação dos direitos autorais é uma questão econômica, muito mais do que uma necessidade de implementação legal.

O referido mestre aponta a incapacidade das empresas produzirem produtos compatíveis com o nível de renda do consumidor brasileiro, dentro da política financeira e tributária, como principal consequência da ilegalidade:

“(...) em vez de campanhas publicitárias milionárias, ações policiais e judiciais e da permanente intimidação moral do consumidor, as empresas deveriam investir para reduzir custos, aumentar a eficiência e adaptar seus modelos de produção à realidade dos países emergentes. O exemplo do computador legal é, pois, significativo. Há no fim do túnel uma saída mais inteligente do que a repressão legal e a intoxicação publicitária (...)”

Destarte, como punir penalmente o acusado, vendedor ambulante de CD's falsificados, se os outros meios de repressão ainda não estão sendo utilizados com veemência? Não seria suficiente a contumaz atuação da Receita Federal e dos demais órgãos de fiscalização existentes?

Adequando-se a conduta do acusado aos referidos fatos sociais, concluo inadmissível a aplicação da sanção prevista no tipo penal. Ora, o mínimo de dois anos de reclusão, taxativo ao crime de violação de direitos autorais, é pena demasiadamente exagerada para o caso

apurado na denúncia, mormente porque existem outros meios de eficaz combate à falsificação, tais como, apreensão das mercadorias e multa administrativa.

O tipo penal ali previsto, ao meu ver, deve se incidir sobre os verdadeiros responsáveis pela reprodução e distribuição dos produtos pirateados, que almejam lucro imensurável e quase sempre são comandados por organizações criminosas.

O princípio da adequação social vem ganhando aceitação entre os doutrinadores penais, entre eles, Cezar Roberto Bitencourt, que nos ensina o verdadeiro objetivo da norma penal:

“o tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos, em si mesmos típicos, carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois, muitas vezes, há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.” (BITENCOUR, César Roberto. Tratado de Direito Penal, 8ª ed., Saraiva, 2003, p. 222)

Portanto, a tipicidade penal exige uma ofensa relevante aos bens jurídicos penalmente protegidos para que possa caracterizar suficientemente o injusto penal. É necessária uma análise do verdadeiro alcance proibitivo e uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a penalidade a ser imposta.

Por essa razão, entendo que o fato praticado pelo acusado deve ser coibido por outros meios de atuação do órgão estatal, mormente porque os seus antecedentes criminais não indicam outras condutas desabonadoras a merecer privação de sua liberdade de locomoção.

Como se extrai dos autos, o acusado é pessoa simples, ganhando a vida como camelô ambulante, talvez não por opção, mas porque o mundo do subemprego é a única coisa que ainda resta para se ganhar a vida.

Enfim, diante da análise do caso concreto descrito na denúncia, e por não encontrar conduta penalmente relevante, em razão da existência de outros meios eficazes de coibição e punição do acusado, imprescindível se torna o afastamento da incidência da conduta típica descrita no art. 184, § 2º do CP, com conseqüente absolvição do mesmo.

3- Do Dispositivo

Pelo exposto e por tudo o mais que dos autos consta, julgo improcedente a denúncia, absolvendo o acusado ADILSON LOPES da conduta descrita na denúncia, com fundamento no art. 386, III do CPP.

P.R.I.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2009.

NARCISO ALVARENGA MONTEIRO DE CASTRO

Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal/BH