ELISA GATTÁS FERNANDES DO NASCIMENTO

A Tutela Penal dos Direitos Autorais

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Profa. Associada Dra. Helena Regina Lobo da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2014

ELISA GATTÁS FERNANDES DO NASCIMENTO

A Tutela Penal dos Direitos Autorais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense, sob a orientação da Profa. Associada Dra. Helena Regina Lobo da Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2014

NASCIMENTO, Elisa Gattás Fernandes do.

A tutela penal dos direitos autorais / Elisa Gattás Fernandes do Nascimento – São Paulo, 2014. Fls. 147.

Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, 2014.

Orientadora: Profa. Associada Dra. Helena Regina Lobo da Costa.

Criminal Protection of Copyright

1. Direito Penal. 2. Direito de Autor. 3. Direito Penal de Autor. 4. Artigo 184 do Código Penal.

*Ao meu pai, Robinson, por seu incansável incentivo na minha
carreira e sua inabalável confiança na conclusão do meu
mestrado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco.*

*À minha mãe, Regina, por ser esse exemplo de profissional
da academia e esse ser humano generoso e paciente.*

*À minha irmã, Nina, por sua amizade e força, que nunca me
faltaram.*

*Ao meu companheiro de vida, Franklin, por sua admiração,
seu otimismo infinito e seu apoio incondicional.*

Vocês são a razão do meu existir. Obrigada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha orientadora, Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa, quem conheci na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, no curso de Especialização em Direito Penal Econômico, e tive o privilégio de ser sua orientanda. Agradeço por seu alto nível de exigência, suas sempre pertinentes críticas, seus apreciados elogios e, sobretudo, pela preciosa oportunidade de ser sua orientanda também neste Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Agradeço à querida Profa. Dra. Janaina Paschoal, pelo aconselhamento ao longo desses anos e pelas magníficas e inesquecíveis aulas ministradas nas disciplinas de «História do Direito Penal Brasileiro», «Bioética, Justiça e Direito» e «Direito Penal e Religião». Sou-lhe grata também por suas críticas e sugestões em meu exame de qualificação, que acenderam meus pensamentos e deram um novo direcionamento ao meu estudo.

Por fim, agradeço à Profa. Dra. Ana Elisa Liberatore S. Bechara, pelas formidáveis aulas ministradas na disciplina de «Teoria do Bem Jurídico Penal», bem como por seus preciosos apontamentos em meu exame de qualificação, que foram fundamentais para a condução adequada da minha pesquisa.

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a norma contida no artigo 184 do Código Penal, consistente no crime de violar direitos de autor e os que lhe são conexos. A ideia central da pesquisa é perceber as raízes e a finalidade da criminalização das condutas violadoras que, em certa extensão, revelam a eventual dignidade do bem jurídico penal e, aliada à eventual necessidade, fundamenta a manutenção do dispositivo no ordenamento jurídico. Nesse contexto, a preliminar delimitação do bem jurídico penalmente protegido se mostra indispensável para a compreensão da matéria proibida, bem como para o processo de interpretação casuístico. Contudo, o tema é controverso, haja vista que a criminalização das infrações aos direitos intelectuais de forma geral não é consenso entre os penalistas ao redor do mundo, assim como a efetiva aplicação das respectivas penalidades pelos magistrados brasileiros. Isso porque equivocadamente se entende que os direitos de autor seriam, em analogia aos demais direitos intelectuais, uma espécie de direito de propriedade, e a incriminação das condutas infratoras teria por finalidade única a tutela do direito exclusivo de exploração econômica de sua criação ou invento. Da referida análise concluiu-se que, diferentemente dos direitos de Propriedade Industrial, os autorais não se resumem a direitos de cunho patrimonial. O sistema francês denominado *Droit d' Auteur*, absorvido pela legislação brasileira, está guiado para a proteção do autor enquanto criador, de sua personalidade e individualidade, e se concretiza pela concessão de um direito exclusivo de participação pela utilização econômica de sua criação. Trata-se, pois, de um Direito *sui generis*, haja vista a índole imaterial de seu objeto, bem como sua natureza jurídica peculiar, que o aparta dos demais direitos privados. Portanto, sua colocação em risco produz, de forma mediata, prejuízos a toda a sociedade, como o desincentivo dos esforços e investimentos realizados por sujeitos interventores no processo criativo e comercial, e, conseqüentemente, a diminuição do progresso técnico, econômico, cultural e social. Concluiu-se, desse modo, que os direitos de autor são dignos da tutela penal ante a seriedade das lesões aos direitos de autor e as conseqüências nocivas para o livre desenvolvimento da comunidade. Igualmente, a tutela faz-se necessária e adequada diante da falibilidade dos meios de proteção menos gravosos, tal qual a via administrativa e a civil. Por outro lado, criticou-se a previsão normativa contida no *caput* do artigo 184, em termos de oportunidade, porque a incriminação genérica de toda a esfera do Direito de Autor degenera a finalidade do Direito Penal e, em termos de legalidade, porque carece da determinação, fundamental ao tipo incriminador, visto que não descreve minimamente a conduta típica de modo a permitir ao destinatário da norma orientar a sua conduta. Tais desacertos trazem conseqüências danosas tanto para o equilíbrio do sistema penal quanto para a aplicação concreta da norma ao fato concreto. Para tanto, sugeriu-se a criação de uma abertura legal para que a prática da administração da justiça permita, em algumas situações nas quais o castigo penal resulte desproporcional ou ineficaz, minimizá-lo, substituí-lo ou, inclusive, afastá-lo. Do mesmo modo, o sistema penal deve hierarquizar os direitos intelectuais no sentido de atribuir-lhes os valores sociais, econômicos, materiais e espirituais que lhes tenham sido dados pelos ordenamentos jurídicos internacionais, constitucionais e legislativos especiais.

Palavras-chave: Direito Autoral. Direitos de Autor. Direito Penal de Autor. Artigo 184 do Código Penal.

ABSTRACT

The object of the present study is the provision of the article 184 of the Brazilian Criminal Code, consistent on the crime of violating copyright and neighbor rights. The central idea of the research is to identify the background and the purposes of copyright violating conducts' criminalization. That understanding, to some extent, reveals the dignity of the legal protected right and, allied with its potential need, justifies the maintenance of the referred provision in the legal system. In that context, the preliminary delimitation of the legal protected right under criminal law shows itself to be essential to comprehend the forbidden behaviors, as well as to the process of interpretation on a case by case basis. The topic is controversial, however, since the criminalization of intellectual property rights' infringements is not in consensus among the indoctrinators around the world, as well as the effective execution of the respective penalties – this is also the case in the Brazilian magistrates. The reason for that is because copyright is erroneously considered by some a sort of property right – similarly to other intellectual property rights – and the sole purpose of criminalization would consist on the protection of an exclusive right regarding to the economic exploitation of their creation or invention. From this analysis it was concluded that, unlike industrial property rights, copyright may not be reduced to patrimonial rights. The French system called Droit d' Auteur, absorbed by the Brazilian legislation, seeks the protection of the author as creator - his personality and individuality - and is materialized by the granting of an exclusive right of participation in the economic use of his creation. This is, therefore, a sui generis right, given the intangible nature of its object, as well as its peculiar legal nature, which separates it from the other private rights. Hence, the threat to such rights produces, indirectly, losses for the whole of society, as the discouragement of the efforts and investments made by the creativity industry, and, subsequently, a reduction in technical, economic, cultural and social progress of the country. It was concluded, therefore, that copyright justifies a criminal protection in face of the seriousness of the injuries to the authors and the harmful consequences for the free development of the community. Also, the criminal safeguard is necessary and appropriate given the failure of other protection fields less severe, such as administrative and civil spheres. On the other hand, the normative contained in the head of article 184 it was criticized, in terms of opportunity and legitimacy. In relation to opportunity because the generic criminalization of the broad field of copyright degenerates the purposes of criminal law. Additionally, vis-à-vis legitimacy, it lacks determination - vital to the incriminating articles –, since it does not minimally describe the illegal conduct in order to allow the receiver to guide his behavior. Such misunderstandings have harmful consequences to the balance of the criminal system, as well as to the concrete application of the criminal law. As a result, the creation of a legal breach has been suggested so that the practice of Justice's administration allows - in some situations where the criminal punishment will result disproportionate or ineffective – to minimize it, replace it or even not to consider it. Likewise, the criminal system must designate the intellectual rights in order to assign them the social, economic, spiritual and material values that have been given by international legal systems, special laws and constitution.

Key-words: Copyright. Criminal Protection. Copyright Criminal Protection. Article 184 of the Brazilian Criminal Code.

LISTA DE ABREVIATURAS

§ - parágrafo

§§ - parágrafos

art. – artigo

CNCP – Conselho Nacional de Combate à Pirataria

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

Des. – Desembargador

Ecad - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

ed. – edição

LDA – Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98)

Min. – Ministro

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

p. – página

pp. – páginas

Rel. – Relator

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRIPs - *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. OS DIREITOS DE AUTOR.....	14
1.1 Considerações Iniciais.....	14
1.2 Terminologia.....	15
1.3 Perspectiva Histórica.....	16
1.4 Conceito.....	18
1.5 Objeto.....	20
1.6 Natureza Jurídica.....	24
1.7 Limitações.....	32
1.8 Tutela Legal.....	40
1.8.1 Os Tratados Multilaterais e sua Aplicação Nacional.....	41
1.8.2 O Tratamento dos Direitos Autorais no Ordenamento Jurídico Brasileiro...	47
1.8.2.1 Constituição Federal.....	49
1.8.2.2 Código Civil.....	53
1.8.2.3 A Lei de Direitos Autorais: os Ilícitos Cíveis e sua Reforma.....	55
1.8.2.4 A Tutela Administrativa.....	60
1.9 Considerações Parciais.....	62
2. O ARTIGO 184 DO CÓDIGO PENAL: VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE	
AUTOR	64
2.1 Considerações Iniciais.....	64
2.2 Histórico da Tutela Penal dos Direitos de Autor no Brasil.....	65
2.3 Das Terminologias Pirataria e Contrafação.....	71
2.4 O Bem Jurídico Penal.....	75
2.4.1 Da Necessidade de se Analisar o Bem Jurídico Tutelado.....	75
2.4.2 O Bem Jurídico «Direitos Autorais» no Âmbito Penal.....	78
2.5 Aspectos Dogmáticos do Tipo.....	84
2.5.1 As Condutas Criminosas.....	85
2.5.1.1 Plágio.....	85
2.5.1.2 O Videofonograma.....	90
2.5.1.3 Excludentes de Tipicidade.....	92

2.5.1.4 <i>Dos Princípios da Adequação Social e da Insignificância</i>	94
2.5.2 <i>O Objeto Material, o Elemento Normativo e o Tipo Subjetivo</i>	99
2.5.3 <i>Classificação Doutrinária</i>	103
2.6 Legalidade, Tipicidade e Proporcionalidade	104
2.6.1 <i>Da Legalidade e Tipicidade</i>	104
2.6.2 <i>Da Proporcionalidade</i>	109
2.7 Do Merecimento e da Necessidade da Tutela Penal	119
2.8 Considerações Parciais	127
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a norma contida no artigo 184 do Código Penal, consistente no crime de violar direitos de autor e os que lhe são conexos. A ideia central da pesquisa é perceber as raízes e a finalidade da criminalização das condutas violadoras que, em certa extensão, revelam a dignidade do bem jurídico penal e, ao mesmo tempo, fundamentam a manutenção do dispositivo no ordenamento jurídico.

Desse modo, serve como norte a avaliação do bem jurídico penalmente protegido, uma vez que, segundo SCHÜNEMANN, ele direciona a modelagem da matéria proibida e, por conseguinte, relativamente ao processo de interpretação, é tanto imanente como crítico (2007, p. 199). Logo, a análise do tipo abalizada pela Teoria da Proteção dos Bens Jurídicos se mostra necessária para legitimar ou não a criminalização de tais condutas no contexto atual da ciência penal.

Nesse passo, BECHARA sustenta que o bem jurídico será vinculante quando conjecturado em um valor constitucionalmente predito, preexiste ao ordenamento penal, e, assim, digno dessa tutela (2009, p. 20). E de tal modo ocorre com os direitos autorais, que encontram sua proteção no artigo 5.º, incisos XXVII e XXVIII, da Constituição Federal brasileira, dentre o rol de direitos fundamentais, fazendo jus ao dever de assistência por parte do Estado, com fito de garantir a sua efetividade de forma preventiva, conservativa e recuperativa.

O tema é polêmico, contudo, visto que a criminalização das infrações aos direitos intelectuais, de forma geral, ainda não é um consenso entre os penalistas ao redor do mundo, bem como a efetiva aplicação das respectivas penalidades pelos magistrados brasileiros. Em verdade, o que se nota é que tais crimes não são tratados como uma prioridade por nenhuma das esferas do Poder Público brasileiro, seja na concepção de políticas e programas, seja na elaboração da norma abstrata e na cominação da respectiva sanção nos casos concretos.

Isso porque equivocadamente se sustenta que os direitos de autor, semelhantemente aos demais direitos intelectuais, seriam uma espécie de direito de propriedade e a criminalização das condutas violadoras teria por singular escopo proteger o direito exclusivo de exploração econômica da obra. Nesse sentido, a proteção adequada seria possível de se obter, quiçá, mediante ações cíveis reparadoras e/ou medidas administrativas.

Não obstante, conforme se verá, ao contrário da Propriedade Industrial, os direitos autorais não se resumem a direitos de cunho patrimonial. O sistema francês denominado *Droit d' Auteur*, adotado pela legislação brasileira, está orientado para a proteção do autor enquanto criador – de sua personalidade e individualidade –, e se concretiza pela concessão de um direito exclusivo de participação pela utilização econômica de sua criação.

O desafio de se lançar sobre esse tema reside justamente em perceber a necessidade e a adequação da norma penal para fins de proteção desse bem jurídico de alta complexidade, sobretudo sob o prisma da legalidade e da proporcionalidade. Nesse aspecto, suscita fundamentada polêmica a redação do artigo em apreço: (i) do ponto de vista da legalidade, por sua demasiada indeterminação e seu incerto conteúdo extrapenal; e (ii) do ponto de vista da proporcionalidade, consideradas as existentes discrepâncias entre o mal provocado pela conduta delituosa e o mal que se causa pela cominação da pena.

Consigne-se, ainda, que motiva a exploração do tema o seu exame interdisciplinar, com base não apenas na investigação sob a ótica do Direito Penal, mas também sob a de outros ramos do Direito, tal qual o Internacional, o Constitucional e o Civil. Essa é uma distinção conveniente porque, em geral, os estudos relativos à esfera penal não ambicionam abranger as nuances dos mencionados ramos e, do mesmo modo, os estudos pertencentes a tais ramos tampouco almejam penetrar nas entranhas do Direito Penal. Pretende-se, assim, por meio da aludida análise multidisciplinar, alcançar premissas que compreendam o ordenamento jurídico como um todo, em busca de conclusões mais próximas da realidade dos autores e titulares e, eventualmente, soluções mais eficazes à proteção do autor.

À vista do anteriormente exposto, para fins didáticos, dividiu-se o presente estudo em dois momentos. No primeiro deles pretende-se delimitar o bem jurídico sobre o qual recai a tutela penal, analisando-se, para tanto: (i) o conceito e a evolução histórica dos direitos de autor e os a ele conexos; (ii) a sua natureza jurídica e o seu conteúdo; e, ainda, (iii) as suas limitações. Passa-se, então, a sopesar a tutela legal conferida em nível internacional – pelos tratados ratificados pelo Brasil – e em nível nacional – pela Constituição Federal, pelo Código Civil e pela relativa Lei Ordinária (Lei n.º 9.610/1998).

Depois de delimitar o elemento central deste estudo, o exame volta-se para a tutela penal propriamente dita: (i) o seu histórico na legislação brasileira; (ii) o bem jurídico penal; (iii) as condutas criminosas; (iv) as excludentes de tipicidade; (v) o objeto material, o elemento normativo e o tipo subjetivo; e, finalmente, (vi) a classificação doutrinária do aludido artigo 184. Após tal análise dogmática, o debate foca-se na legalidade, na tipicidade e na proporcionalidade do tipo penal para, enfim, discutir a necessidade e o merecimento da tutela penal dos direitos de autor.

Ao término da investigação pretende-se responder, em suma, se o bem jurídico é digno de proteção penal e, se o for, se a tutela penal da forma que hoje se perfaz é necessária e adequada para esse fim, tendo-se por ideal um Direito Penal mínimo.

1. OS DIREITOS DE AUTOR

1.1 Considerações iniciais

O Direito de Autor originou-se como um privilégio concedido aos editores a fim de garantir um monopólio na comercialização de obras literárias, no contexto da criação da imprensa por Gutemberg. Tal circunstância, entretanto, modificou-se com o advento da Revolução Francesa, que alçou o autor à qualidade de cidadão e, de tal modo, titular dos direitos de criação da obra, reconhecidos em lei. Com isso, as obras passaram a ser compreendidas como uma extensão da personalidade do seu criador, de forma que a identificação de seu autor tornou-se imperiosa (CARBONI, 2010, p. 11).

Nesse contexto, a preocupação dos mais diversos países com a proteção de tais direitos culminou na assinatura da Convenção de Berna em 1886, seguida por diversos tratados internacionais sobre o tema no decorrer do século XX, com destaque para o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs*), que vinculou a proteção do Direito Intelectual ao desenvolvimento do comércio internacional. Consequentemente, leis nacionais foram promulgadas para atender às orientações contidas nos tratados, consagrando a visão subjetivista do autor.

No Brasil, o Direito de Autor foi inicialmente regulado pela Lei Imperial de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda, por meio da qual se concedia o privilégio exclusivo sobre compêndio de lições. Logo, em 1830, o Código Criminal do Império previu, de maneira precursora na América Latina, o delito de contrafação, atribuindo a pena de perda dos exemplares ilícitos.

Não obstante, a primeira lei que verdadeiramente disciplinou o Direito Autoral foi a Lei n.º 496/1898, que, dentre outros, ampliou a duração da proteção e vedou modificações não autorizadas, afora outras inovações no ordenamento jurídico. A temática autoral,

contudo, só veio a constar na Constituição brasileira no ano de 1891, dentre o rol dos direitos individuais, em que permanece até os dias de hoje.

Inúmeras e sucessivas alterações legislativas seguiram-se a partir de então até chegar ao sistema autoral hoje existente, no qual os direitos autorais são tutelados cumulada, sucessiva ou independentemente nos âmbitos penal, civil e administrativo. A tríplice tutela concedida é complacente com a natureza jurídica de tais direitos e, desse modo, a reação estatal à violação ocorrida está sujeita ao mecanismo acionado pelo lesado, que pode se distender por um, por dois ou pelos três ramos citados (BITTAR, 2005, pp. 131-132).

Portanto, mostra-se indispensável para a análise dogmática do tipo contido no artigo 184 do Código Penal o estudo prévio do panorama autoral, em âmbitos internacional e nacional, a fim de encontrar seus alicerces, delimitar seus conceitos e compreender seu funcionamento, de forma a obter respostas e propor possíveis soluções para a existente problemática da tutela penal dos direitos de autor no Brasil.

1.2 Terminologia

Por se tratar de um ramo autônomo da ordem jurídica, a designação mais apropriada é Direito Autoral ou de Autor, no singular. A denominação no plural, direitos autorais ou de autor, refere-se aos direitos subjetivos do criador da obra (ASCENSÃO, 2012, pp. 22-23).

Tem-se ainda que, nos dias de hoje, tais direitos compreendem não apenas aqueles atribuídos aos autores propriamente ditos, mas também aos artistas intérpretes ou executantes, produtores e organismos de radiodifusão, os chamados direitos conexos ou de vizinhança (ASCENSÃO, 2012, pp. 22-23).

De forma que o elemento central do presente estudo são os direitos subjetivos¹ do criador da obra – estendidos aos demais artistas e entidades acima relacionadas –, mais especificamente a proteção penal despendida pelo ordenamento jurídico brasileiro a tais direitos.

Portanto, as expressões «direitos de autor» ou «direitos autorais» são a terminologia mais apropriada para delimitar o objeto da tutela penal ao qual ora se dedica, que serão nesta ocasião utilizadas de forma a compreender os direitos conexos, com fim de simplificação.

1.3 Perspectiva histórica

A invenção da imprensa de Gutenberg² em meados do século XV possibilitou a reprodução e a propagação de obras literárias e artísticas com uma velocidade até então desconhecida. O invento provocou uma intensa mudança na difusão do conhecimento e do acesso aos bens intelectuais. Nesse contexto, o livro nasceu no domínio das Universidades para difundir o conhecimento ali produzido e, assim, dar acesso à boa parte das pessoas, o que antes era quase impossível (WACHOWICZ, 2010, p. 76).

Logo, os Estados europeus decidiram controlar a impressão e a distribuição de obras que lhes pudessem ser desfavoráveis, resguardando-lhes o direito de conferir autorizações a quem lhes interessasse para a impressão e venda de determinadas obras, por meio da outorga dos chamados privilégios ou monopólios de impressão e de edição (AKESTER, 2013, p. 39).

Não obstante, em paralelo à Revolução Industrial, a Revolução Francesa e sua ideologia de igualdade, liberdade e fraternidade consagraram a substância moral do Direito

¹ Um direito subjetivo pode ser amplamente definido como a faculdade ou poder de fazer, possuir ou exigir licitamente algo dentro dos limites impostos pela lei (ANTEQUERA PARILLI, 2006, p. 1).

² Em meados de 1450, o alemão Johannes Gensfleisch zur Laden zum Gutenberg revolucionou os efeitos da escrita sobre o pensamento e a expressão humana ao inventar a imprensa de caracteres alfabéticos tipográficos (CARBONI, 2010, p. 42).

de Autor, em consideração às ideias de cada um na sua integridade e significado político, ideológico ou meramente ficcional (ABRÃO, 2014, p. 49).

De tal modo, ao longo do século XVIII, despontou o moderno conceito de autor, no qual a figura do escritor profissional passou a ter maior estima da sociedade. Até então, como visto, os holofotes estavam voltados aos editores e à regulação das práticas do comércio de livros. Com o advir dos anos e com um maior número de pessoas alfabetizadas, os escritores passaram a ser o centro das atenções e, assim, a obter o seu sustento pela venda de suas obras ao crescente público leitor (CARBONI, 2010, pp. 42-49).

Surgia, assim, o conceito romântico de que cada ideia poderia ser rotulada com o nome de seu autor, visto a partir de então como o gênio criador individual, de forma que toda obra passou a ser entendida como uma unidade em si mesma, arraigada de originalidade e criatividade. E foram esses, a originalidade e a criatividade, os fundamentos para o Direito Autoral se desenvolver e, logo, tipificar-se como crime a apropriação indevida da criação alheia (CARBONI, 2010, p. 47).

Isso porque entendia-se que o criador possui uma individualidade na maneira pela qual trabalha seus pensamentos, sendo reprovável a apropriação desses traços típicos por outra pessoa, que necessariamente possui outra forma de expressar as mesmas ideias. Nesse sentido, foram conferidos aos autores pelo ato de sua criação os atributos de propriedade, autonomia, originalidade e moralidade – que seguem praticamente irrefutáveis até os dias de hoje (CARBONI, 2010, p. 54).

Sobre o assunto DENIS BARBOSA e ANA BEATRIZ BARBOSA esclarecem que:

Os benefícios das leis emitidas desde 1710 para dar suporte às criações literárias, artísticas e científicas não buscavam favorecer nenhuma indústria; muito pelo contrário, **sua intenção era em parte liberar os autores do poder em excesso das gráficas, em parte homenagear o valor moral da ingenuidade intelectual** (2005, p. 52 - grifos nossos).

Concomitantemente ao desenvolvimento dos direitos morais do autor, o liberalista e iluminista inglês John Locke desenvolvia no século XVII a Teoria da Propriedade como

fruto do trabalho que serviu, de outro lado, para fundamentar a exploração econômica das obras intelectuais. Para o inglês, a propriedade seria um direito natural de maior grandeza, independente e prévio à formação do Estado (CARBONI, 2010, pp. 59-60).

Segundo SALVADOR NETTO, o pensamento de Locke induz à conclusão de que o homem seria proprietário de sua individualidade e, igual e consequentemente, do seu trabalho e da obra produzida por suas mãos. Logo, o trabalho seria o elemento justificador e distintivo da propriedade, que estabelece uma diferenciação entre o bem comum e o privado. A atividade intelectual humana remove o bem da natureza, onde ele pertence equitativamente a todos, convertendo-o em propriedade (2013, p. 195).

Assim sendo, integrados para o amparo do autor na concepção, na materialização e na circulação da obra, os direitos morais e os patrimoniais surgiram e se desenvolveram, alcançando o reconhecimento definitivo de sua coesão no século passado (BITTAR, 2005, p. 45).

1.4 Conceito

Por influências culturais e políticas, os regimes legislativos ao redor do mundo sobre direitos autorais repartem-se em três grandes sistemas: o individual, o comercial e o coletivo (BITTAR, 2005, p. 9).

O primeiro, também chamado de europeu ou francês (*Droit d' Auteur*), é o consagrado pela Convenção de Berna (1886)³ e o vigente no Brasil, cujo caráter é subjetivo, voltado à proteção do autor e consubstanciado na exclusividade que se lhe outorga, permitindo-lhe a participação em todos os diversos meios de utilização econômica. Nesse regime, a proteção é conferida ao autor independentemente de registro da obra ou outra formalidade, considerada meramente declaratória (BITTAR, 2005, p. 9).

³ A Convenção de Berna será adiante analisada.

Resumidamente, pode-se dizer que no ordenamento jurídico brasileiro o Direito de Autor é o segmento do Direito Privado que regula as relações jurídicas oriundas da criação e da utilização de obras intelectuais, compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.⁴ Recebe, destarte, consagração legislativa em razão da doutrina dos direitos individuais, desenvolvida no século XVIII. Guiado por elementos de proteção do homem enquanto criador, nas relações com os frutos de seu intelecto, insere-se no domínio do Direito Privado, conquanto permeado por normas de ordem pública, precisamente para o alcance de seus fins (BITTAR, 2005, p. 8).

Por sua vez, o sistema comercial, também conhecido como *Copyright*, foi desenvolvido na Inglaterra e nos Estados Unidos por meio da Convenção de Genebra (1952) – e demais países que sofreram suas influências –, cujo objeto de tutela é a obra em si e seu objetivo maior é a proteção da cultura do país, de forma objetiva. Nesse caso, a outorga da exclusividade depende do cumprimento de formalidades e sua finalidade é a expansão da cultura e da ciência (BITTAR, 2005, p. 8).

Por fim, o sistema coletivo – também previsto pela Convenção de Berna (1886) – trata-se daquele desenvolvido na Rússia e países sob sua influência, no qual a proteção dos direitos é considerada elemento essencial para a expansão da cultura própria e do progresso do socialismo (BITTAR, 2005, p. 8).

Para DENIS BARBOSA e ANA BEATRIZ BARBOSA a grande diferença entre os sistemas é que:

Enquanto a tradição *common law* (em especial a norte-americana) via o direito autoral como algo objetivo e/ou direito de propriedade, sendo o direito exclusivo de copiar um trabalho, a tradição francesa ressaltava os aspectos individualistas e pessoais da criação e não só como um direito de cópia exclusiva. Nos países influenciados pelo *Droit d'Auteur* (como o Brasil e a maioria da América Latina), os padrões básicos legais são direcionados a proteção da personalidade individual do autor ou criador e não seus interesses de propriedade. Tal tendência subsiste independente dos padrões comerciais que crescentemente prevalecem no Mercado, em especial no caso de trabalhos coletivos como cinema e *software* (2005, p. 52).

⁴ A proteção atribuída aos programas de computador é a mesma conferida às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País. Não se aplicam, contudo, as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação (artigo 2.º e seu § 1.º da Lei n.º 9.609/1998).

No plano do Direito de Autor, todos os sistemas jurídicos em vigor reconhecem certas categorias que auxiliam na criação e/ou na produção e/ou na difusão das obras. São os chamados Direitos Conexos, de Vizinho ou de Vizinhança (*Droits Voisins*), que compreendem as atividades dos artistas, intérpretes, executantes, organismos de radiodifusão e produtores de fonogramas.⁵

Importante distinguir que os executantes e intérpretes são aqueles que executam a obra; os produtores fonográficos produzem a obra e recebem os proventos advindos da execução pública; e as empresas de radiodifusão divulgam a obra ao público⁶ (NASCIMENTO, 2011, p. 295).

Ainda merece consideração que, paralelamente ao Direito Autoral, está o Direito de Propriedade Industrial ou Direito Industrial, ramo dedicado às relações referentes às obras de cunho utilitário, consubstanciadas em bens materiais de uso empresarial, por meio de patentes de invenção, modelos de utilidade, desenho industrial e marcas. Também no âmbito da Propriedade Industrial está a chamada Teoria da Concorrência Desleal, na qual estão incorporados os nomes empresariais, os segredos industriais e outros bens de natureza incorpórea de uso empresarial (BITTAR, 2005, p. 3).

1.5 Objeto

A teoria mais aceita atualmente ao redor do mundo é a de que os direitos de autor recaem sobre a criação intelectual, isto é, a obra.⁷ Por sua vez, a disciplina jurídica da

⁵ O artigo 89 da LDA dispõe que “as normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão”. De forma que, conforme mencionado do item 1.2 deste capítulo, as considerações acerca dos direitos de autor no presente estudo aplicam-se igualmente aos direitos conexos.

⁶ A referência aos direitos conexos para fins penais só veio constar a partir da Lei n.º 10.695/2003. Antes, a violação de tais direitos era um irrelevante penal.

⁷ De forma contrária, ASCENSÃO afirma que os direitos não recaem sobre a obra, haja vista que esta, um ente intelectual, é de desfrute geral de toda a sociedade. O que a lei outorga com exclusividade ao autor são determinadas atividades que se referem à obra, traduzindo-se em um dever comum de abstenção de interferência no círculo reservado ao autor. O objeto, então, são as ditas atividades e seu conteúdo é a restrição da intervenção de terceiros. A obra é, assim, a referência da proteção legal, mas não o objeto (2012, p. 681-683).

criação intelectual, o Direito Autoral, não se confunde com a dos objetos que lhe servem de veículo, o Direito Real⁸ (SILVEIRA, N., 2008, pp. 491-492).

As obras nada mais são do que bens culturais capazes de satisfazer as necessidades de educação, informação e entretenimento. O gênio criador humano se aproveita dos valores culturais existentes na sociedade para gerar novas formas originais de expressão. (ANTEQUERA PARILLI, 2006, pp. 2-3)

Para BITTAR, a obra resulta de um esforço intelectual, denominado de atividade criadora, pela qual o autor introduz na realidade fática uma manifestação intelectual inexistente. Entretanto, não são todas as manifestações que recebem a proteção desse Direito. Como visto, as produções utilitárias ou industriais são protegidas pelo Direito de Propriedade Industrial. Além disso, as criações religiosas, políticas, de ofício público e outras não são objeto de proteção autoral, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 9.610/1998⁹ (2005, pp. 20-23).

Assim, BARBOSA define a criação intelectual como:

O corpo de conhecimentos tecnológicos, ou texto literário, musical ou científico, ou um desempenho de intérprete suscetível de fixação, ou um artefato (escultura, quadro...). Algo que, sempre intelectual (pois distinto de qualquer materialização), seja: a) destacado do seu originador, por ser objetivo, e não exclusivamente contido em sua subjetividade; b) tendo uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante (2012, p. 40).

A Lei de Direitos Autorais fornece uma lista exemplificativa do que são criações do espírito (artigo 7.º), identificando, ao mesmo tempo, aquilo que não é objeto de proteção (artigo 8.º):

⁸ O exercício do direito exclusivo não outorga ao titular do direito a possibilidade de controlar as utilizações do suporte físico da obra – como o exemplar de um livro – após o primeiro ato de disposição (exceto a execução das obras fonográficas, que possui um regime especial). As restrições impostas após a primeira alienação apenas se aplicam nas mesmas condições que no Direito Real, sob pena de configurarem um abuso de direito (NASCIMENTO, 2011, p. 294).

⁹ Art. 8.º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I – as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II – os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III – os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV – os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V – as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI – os nomes e títulos isolados; VII – o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

Art. 7.º **São obras intelectuais protegidas** as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro,¹⁰ tais como:

- I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
 - II – as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;
 - III – as obras dramáticas e dramático-musicais;
 - IV – as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixa por escrito ou por outra qualquer forma;
 - V – as composições musicais tenham ou não letra;
 - VI – as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
 - VII – as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
 - VIII – as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
 - IX – as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
 - X – os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
 - XI – as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
 - XII – os programas de computador;
 - XIII – as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.
- § 1.º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.
- § 2.º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.
- § 3.º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial (grifos nossos).

É do feito da criação que resulta a atribuição de direitos,¹¹ mostrando-se, *prima facie*, sob o aspecto pessoal do relacionamento criador-obra (BITTAR, 2005, p. 32). O autor é, em princípio e como regra, o criador intelectual da obra, sendo o seu direito reconhecido independentemente de registro, depósito ou qualquer outra formalidade, sejam obras de autoria singular (simples) ou de colaboração (coletivas). De modo que o registro da obra é, conforme mencionado, facultativo e de caráter meramente declaratório, ao contrário da Propriedade Industrial, que o registro é constitutivo (artigo 18 e ss. da LDA).

Nesse passo, o título originário de aquisição dos direitos autorais deriva unicamente da criação da obra, ou seja, do exercício intelectual do autor. A obra não é, portanto, protegida apenas como um bem, mas também como a máxima expressão do trabalho intelectual humano em sua exteriorização criativa. Logo, a criação representa um feito

¹⁰ Note-se que *caput* do artigo 7.º, seguindo orientação oriunda da Convenção de Berna, o dispositivo genérico “ou que se invente no futuro” abrange outras formas de manifestação que não aquelas elencadas, a fim de se permitir a contínua absorção de novas formas de expressão.

¹¹ Evidente que, no caso da assunção de direitos por terceiros por vias derivadas – v.g. por sucessão ou contrato –, o título jurídico hábil é que atribuirá os direitos.

puro, cuja consequência universalmente admitida é a aquisição dos direitos autorais (LEDESMA, 2002, pp. 224-225).

Ainda, a obtenção da proteção não depende de nenhum tipo de análise de mérito da obra, de seu valor intrínseco. Ou seja, mesmo aquelas consideradas de menor valor intelectual, desde que revestidas de criatividade e dos demais requisitos legais, são dignas de proteção. Há, por sua vez, a necessidade de a expressão intelectual estar inserida no mundo fático de forma materializada, fixada em um suporte, de maneira que as ideias em si não são protegidas e, apenas quando fixadas ou comunicadas, é que passam a gozar da proteção legal¹² (BITTAR, 2005, pp. 22-23).

Além da criatividade, é requisito básico para receber o amparo legal que a obra seja dotada de originalidade, ou seja, que possua elementos individualizadores, que a distingam das demais já existentes. Deve, assim, possuir traços e caracteres criativos próprios e distintos das demais. Não se exige, porém, que a obra seja nova, eis que é fatal o aproveitamento, ainda que inconscientemente, do acervo cultural comum. Basta, portanto, que a criação possua linhas próprias quanto à sua expressão e à sua composição, mas não ao conceito em si (BITTAR, 2005, p. 23).

Na França, o conceito de originalidade surgiu como reflexo da própria personalidade do autor – ou do chamado contributo intelectual – e independente de quaisquer apelos estéticos. Na Alemanha, o requisito da originalidade estabelece que a obra consista em uma criação intelectual e pessoal, não se manifestando em uma mera cópia de outras obras, e que contenha apurado nível de individualidade de criatividade. Em Portugal, o postulado exige a carência de reprodução da expressão, bem como a individualidade da obra. Por seu turno, nos países que adotam o sistema do *Copyright*, a obra será considerada original se for fruto do investimento em perícia, trabalho e raciocínio de seu autor (AKESTER, 2013, p. 29).

¹² Não são todos os países que adotam o sistema francês de Direito de Autor que exigem a fixação da obra. Em Portugal, na França e na Alemanha, em regra, não se exige a fixação como requisito de proteção da obra (AKESTER, 2013, p. 30).

1.6 Natureza jurídica

Muito se questiona na doutrina nacional e estrangeira acerca da classificação do Direito Autoral como ramo independente do Direito. Segundo ASCENSÃO, o critério para essa constatação está, simplificadamente, na existência ou não de princípios próprios e autônomos. E, nesse sentido, conclui:

A impressão inegável de especificidade deste ramo do direito resulta não da demarcação de princípios próprios, mas tão somente da índole do objeto. É por força desta particular índole, nomeadamente do caráter imaterial do bem, que se aceita que represente um ramo autônomo do Direito (2012, p. 28).

No mesmo sentido, BITTAR diz que o Direito Autoral possui uma individualidade lógica e formal, na medida em que se reveste de características próprias, identificáveis na doutrina, na jurisprudência e na legislação nacional e estrangeira. Dentre essas características destaca: (i) seu aspecto dualista, que contempla de forma incindível direitos de cunho patrimonial e moral; (ii) a perenidade e a inalienabilidade dos direitos morais; (iii) as limitações dos direitos patrimoniais; (iv) a exclusividade do autor para exploração da obra; (v) a integração de cada processo autônomo de comunicação da obra, que corresponde cada qual a um direito patrimonial; (vi) a limitação dos negócios jurídicos para a utilização da obra; e (vii) a interpretação estrita dos acordos firmados pelo autor (2005, pp. 11-12).

Portanto, acolhida a tese de que o Direito Autoral é de um ramo autônomo do Direito, a análise se volta para sua essência, estrutura e natureza.

Quanto à essência, tanto o Direito Autoral como o Industrial estão inseridos na categoria dos Direitos Intelectuais,¹³ que podem ser compreendidos como os direitos incidentes sobre as criações do gênio humano manifestadas em formas sensíveis, estéticas ou utilitárias. As criações sensíveis e estéticas dizem respeito à comoção e à transferência de conhecimentos, enquanto as criações utilitárias referem-se à satisfação de interesses

¹³ Diversos autores de peso, bem como os diversos ordenamentos jurídicos no mundo, adotam a expressão «Propriedade Intelectual». Contudo, haja vista a natureza complexa do Direito Autoral, parece mais oportuna a expressão Direitos Intelectuais, que não resume todo esse extenso e heterogêneo ramo do Direito puramente em uma relação jurídica de propriedade.

materiais do homem na vida diária. No primeiro caso, cumprem-se as finalidades de deleite, de beleza, de sensibilização, de aperfeiçoamento intelectual, como nas obras de literatura, arte e ciência. Já no segundo caso, os objetivos são de uso prático, econômico ou doméstico, como móveis, automóveis e máquinas (BITTAR, 2005, pp. 2-3).

A despeito de integrarem uma mesma categoria de direitos, os intelectuais, o Direito Autoral e o de Propriedade Industrial apresentam diferenças fundamentais derivadas da índole material do seu respectivo objeto, destacando-se no primeiro a existência de direitos morais perenes, a maior vigência temporal dos direitos de propriedade e a condição eminentemente social do bem tutelado (LEDESMA, 2002, p. 110).

Em razão dessa essencial diferença, cada qual goza de uma regulamentação jurídica própria, com princípios e regras peculiares. No Direito Autoral a intenção fundamental é resguardar o autor e permitir-lhe, de um lado, a defesa da paternidade e da integridade de sua criação e, de outro, a fruição dos proventos econômicos resultantes da utilização dessa obra, balizados nos mecanismos de tutela dos direitos individuais. O Direito de Autor está, portanto, mais conectado aos interesses da personalidade, oriundos das relações do autor consigo mesmo, no que tocante às suas características extrínsecas e suas qualificações psíquicas e morais – cujo caráter é subjetivista e privatista (BITTAR, 2005, pp. 2-5).

Por sua vez, o Direito de Propriedade Industrial tem por objetivo primordial a aplicação do invento/criação na obtenção de utilidades ou solução de problemas técnicos, atrelados ao processo de produção industrial ou à expansão da economia, sob o escudo de um regime de concorrência leal. Vincula-se, desde modo, mais aos interesses técnicos, econômicos e políticos, impedindo a concorrência desleal – cujo caráter é objetivista e econômico (BITTAR, 2005, p. 5).

Quanto à estrutura do Direito Autoral, três são as principais correntes: monistas, dualistas e pluralistas. As monistas defendem que os direitos de autor possuem uma unidade indissociável. Por seu turno, as dualistas defendem que tais direitos compreendem duas esferas inter-relacionadas: a moral ou pessoal e a patrimonial. Por fim, as pluralistas defendem que nem os próprios direitos morais ou pessoais e os patrimoniais são uniformes

em si, mas são parcelas independentes, que versam sobre diversos direitos distintos entre si (ASCENSÃO, 2012, pp. 646-648).

Sobre o assunto, assevera ABRÃO que a melhor doutrina pátria é preponderantemente dualista, cujo entendimento é de que os direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica (2014, p. 30).

Nesse sentido, CHAVES diz que:

[O] Direito Autoral é um conjunto de prerrogativas de ordem não patrimonial e de ordem pecuniária que a lei reconhece a todo criador de obras literárias, artísticas e científicas de alguma originalidade, no que diz respeito à sua paternidade e ao seu ulterior aproveitamento, por qualquer meio durante toda a sua vida e aos sucessores, ou pelo prazo que ela fixar (1995, p. 294).

Quanto à natureza, BITTAR diz que se trata de um Direito *sui generis*, especial ou autônomo, haja vista sua natureza, que desfruta de teoria própria e que o separa dos demais direitos privados, para enquadrá-lo em categoria diferente, a dos direitos intelectuais. Assim, define:

Os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. **Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incindível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem uma nova modalidade de direitos privados.**

São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual (2005, p. 11 – grifos nossos).

Para ASCENSÃO, tais direitos são absolutos, pois produzem efeitos *erga omnes*. Contudo, esse fato não os caracteriza necessariamente como um direito de propriedade ou um direito real, que são apenas uma classe de direitos absolutos. Da mesma maneira, não são puramente um direito de personalidade, pois vão além de faculdades personalíssimas e compreendem igualmente direitos de cunho patrimonial (2012, pp. 670-671).

Por sua própria natureza, a obra literária, artística ou científica não é apropriável em caráter exclusivo e, assim, não origina precisamente uma propriedade sobre o bem.

Quando divulgada, a obra passa a fazer parte da sociedade e interage com aqueles aos quais se comunica. O que significa que todos os espectadores desfrutem da criação intelectual quando colocada a público (ASCENSÃO, 2012, pp. 676-677).

O que o autor detém em caráter privativo é o direito de utilização da obra, atrelado às formas de exploração econômica, mas não a obra em si. Isso posto, conclui-se que o Direito de Autor não deve ser compreendido como uma forma de propriedade. A ubiquidade da obra não admite sujeitá-la ao regime espacialmente determinado daquilo que é alvo de propriedade (ASCENSÃO, 2008, p. 28).

Logo, ASCENSÃO defende que a única hipótese acerca da natureza jurídica apta a compreender o aspecto material e pessoal dos direitos de autor é a da chamada Teoria do Exclusivo. E, como todo direito exclusivo, centra-se na exclusão das intervenções de terceiros, isto é, em seu caráter negativo, de maneira que, segundo o ele, o Direito de Autor pode ser nuclearmente qualificado como um direito exclusivo transitório de exploração econômica da obra (2012, pp. 684-686).

A tutela dos direitos oriundos da criação reside, então, basicamente pela outorga de uma exclusividade pelo Estado ao seu criador, o que restringe a exploração econômica dessa obra ao seu autor. Isso porque anseia-se compensar o autor pela contribuição criativa trazida à sociedade, que aceita o ônus da imposição temporária do direito exclusivo. Todo direito intelectual trará, assim, a implicação negativa de constranger provisoriamente a espontaneidade na comunicação social (ASCENSÃO, 2008, pp. 11-12).

No mesmo sentido, ANTEQUERA PARILLI sustenta que a natureza jurídica é de um direito exclusivo, sendo que só o autor ou seu titular pode autorizar ou proibir todo ato que implique na utilização de sua obra (2006, p. 2).

Por fim, quanto ao conteúdo, assim como nos demais países de tradição latina,¹⁴ o Direito Autoral brasileiro, haja vista sua estrutura, compreende dois aspectos distintos,

¹⁴ Como visto, no Brasil, toda a estrutura legal do Direito Autoral é inspirada pelo sistema clássico francês (*Droit d'Auteur*), no qual há uma ostentação da proteção da obra como manifestação do espírito de seu criador. Embora se trate de um ramo do Direito Privado, inspirado por noções de defesa do homem enquanto criador, ele também encontra-se permeado por normas de ordem pública (NASCIMENTO, 2011, p. 292).

porém integrados: o pessoal, denominado direitos morais,¹⁵ e o patrimonial, conforme disposto no artigo 22 da Lei de Direitos Autorais: “Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

Essa conexão entre ambos direitos implica um adequado equilíbrio que teoricamente permite, por um lado, estimular a criatividade dos autores e lhes assegurar o proveito econômico de sua criação e, de outro lado, facilitar à coletividade o acesso aos bens culturais (ANTEQUERA PARILLI, 2006, p. 3).

Apesar de juntos comporem uma arquitetura única e interativa, os direitos de autor, cada esfera de direitos – morais e patrimoniais – desempenha determinadas funções de acordo com seus atributos (BITTAR, 2005, p. 46).

Os direitos morais ou pessoais advêm dos vínculos entre o criador e sua obra. São direitos de ordem pessoal, inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e perenes.¹⁶ Os direitos morais estão previstos no artigo 24 da LDA, segundo segue:

Art. 24. São direitos morais do autor:
I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
III – o de conservar a obra inédita;
IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;
VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

¹⁵ Para ASCENSÃO o uso da expressão direitos morais é impróprio, sendo mais apropriada a expressão direitos pessoais, pois, segundo ele, foi feita uma tradução literal do francês, sem adequar o seu real significado na língua portuguesa (2012, p. 167).

¹⁶ Os direitos morais ou pessoais não são direitos de personalidade propriamente ditos. Embora haja uma forte correlação, a tutela e o regime que disciplinam ambos os direitos não se confundem (ASCENSÃO, 2012, p. 167).

Em suma, são direitos morais do autor o de nomeação (inciso I), de paternidade (inciso II), de inédito (inciso III), de integridade (inciso IV), de modificação (inciso V), de retirada (inciso VI) e o de acesso ao exemplar único (inciso VII).

O direito de nomeação ou nome – talvez o mais importante dos direitos pessoais de autor – determina que na utilização de uma obra por terceiro seja apontado o nome de seu criador. Já o direito de paternidade, intimamente ligado ao antecedente, trata da faculdade do autor em reivindicar a autoria de determinada obra. O de inédito resume-se na faculdade do autor de tornar pública ou não a sua criação. Por sua vez, o direito de integridade garante ao autor a possibilidade de impedir o uso desvirtuado ou alterado da obra, que possa atingir a honra e a reputação daquele ou, ainda, que deprecie a obra. Em sentido oposto, o direito de modificação outorga a possibilidade de o autor alterar sua obra, dando-lhe nova aparência – não ao suporte material em que está fixada –, sem eliminar a original. Quanto ao direito de retirada, ao autor outorga-se a faculdade de retirar de circulação ou suspensão da modalidade de utilização da obra (que pode ser equiparado a um direito de arrependimento). Por fim, o direito de acesso a exemplar único se refere precisamente ao direito que o autor tem de obter a única via de sua obra (ASCENSÃO, 2012, pp. 174-196).

No tocante aos patrimoniais, referem-se à exploração econômica da obra por todos os meios técnicos existentes ou que se inventem no futuro. Consistem em um conjunto de prerrogativas que podem ser cedidas ou alienadas, em caráter definitivo ou temporário, parcial ou totalmente, sob a expressa autorização do autor. São prescritíveis e penhoráveis e estão sujeitos às limitações constitucionais em favor da função social da propriedade (artigo 5.º, XXIII, da Constituição Federal).

Nesse passo, a compreensão tradicional do direito de propriedade concebia um direito de dispor das coisas da maneira mais absoluta, podendo seu titular desperdiçá-la ou destruí-la sem qualquer limitação. Contudo, nos dias atuais, diversas constituições nacionais realçam a função social da propriedade ao sinalar, por exemplo, que ela estará submetida a contribuições, restrições e obrigações que a lei estabelecer, com fins de utilidade pública ou interesse geral. De maneira que, assim, o direito de propriedade consagra-se na faculdade de usar, gozar e dispor de um bem de forma exclusiva,

observadas as ressalvas e deveres estabelecidos em lei (ANTEQUERA PARILLI, 2006, p. 1).

O cerne do direito patrimonial reside, portanto, no direito exclusivo de exploração econômica da obra,¹⁷ que nada mais é do que a representação, a recitação, a execução, a exibição e/ou a exposição em público da obra. A exclusividade tem por finalidade legal não puramente excluir o uso um por terceiro, mas assegurar proveitos ao autor pelo trabalho realizado, de forma que são livres as utilizações que não confrontem com tal exploração pelo autor¹⁸ (ASCENSÃO, 2012, pp. 197-200).

Os direitos patrimoniais do autor são caracterizados por alguns princípios. O primeiro deles é o da liberdade, que se traduz no fato de que só ao autor é dado o direito de escolher os processos e condições de utilização e exploração de sua obra. Outro deles é o da indeterminação, haja vista que a relação de direitos patrimoniais do autor não é taxativa – a lei diz “tais como” e também “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas” –, mas um rol aberto, cujo conteúdo é preenchido na medida em que o progresso tecnológico caminha. Há, ainda, o princípio da autonomia, que diz respeito à independência das várias formas de utilização da obra e das pessoas que a exploram (ASCENSÃO, 2012, pp. 208 e ss.).

Na Lei brasileira, os direitos patrimoniais estão previstos nos artigos 28 e 29 da LDA, como seguem:

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de **utilizar, fruir e dispor** da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I – a reprodução parcial ou integral;

II – a edição;

III – a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV – a tradução para qualquer idioma;

V – a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI – a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

¹⁷ Segundo o próprio Ascensão, o exclusivo de exploração não esgota o conteúdo dos direitos patrimoniais. As condições coletivas de exploração e as novas formas de o autor beneficiar-se financeiramente do uso de sua obra fazem com que tais direitos se traduzam melhor em um direito de participação financeira pela exploração (ASCENSÃO, 2012, p. 167).

¹⁸ Tais formas serão analisadas adiante, quando tratadas as limitações aos direitos de autor.

VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII – a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

- a) representação, recitação ou declamação;
- b) execução musical;
- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
- d) radiodifusão sonora ou televisiva;
- e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
- f) sonorização ambiental;
- g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
- h) emprego de satélites artificiais;
- i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
- j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X – quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Como se vê, o artigo 28 nada mais faz do que descrever as faculdades de o criador:

(i) usar, ou autorizar o uso da obra; (ii) dispor desses direitos a qualquer título; e/ou (iii) transmiti-los a outrem; todos de forma total ou parcial, entre vivos ou por sucessão (BITTAR, 2005, p. 50).

O artigo 28 versa sobre os elementos constitutivos do direito de propriedade. Segundo DINIZ, o direito de uso e gozo (*jus utendi*) refere-se à faculdade de extrair do bem todos os serviços que ele pode prestar, sem alterar a sua substância. Já a fruição (*jus fruendi*) diz respeito à percepção e utilização dos frutos do bem. Por fim, o direito de disposição (*jus abutendi* ou *disponendi*) é o poder de alienar o bem, a título oneroso ou gratuito, consumir, gravá-lo de ônus ou submetê-lo a serviço de outro¹⁹ (2005, p. 119).

Há de ressaltar que, de acordo com a doutrina da exaustão de direitos, os direitos exclusivos sob *corpus mechanicum* deixam de existir quando o titular tenha obtido o proveito econômico da exclusividade mediante, por exemplo, a venda da obra. Uma vez efetivada a venda e o preço pago, o Direito Autoral cumpriu seu papel de assegurar um retorno ao investimento intelectual do autor. O balanço constitucional de interesses foi atendido e a equação da justiça, alcançada (BARBOSA; BARBOSA, 2005, p. 18).

¹⁹ Note-se que DINIZ ainda faz referência ao direito de reivindicar a propriedade de um bem de quem injustamente o detenha (2005, p. 118).

O artigo 29 elenca hipóteses concretas do exercício desses direitos sobre a obra intelectual, de acordo com seu gênero, pelo autor ou por aquele prévia e expressamente por ele autorizado. ASCENSÃO chama atenção para o fato de que nem todas as hipóteses referem-se ao aproveitamento da obra propriamente dito, e algumas tratam de instrumentos para esse aproveitamento,²⁰ pois a Lei tem o intuito de garantir ao autor de forma mais precisa os limites do exclusivo (2012, p. 206).

1.7 Limitações

De forma geral, todo direito se desenvolve abalizado por regras positivas e negativas. Toda regra negativa funciona como uma limitação a esse direito. Não obstante, essas regras são elementos constitutivos da atribuição em que o direito se cifra, do mesmo modo que as positivas (ASCENSÃO, 2012, p. 212).

Portanto, o direito exclusivo de exploração que possui o autor sobre sua obra está submetido a determinadas limitações legais, especialmente para satisfazer certas necessidades sociais. Contudo, preserva-se um adequado equilíbrio para resguardar os legítimos interesses do autor, salvaguardar o proveito econômico de sua criação, estimular seu trabalho criativo, incentivar a produção de novos bens culturais e, conseqüentemente, encorajar os investimentos industriais e comerciais dos diversos setores envolvidos (ANTEQUERA PARILLI, 2006, p. 1).

Por um lado, há os que entendem que as limitações se tratam de meras fronteiras da atribuição, contidas em regras comuns. Por outro, há aqueles que consideram as restrições excepcionais e, portanto, sujeitas ao regime gravoso da regra excepcional. Para fugir dessa polêmica, generalizou-se em normas internacionais o emprego da expressão “limites e exceções” para aludir às restrições aos direitos autorais (ASCENSÃO, 2010, p. 39).

²⁰ Como exemplo dos instrumentos têm-se a fixação em aparelhos, a reprodução, as transformações, a inclusão em obras diferentes, as modificações e a colocação em circulação. Por sua vez, quanto ao aproveitamento propriamente dito, é possível citar as apresentações, execuções, exibições, recitações e comunicações da obra (ASCENSÃO, 2012, p. 207).

De forma descomplicada, CARBONI diz que as limitações são hipóteses em que a lei permite a livre utilização de obras protegidas, sem a necessidade de autorização do autor, atingindo o exercício dos direitos autorais (2008, p. 1).

No mesmo sentido, ABRÃO diz que, dentre o campo das obras protegidas, em alguns casos excepcionais e por expressa disposição legal, o uso parcial ou integral das obras intelectuais independe da prévia e expressa autorização de seu criador, como é a regra nesse instituto (2014, p. 329).

Já BITTAR diz que determinadas utilizações de obras protegidas estão excluídas da superveniência dos direitos autorais, mesmo dentro do prazo de exclusividade legal, situações nas quais se permite o uso livre da obra, independentemente de consulta ao titular ou sua remuneração (2005, p. 69).

Por sua vez, SILVEIRA concebe as limitações em: (i) intrínsecas, sendo aquelas que decorrem da própria lei e daquilo que não está compreendido pelo Direito Autoral; e (ii) extrínsecas, concebendo os princípios constitucionais da liberdade de acesso e de expressão, sobretudo no que se refere aos bens culturais, alheios ao sistema legal autoral (SILVEIRA, N., 2010, p. 11).

No mesmo sentido, ASCENSÃO diz que existem as limitações próprias do Direito de Autor, que seriam as intrínsecas, e aquelas fundadas em noções de ordem pública, como razões de segurança e da defesa dos bons costumes, que atingem o exercício dos direitos, as extrínsecas (2012, p. 227).

Independentemente da maneira com que se compreenda sua natureza, há que ter presente que os limites são constitutivos dos direitos de autor, exatamente nos mesmos termos e com a mesma dignidade das regras atributivas de poderes. Os direitos autorais são, como todos os direitos, uma situação de vantagem resultante de um complexo de poderes e deveres que a constituem (ASCENSÃO, 2010, p. 39).

Ainda que em um sistema extremamente individualista, fato é que em todas as leis do mundo enquanto reconhecem ao criador o direito exclusivo de explorar a sua criação,

preservam um conjunto de limitações, de interpretação restritiva, conhecido como limitações ao direito patrimonial (ANTEQUERA PARILLI, 2006, p. 3).

A norma brasileira relativa ao Direito Autoral – a Lei n.º 9.610/1998 – houve por bem adotar o termo «limitações». Parece essa a opção certa, pois, embora possa haver dentre as restrições regras excepcionais em razão de sua natureza intrínseca, as restrições em si não são excepcionais simplesmente porque limitam os direitos autorais. Os limites abalizam intrinsecamente esses direitos, não sendo obstáculos exteriores a uma fantasiosa ilimitação. Se assim o fosse, haver-se-ia de entender os direitos autorais como absolutos e as limitações consideradas exceções, e não atribuições desses direitos (ASCENSÃO, 2010, p. 39).

Ditas limitações encontram-se descritas pela Lei de Direitos Autorais, nos artigos 46 a 48, e podem ser assim classificadas:

a) O direito à reprodução de notícia:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I – A reprodução:

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diário ou periódico, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza.

b) O direito de imagem:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I – A reprodução:

[...]

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

c) O direito dos deficientes visuais:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I – A reprodução:

[...]

- d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o

sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

d) O direito à reprodução de pequenos trechos:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

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

e) O direito de citação de passagens para fins de estudo, crítica ou polêmica:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

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

f) O direito ao aprendizado:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

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

g) O direito de demonstração da obra à clientela:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

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

h) O direito à representação teatral e à execução musical em domicílio e para fins didáticos:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

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

i) O direito de produzir prova judiciária ou administrativa:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

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

j) O direito de reproduzir pequenos trechos de obras preexistentes em obra maior:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.²¹

k) O direito à paráfrase e à paródia:

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

l) O direito de reprodução de obras situadas em logradouros públicos:

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

Ressalte-se que não há que falar em uma limitação temporal aos direitos de autor, pois ditos direitos são essencialmente temporários, jamais perpétuos. Portanto, a regra de que os direitos patrimoniais do criador perduram por setenta anos contados de 1.º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento (artigo 41)²² trata-se de uma atribuição, e não de limitação. Igualmente, as obras não protegidas (artigo 8.º) não são limitações aos direitos, mas revelam a própria essência do Direito Autoral (ASCENSÃO, 2012, p. 212).

Como visto, o Direito Autoral em sua essência busca um ponto de equilíbrio entre os interesses privados do titular e os coletivos no benefício social advindo da obra

²¹ Aludido inciso é uma clara referência ao artigo 9 (2) da Convenção de Berna que diz: “Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor”.

²² Para obras de coautoria indivisíveis o prazo será contado da morte do último dos coautores sobreviventes (artigo 42).

protegida. Por esse prisma, segundo ASCENSÃO, a atual Lei de Direitos Autorais parece estar longe de traduzir um balanço adequado entre tais direitos. Os artigos 46 a 48 acima retratados, aos quais caberia fundamentalmente desempenhar essa função compensatória, revelam a excessiva proteção outorgada pela legislação brasileira aos autores e titulares e o pequeno espaço para uso social das obras (2010, p. 40).

Assim, um dos pontos de maior controvérsia na reforma do Direito Autoral, em discussão atualmente no Brasil, são justamente os limites aos direitos. O Projeto de Lei n.º 3.331/2011 pretende alterar os incisos do artigo 46, ampliando significativamente seu espectro, para assim dispor:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, nos seguintes casos:

I – a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra, desde que feita pelo próprio copista, para seu uso privado e não comercial, ou feita a seu pedido, desde que seja realizado por terceiro, sem intuito de lucro;

II – a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra legitimamente adquirida, quando destinada a garantir a sua portabilidade ou interoperabilidade, para uso privado e não comercial;

III – a reprodução na imprensa ou em qualquer outro meio de comunicação, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos;

IV – a utilização na imprensa ou em qualquer outro meio de comunicação, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza ou de qualquer obra, quando for justificada e na extensão necessária para cumprir o dever de informar sobre fatos noticiosos;

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

VI – a representação teatral, a recitação ou declamação, a exibição audiovisual e a execução musical, desde que não tenham intuito de lucro e que o público possa assistir de forma gratuita, realizadas no recesso familiar ou, nos estabelecimentos de ensino, quando destinadas exclusivamente aos corpos discente e docente, pais de alunos e outras pessoas pertencentes à comunidade escolar;

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

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

IX – a reprodução, a distribuição, a comunicação e a colocação à disposição do público de obras para uso exclusivo de pessoas portadoras de deficiência, sempre que a deficiência implicar, para o gozo da obra por aquelas pessoas, necessidade de utilização mediante qualquer processo específico ou ainda de alguma adaptação da obra protegida, e desde que não haja fim comercial na reprodução ou adaptação;

X – a reprodução e a colocação à disposição do público para inclusão em portfólio ou currículo profissional, na medida justificada para este fim, desde que

aquele que pretenda divulgar as obras por tal meio seja um dos autores ou pessoa retratada;

XI – a utilização de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou, se morta ou ausente, de seu cônjuge, seus ascendentes ou descendentes;

XII – a reprodução de palestras, conferências e aulas por aqueles a quem elas se dirigem, vedada a publicação;

XIII – a reprodução necessária à conservação, preservação e arquivamento de qualquer obra, sem finalidade comercial, desde que realizada por bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, na medida justificada para atender aos seus fins;

XIV – a reprodução necessária à conservação, preservação e arquivamento de conteúdo *online* publicamente disponível em *websites*, sem finalidade comercial, realizada por bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, na medida justificada para atender aos seus fins;

XV – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir;

XVI – a representação teatral, a recitação ou declamação, a exibição audiovisual e a execução musical, desde que não tenham intuito de lucro, que o público possa assistir de forma gratuita e que ocorram na medida justificada para o fim a se atingir e nas seguintes hipóteses:

- a) para fins exclusivamente didáticos;
- b) com finalidade de difusão cultural e multiplicação de público, formação de opinião ou debate, por associações cineclubistas, assim reconhecidas;
- c) estritamente no interior dos templos religiosos e exclusivamente no decorrer de atividades litúrgicas; ou
- d) para fins de reabilitação ou terapia, em unidades de internação médica que prestem este serviço de forma gratuita, ou em unidades prisionais, inclusive de caráter socioeducativas;

XVII – a comunicação e a colocação à disposição do público de obras intelectuais protegidas que integrem as coleções ou acervos de bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, para fins de pesquisa, investigação ou estudo, por qualquer meio ou processo, no interior de suas instalações ou por meio de suas redes fechadas de informática;

XVIII – a reprodução, sem finalidade comercial, de obra literária, fonograma ou obra audiovisual, cuja última publicação não estiver mais disponível para venda, pelo responsável por sua exploração econômica, e em meio físico ou digital, ou quando a quantidade de exemplares disponíveis for insuficiente para atender à demanda do mercado.

§ 1.º As bibliotecas poderão colocar obras de seu acervo à disposição para empréstimo a usuários associados, por qualquer meio ou processo.

§ 2.º Além dos casos previstos expressamente neste artigo, também não constitui ofensa aos direitos autorais à reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for:

I – para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo; e

II – feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

O que busca a transcrita proposta é incluir no rol de limitações inúmeras situações concretas nas quais o uso da obra estaria legalmente permitido, dispensando-se a

necessidade de autorização ou remuneração do titular de direitos autorais. Contudo, como saber se serão suficientes tais previsões? Será esse – o alistamento de diversas conjecturas em que o uso não poderia ser considerado ilícito – o único meio para se atingir o equilíbrio entre os interesses públicos e privados?

Para resolver esse dilema, o sistema norte-americano recorre à doutrina do *fair use*²³ que permite uma adaptação às circunstâncias sempre em evolução, em melhor condição do que comporta um *numerus clausus* de limitações. Não obstante, significativas são as diferenças entre o sistema norte-americano e o brasileiro, sendo irrealista e até mesmo perigoso importar um princípio isoladamente (ASCENSÃO, 2010, p. 40).

A Convenção de Berna, que será adiante mais bem analisada, dispõe em seu Artigo 9 (2) que as legislações nacionais dos Países-Membros poderão permitir a reprodução de obras em certos casos especiais, desde que não afete a exploração normal da obra, tampouco cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor, na denominada Regra dos Três Passos. Do mesmo modo, como se verá, o Acordo TRIPs em seu artigo 13 universalizou o critério adotado pelo citado artigo 9 (2) da Convenção, atinente à reprodução apenas. Assim, o TRIPs passa a admitir restrições em “casos especiais que não obstem à exploração normal da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do autor”.

No caso do sistema jurídico brasileiro, ASCENSÃO diz que há a necessidade de se estabelecerem concretamente os pontos de equilíbrio que resolvam o conflito entre o público e o privado no mais alto nível de satisfação recíproca dos interesses envolvidos. Entretanto, se inconcebível alterar o rol taxativo por uma cláusula geral, parece aceitável, por exemplo, a combinação daquele com uma cláusula geral, que ofereceria maleabilidade ao sistema (2011, pp. 21-26).

²³ A doutrina do *fair use* foi importada da jurisprudência norte-americana, segundo FRAGOSO (2009, p. 305). Em português literal seria a doutrina do uso justo ou razoável e, segundo a seção 107 da lei americana do *Copyright Act* de 1976, seria a utilização razoável de um trabalho sob a proteção do Direito Autoral, incluindo a sua reprodução em cópias ou registros sonoros ou por qualquer outra forma especificada na lei, para fins de crítica, comentário, reportagem de notícias, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso em sala de aula), ou investigação. Para determinar se a utilização feita de um trabalho para um caso particular é *fair use* os fatores a serem considerados são os seguintes: (i) o propósito e o tipo de utilização; (ii) a natureza do trabalho copiado; (iii) a quantidade e a proporcionalidade do que foi copiado em relação ao todo; e (iv) o efeito do uso em relação ao potencial mercado consumidor ou o valor da obra. O fato de a obra já ter sido publicada pelo autor é indispensável para caracterizar o uso justo. Nesses casos e em outros em que não há prejuízo para o autor, a utilização da obra não será considerada uma violação (ESTADOS UNIDOS, 1976).

1.8 Tutela legal

A tutela atinente aos bens tangíveis tem como premissa o conceito econômico de escassez, que ilustra uma desigualdade entre a quantidade demandada e a oferta de um bem na sociedade, assim como o de competitividade, que diz respeito à circunstância em que o consumo de um bem por uma pessoa impede o consumo do mesmo bem por outra (AKESTER, 2013, p. 23).

Não obstante, as criações do espírito não constituem um recurso escasso ou concorrido, haja vista que podem ser replicadas e compartilhadas sem que os titulares de direitos sobre elas se vejam impossibilitados do seu usufruto (AKESTER, 2013, p. 24). Diante de tal situação indaga-se: como justificar a concessão da tutela legal e, consequentemente, da exclusividade do autor sobre sua criação?

Muitas são as teses desenvolvidas para responder à pergunta acima. Dentre elas merecem destaque a da chamada justiça natural, a do incentivo ao processo criativo e a do contrato entre o autor e a sociedade (AKESTER, 2013, p. 25).

Na primeira tese, a da justiça natural, equipara-se o uso desautorizado das obras ao crime de furto, entendendo-se que a criação pode ser comparada a um bem tangível, e a sua proteção se dá como uma recompensa ao esforço criativo, enquanto um direito (fundamental) do homem (AKESTER, 2013, p. 25).

Na segunda, a premissa é a de que o processo criativo beneficia a sociedade, e o investimento exigido para a realização desse processo demanda um estímulo, que se materializa na concessão da proteção autoral (AKESTER, 2013, p. 25).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça português, em decisão exarada em 2008, afirma que a obra literária, artística ou científica é um benefício para a humanidade, representando um importante fator de desenvolvimento sociocultural, de forma que o decurso do tempo a faz reverter para o domínio público. E assim conclui:

Ao permitir aos autores viverem das receitas obtidas da exploração das suas obras pelo público, este sistema de remuneração dá-lhes a possibilidade de continuarem a criar. Se as suas obras obtiverem o favor do público, poderão consagrar-se inteiramente ao desenvolvimento das suas faculdades criadoras. **Na ausência de protecção, não disporiam do estímulo necessário para efectuar um trabalho de que toda a sociedade beneficia** (Processo 08A1920. n.º convencional: JSTJ000, Rel. Sebastião Povoas, j. 07.01.2008 – grifos nossos).

Por fim, a última tese diz que a protecção decorre de um contrato no qual, de um lado, a sociedade oferece uma recompensa ao autor pelo esforço criativo consubstanciado na criação intelectual e, por outro, o autor permite àquela o acesso aos bens culturais por ele criados (AKESTER, 2013, p. 25).

De maneira geral, os direitos intelectuais resguardados pelas normas emanam de um vínculo indissociável entre o esforço intelectual humano criador e a obra, que é o bem intelectual (WACHOWICZ, 2010, p. 92).

Fato é que a criação intelectual, caso deixada à liberdade do mercado, seria imediatamente esvanecida pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição entre seus agentes – e os mais hábeis nela – absorvessem imediatamente as inovações e as criações. Assim é que a intervenção estatal torna-se imprescindível para restringir as forças livres da concorrência e criar restrições legais a tais forças (BARBOSA, 2003, p. 86).

1.8.1 Os tratados multilaterais e sua aplicação nacional

Historicamente, os direitos intelectuais sempre estiveram atrelados ao Direito Internacional, haja vista a interação entre o movimento de protecção de ambos (BASSO, 2003, p. 16).

No decorrer do século XIX considerou-se basilar a instituição de um regime internacional para a tutela dos autores e suas obras. Nesse sentido, a Associação Literária e Artística Internacional (*Association Littéraire et Artistique Internationale* – ALAI), fundada em Paris em 1878 e presidida por Victor Hugo, promoveu palestras e estudos que conduziram à elaboração de um projeto, que culminou com a adoção, em 1886, da

Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas²⁴ (AKESTER, 2013, p. 42).

A Convenção está assentada em três princípios fundamentais e contém uma série de disposições que determinam os patamares mínimos de proteção e seu prazo de duração, bem como disposições especiais facultativas para os países em desenvolvimento. Os três princípios que alicerceiam o documento são: (i) o do tratamento nacional, no qual cada país signatário concede às obras provenientes dos demais países signatários o mesmo tratamento dispensado às obras produzidas em seu país; (ii) o da proteção automática, segundo o qual a proteção é assegurada independentemente de qualquer formalidade; e, por fim, (iii) o da independência de proteção, segundo o qual é irrelevante a proteção no país de origem da obra.

Quanto ao objeto de proteção, a Convenção determina que deve abranger toda produção no campo literário, artístico e científico, qualquer que seja o modo ou a forma de sua expressão (artigo 21). Dessa maneira, determina que devem ser reconhecidos como direitos exclusivos do autor e, portanto, sua realização depende de expressa autorização, os seguintes: (i) traduzir; (ii) fazer adaptações e arranjos; (iii) executar em público obras dramáticas, literomusicais e musicais; (iv) recitar em público obras literárias; (v) comunicar ao público a execução de obras; (vi) transmitir; (vii) reproduzir de qualquer maneira ou forma; e (viii) usar a obra como base para uma obra audiovisual e o direito de reproduzir, distribuir, executar em público ou comunicar ao público a obra audiovisual (artigos 8 a 11).

Por sua vez, a Convenção de Berna permite que o direito de transmissão seja limitado pelo Estado, que poderá determinar um direito à remuneração equitativa, em vez de autorização. Igualmente, o direito de reprodução poderá ser flexibilizado para permitir, em certos casos especiais, a reprodução sem autorização, desde que não conflite com a exploração normal da obra e não prejudique de forma injustificável os legítimos interesses

²⁴ Revisões à Convenção de Berna foram feitas em Paris (1896), Berlim (1908), Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e, novamente, Paris (1979).

do autor – a consagrada regra do Teste dos Três Passos²⁵ –, aplicando-se nesses casos o direito à remuneração equitativa pelo uso da obra (artigo 9.2).

Ainda, a Convenção prevê direitos morais de autor (artigo 6 *bis* – introduzido pela revisão de Roma, em 1928), isto é, o direito de reivindicar a autoria do trabalho e o de se opor a qualquer mutilação, deformação, modificação ou outra ação depreciativa em relação à obra, que seja prejudicial à honra ou à reputação do autor.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) também dispôs sobre o direito de todo o cidadão “tomar livremente parte na vida cultural da comunidade, de fruir das artes” com “direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que é autor” (artigo 27).

A Convenção de Berna e a da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883) desempenharam um papel fundamental para a evolução desses direitos no âmbito dos direitos internos e do Direito Internacional (BASSO, 2003, p. 17).

Nada obstante, considerando que nem todos os países do mundo adotavam o mesmo sistema relativo ao Direito Autoral – os Estados Unidos e a União Soviética, por exemplo –, fez-se necessária a promulgação de um instrumento mais abrangente. Nesse contexto, a Unesco liderou a elaboração e a promulgação da Convenção Universal sobre Direito de Autor, em 1952 (AKESTER, 2013, p. 42).

Contudo, advinda a Segunda Guerra Mundial, o Direito Internacional passou por significativas modificações, que se imprimiram nos direitos intelectuais. As estruturas das Convenções estavam obsoletas para aquele contexto mundial e não eram mais suficientes para atender às novas necessidades de proteção de tais direitos. Era chegado o momento de acercar-se das organizações internacionais que começavam a se multiplicar no cenário pós-guerra (BASSO, 2003, p. 17).

²⁵ A regra do Teste dos Três Passos funciona como um paradigma internacional para que, no momento de interpretação das limitações estabelecidas nas legislações nacionais, estas não sejam absolutas ou impeditivas ao acesso aos bens intelectuais (WACHOWICZ, 2010, p. 92).

Em resposta a tal situação, veio a Convenção de Estocolmo (1972),²⁶ que criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (*World Intellectual Property Organization* – WIPO),²⁷ adquirindo o *status* de Organismo Especializado da ONU. A OMPI unificou os conceitos que separava os direitos dos autores e dos inventores em duas categorias – a do Direito de Autor e Conexos e a da Propriedade Industrial – unificando-as sob amplo domínio da Propriedade Intelectual (BASSO, 2003, p. 17).

Embora o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), datado de 1947, já ressaltasse a importância da proteção dos direitos de Propriedade Intelectual para o comércio multilateral,²⁸ somente nas décadas de 1970 e 1980 é que ficaram evidentes os benefícios da proteção aos direitos intelectuais como elemento basilar de desenvolvimento tecnológico e aumento dos investimentos estrangeiros. Isto é, reconheceu-se que a proteção dos direitos intelectuais está diretamente atrelada ao incremento do comércio mundial (BASSO, 2003, p. 17).

Assim, decorridos seis anos de intensas negociações, foi apresentado em dezembro de 1991 um projeto de acordo envolvendo todas as áreas negociadas durante a Rodada do Uruguai, que culminou na assinatura do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – TRIPs). O TRIPs, que integra o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), tinha por objetivos: (i) completar as deficiências do sistema de proteção da OMPI; e (ii) vincular, definitivamente, os direitos de Propriedade Intelectual ao comércio internacional.

²⁶ A Convenção de Estocolmo destina-se à proteção da Propriedade Intelectual que, de acordo com o seu texto, art. 2.º, VIII, inclui os direitos relativos: às obras literárias, artísticas e científicas; às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana; às descobertas científicas; aos desenhos e modelos industriais; às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais; à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

²⁷ A OMPI, diferentemente de outras organizações internacionais das Nações Unidas, não tem poderes para endereçar resoluções diretamente aos Estados. Quanto aos aspectos administrativos, a OMPI se encarrega da aplicação das normas destinadas a dar efeitos internacionais. Contudo, a atividade de harmonização das normas sobre Propriedade Intelectual se restringe aos aspectos técnicos, haja vista a inexistência de mecanismos eficazes de verificação do adimplemento dos deveres e obrigações dos Estados e de resolução de controvérsias. De forma que inexistente um órgão com competência para verificar o adimplemento pelos Estados dos compromissos assumidos e um sistema de sanções oponíveis aos Estados-membros inadimplentes (BASSO, 2003, p. 18).

²⁸ Dispositivos do GATT fazem referência ao tema (artigos IX (6); XII (3), III; XVIII (10) e XX (d)), porém, de forma superficial.

O TRIPS teve origem: (i) na necessidade de se elaborar um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio de bens infratores; (ii) na exigência premente de se fixarem objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da Propriedade Intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia; e, igualmente, (iii) nas necessidades particulares dos países menos desenvolvidos no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável (BASSO, 2003, p. 22).

Nesse sentido, o artigo 69 do Acordo fixou as premissas básicas da cooperação internacional entre os Estados contratantes:

Os Membros concordam em **cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual**. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, deles darão notificações e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. **Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados** (grifos nossos).

Assim como a Convenção de Berna em seu artigo 9.2, o Acordo também trouxe limitações aos direitos de autor. BASSO ressalta a previsão contida no artigo 13 do TRIPs, que disciplina a já citada regra do Teste dos Três Passos prevista na Convenção de Berna, denominada de Three Step Test (2007, p. 252).

Importante ressaltar que o TRIPs possui natureza jurídica de tratado-contrato,²⁹ o que gera uma obrigação internacional de conduta na ordem internacional, e não na ordem interna, de modo que só pode ser exigida por outro Estado-parte do tratado. Quem não é parte não pode exigir o seu cumprimento, tal qual acontece com os contratos, no Direito Civil das obrigações (BASSO, 2003, p. 21).

²⁹ Em oposição aos tratados-leis que estabelecem uma situação jurídica impessoal à medida que editam regras de Direito objetivamente válidas. Nesse caso, os Estados possuem um papel semelhante ao do legislador.

Dita essência contratual do TRIPs desponta desde logo em seu artigo 1.º:

1.1 Os membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.

Como se lê do artigo supratranscrito, os destinatários das normas do TRIPs são os Estados-membros da OMC, ou seja, nenhum direito subjetivo resulta para a parte privada. Portanto, incumbem às legislações nacionais dar corpo às normas prefiguradas no texto internacional. O que se têm, em verdade, são padrões mínimos a serem seguidos pelas leis nacionais, sob pena de violação do Acordo – mas sem resultar, no caso de desatendimento, em violação de direito subjetivo privado (BARBOSA, 2005, p. 61).

Os Estados-partes do TRIPs são, portanto, livres para determinar a forma mais apropriada de atender ao pacto com as normas vigentes em seus ordenamentos e com a prática soberana. Caracterizará, por outro lado, violação ao Acordo, se: (i) os Estados-partes não o fizerem; ou (ii) se, ao fazerem, não observarem os padrões mínimos; ou, (iii) se observados, houver seu descumprimento. Evidentemente, não é exigível dos Estados-partes uma proteção mais ampla do que aquela predita no Acordo (BASSO, 2003, p. 21).

No Brasil, as regras do TRIPs produzem dois efeitos: os externos e os internos. Os externos dizem respeito às obrigações assumidas em âmbito internacional perante a OMC e aos seus Estados-membros. Os efeitos internos, por sua vez, referem-se à entrada em vigor das regras ali previstas e sua respectiva executividade no Direito brasileiro. Ambos os efeitos ficaram condicionados a um prazo especial concedido aos países em desenvolvimento³⁰ (BASSO, 2003, p. 27).

Nesse sentido, o Congresso Nacional aprovou o Acordo Constitutivo da OMC, mediante o Decreto Legislativo n.º 30/1994, promulgado pelo Decreto Presidencial n.º 1.355/1994, publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1994, entrando em vigor no País em 1.º de janeiro de 2000.

³⁰ Os Estados-partes em desenvolvimento puderam se beneficiar de um período transitório adicional de quatro anos, exceção feita aos artigos 3, 4 e 5. O total do período transitório especial é de cinco anos, os quais resultam do período transitório geral de um ano, mais quatro anos do período transitório especial (art. 65.2).

1.8.2 O tratamento dos direitos autorais no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a primeira lei a exibir norma relativa à proteção das criações intelectuais foi a Lei Imperial de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda, concedendo privilégio exclusivo sobre compêndio de lições. Em 1830, o Código Criminal estabeleceu, de maneira desbravadora na América Latina, o delito de contrafação, que era punido com a perda de todos os exemplares ilícitos (CARBONI, 2009, p. 10).

Contudo, o ilícito do aproveitamento indevido da criatividade alheia preocupava BARRETO, que defendia a inclusão do Direito Autoral na classificação do Direito Civil. Quando do seu famoso concurso de ingresso na Faculdade de Direito do Recife em 1882, BARRETO submeteu à Congregação os enunciados de teses que defenderia, dentre as quais, uma proposição relativa a uma nova classificação dos direitos civis abrangente do Direito Autoral, conforme segue:

A importância dada ao interesse real, às relações econômicas do autor, não supre nem compensa o que ela tem de errôneo. **A teoria tomou outra feição e chegou-se enfim a conceber o direito autoral como uma derivação da pessoa, como um direito classificável entre os direitos pessoais.** Neste pé se acha a questão. Os diversos modos de encará-la e resolvê-la têm todos ainda os seus representantes. Entretanto me parece que a verdade está do lado dos que seguem o último ponto de vista. **O direito autoral, diz Bluntschli, pertence à classe dos direitos gerais humanos. A obra é uma expressão do espírito pessoal do autor, um pedaço da sua personalidade** (1926, p. 157 - grifos nossos).

Nesse ato, Barreto instituiu a expressão Direito Autoral na doutrina pátria – em correspondência à palavra alemã *Urheberrecht*, que significa Direito de Autor –, termo este preferido pela doutrina e jurisprudência brasileira até os dias de hoje (CABORNI, 2003, p. 27).

Desse modo, a primeira lei relativa aos direitos autorais de lavra do Deputado Medeiros de Albuquerque, a Lei n.º 496/1898, dentre outros, ampliou a duração da proteção e vedou alterações não autorizadas, afora outras respeitáveis inovações no ordenamento jurídico. Apesar disso, causa admiração o fato de a temática autoral ter sido consagrada apenas na Constituição brasileira no ano de 1891, dentre o rol dos direitos individuais.

Tempos depois, houve uma evolução normativa, por meio da edição de variadas leis e decretos, levando à introdução de um capítulo no Código Civil de 1916, sob o título “Da propriedade literária, científica e artística”.³¹ Enquanto os meios de comunicação evoluíam, surgiam numerosos textos legais que permitiram a evolução da tutela do Direito de Autor³² (CABORNI, 2003, pp. 11-12).

Contudo, os dispositivos do Código Civil de 1916 não mais satisfaziam o progresso dos meios de comunicação, existindo, também, a necessidade de facilitar o manejo da legislação autoral por meio de um documento único. Disso resultou a elaboração do Anteprojeto do Código do Direito do Autor e Direitos Conexos, mas que por divergências foi reduzido à Lei n.º 5.988/1973, que vigorou no País por cerca de 25 anos (CABORNI, 2003, p. 12).

Não obstante, seguindo a internalização do TRIPs acima relatada, o Brasil deu início a um movimento de revisão da legislação sobre os direitos intelectuais. Novas leis sobre o tema foram editadas que, com poucas exceções, observaram os padrões mínimos de proteção estabelecidos no Acordo³³ (BASSO, 2003, p. 28).

No Direito brasileiro hodierno, os direitos autorais são tutelados – cumulada, sucessiva ou independentemente – em âmbito penal,³⁴ civil e administrativo. A tripla proteção recebida conforma-se à respectiva natureza de tais direitos e, na prática, a resposta do ordenamento à violação ocorrida está sujeita ao mecanismo acionado pelo

³¹ Nota-se que o Código Civil classificou o Direito de Autor como uma das vertentes do Direito de Propriedade, segundo orientação majoritária da época.

³² Dentre eles: (i) a Constituição de 1934, que reafirmou os direitos de autor; (ii) o Código Penal em vigor, que condensou a regulamentação da matéria em apenas três dispositivos, integrantes do Título III – Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial, Capítulo I – dos Crimes contra a Propriedade Intelectual; (iii) a Constituição Federal de 1946, que também reafirmou os Direitos de Autor; (iv) a Lei n.º 4.944/1966, que dispõe sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas a organismos da radiodifusão (direitos conexos aos direitos de autor), regulamentada pelo Decreto 61.123/1967; e (v) o texto constitucional de 1967, em seu artigo 150, § 25, e a Emenda Constitucional 1, de 1969, que reafirmam o direito exclusivo de utilização do autor sobre sua obra intelectual.

³³ Dentre elas, é possível citar: a Lei n.º 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativas à Propriedade Industrial; a Lei n.º 9.456/1997, que disciplina a proteção de cultivares e dá outras providências; a Lei n.º 9.610/1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências; e a Lei n.º 9.609/1998, que dispõe sobre a proteção da Propriedade Intelectual de programas de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências.

³⁴ Considerando ser a tutela penal o ponto central do presente trabalho, seu estudo será feito de forma apartada e pormenorizada no capítulo seguinte.

lesado que pode, dependendo do caso, se desdobrar por um, dois ou pelos três ramos citados (BITTAR, 2005, pp. 131-132).

Isso porque, haja vista a independência das tutelas que prevalece em nosso sistema jurídico, é assegurada ao autor a mais ampla proteção aos seus direitos, proporcionando-lhe a garantia, a defesa e/ou a reparação devida e adequada perante as ameaças ou lesões sofridas (BITTAR, 2005, p. 132).

Embora inúmeras as formas de violação de direitos autorais – considerando a vasta gama de ações possíveis oriundas da mente humana –, é admissível resumi-las em infrações de ordem: (i) contratual e/ou das normas que protegem respectivas relações; ou (ii) extracontratual, consistente fundamentalmente no uso indevido de obra alheia e que, portanto, ferem o direito de exclusivo do autor (BITTAR, 2005, pp. 131-132).

Para tanto, as distintas formas de reação do ordenamento têm por objetivo basilar: (i) a abstenção de práticas violadoras; (ii) a apreensão de bens oriundos de práticas violadoras (retirada de circulação); (iii) a reparação de prejuízos de cunho moral e patrimonial; e (iv) a pena do(s) sujeito(s) causador(es) da(s) prática(s) violadora(s) (BITTAR, 2005, pp. 132-133).

1.8.2.1 Constituição Federal

Na esfera constitucional, desde a primeira Constituição Republicana – com exceção da Carta de 1937 –, os direitos autorais têm recebido guarida.³⁵ Na presente, os preceitos relevantes se partilham em dois incisos do artigo 5.º: o XXVII e o XXVIII (BARBOSA, 2003, p. 105).

³⁵ Constituição de 1891, artigo 72, § 26: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantindo o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por outro processo mecânico. Os herdeiros exclusivos de reproduzi-las pela imprensa ou por outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”. Constituição de 1934, art. 113, inc. 20: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar”. Constituição de 1937: Omissa. Constituição de 1946: art. 141 § 19: “Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

Como se sabe, o artigo 5.º da Constituição Federal brasileira enumera os direitos fundamentais, e logo no introito e em posição privilegiada garante a todos os cidadãos os direitos básicos, quais sejam: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Assim, tais direitos, dentre eles a propriedade, recebem lugar de destaque sobre os demais dispositivos constitucionais.

Portanto, tratando-se de direito fundamental dos indivíduos, a propriedade, seja ela material ou imaterial, merece assistência por parte do Estado,³⁶ que garanta sua efetividade em todos os níveis, sejam preventivos, de manutenção e de recuperação, respeitadas as suas exceções e limitações.

Além disso, os incisos XXII e XXIII reforçam o direito fundamental e individual à propriedade, assim determinando:

Art. 5.º *omissis*

[...]

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – **a propriedade atenderá a sua função social** (grifos nossos).

Nota-se que, seja ela sobre bens corpóreos ou incorpóreos, a propriedade deverá atender a sua função social, que diz respeito à produtividade do bem (destinação socioeconômica) e à justiça social, e tem que ser exercida em favor da coletividade. Logo, o princípio da função social está atrelado ao exercício da propriedade, e não ao direito em si. Deve haver, dessa forma, um uso efetivo e socialmente adequado da propriedade (DINIZ, 2004, pp. 111-112).

Conforme SALVADOR NETTO, a função social da propriedade ostenta a missão de alicerce e, concomitantemente, de elemento integrante do Direito Real por excelência. É a fronteira, a substância e o exercício da propriedade. Cuida-se, ainda, do componente principal que valida os atos de intervenção estatal na esfera privada. Sua forma está cingida pela lei, transformando-se no tempo e caracterizando-se em cada momento histórico. No caso do Brasil, a função social pode ser vista como um entrave a que titularidades possam

³⁶ Embora não seja o Estado o titular do direito à propriedade, a ele incumbe o dever de assistência, a fim de garantir a efetividade de tal direito de forma preventiva, conservativa e recuperativa.

ser empregadas como ferramentas de preponderância e glorificação da desigualdade já existente (2013, pp. 242-243).

Um pouco mais adiante, especialmente no que se refere aos direitos de autor, o inciso XXVII diz que:

Art. 5.º *omissis*

[...]

XXVII – aos autores pertence o **direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras**, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

O inciso transcrito determina o fundamento legal da proteção do Direito de Autor, em sentido estrito: um direito exclusivo. Pertence somente ao autor, pelo ato de criação, o direito de utilizar, publicar e reproduzir suas obras, sendo transmissível aos seus herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Ademais, viu-se que a Constituição Federal equiparou a proteção dada à propriedade imaterial àquela dada à propriedade de bens corpóreos, dispondo que aos autores pertence o direito exclusivo e, da mesma forma, aos inventores o privilégio temporário para sua utilização e a propriedade das marcas, nomes de empresa e outros sinais distintivos.

Nesse sentido, o seguinte inciso determina que:

Art. 5.º *omissis*

[...]

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a **proteção às participações individuais** em obras coletivas e à **reprodução da imagem e voz humanas**, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do **aproveitamento econômico** das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Como se nota, os supracitados dispositivos não contemplam os direitos morais do autor, mas somente os patrimoniais. Em rigor, a tutela dos direitos morais é alheia à Propriedade Intelectual. Pode-se dizer que tematicamente análoga, mas ontologicamente diversa (BARBOSA, 2003, p. 32).

Contudo, a interpretação da norma constitucional é sucessivamente afetada pela natureza dos direitos – patrimoniais ou morais – e pela abrangência da personalidade resguardada. Nesse contexto, a proteção autoral, como propugna boa parte da doutrina, não se esgota na noção de propriedade, em particular pela presença dos direitos de personalidade ou direitos morais em geral (BARBOSA, 2003, p. 104).

Portanto, a essência moral do Direito Autoral não encontra resguardo nos incisos supratranscritos (incisos XXVII e XXVIII), mas nos dispositivos gerais da tutela da expressão (inciso IX) e de resguardo da entretela moral da vida humana (inciso X):

Art. 5.º *omissis*

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A Carta de 1988 não só indica a tutela dos direitos subjetivos, dos interesses individuais, da produção autoral, mas também aponta para a existência de interesses coletivos ou societários na mesma esfera, incumbindo ao Estado o dever de garantir o acesso a tais objetos culturais:

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

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e

imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Não obstante, BARBOSA ressalta a tensão constitucional máxima existente entre a livre concorrência, por assim dizer a liberdade de cópia, e a exclusividade sobre as criações intelectuais. Ainda, há de se ressaltarem possíveis tensões existentes entre: (i) os interesses do investidor e do criador e o princípio do uso social da propriedade; (ii) a cláusula

finalística da propriedade intelectual; (iii) as liberdades constitucionais de criação artística e de expressão; e (iv) os parâmetros constitucionais de proteção à tecnologia, a autonomia tecnológica e o livre acesso à cultura e à informação (2003, p. 82).

Fato é que não há qualquer anomalia na colidência de liberdades em seu exercício. Cabe, por sua vez, ao Direito indicar uma solução plausível para dirimir esse conflito. As mais sofisticadas técnicas de solução de conflitos existentes no Direito Constitucional são as da razoabilidade e da proporcionalidade, que serão adiante analisadas (BARBOSA, 2003, pp. 7-13).

Nesse sentido, REALE JR. diz que:

[...] para solução de conflitos entre direitos deve-se levar em conta o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade ou postulado da proporcionalidade, quais sejam: a **adequação (aptidão para produzir o resultado desejado) a necessidade (inevitabilidade de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e a proporcionalidade em sentido estrito (relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)** (2009, p. 70 – grifos nossos).

Da aplicação desses princípios derivam dois resultados quando: (i) da formulação da lei ordinária, que deve equilibrar ditas tensões e não afrontar as demais liberdades, na exata e mínima proporção para satisfazer a outra; e (ii) da interpretação dos dispositivos (BARBOSA, 2003, p. 13)

1.8.2.2 Código Civil

O Código Civil é integralmente aplicável na ordem jurídica brasileira, salvo disposição em contrário. Compreende apropriada e universalmente as relações autorais como relações de Direito Privado (ASCENSÃO, 2010, p. 20).

No âmbito da tutela prevista pela Lei Civil, merece destaque o instituto da personalidade, que serve como fundamento e pressuposto para todos os direitos e obrigações no campo privado. Nesse sentido, pode-se dizer que a dignidade, pedra angular

do ordenamento jurídico, implica a atribuição de direitos que assegurem uma vida social digna ao sujeito. Ditos direitos criam, de tal modo, um espaço mínimo para o livre desenvolvimento da personalidade e exigem máxima energia da tutela legal (MAZUR, 2012, pp. 28-29).

São, assim, direitos subjetivos que têm por objeto bens da personalidade de caráter: (i) biológicos – vida, integridade física, saúde e demais necessidades vitais; (ii) morais – integridade moral, identidade, nome, imagem, intimidade etc.; e (iii) sociais – família, bom nome, reputação, respeito etc. (MAZUR, 2012, p. 29).

O Código Civil consagra os direitos da personalidade e os concede atributos de intransmissibilidade e inalienabilidade (artigo 11), o que encontra pleno respaldo no princípio da dignidade, reconhecido pelo artigo 1.º, III, da Constituição Federal, e, embora banalizado, plenamente oportuno nessa ocasião (CHINELLATO, 2013, pp. 1-2).

Além dos direitos da personalidade compatíveis com a natureza jurídica dos direitos autorais, têm-se os direitos de cunho patrimonial, que estão sujeitos às relações de propriedade e às demais oriundas do Direito Real,³⁷ disciplinadas pelo artigo 1.225 e seguintes do Código.

Nesse sentido, o artigo 83, III, determina que, para fins legais, os direitos pessoais de caráter patrimonial consideram-se bens móveis. A própria Lei de Direitos Autorais em seu artigo 3.º não deixou dúvidas quanto ao tratamento legal a ser dado aos direitos autorais: “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”.

Por fim, a Lei Civil garante o direito àquele que tem seu(s) direito(s) de personalidade ameaçado(s) ou lesado(s) de reclamar perdas e danos, sem prejuízos das demais sanções legais (artigo 12). Além do que, os artigos 186 e 187³⁸ atinentes à

³⁷ Art. 1.225. São direitos reais: I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca; X – a anticrese; XI – a concessão de uso especial para fins de moradia; XII – a concessão de direito real de uso.

³⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

responsabilidade civil aplicam-se de forma geral às situações de violação de direitos e causação de dano, por meio de atos ilícitos.

1.8.2.3 A Lei de Direitos Autorais: os ilícitos civis e sua reforma

Como visto, a Lei de Direitos Autorais ora em vigor (Lei n.º 9.610/1998) foi promulgada nos anos 90, como resultado do movimento internacional de reforma do sistema de Propriedade Intelectual, orientada pelo acordo TRIPs. Em decorrência desse movimento consagrou-se no ordenamento jurídico brasileiro a visão maximalista de proteção, segundo a qual, quanto mais elevados os padrões de proteção, maiores os benefícios para os autores e, concomitantemente, mais segurança aos respectivos investidores (WACHOWICZ, 2010, pp. 74-75).

Desse modo, determinou-se que os negócios jurídicos relativos aos direitos autorais devem ser sempre interpretados restritivamente, sendo vedado o uso da interpretação extensiva, haja vista o pressuposto de que o titular de direitos autorais é parte hipossuficiente nas transações privadas relativas aos direitos patrimoniais (BITTAR, 1998, p. 231).

Para tanto, a Lei n.º 9.610/1998 previu a incidência de sanções civis quando da ocorrência de conduta lesiva aos direitos autorais, ademais das administrativas que serão a seguir consideradas. Dentre as civis, faculta-se ao titular, cuja obra foi desautorizadamente reproduzida, divulgada ou de qualquer outra forma utilizada, requerer a apreensão dos exemplares ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (artigo 102).

Nesse intuito, pode o titular dos direitos violados propor ação cautelar de busca e apreensão, cujo fito é a cessação do ilícito, facultada a ulterior propositura de ação de reparação de danos. Nessa hipótese, a reparação se reveste de duplo caráter: sancionatório para o causador do dano e compensatório para o lesado. No caso de dano de cunho moral,

a ação é imprescritível, pois viola a personalidade do respectivo titular. (BITTAR, 1998, p. 233)

Na hipótese de edição desautorizada de obra literária, artística ou científica, o agente perde os exemplares para o titular dos direitos autorais violados e deve pagar-lhe o preço daqueles que já houver vendido. Não se conhecendo o número de exemplares, o transgressor deve o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos (artigo 103, *caput* e parágrafo único).

É solidariamente responsável aquele que vende, expõe à venda, oculta, adquire, distribui, tem em depósito ou utiliza obra ou fonograma reproduzidos fraudulentamente, com a finalidade de venda, obtenção de ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem. Em caso de reprodução no exterior, respondem o importador e o distribuidor (artigo 104).

A Lei prevê, ainda, que a autoridade judicial competente deve determinar a imediata suspensão ou interrupção da transmissão e da retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas de forma a violar direitos, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis. No caso de infrator reincidente na violação aos direitos de autor e conexos, o valor da multa pode ser aumentado até o dobro (artigo 105).

Nesse sentido, o artigo 106 dispõe que a sentença condenatória pode determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como as matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para a prática do ilícito civil, assim como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim ou, servindo eles unicamente para o fim ilícito, sua destruição.

O artigo 107, por sua vez, determina que responde por perdas e danos – nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no aludido artigo 103 e seu parágrafo único – aquele que:

- a) Alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas com fim de evitar ou restringir sua cópia;
- b) Alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados dedicados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;
- c) Suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; e
- d) Distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.

Nos casos de utilização, de qualquer forma, de obra intelectual sem a indicação ou anúncio do nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, o artigo 108 diz que está obrigado a divulgar lhes a identidade das seguintes formas, em sendo:

- a) Empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;
- b) Publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor; e
- c) Outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.

Para as execuções públicas de obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas em desacordo com a Lei, ficam sujeitos os responsáveis ao

pagamento de multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago (artigo 109).

A Lei n.º 12.853/2013, chamada de Nova Lei do Ecad, incluiu no rol de ilícitos civis a falta de prestação ou a prestação de informações falsas no cumprimento do disposto no § 6.º do artigo 68 – que determina a entrega da relação completa das obras e fonogramas utilizados em execução ou exibição pública à entidade arrecadadora e ao público – e do § 9.º do artigo 98 – que determina a disponibilização pelas associações de um sistema de informação para comunicação periódica da totalidade das obras e fonogramas utilizados, igualmente para o acompanhamento dos valores arrecadados e distribuídos (artigo 109-A).

Para os eventos mencionados, aplicam-se as regras da legislação civil quanto ao inadimplemento das obrigações no caso de descumprimento, pelos usuários, dos seus deveres legais e contratuais junto às associações (parágrafo único, artigo 109-A).

Por fim, o artigo 110 determina que respondem solidariamente aos organizadores dos espetáculos os proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários de locais ou estabelecimentos nos quais ocorrer a violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas.

Como se nota, a Lei de Direitos Autorais não contém disposições penais, estas devem incidir de forma cumulativa, nos termos do artigo 101: “As sanções civis de que trata este Capítulo aplicam-se sem prejuízo das penas cabíveis”. De maneira que a repressão penal deve ser fundada em leis externas, qual seja o Código Penal.³⁹

Com o passar dos anos de vigência da Lei Autoral, parcela de peso da doutrina uniu-se num discurso de desequilíbrio entre os direitos conferidos aos titulares de direitos e os direitos dos membros da própria sociedade de terem acesso ao conhecimento e à cultura, como efeito de uma norma maximalista (WACHOWICZ, 2010, p. 75).

³⁹ Para ASCENSÃO, tal situação é inconveniente, uma vez que a LDA deveria dar o cenário completo do setor, sobretudo para fins de aplicação efetiva da legislação. Ainda segundo o autor, havendo regras penais fora da lei específica, o que se verifica é um quadro truncado. E, por outro lado, conclui, o Código Penal nada perde se deixar de fora tipos peculiares, haja vista que a ausência de um tipo penal não distorce o sistema basilar que se propõe a introduzir (2010, p. 51).

Por sua vez, sustentam esses doutrinadores que a Lei em apreço não reconheceu o impacto que as novas tecnologias da informação teriam sobre a sociedade, sobre a maneira das pessoas se comunicarem, se expressarem e, conseqüentemente, as novas formas de criação permitidas por essa nova atmosfera tecnológica (WACHOWICZ, 2010, p. 75).

Assim, os debates sobre a revisão da Lei de Direitos Autorais começaram a ganhar espaço no Governo Federal quando, em 2005, realizou-se a I Conferência Nacional de Cultura, e se estenderam até 2010, em numerosos congressos promovidos por diversas entidades governamentais e não governamentais (WACHOWICZ, 2010, p. 74).

A partir de então, deu-se início a um processo de consulta à sociedade civil sobre a necessidade de revisão da Lei n.º 9.610/1998, em face das novas tecnologias da informação, bem como da reformulação da função estatal na definição de políticas públicas com fins de promoção de atividades culturais, sendo o Direito Autoral um aparelho essencial (WACHOWICZ, 2010, p. 74).

Em decorrência de tais acontecimentos, em 2 de dezembro de 2010, foi instituído o Plano Nacional de Cultura (PNC), por meio da Lei n.º 12.343, que, dentre outras providências, previu a revisão da legislação de Direito Autoral. Nesse sentido, Projeto de Lei n.º 3.133/2012, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles, foi apresentado à Câmara dos Deputados para alterar, atualizar e consolidar a legislação sobre direitos autorais, entre outros.

De maneira geral, o Deputado Fonteles sustenta que a reforma busca atualizar as disposições sobre direitos autorais, adaptando-as às tecnologias digitais. De outra banda, pretende, segundo seu autor, enfrentar questões de ordem constitucional, tal qual o confronto de direitos igualmente protegidos pelo constituinte, revendo certos pontos da lei que tratam os direitos autorais como direitos absolutos. Também, o direito de acesso ao conhecimento reivindica, em sua visão, a flexibilidade da lei, considerando ser o conhecimento produto de trabalho coletivo de gerações. Há, então, na perspectiva do Deputado, que se reconhecerem os direitos autorais, mas vincular sua proteção à função social, à qual a propriedade tradicional também se vincula (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Especialmente em relação aos ilícitos civis, o Projeto de Lei n.º 3.133/2012 pretende a reforma do artigo 107 para incluir nova modalidade (§ 1.º) e, ao mesmo tempo, excluir condutas consideradas exceções e limitações, conforme artigo 46 e seguintes da Lei (§ 2.º):

Art. 107. [...]

§ 1.º Incorre na mesma sanção, sem prejuízo de outras penalidades previstas em lei, quem por qualquer meio:

- a) dificultar ou impedir os usos permitidos pelos arts. 46, 47 e 48 desta Lei; ou
- b) dificultar ou impedir a livre utilização de obras, emissões de radiodifusão e fonogramas caídos em domínio público.

§ 2.º O disposto no *caput* não se aplica quando as condutas previstas nos incisos I, II e IV relativas aos sinais codificados e dispositivos técnicos forem realizadas para permitir as utilizações previstas nos arts. 46, 47 e 48 desta Lei ou quando findo o prazo dos direitos patrimoniais sobre a obra, interpretação, execução, fonograma ou emissão.

§ 3.º Os sinais codificados e dispositivos técnicos mencionados nos incisos I, II e IV devem ter efeito limitado no tempo, correspondente ao prazo dos direitos patrimoniais sobre a obra, interpretação, execução, fonograma ou emissão.

Atualmente, o Projeto de Lei em questão, apensado ao Projeto de Lei n.º 6.117/2009, aguarda apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados.

1.8.2.4 A tutela administrativa

No plano administrativo – ou seja, perante os órgãos do Poder Executivo – as medidas mais frequentes de proteção dos direitos autorais são o registro da obra e a menção de reserva, ambas facultativas, e o depósito de exemplares, obrigatório para obras publicadas. Ademais, o direito à fiscalização, como forma de prevenção, saneamento e preservação dos direitos (BITTAR, 2012, pp. 134-135).

De acordo com a Convenção de Berna antes analisada, o registro de obra é facultativo e não condicionante à concessão da proteção. Embora opcional, o registro refreia quaisquer dúvidas relativas, por exemplo, à autoria e anterioridade da obra. O local de registro varia, conforme o caso, dentre os seguintes locais: Biblioteca, Escola de Música, Escola de Belas-Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Cinema (Concine) e Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (BITTAR, 2012, pp. 135-136).

Já a menção de reserva versa sobre a aposição de indicação no suporte físico da obra de expressão significando «direitos reservados», «*copyright by*» ou apenas do símbolo universal de direitos autorais «©». Tal menção tem por objetivo simplesmente prevenir a sociedade de que aquela obra possui direitos autorais a serem preservados (BITTAR, 2012, pp. 135-136).

Por sua vez, o depósito de exemplares tem por finalidade o controle das obras publicadas (incluindo-se as reimpressas, as atualizadas e as traduzidas), sendo de responsabilidade das editoras e gráficas, dez dias após seu lançamento, a remessa de uma via para o Instituto Nacional do Livro. Além do controle, o depósito tem por intuito a preservação da memória cultural do País (BITTAR, 2012, p. 136).

A Lei de Direitos Autorais – Lei n.º 9.610/1998, modificada recentemente pela Lei n.º 12.853/2013⁴⁰ – prevê, ainda, que para o exercício e defesa de seus direitos podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro. Ditas associações exercem atividade de interesse público e, por assim ser, devem atender a sua função social (artigo 97 e ss.).

Com o ato de filiação, as associações tornam-se mandatárias para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial dos direitos autorais do associado, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos. O exercício da atividade de cobrança apenas será lícito para as associações que obtiverem habilitação em órgão da Administração Pública Federal (artigo 98).

A arrecadação e a distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas devem ser feitas por meio das associações de gestão coletiva criadas para esse fim por seus titulares, as quais unificam a cobrança em

⁴⁰ A Lei n.º 12.853/2013 é alvo de duas ações diretas de constitucionalidade (ADIns 5062 e 5065) ajuizadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) e pela União Brasileira de Compositores (UBC). As entidades questionam pontos como a caracterização como “de interesse público” da atividade desempenhada por associações e pelo Ecad, as regras para conferir publicidade e transparência aos valores arrecadados a título de direitos autorais e à participação dos titulares de direitos sobre cada obra, entre outros. O relator das duas ações diretas de constitucionalidade supramencionadas, o Ministro do Supremo Tribunal Luiz Fux, convocou uma audiência pública para discutir as alterações introduzidas na gestão coletiva de direitos autorais.

um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funciona como ente arrecadador com personalidade jurídica própria (artigo 99).

O escritório mais conhecido é o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad), cujo principal objetivo é centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical. Contudo, em 2012, foi instaurada a CPI do Ecad para investigar denúncias de irregularidade na entidade em questão. Em 24 de abril daquele ano foi apresentado o relatório final⁴¹ que propôs 26 indiciamentos por apropriação indébita de valores, fraude na realização de auditoria, formação de cartel e enriquecimento ilícito, bem como a elaboração de nova regulamentação para o exercício de arrecadação com maior transparência, que culminou na já mencionada Lei n.º 12.853/2013.

Nada obstante, às associações de gestão coletivas é outorgado o direito de impor sanções administrativas como multas, não concessão de autorização, suspensão ou interdição de espetáculos, cassação de licenças etc.

1.9 Considerações parciais

Um sistema de Direito de Autor eficiente é condição *sine qua non* para a criação e a sobrevivência da cultura de uma sociedade, bem como de sua indústria. Nota-se, contudo, um afastamento do autor enquanto gestor de seus direitos patrimoniais. Intermediários e empresas de exploração econômica das obras se proliferam, considerando o rendimento dos direitos patrimoniais e a vasta tutela de tais direitos pelas legislações pátrias. Do mesmo modo, as entidades de gestão, às quais os autores muitas vezes se veem compelidos a aderir, estabelecem contratos de adesão para a gestão econômica das obras intelectuais (ASCENSÃO, 2012, pp. 16-17).

As leis protecionistas, que deveriam resguardar os interesses dos autores enquanto seres criadores, mostram-se muitas das vezes ambíguas, porquanto resultam por proteger, na realidade, os interesses dos adquirentes dos direitos autorais, que raras vezes coincidem

⁴¹ Para mais veja o Relatório Final da CPI do Ecad (BRASIL, 2012).

com os interesses dos autores propriamente ditos ou da sociedade em geral (ASCENSÃO, 2012, p. 17).

Havendo uma indissociável interação entre as esferas penal e civil, mediante os elementos típicos de caráter normativo, os conceitos privados penetram na alçada criminal e, de tal modo, são fortalecidos (SALVADOR NETTO, 2013, p. 42). Por sua vez, não havendo uma legislação autoral civil eficaz para os fins de proteção dos genuínos interesses dos autores, os reflexos contraproducentes em terreno penal são inevitáveis. É o que se verá a seguir.

2. O ARTIGO 184 DO CÓDIGO PENAL: VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR

2.1 Considerações iniciais

O estudo do tipo penal objeto do presente trabalho pressupõe a análise prévia da natureza e do conteúdo do Direito de Autor, bem como a efetividade das tutelas administrativa e civil, a fim de alcançar uma resposta à seguinte pergunta: os «direitos autorais» são um bem jurídico merecedor da tutela penal? Além disso, a pena é necessária e cumpre sua função primordial?

Fato é que, na contramão dos movimentos de descriminalização e de abrandamento das penas privativas de liberdade, fundamentados no princípio da intervenção mínima, os direitos de autor são uniforme e universalmente tutelados pela norma penal, sem qualquer eleição criteriosa e objetiva das condutas merecedoras das consequências nefastas advindas com a tutela penal.

Por outro lado, condutas que trazem enormes prejuízos ao autor encontram-se quase que esquecidas pelo ordenamento jurídico, que hoje está evidentemente voltado à proteção dos direitos patrimoniais geridos pela indústria cultural, mediante suas grandes corporações. O direito hodierno, assim, cada vez mais se distancia dos fundamentos da tutela autoral – qual seja a proteção do autor enquanto ser criador –, tornando a tutela penal inócua e ilegítima para tal fim.

Em razão das mudanças sobrevindas com a Sociedade da Informação e o progresso da Ciência Penal, é imprescindível enfrentar os desafios que permeiam a tutela dos direitos autorais de maneira contextualizada e interdisciplinar, a fim de se obter possíveis soluções efetivas à tutela de um bem jurídico de tamanha complexidade, porém de importância ímpar ao desenvolvimento cultural das nações.

2.2 O histórico da tutela penal dos direitos de autor no Brasil

Antes mesmo de sua consagração civil ou constitucional,⁴² os direitos autorais foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro por meio da tipificação no Código Criminal do Império (1830)⁴³ da conduta de reproduzir indevidamente obras de cidadãos brasileiros.⁴⁴ O artigo 261, inserido na Parte III (“Dos Crimes Particulares”), Título III (“Crimes contra a Propriedade”), Capítulo I (“Furto”), assim dispunha:

Art. 261. Imprimir, gravar, lithographar ou introduzir quaesquer escriptos ou estampas que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez annos depois de sua morte, se deixarem herdeiros.

Pennas – Perda de todos os exemplares para o autor ou traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta delles, do seu valor e outro tanto, e de multa igual ao trespello do valor dos exemplares.

Se os escriptos ou estampas pertencerem a corporações, a proibição de imprimir, gravar, lithographar ou introduzir, durará sómente por espaço de dez annos (sic).

Verifica-se da leitura do dispositivo citado que eram tipificados como crimes contra a propriedade, nomeadamente o furto, a conduta de imprimir, gravar, litografar ou introduzir escritos ou estampas, compostos ou traduzidos por brasileiros, no período de sua vida e mais dez anos, caso houvesse herdeiro.

Desse modo, a relação entre o criador e sua composição e/ou tradução foi disciplinada desde o início pela legislação brasileira como uma relação de propriedade, consequentemente regida pelas demais normas a ela atinentes. Além disso, as condutas tipificadas no dispositivo restringiam-se à reprodução (imprimir, gravar, litografar) e à comercialização (introduzir) da obra. Destaca-se, ainda, que a pena aplicada era a de

⁴² Em verdade, a primeira referência legislativa ao Direito Autoral no Brasil foi a Lei de 11 de agosto de 1827, que instituiu os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda. Aludida norma determinou em seu artigo 7.º um privilégio exclusivo de dez anos sobre os compêndios preparados por professores, obedecidas algumas condições: “Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se, porém à aprovação da Assembleia-Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, **competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos**” (grifos nossos).

⁴³ O Código Penal do Império guarda bastante semelhança com os Códigos francês (1810) e napolitano (1819), tendo influenciado de maneira significativa a elaboração do Código Penal espanhol (1848) e de demais países da América Latina (PIERANGELLI, 1980, p. 8).

⁴⁴ A mesma proteção não era conferida aos estrangeiros.

perdimento da mercadoria ou, na sua falta, de pagamento de quantia equivalente, bem como de multa igual ao triplo do valor dos exemplares.

Nada obstante, de forma mais específica e detalhada, o Código Penal da República (1890)⁴⁵ dispôs sobre os crimes de violação dos direitos da propriedade literária e artística em seus artigos 342 a 350,⁴⁶ contidos no Título XII (“Dos Crimes contra a Propriedade

⁴⁵ Já o Código Penal da República teve sua influência nos Projetos dos Códigos Penais suíço, sueco e italiano, bem como no Código Penal argentino (PIERANGELLI, 1980, p. 11).

⁴⁶ Art. 342. Imprimir, ou publicar em colleções, as leis, decretos, resoluções, regulamentos, relatorios e quaesquer actos dos poderes legislativo e executivo da Nação e dos Estados:

Penas – de apprehensão e perda, para a Nação ou Estado, de todos os exemplares publicados ou postos á venda, e multa igual á importancia do seu valor.

Art. 343. São solidariamente responsaveis por esta infracção:

- a) – o dono da officina onde se fizer a impressão ou publicação;
- b) – o autor ou importador, si a publicação for feita no estrangeiro;
- c) – o vendedor.

Art. 344. Reimprimir, gravar, lithographar, importar, introduzir, vender documentos, estampas, cartas, mappas e quaesquer publicações feitas por conta da Nação ou dos Estados, em officinas particulares ou publicas:

Penas – de apprehensão, e perda para a Nação, de todos os exemplares e multa igual ao triplo do valor dos mesmos.

Paragrapho unico. O privilegio da fazenda publica resultante deste e do art. 342 não importa prohibição de transcrever, ou inserir qualquer dos actos acima indicados nos periodicos e gazetas, em compendios, tratados, ou quaesquer obras scientificas ou litterarias; nem a de revender os objectos especificados, tendo sido legitimamente adquiridos.

Art. 345. Reproduzir, sem consentimento do autor, qualquer obra litteraria ou artistica, por meio da imprensa, gravura, ou lithographia, ou qualquer processo mecanico ou chimico, emquanto viver, ou a pessoa a quem houver transferido a sua propriedade e dez annos mais depois de sua morte, si deixar herdeiros:

Penas – de apprehensão e perda de todos os exemplares, e multa igual ao triplo do valor dos mesmos a favor do autor.

Art. 346. Reproduzir por inteiro em livro, collecção ou publicação avulsa, discursos e orações proferidos em assembléas publicas, em tribunaes, em reuniões politicas, administrativas ou religiosas, ou em conferencias publicas, sem consentimento do autor:

Penas – de apprehensão e perda dos exemplares e multa igual ao valor dos mesmos, em favor do autor.

Art. 347. Traduzir e expor á venda qualquer escripto ou obra, sem licença do seu autor:

Penas – as mesmas do artigo antecedente.

Art. 348. Executar, ou fazer representar, em theatros ou espectaculos publicos, composição musical, tragedia, drama, comedia ou qualquer outra producção, seja qual for a sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor:

Pena – de multa de 100\$ a 500\$ a favor do dono ou do autor.

Esta prohibição não importa a de fazer citação parcial de qualquer escripto, com o fim de critica, polemica, ou ensino.

Art. 349. Importar, vender, occultar ou receber, para serem vendidas, obras litterarias ou artisticas, sabendo que são contrafeitas:

Penas – as de apprehensão e perda dos exemplares e multa igual ao dobro do valor dos mesmos a favor do dono ou autor.

Art. 350. Reproduzir qualquer producção artistica, sem consentimento do dono, por imitação ou contrafacção:

Penas – as do artigo antecedente.

Paragrapho unico. Para este effeito reputar-se-ha contrafacção:

1.º A reproducção em pintura, quando um artista, sem consentimento do autor, ou daquelle a quem transferiu a propriedade artistica, copiar em um quadro grupos, figuras, cabeças ou detalhes de paisagens, ou os fizer entrar no proprio quadro, conservando as mesmas proporções e os mesmos effeitos de luz que na obra original;

Pública e a Particular”), Capítulo V (“Dos Crimes contra a Propriedade Literária, Artística, Industrial e Comercial”). Tais previsões ampliaram de maneira significativa as condutas incriminadas e, ao mesmo tempo, criaram limitações e exceções aos direitos dos autores ou detentores de sua propriedade, que vigoram até hoje em nosso ordenamento jurídico pátrio.⁴⁷

Interessante contribuição trouxe o parágrafo único do artigo 350 que definiu como crime de contrafação a reprodução desautorizada em pintura, escultura ou música dos traços e características da obra original. Contudo, o termo contrafação para a violação de direitos autorais é objeto de controvérsia na doutrina e legislação ao redor do mundo, o que será adiante analisado. Ainda, o legislador da República emprega indistintamente verbos como reproduzir, copiar e imitar, que hoje são usados pela doutrina para assinalar condutas distintas entre si, mas que à época, ao que tudo indica, buscavam repreender uma só conduta: o uso desautorizado das obras intelectuais.

Quando da promulgação do Código Penal em vigor (1940) restou previsto o crime de violar Direitos de Autor e daqueles que lhes são conexos nos artigos 184 a 186,⁴⁸ sob o Título III (“Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial”), Capítulo I (“Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial”), conforme segue:

Art. 184. Violar direito de autor de obra literária, científica ou artística:

Pena – detenção de três meses a um ano, ou multa, de um conto a cinco contos de réis.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem vende ou expõe à venda, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação de direito autoral.

Usurpação de nome ou pseudônimo alheio

Art. 185. Atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de dois contos a dez contos de réis.

2.º A reprodução em escultura, quando o imitador tomar em uma obra original, grupos, figuras, cabeças, ornamentos e os fizer entrar na obra executada por elle;

3.º A reprodução em musica, quando se arranjar uma composição musical para um instrumento só, tendo sido feita para orchestra, ou para um instrumento differente daquelle para o qual foi composta.

⁴⁷ Hoje as limitações aos direitos de autor estão previstas na lei civil (Lei n.º 9.610/1998) e serão adiante mais bem analisadas.

⁴⁸ O artigo 185 que tipificava a usurpação de nome ou pseudônimo alheio foi revogado pela Lei n.º 10.695/2003.

Art. 186. Nos crimes previstos neste capítulo, somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público.

Nota-se que o Código de 1940 passou a disciplinar os crimes contra a Propriedade Imaterial como uma classe autônoma, não mais compreendida sob o Título dos crimes contra o patrimônio em geral (PIERANGELI, 1980, p. 440). Nada obstante, foram imprescindíveis atualizações legislativas ao longo dos anos para modernizar as espécies de crime previstas, bem como para incluir os demais titulares dos direitos de autor.

Paralelamente à evolução das leis brasileiras, em meados dos anos 70, a Convenção de Berna foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 75.699/1975. Como visto, estabeleceu patamares mínimos de proteção aos seus membros e, relativamente à proteção penal dos direitos de autor, assim determinou o artigo 16:

Article 16. Infringing Copies

(1) Infringing copies of a work shall be liable to seizure in any country of the Union where the work enjoys legal protection.

(2) The provisions of the preceding paragraph shall also apply to reproductions coming from a country where the work is not protected, or has ceased to be protected.

(3) The seizure shall take place in accordance with the legislation of each country.

A despeito da proteção penal existente, criou-se um contrassenso em muitas legislações promulgadas no mundo antes da década de 80, haja vista que, por exemplo, se impunha uma severa repressão àquele que roubasse um bem corpóreo alheio (por mais modesto que fosse seu valor), enquanto permanecia impune por falta de disposição legal aquele que explorasse sem autorização a produção intelectual de terceiro.

Da mesma forma, punia-se com rigor aquele que roubasse eletricidade, mas com intensidade distinta aquele que distribuísse sinal indevidamente desviado de satélite para dar acesso a programas e conteúdos sem o pagamento da remuneração correspondente. Ainda, entre outras incoerências do sistema, punia-se a apropriação indevida de dinheiro de outrem, mas não pela reprodução, distribuição e comunicação não autorizada de obras e atuações pertencentes aos autores, artistas e produtores (ANTEQUERA PARILLI, 2007).

E a situação se complicou nas últimas duas décadas do século passado na medida em que a tecnologia começou a facilitar a fixação e duplicação a baixo custo das obras

escritas, incluídos os programas de computador, gravações sonoras e audiovisuais, interpretações artísticas, assim como a retransmissão de comunicações do organismo de origem ou a circulação dos bens intelectuais protegidos por meio de redes digitais interativas (ANTEQUERA PARILLI, 2007).

No início da década de 80, a Associação Brasileira dos Produtores de Discos (ABPD)⁴⁹ e outros organismos provocaram novas alterações na legislação penal sob o argumento da impunidade quase que generalizada ante a insuficiência e a indolência da tutela penal e, também, a dificuldade na persecução criminal, haja vista tratar-se de um crime de ação privada. Assim, um movimento político formou-se para defender a mudança legislativa, visando àquilo que se entendia por repressão eficaz da reprodução indevida das obras, sobretudo de fonogramas, por meio da gravação de cassetes (COSTA JR., 2005, p. 646).

Portanto, foi apresentado o Projeto de Lei n.º 3.143/1980, que deu nova redação aos artigos 184 e 186 do Código Penal.⁵⁰ A exposição de motivos do aludido Projeto ressaltou os seguintes aspectos para a mudança legislativa:

⁴⁹ A ABPD foi fundada em abril de 1958 como uma filiada da *International Federation of the Phonographic Industry* (IFPI), que agrega cerca de 1.400 gravadoras em 76 países. Como entidade representante das gravadoras, seu objetivo é conciliar os interesses dessas organizações com os de autores e titulares de direitos, além de defender coletiva e institucionalmente os direitos e interesses comuns de seus associados, combater a pirataria musical e promover levantamentos estatísticos e pesquisas de mercado (ABPD).

⁵⁰ O Projeto de Lei referido foi convertido na Lei n.º 6.895/1980, que assim disciplinou os artigos 184 e 186 do Código Penal:

Art. 184. Violar direito autoral:

Pena – detenção de três meses a um ano, ou multa de Cr\$2.000,00 a Cr\$10.000,00.

§ 1.º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente:

Pena – reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$10.000,00 a Cr\$50.000,00.

§ 2.º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no país, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos com violação de direito autoral.

Art. 186. Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, e nos casos previstos nos §§ 1.º e 2.º do art. 184 desta Lei.

Anos depois, a Lei n.º 8.635/1993 novamente alterou a redação do artigo 184 para adequar os §§ 1.º e 2.º e, ainda, incluir um terceiro parágrafo, que assim passaram a dispor:

Art. 184. *omissis*

§ 1.º Se a violação consistir em reprodução, por qualquer meio, com intuito de lucro, de obra intelectual, no todo ou em parte, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma ou videofonograma, sem a autorização do produtor ou de quem o represente:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) a Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros).

O projeto cuidou de adotar a formulação “direito autoral”, pois este também resume a extensão do direito, não somente ao criador da obra, incluindo, também os intérpretes e executantes, assim como **atualizou os valores pecuniários no tocante à pena de multa.**

[...]

Acresceram-se dois parágrafos ao art. 184, para **neles tipificar o delito de reprodução, com penação mais grave, cuja necessidade revelou-se imperiosa, em decorrência das infrações cometidas frontalmente oriundas de práticas ostensivas, que se tornaram viciosas,** consubstanciadas na fixação, por qualquer meio, e utilização de obra intelectual, com fins comerciais, não consentida pelo titular do direito, **exigindo o interesse público a repressão do crime.**

[...]

Quanto à ação penal, foi mantido o procedimento mediante queixa, excluído para os casos configurados nos parágrafos 1.º e 2.º do art. 184, para estabelecer rigorosa apuração quanto ao delito, acolhendo, como medida repressiva, a ação pública, quando esses crimes forem cometidos em prejuízo de entidade de Direito Público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, e nos delitos de reprodução ou contrafação ilícita (COSTA JR., 2005, p. 647 – grifos nossos).

Nesse contexto, em 1994, o Acordo TRIPs foi então incorporado ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto n.º 1.355, determinando em seu artigo 61 que membros deveriam prever em suas legislações nacionais o emprego de procedimentos penais e penalidades ao menos nos casos de “contrafação voluntária de marcas e pirataria em escala comercial”.

Dentre as penas possíveis está a de prisão e/ou de multa de forma suficiente a constituir um fator de dissuasão e em medida compatível com as penalidades aplicadas aos crimes de gravidade correspondente. Além disso, conforme o caso, as penas podem incluir a apreensão, perda e destruição dos bens que infrinjam direitos de Propriedade Intelectual e de outros materiais e apetrechos eventualmente utilizados na consumação do delito.

Nada obstante, os avanços tecnológicos e a revolução digital provocaram uma nova e mais delineada tipificação das condutas. Assim, a Lei n.º 10.965, a denominada Lei Antipirataria, foi sancionada e entrou em vigor em 1.º de agosto de 2003, para: (i) alterar o *caput* do artigo 184 e os §§ 1.º, 2.º e 3.º, bem como incluir o § 4.º; (ii) revogar o artigo 185; e, por fim, (iii) dar nova redação ao artigo 186 (NASCIMENTO, 2011, p. 290).

§ 2.º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, empresta, troca ou tem em depósito, com intuito de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral.

§ 3.º Em caso de condenação, ao prolatar a sentença, o juiz determinará a destruição da produção ou reprodução criminosa.

Merece destaque, por fim, a inserção do § 4.º, cujo escopo foi excluir a incidência da norma penal no caso de exceção ou limitação ao Direito de Autor ou os que lhe são conexos – conforme disposto na Lei n.º 9.610/1998 – e no caso de reprodução para uso privado do copista, em um só exemplar e sem intuito de lucro.

Da evolução legislativa acima relatada – que teve como ponto de partida o ano de 1830, com o Código Penal do Império, passando pelo Código da República (1890), pela redação original do atual Código Penal (1940), bem como por suas mudanças legislativas de 1980 (Lei n.º 6.895) e 1993 (Lei n.º 8.635), até a redação vigente dada pela Lei n.º 10.965 de 2003 – chega-se inevitavelmente às seguintes indagações: a lei penal relativa aos Direitos Autorais da forma que é hoje prevista tutela de forma suficiente e eficaz o bem jurídico penal? Ou seja, a norma penal contida no artigo 184 legitima a função primordial do Direito Penal? E, ainda, os Direitos Autorais são dignos dessa tutela penal? É o que se pretende a seguir.

2.3 Das terminologias pirataria e contrafação

Genérica e vulgarmente denomina-se pirataria os crimes contra os direitos de autor.⁵¹ Há, por outro lado, aqueles que preferem chamá-los de contrafação.⁵² Fato é que ambas as nomenclaturas referem-se, *lato sensu*, às infrações aos direitos de Propriedade Intelectual, em outras palavras, a produção, distribuição, comercialização, importação ou exportação, de cópias de produtos produzidos sem a autorização do titular do direito intelectual (SCHNEIDER; VRINS, 2012, p. 6).

Não obstante, imperioso destacar que existe uma considerável dicotomia entre as infrações aos direitos de Propriedade Industrial e aos direitos de autor. Ocorre que, em nível legislativo e doutrinário, especialmente no Brasil, não há um consenso sobre esses

⁵¹ Essa é inclusive a denominação utilizada em todos os âmbitos do Governo em suas campanhas de prevenção e repressão à aludida prática delitiva, a exemplo do próprio nome do órgão competente do Ministério da Justiça, o Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP).

⁵² Conforme visto anteriormente, o Código Criminal do Império estabeleceu o delito de contrafação quando da conduta de reproduzir indevidamente obras de cidadãos brasileiros. Além disso, a própria Lei de Direitos Autorais prevê em suas definições a conduta de contrafação para os casos de reprodução não autorizada.

conceitos, e os vários regulamentos a respeito do tema usam diferentes acepções, que são aplicadas em áreas distintas (SCHNEIDER; VRINS, 2012, p. 6).

O TRIPs – como visto, o mais recente e importante acordo internacional nesse campo – adota para os fins de interpretação daquele acordo as seguintes definições:

Article 51. omissis

Footnote 14: For the purposes of this Agreement:

(a) “counterfeit trademark goods” shall mean any goods, including packaging, bearing without authorization a trademark which is identical to the trademark validly registered in respect of such goods, or which cannot be distinguished in its essential aspects from such a trademark, and which thereby infringes the rights of the owner of the trademark in question under the law of the country of importation;

(b) “pirated copyright goods” shall mean any goods which are copies made without the consent of the right holder or person duly authorized by the right holder in the country of production and which are made directly or indirectly from an article where the making of that copy would have constituted an infringement of a copyright or a related right under the law of the country of importation (grifos nossos).

Portanto, segundo o acordo, a contrafação seria a violação de marca mediante a aposição em produtos de sinal distintivo idêntico ou indistinguível de marca registrada, enquanto a pirataria seria a cópia feita sem a autorização do titular de direito autoral ou conexo. Importante ressaltar que as demais infrações aos direitos intelectuais, tais como patentes, desenhos industriais, cultivares e indicações geográficas, não estão compreendidas por essas definições.

De maneira diversa, ASCENSÃO sustenta que a contrafação é a utilização como própria de cópia de obra ou prestação alheia. Segundo ele, trata-se de um conceito qualitativo, independentemente de quanto da obra se utiliza, ou do formato, dimensão e processo empregado. A contrafação pode também se dar na forma de apresentação como própria obra alheia, sem a indicação da verdadeira autoria⁵³ (2001, pp. 477-479).

No Brasil, quando da internalização do acordo TRIPs por meio do Decreto Presidencial n.º 1.355/1994, traduziu-se quase que literalmente o conceito de marca contrafeita, ao passo que a expressão *pirated copyright goods* foi vertida para «bens

⁵³ Tal conceito é o que a doutrina brasileira define como plágio.

pirateados», deixando-se de lado o termo *copyright*, remanescente aos direitos autorais, conforme segue:

Artigo 51. *omissis*

Nota de rodapé 14: Para os fins deste Acordo, entende-se por:

(a) “**bens com marca contrafeita**” quaisquer bens, inclusive a embalagem, que ostentem sem autorização uma marca que seja idêntica à marca registrada relativa a tais bens, ou que não pode ser distinguida, em seus aspectos essenciais, dessa marca e que, por conseguinte, viola os direitos do titular da marca registrada em questão na legislação do país de importação;

(b) “**bens pirateados**” quaisquer bens que constituam cópias efetuadas sem a permissão do titular do direito ou de pessoa por ele devidamente autorizada no país onde foi produzido e que são elaborados direta ou indiretamente a partir de um artigo no qual a elaboração daquela cópia teria constituído uma violação de um direito autoral ou conexo na legislação do país de importação.

Na versão original do acordo, o termo pirateado tem função adjetiva da expressão *copyright goods*, permitindo a conclusão de que existiriam outras formas de violação dos direitos autorais, como a própria contrafação, ao mesmo tempo em que a pirataria também poderia abranger outras infrações aos direitos de Propriedade Intelectual. Por sua vez, a versão nacional do acordo restringe a modalidade de pirataria aos bens cujo conteúdo infringe direitos autorais.

Apesar disso, a própria Lei de Direitos Autorais, datada de 1998, em seu artigo 5.º, inciso VII,⁵⁴ define a reprodução não autorizada como contrafação, e não pirataria, ao contrário da orientação internacional contida no acordo TRIPs.

Por sua vez, na parte introdutória do relatório final da CPI da Pirataria apresentado em agosto de 2004, o documento diz que:

[...] o foco da apuração da CPI, que, porém, apenas inicia este trabalho hercúleo, posto que **a pirataria abrange, na realidade, toda espécie de adulteração e falsificação de produtos**, promovendo com isto incalculáveis prejuízos ao consumidor e estupendo desvio de impostos que poderiam ser revertidos em serviços públicos visando ao bem-estar da população brasileira (BRASIL, 2004, p. 9 – grifos nossos).

Assim sendo, no âmbito dos trabalhos da aludida CPI, o objeto de estudo compreendeu toda espécie de adulteração e falsificação de produtos, abrangendo

⁵⁴ Art. 5.º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

VII – contrafação – a reprodução não autorizada.

medicamentos, peças automotivas, CDs e DVDs etc., não estando restrita às violações de direitos autorais e os a ele conexos.

Já o Decreto n.º 5.244 de outubro de 2004, que institui o Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual (CNCP), nomeia a violação aos direitos autorais de que tratam as Leis n.º 9.609/1998 e n.º 9.610/1998 como pirataria, a saber:

Art. 1.º O Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, órgão colegiado consultivo, integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, tem por finalidade elaborar as diretrizes para a formulação e proposição de plano nacional para o combate à pirataria, à sonegação fiscal dela decorrente e aos delitos contra a propriedade intelectual.
Parágrafo único. **Entende-se por pirataria, para os fins deste Decreto, a violação aos direitos autorais de que tratam as Leis n.ºs 9.609 e 9.610, ambas de 19 de fevereiro de 1998** (grifos nossos).

Conquanto manifestamente restrita aos fins de interpretação do decreto, a disposição normativa revela a preferência técnica pela utilização do termo pirataria no contexto de violação de direito autoral, auxiliando na eventual interpretação sistemática da norma.

Embora se concorde que o termo pirataria é amplamente empregado nos diversos âmbitos do Estado brasileiro para referir-se à exploração indevida de conteúdo protegido pelo direito autoral, há de se ressaltar sua imprecisão semântica. Tanto em nível internacional como nacional, as definições são bastante restritas em seu conteúdo e abrangência e trazem consigo uma alusão aos crimes de pilhagem ou banditismo marítimo, praticados historicamente por piratas *bucaneros*, que não guardam qualquer relação com os delitos ora em questão.⁵⁵

Além disso, em vista da relatada imprecisão legislativa quanto à definição de um conceito preciso para os termos pirataria e contrafação, o uso técnico destes parece inapropriado no âmbito da academia, preferindo-se a intitulação contida no artigo 184 do Código Penal: violação de direitos autorais.

⁵⁵ Nesse sentido: Mccreevy, 2008.

2.4 O bem jurídico penal

2.4.1 Da necessidade de se analisar o bem jurídico tutelado

É sabido que no âmbito do Estado Democrático de Direito os cidadãos, detentores do poder estatal, conferem ao legislador as incumbências de intervenções jurídico-penais necessárias para o sucesso de uma vida em sociedade livre e pacífica, desde que outros meios mais brandos não sejam suficientes para tal (ROXIN, 2009, p. 17).

Portanto, por meio de tais intervenções necessárias, o Estado deve assegurar não apenas as condições individuais imperiosas para essa coexistência livre e pacífica (v.g., a vida, integridade física, propriedade, liberdade etc.), bem como as instituições adequadas para esse fim (v.g., a administração da justiça, um sistema monetário íntegro etc.). E serão essas condições individuais e as instituições adequadas para tal fim que revelarão o que se intitula por bem jurídico (ROXIN, 2009, pp. 17-18).

No mesmo sentido, TAVARES aponta que, na condição de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, o bem jurídico exerce a função de proteção, não dele mesmo, mas do indivíduo, que é o propósito derradeiro de proteção do ordenamento jurídico, de maneira que os bens jurídicos tidos por universais apenas demandam tutela enquanto premissa de proteção dos bens jurídicos individuais, cuja função é, portanto, orientadora. A finalidade da tutela dos bens jurídicos é, portanto, a promoção do indivíduo, sendo o interesse geral somente uma etapa desse processo (2003, p. 180).

No estágio atual do Estado Democrático de Direito, a substância material do delito e, portanto, do próprio bem jurídico não pode ser adotada segundo a pura descrição normativa formal ou conforme exigências ético-sociais de caráter essencialmente morais e religiosas. Desse modo, só ganha significado uma compreensão que ambicione relacionar diretamente o conceito material de crime e o conteúdo de bem jurídico à questão da missão

e dos limites do Direito Penal, afora do domínio do direito positivado (HASSEMER, 1984, p. 56).

Logo, o *ius puniende* do Estado deve ter por único fundamento impedir a ocorrência de lesão ao bem jurídico,⁵⁶ e, por sua vez, este deverá servir como instrumento restritivo da intervenção estatal penal. Caso contrário, a ameaça punitiva que tem por fundamento o bem jurídico configura-se em terror estatal (ROXIN, 2009, pp. 20-25).

Assim sendo, os bens jurídicos desempenham um papel produtivo importante; primariamente, quanto à averiguação da estrutura do delito e, secundariamente, quanto à determinação das condutas compreendidas no tipo como lesionadoras do bem jurídico (SCHÜNEMANN, 2007, p. 199).

Para tanto, a determinação do bem jurídico não se formula como mero indicador final, apenas ao término do processo interpretativo, mas sim como seu estímulo liberal. É dizer que, oposto às restrições desnecessárias das liberdades civis, direciona a modelagem da matéria proibida e, por conseguinte, relativamente ao processo de interpretação, é tanto imanente como crítico (SCHÜNEMANN, 2007, p. 199).

Nesse passo, VON HIRSCH sustenta que o bem jurídico protegido em um tipo penal, por um lado, constitui um dos algoritmos essenciais a sua interpretação e, de outro, exerce sobre ele uma função crítica.⁵⁷ Esta última consiste na possibilidade de declarar a ausência de um bem jurídico merecedor de proteção perante as hipóteses de penalização de condutas meramente imorais, o que inevitavelmente acarreta a conclusão de que tal conduta não merece ser criminalizada (2007, p. 37).

Contudo, inegáveis são as reprimendas feitas à idoneidade do bem jurídico no que diz respeito à sua função crítica, limitadora do Direito Penal, consagrando-o como instrumento de controle social excepcional, voltado à tutela subsidiária e fragmentária.

⁵⁶ Em sentido contrário, Jakobs entende que a função do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas evitar uma diminuição da vigência da norma. Portanto, com a execução da pena, o Direito Penal alcançou seu fim (*apud* ROXIN, 2009, p. 33).

⁵⁷ Do mesmo modo BURCHARD entende que o bem jurídico exerce uma dupla função. Por um lado, em sua concepção crítica, ele impõe limites ao poder do Estado e, por outro, em sua função interpretativa, ele estabelece os fins de proteção do delito, sendo decisivo para uma interpretação teleológica (2013, p. 35).

Tais censuras, por sua vez, emanam das próprias funções que são costumeiramente impostas ao bem jurídico, criando expectativas de atendimento normativo e político-criminal ilegítimas, pelo inadimplemento de atribuições que, por certo, nunca estiveram em sua perspectiva teórica (BECHARA, 2014, pp. 380-382).

Sobre o assunto, conclui BECHARA que:

[...] Com efeito, as posturas contrárias à sobrevivência do bem jurídico consideram-no em geral a partir de uma **perspectiva supervalorada**, isto é, como instituto imbuído de um valor que, na verdade, não possui. Se resta historicamente claro que todo delito deve possuir um bem jurídico, a discussão central não está em encontrar um interesse que justifique a intervenção penal – o que, aliás, não é tarefa difícil, a partir de construções retóricas –, e sim em **verificar se esse dito interesse está a merecer ou não a específica proteção penal**. [...]

Trata-se, na verdade, de permear o direito penal por valorações, as quais, antes de tudo, revelam natureza política, devendo refletir o pressuposto político-social do próprio modelo de Estado em que se inserem, bem como as relações sociais que se desenvolvem nesse âmbito. Não é possível, portanto, pretender encontrar, a partir de uma dada norma, qual seja o bem jurídico tutelado, e sim o contrário, a saber: **a partir de uma valoração político-social, estabelecer dado interesse como bem jurídico digno de proteção penal** e, a partir de sua complementação por outros critérios positivos de legitimidade – tais como os princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da intervenção mínima –, definir os moldes normativos da respectiva tutela (2014, p. 383 – grifos nossos).

No mesmo sentido, GOMES diz que o bem jurídico é um, dentre outros, elementos determinantes da tutela e da própria decisão de se implantar ou não a esfera penal. Não se trata de recusar o conceito de bem jurídico, mas de inseri-lo em uma conjuntura mais complexa, na qual haja não elementos independentes, mas diálogos e equilíbrios de interesses diversos, além de explícitas considerações quanto à funcionalidade e à justiça da intervenção punitiva. Dessa forma, o sistema de referência não é uma abstrata e por si só vinculante relação de objetos de tutela constantes na Constituição Federal, mas um arquétipo articulado e flexível, que vincula os prováveis componentes entre si, e também métodos e funções inerentes não somente ao Direito Penal, mas aos múltiplos ramos do ordenamento jurídico (2003, p. 129).

Tomando o bem jurídico apenas como um referencial crítico na análise da intervenção penal, retira-se do legislador a faculdade arbitrária de, a partir de uma identificação mais ou menos direta com interesses individuais, tutelar quaisquer situações, em uma situação antidemocrática e simbólica. Nesse contexto, a questão fundamental não

reside em saber qual é o bem jurídico tutelado por determinada norma, mas, antes mesmo do âmbito jurídico positivado, em verificar se determinado interesse social, referido ao livre desenvolvimento dos indivíduos, está a necessitar do âmbito jurídico-penal para sua proteção (BECHARA, 2014, pp. 384-385).

Diante do exposto, entende-se que não se pode renunciar ao bem jurídico como instrumento de avaliação de uma boa política criminal, devendo concentrar-se em seu núcleo negativo tradicional crítico ao Direito Penal. Uma política criminal moderna e vaga prejudica o conceito tradicional de bem jurídico com a utilização de bens jurídicos imprecisos e demasiadamente generalizadores (HASSEMER, 2007, p. 96).

2.4.2 O bem jurídico «direitos autorais» no âmbito penal

As modernas Constituições consagram um acordo sobre os conteúdos, isto é, sobre os valores fundamentais da vida civil, social e política, e expressam a identidade ideológico-cultural de um povo, um consenso geral fundado sobre o reconhecimento de um patrimônio comum de valores (GOMES, 2003, p. 26).

Dessa forma, a Constituição Federal contém o alicerce de legitimidade de todo ordenamento jurídico, promovendo a sua reunificação como um sistema uno de normas. Assim, a interpretação da norma penal deve ter por fundamento os preceitos constitucionais e servir às garantias e aos direitos fundamentais.

Esse entrosamento necessário entre o Direito Penal e a Constituição não diz respeito apenas à congruência que sempre deve existir entre a Lei maior do Estado e a legislação infraconstitucional. Mais do que isso, tendo em vista que é na lei fundamental do Estado que se encontram estampadas as suas características essenciais, é nela que devem constar as diretrizes a partir das quais se fundamenta e se estrutura o poder de punir estatal. Isto significa que a legitimidade do *ius puniendi* e do direito positivo que o articula procede da Constituição (GOMES, 2003, p. 25).

Deduz-se, dessa forma, sob o aspecto pessoal, que um bem jurídico vinculante existe quando encontra-se conjecturado em um valor constitucionalmente consagrado e, portanto, preexiste ao ordenamento penal. Nessa definição devem-se compreender os bens jurídicos penalmente protegidos como materializações dos valores constitucionais pertinentes aos direitos fundamentais. E será precisamente por essa via que os bens jurídicos se convertem em bens dignos de tutela penal⁵⁸ (BECHARA, 2009, p. 20).

Sobre o processo de incriminação em si, seja na fase legislativa ou na judicial, percebe-se que expõe um conflito de direitos fundamentais solidificados por meio de princípios constitucionais. Ao se ter em conta que criminalizar é sinônimo de limitar direitos individuais, a legitimidade para tal está submetida ao pretendido proveito que acarreta aos demais bens jurídicos consagrados constitucionalmente (SALVADOR NETTO, 2013, p. 266).

Isso porque, a concepção conferida ao Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição Federal brasileira, implica que a sua política-criminal, cujos fundamentos são a liberdade e a dignidade humana, não pode desconsiderá-los a ponto de transformar os cidadãos em simples instrumentos ou sujeitos de tutela. O Estado está, pois, a serviço do indivíduo e voltado para sua prosperidade, de maneira que o programa político-criminal deve guiar-se de forma a proporcionar o máximo de liberdade para seus cidadãos (GOMES, 2003, p. 73).

Logo, a aceitação da Constituição como fonte a partir da qual são percebidos os bens jurídicos dignos da tutela penal e o reconhecimento do valor superior da liberdade pessoal – sendo certo que ela somente pode ser diminuída com vista a tutelar interesses de igual estima –, são critérios suficientemente rigorosos para exercer as restrições dos tipos penais, ainda que nem sempre seja a liberdade o bem sacrificado pela imposição da pena (GOMES, 2003, p. 104).

⁵⁸ Pode-se dizer que nos modernos Estados constitucionais de Direito, a validade das normas reside não apenas na sua conformidade formal, mas também na substancial às normas de níveis superiores, que não somente disciplinam o formato, mas indicam vínculos de conteúdo ao exercício do poder normativo. A validade da lei não depende apenas dos aspectos formais da produção normativa, mas do significado dos enunciados normativos e, especificamente, da verificação da conformidade de seu conteúdo ao dever-ser jurídico estabelecido pelas normas superiores. (GOMES, 2003, p. 26)

Nesse passo, apenas os bens imprescindíveis à total realização livre do homem na sociedade é que podem ser entendidos como de satisfatória estima a fim de serem tutelados sob a ameaça da sanção criminal. A liberdade do homem exterioriza-se por meio de prerrogativas e garantias essenciais à própria condição humana, e efetiva-se em diversos bens e interesses que concebem as condições externas (materiais) de seu exercício. E, assim, somente os bens que integram tais condições externas da liberdade é que são dignos da tutela penal, visto que a ofensa a eles constitui, ao mesmo tempo, uma ofensa à liberdade (GOMES, 2003, p. 105).

Ante o exposto, resta evidenciado que os direitos autorais encontram guarida constitucional, por meio da outorga de prerrogativas de ordem moral e patrimonial, as quais permitem a proteção da personalidade do autor em relação a sua obra, assim como o domínio da exploração comercial desta por qualquer meio ou processo conhecido ou por se conhecer (OLARTE COLLAZOS; ROJAS CHAVARRO, 2010, p. 9). Se, por um lado, o Estado compensa o criador pela contribuição criativa trazida à sociedade, por outro, esta aceita o ônus da imposição temporária da exclusividade, restringindo provisoriamente o livre acesso a determinados bens intelectuais.

Desse modo, o legislador ordinário pátrio, no âmbito de suas atribuições legislativas, considerou o Direito Penal como um dos instrumentos efetivos à proteção dos direitos de autor, definindo no artigo 184 do Código as condutas criminosas e suas respectivas sanções⁵⁹.

De forma bastante descomplicada o colombiano GAVIRIA LONDOÑO defende que a tutela penal dos direitos autorais se refere a um conjunto de faculdades, atribuições ou direitos morais e patrimoniais que permitem ao indivíduo explorar com exclusividade aquilo que é produto de seu intelecto (2003, pp. 548-549).

Parece errôneo, contudo, incluir no âmbito de proteção do artigo sob estudo todo o ramo da Propriedade Intelectual, cuja matéria é extensa e compreende os direitos dos

⁵⁹ A proteção penal dos direitos de autor é bastante comum ao redor do mundo, por exemplo, na Argentina, na Bolívia, na Colômbia, na Costa Rica, no Chile, nos Estados Unidos, Espanha, na França, na Itália, no México, no Peru, em Portugal, no Reino Unido, na República Dominicana e no Uruguai.

titulares de marcas, patentes, modelos de utilidade, cultivares, entre outros.⁶⁰ Em primeiro lugar, porque o artigo é bastante claro no sentido de que as condutas incriminadas são aquelas que violam direitos autorais, e não quaisquer outros direitos, tal como de patente ou cultivares. Em segundo lugar, porque a natureza dos direitos autorais é absolutamente distinta daquela dos direitos de Propriedade Industrial, o que faz com que o fundamento de sua proteção seja igualmente diverso. Ainda, porque admitir que a norma compreende um campo de proteção de tamanha grandeza e heterogeneidade é fadá-la ao fracasso.

De forma contrária, VIANNA é contundente em defender que o artigo em questão contém um tipo penal vago, motivado por um bem jurídico indeterminado. Por tal razão, seria uma ofensa ao princípio da taxatividade, haja vista que acumula sob o rótulo de Propriedade Intelectual uma gama de interesses bastante distintos. Conclui que se trata de um tipo penal complexo que tutela inúmeros bens jurídicos de natureza moral e patrimonial, reunidos sob a ideologia da Propriedade Intelectual (2006, pp. 453-454).

Contudo, não tem qualquer legitimidade o argumento de que o bem jurídico é impreciso ou, pior, que o artigo é inconstitucional por violar o princípio da legalidade se tais argumentos se baseiam na falsa premissa de que o bem jurídico penalmente tutelado é a Propriedade Intelectual. Conforme se viu, esse ramo compreende direitos em suas essências significativamente distintas daquela dos direitos autorais, e está regulado por legislação penal própria.

Nesse sentido, ABRÃO e GOMES destacam que, apesar de o Título III ser nomeado “Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial”, nele estão previstas somente as condutas típicas que têm como bem jurídico o Direito Autoral, visto que os crimes contra a Propriedade Industrial estão disciplinados em lei própria, a Lei n.º 9.279/1996, especificamente em seus artigos 183 a 210 (2014, p. 395).

Por seu turno, importante repassar que o artigo 184 está inserido no Título III – “Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial”, merecendo tratamento jurídico diverso dos crimes inseridos no Título anterior, “Dos Crimes contra o Patrimônio”. Tal situação revela

⁶⁰ WUNDERLICH (2012, p. 91), GRECO (2012, p. 367), VIANNA (2006, p. 453) e outros renomados autores entendem que o artigo protege a Propriedade Intelectual, porém não parece acertado tal entendimento pelas razões aqui expostas.

que, embora eventualmente presente um dano de cunho patrimonial, o bem jurídico tutelado extrapola essa dimensão, uma vez que, como visto, possui uma fração completiva de caráter moral.

Portanto, a atual redação do *caput* estabelece de modo genérico que é crime violar direitos autorais e os a ele conexos, cominada pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa. Há de se entender que, ante os argumentos já explicitados, dita previsão compreende um bem jurídico de natureza especial, que abrange a proteção do homem enquanto criador, bem como as relações com os frutos de seu intelecto. Além disso, a norma estende a proteção penal aos artistas, intérpretes, executantes, organismos de radiodifusão e produtores de fonogramas, categorias que auxiliam na criação e/ou na produção e/ou na difusão das obras.

A violação aos direitos morais está assim prevista somente no *caput* do artigo e consiste, abreviadamente, na afronta à titularidade, genuinidade ou integridade da obra (ASCENSÃO, 2001, p. 464). Ao se tutelarem direitos morais, está-se a exaltar valores éticos, espirituais, psíquicos e pessoais, que se traduzem em direitos subjetivos incomensuráveis.

A ofensa deve, desse modo, atingir o estado anímico do criador, seu prestígio, sua imagem, sua capacidade criadora e/ou sua autoestima. Por sua vez, a infração também poderá incidir sobre a integridade da obra mediante a adulteração de seus elementos estéticos e/ou ideológicos, que definem a posição e o apreço ao autor. Evidente que a afronta à obra deve repercutir negativamente nos interesses do autor ou na sua reputação, haja vista que o ordenamento protege as relações jurídicas oriundas da criação e da utilização de obras intelectuais estéticas.⁶¹

Por sua vez, a ofensa aos direitos patrimoniais do autor está prevista no *caput* de forma abrangente e acomete os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra (artigo 28 da LDA). Já nos parágrafos em que a tutela penal é mais rigorosa e as condutas estão

⁶¹ Nesse sentido, o catedrático da Universidad de Castilla-La Mancha, MARTÍNEZ ESPÍN, sustenta que o Direito de Autor protege o criador da obra, e não o público em geral, pelo que não se trata de reparar o prejuízo que sofre o público ao apreciar uma obra modificada ou uma cópia servil da mesma, mas sim o dano que sofre seu criador, do ponto de vista de seus interesses, ao ter a forma e/ou substância da obra alterada para outras distintas daquelas por ele escolhidas (1996).

previstas de forma mais detalhada, estão tutelados apenas direitos de autor de ordem patrimonial, especificamente os direitos de: reprodução (artigo 29, inciso I, da LDA); de distribuição (artigo 29, inciso VI, da LDA); e de distribuição mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema (artigo 29, inciso VII, da LDA).

O conceito de lesão a um direito patrimonial é equivalente ao de exploração usurpadora de um direito imaterial absoluto e se produz quando um sujeito se apropria de uma faculdade da qual não é titular ou extrapola os limites do exercício dos direitos eventualmente cedidos (MARTÍNEZ ESPÍN, 1996).

Logo, o Direito Penal tem por desígnio anteparar a interferência de terceiros na esfera jurídica do domínio do autor, por meio da salvaguarda de suas faculdades exclusivas. De modo que o cerne dos crimes patrimoniais incide na transgressão às normas jurídico-privadas que regulam a transferência das prerrogativas proprietárias, ante a obrigação de todos cidadãos de não interferência na esfera de domínio alheio (SALVADOR NETTO, 2013, p. 325).

Assim sendo, os crimes contra o patrimônio ocorrem quando da afronta ao direito de disposição ou pelo exercício ilegítimo das faculdades, mediante a abusiva ou ilícita posse do bem por terceiro. Nesse aspecto, a tutela penal dos direitos patrimoniais do autor deve ser entendida não somente sob um aspecto econômico-financeiro, mas também sob um ângulo pessoal ou funcional, com intuito de proteger a livre disposição do patrimônio⁶² (SALVADOR NETTO, 2013, pp. 54-55; 117-119).

De tal modo, nos delitos patrimoniais o cerne da tutela penal não reside na ocorrência ou grau de ofensa, mas sim na feição da conduta. A característica essencial está na natureza da afronta, no formato que ostenta a conduta ofensiva e no expediente de execução empregado em ataque aos interesses patrimoniais de terceiro (SALVADOR NETTO, 2013, p. 205).

⁶² SALVADOR NETTO defende que os crimes contra o patrimônio devem fundar-se em um conceito de patrimônio jurídico-econômico matizado, que compreende um valor auferível em dinheiro, bem como uma dimensão pessoal ou funcional (2013, p. 117).

Sobre o tema SALVADOR NETTO diz que:

Trata-se, na realidade, menos da tutela do patrimônio em si e mais na defesa das formas corretas e privadas de transmissão de bens, impedindo que os não proprietários se coloquem contra os proprietários, com a finalidade de subtraírem os poderes factuais sobre bens vulneráveis (2013, p. 206).

Indiscutivelmente, merece crítica a redação do artigo 184, especialmente do *caput*, o que será adiante analisado sob a ótica dos princípios da legalidade, tipicidade e proporcionalidade. Quanto às críticas feitas por VIANNA e demais estudiosos do tema no que diz respeito ao bem jurídico, evidente que o aludido artigo trata de um tipo penal complexo, cujo bem jurídico tutelado possui extensa dimensão, posto que compreende interesses de naturezas diversas, cujos titulares são muitas vezes distintos⁶³.

Portanto, para dar coesão ao bem jurídico e tornar eficaz sua tutela, deve-se retomar o espírito da lei e, principalmente, do ordenamento jurídico como um todo, a fim de se resguardarem, exclusivamente, os direitos dos autores na medida exata necessária, pois sem um bem jurídico nitidamente definido o sistema penal se torna frágil e impotente, a *persecutio criminis* se revela ilegítima e a condenação não atinge os verdadeiros responsáveis pela exploração desautorizada das obras.

2.5 Aspectos dogmáticos do tipo

Ao longo da evolução doutrinária do Direito Penal de Autor, algumas foram as teorias para justificar a tipificação das condutas violadoras de direitos autorais. A primeira delas foi a da falsificação, seguida da defraudação, do furto e, por fim, da usurpação. As três últimas estavam relacionadas à noção de propriedade, e a derradeira, à propriedade imaterial (BITTAR, 2005, p. 146).

⁶³ Em publicação anterior (NASCIMENTO, 2011, p. 295) concluiu-se que o artigo 184 tutelava diversos bens jurídicos, de ordem moral e patrimonial, agrupados sob a espécie de Direitos Autorais e, mais que isso, sob o amplo gênero da Propriedade Intelectual. Depois de ampla pesquisa e do amadurecimento das ideias, conclui-se que, apesar da complexidade do bem jurídico Direitos Autorais, ele deve ser analisado como uma unidade de prerrogativas, de forma a assegurar-lhe mais efetiva proteção.

No entanto, em vista do desenvolvimento doutrinário tanto do Direito Penal quanto do Direito de Autor, tais teorias não correspondiam à natureza dos direitos abrangidos, tampouco às ações delituosas possíveis, estando conceitualmente insuficientes para fundamentar a tutela, porque: (i) nem sempre ocorre a falsificação da obra; (ii) existem ações refratárias à defraudação, especialmente no tocante aos direitos morais; (iii) a noção de furto é incompatível com as manifestações do pensamento ou da arte; e (iv) nesses crimes nem sempre se almeja substituir o autor, usurpar seu lugar (BITTAR, 2005, p. 146).

As condutas delituosas foram, então, restringidas ao conceito principal de ofensas aos direitos autorais e os a ele conexos, como, a propósito, consolidou-se na atual redação do artigo 184 do Código Penal (BITTAR, 2005, p. 146).

2.5.1 As condutas criminosas

Conforme se viu, amparados pelo discurso do aperfeiçoamento dos mecanismos legais de proteção, foram editados novos textos legais, em meio aos quais se pode destacar a edição da Lei n.º 10.695/2003, que alterou disposições do Código Penal e de Processo Penal, com intuito de punir com maior rigor o exercício ilegal do direito exclusivo de exploração comercial das obras. Dentre as alterações, merecem destaque:

- a) A inclusão da proteção dos direitos conexos no *caput* do artigo;
- b) A ampliação do escopo do crime, a fim de alcançar igualmente a violação não só com intuito de lucro direto, mas também com indireto;
- c) A inclusão da conduta de distribuir, sem autorização, o produto objeto de direito de autor ou conexo;
- d) A modificação do § 1.º, visando dar maior alcance quanto à forma de violação, que passou a ser “a reprodução por qualquer meio ou processo”, em substituição à expressão “por qualquer meio”;
- e) A inclusão da conduta do § 3.º;

- f) O aumento de pena mínima do crime qualificado para dois anos, retirando-o da categoria de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei n.º 9.099/1995; e
- g) A revogação do artigo 185, que tipificava a atribuição de falsa autoria a obra literária artística e científica.

Logo, a atual redação do artigo 184 do Código Penal possui um enunciado geral e quatro parágrafos, sendo os três primeiros formas de violações dos direitos patrimoniais de autor e o último, uma excludente de tipicidade, que será adiante examinada.

Como dito, o *caput* dispõe genericamente “violar direitos de autor e os que lhe são conexos”, atribuindo-se a pena de detenção de três meses a um ano, ou multa. Não se exige o intuito de lucro, bastando que esteja presente o *animus* de violar, considerado sobre o crivo da tipicidade material. Nessa hipótese, com a entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n.º 9.099/1995), há a possibilidade de aplicação de benefícios como a transação penal e a suspensão condicional do processo, e a ação penal será de iniciativa privada.

Genericamente, a conduta de violar pode ser entendida como ofender ou transgredir os direitos de autor ou os a eles conexos (NUCCI, 2007, p. 740). No mesmo sentido DELMANTO ET AL. defendem que a redação do *caput* criminaliza a conduta daquele que infrinja, ofenda, transgrida direito de autor decorrente de uma criação intelectual (2011, p. 561).

Especialmente no que diz respeito ao Direito Autoral, a violação atingirá o núcleo exclusivo do autor, ocorrendo a interferência de terceiros não autorizados em uma ou mais das prerrogativas privativas do autor.

Assim, como visto, por se tratar de tipo penal em branco, é indispensável a remissão aos artigos 24 e 29 da LDA, que relacionam os direitos dos autores, conforme segue:

- a) São direitos morais os: de nomeação (inciso I), de paternidade (inciso II), de inédito (inciso III), de integridade (inciso IV), de modificação (inciso V), de retirada (inciso VI) e o de acesso ao exemplar único (inciso VII); e, por sua vez,
- b) São direitos patrimoniais: reproduzir total ou parcialmente (inciso I); editar (inciso II); adaptar (inciso III); traduzir (inciso IV); incluir em fonograma ou produção audiovisual (inciso V); distribuir (incisos VI e VII); utilizar mediante a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas (inciso VIII); k) incluir em base de dados, armazenar em computador, microfilmar e as demais formas de arquivar (inciso IX); e l) quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas (inciso X).

Considerando que os direitos de autor são, conforme visto no capítulo anterior, um conjunto de prerrogativas interpenetráveis de ordem moral e patrimonial, há de se entender que o *caput* criminaliza toda e qualquer atividade que atente contra tais prerrogativas. Outrossim, mediante uma única conduta delitiva, poderá ocorrer a infração de direitos morais e/ou patrimoniais.

Além da ampla conduta de violar direitos de autor, o legislador tratou de disciplinar nos §§ 1.º a 3.º as chamadas formas qualificadas de violação, tipificando as condutas daqueles que, com intuito de lucro direto ou indireto: a) reproduzam total ou parcialmente obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma; ou b) distribuam, vendam, exponham à venda, aluguem, introduzam no País, adquiram, ocultem, mantenham em depósito; ou c) ofereçam ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer

outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda.

A conduta típica do § 1.º consiste em violar direito autoral reproduzindo, total ou parcialmente, obra intelectual, interpretação,⁶⁴ execução ou fonograma.⁶⁵ A reprodução deve ser entendida como a cópia em um ou vários exemplares, de forma total ou parcial, de qualquer forma tangível, por qualquer meio ou processo (GRECO, 2012, p. 368). Assim, o crime se qualifica pela finalidade, intuito de lucro, ainda que não ocorra a venda posterior. Caso não haja o intuito ou que este não reste provado, o fato deverá ser enquadrado no *caput*.

Por sua vez, o § 2.º prevê, alternativamente, diversas condutas, de forma a coibir os atos posteriores à reprodução indevida da obra, desde sua entrada no País, passando pela venda no atacado, até o varejo. A conduta típica consiste em violar direito autoral, por meio das seguintes ações: distribuir, vender, expor à venda, alugar, introduzir no País, adquirir, ocultar e/ou ter em depósito. Todas as condutas deverão recair sobre o original ou a cópia de obra intelectual, sem a expressa autorização do autor ou titular dos direitos, com intuito de lucro direto ou indireto. Trata-se de um tipo misto alternativo, isto é, existirá um único crime ainda que o agente pratique mais de uma conduta.

Por fim, o § 3.º consiste em *novatio legis* incriminadora. Diante das mudanças tecnológicas sobrevindas com a Era Digital, o legislador ampliou a proteção do tipo para reprimir o comércio ilegal de obras intelectuais na internet, em consonância com o artigo 29, inciso VII, da LDA.⁶⁶ Em tais casos, o agente criminoso, com intuito de lucro direto ou indireto, disponibiliza virtualmente as obras para *download* pelos usuários, sem a autorização do autor ou titular dos direitos.

⁶⁴ Artistas intérpretes ou executantes são todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore (Lei n.º 9.610/1998, art. 5.º, XIII).

⁶⁵ Fonograma é toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual (Lei n.º 9.610/1998, art. 5.º, IX).

⁶⁶ Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: [...] VII – a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário.

Se antes da Lei n.º 10.695/2003 a pena mínima era de um ano de reclusão – o que possibilitava a aplicação da suspensão condicional do processo –, a nova redação expurgou a viabilidade de aplicação dos benefícios da Lei dos Juizados Especiais Criminais, confirmando o princípio da obrigatoriedade da ação penal e atribuindo ao membro do Ministério Público o oferecimento da denúncia, quando verificado o binômio prova da materialidade e indícios de autoria (ABRÃO; GOMES, 2014, p. 402).

2.5.1.1 Plágio

Nota-se que a Lei Penal reduz a uma só tipicidade delitiva uma infinidade de possíveis condutas transgressoras, além de claramente se dedicar à previsão de condutas violadoras de direitos patrimoniais. Tais desacertos trazem, como se verá a seguir, consequências danosas tanto para o equilíbrio do sistema penal quanto para a aplicação concreta da norma ao fato criminoso.

Não obstante, dentre as inúmeras possíveis condutas violadoras merece destaque o plágio. A despeito de não haver uma previsão específica ou uma reprovabilidade significativa do sistema expressa por uma sanção penal mais vigorosa, esta parece ser uma das condutas mais censuráveis no que tange à delituosidade no âmbito autoral.

Isso porque o plágio é uma violação ostensiva ao direito moral de paternidade, núcleo dos direitos morais por excelência. Como visto anteriormente, da Revolução Francesa se originou a concepção de amparo aos interesses dos autores verdadeiramente, partindo-se da proteção exclusivamente patrimonial para distintos aspectos contíguos à paternidade da obra, o que resultou no denominado *Droit d'Auter*, em cujo sistema autoral brasileiro se inspira.

O crime de plágio consiste, portanto, na atribuição da autoria de uma obra intelectual a alguém que não é seu criador. A utilização da obra alheia poderá se dar de forma fiel ou fraudulenta, quando camuflada por artifício. A configuração do plágio ocorre

com a absorção do núcleo da representatividade da obra, isto é, daquilo que a individualiza e exprime o intelecto do autor (BITTAR, 2005, p. 149).

Há, desse modo, dois aspectos indispensáveis na caracterização do plágio: (i) que a obra violada seja original e nova; e (ii) que o conteúdo abordado pela obra não seja ordinário. Outra particularidade é que o crime de plágio se consuma somente quando ocorre a comunicação ao público da infiel autoria, de maneira que não existirá o plágio se a atividade delitiva se der na esfera privada do sujeito (LEDESMA, 2002, p. 278).

Importante ressaltar que não se trata de uma falsificação material, mas sim intelectual, que se exterioriza pela reprodução imaterial, podendo haver a alteração, variação ou adaptação do conteúdo da obra. Será possível a modificação da forma, mas conservando-se a essência. Exatamente nesse ponto o plágio se difere da mera reprodução, na qual permanecem estretas tanto a forma quanto o conteúdo da obra (LEDESMA, 2002, p. 277).

2.5.1.2 O videofonograma

Como se viu, as formas qualificadas dispostas nos parágrafos criminalizam a exploração desautorizada, com intuito de lucro, de obras intelectuais, produção, interpretação, execução ou fonograma. É, contudo, alvo de intenso debate na doutrina e jurisprudência o fato de os dispositivos não fazerem ostensiva menção à exploração não autorizada do videofonograma (registro simultâneo de som e imagem), contido em mídias como fitas de videocassete, *digital video disc* (DVD), *blu ray disc* etc.

Alguns doutrinadores entendem que tal omissão teria sido um descuido do legislador e que não haveria nenhum sentido em punir a reprodução desautorizada do som e da imagem, mas não de ambos. Embora se possa concordar que houve um descuido por parte do legislador e que a ausência de amparo do videofonograma não faz nenhum sentido lógico, a interpretação extensiva para incluí-lo ofende o princípio da reserva legal e não pode ser admitida no âmbito do Direito Penal (BITENCOURT, 2012, p. 851). Outros

doutrinadores propõem a desclassificação do delito para a hipótese do *caput*, que contempla de forma ampla todas as violações aos direitos autorais (ABRÃO; GOMES, 2014, p. 402).

Não obstante, sob a ótica do conceito de obra intelectual contido no artigo 7.º da Lei n.º 9.610/1998, haja vista o artigo 184 se tratar de norma penal em branco, resta evidente que todas as modalidades de “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, estão compreendidas no âmbito de proteção dos direitos autorais. Inclusive, o videofonograma pode ser expressamente encontrado no rol não taxativo do aludido artigo:

Art. 7.º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

[...]

VI – as obras **audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas.**

Conforme PRADO, a expressão obra intelectual é bastante ampla, abarcando: (i) as obras literárias, científicas e artísticas; (ii) as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; (iii) as obras dramáticas e dramático-musicais; (iv) as obras coreográficas e pantomímicas; (v) as composições musicais; (vi) as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive cinematográficas; (vii) as obras fotográficas e produzidas por processo análogo; (viii) as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; (ix) as ilustrações, cartas geográficas e outras de mesma natureza; (x) os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; (xi) as adaptações, traduções e outras transformações; (xii) os programas de computador; e (xiii) as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados (2012, p. 629).

Portanto, ao se tutelar as obras intelectuais de forma geral, os parágrafos indubitavelmente abrangem a proteção de videofonogramas, não havendo necessidade de sua expressa menção para que a proteção ocorra.

2.5.1.3 Excludentes de tipicidade

Algumas condutas podem, em certos aspectos, subsumir-se ao tipo abstrato, mas, ao aprofundar-se no seu exame, constata-se a ausência de algum elemento, o que, estando proibida a analogia por conta do princípio da legalidade, acarreta a atipicidade da conduta e, conseqüentemente, a impossibilidade de ser aplicada uma penalidade (LEDESMA, 2002, p. 242).

É o que ocorre com o § 4.º do artigo em análise, que prevê as chamadas excludentes de tipicidade. Conforme relatado, a Lei n.º 10.695/2003 alterou, entre outros, o artigo 184 do Código Penal, dando ao seu *caput* nova redação e, aos seus parágrafos, novas condutas e sanções. Em seu último parágrafo a Lei previu as hipóteses em que as condutas carecem de tipicidade, a saber:

§ 4.º O disposto nos §§ 1.º, 2.º e 3.º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto (grifos nossos).

A primeira parte do parágrafo não trata de uma excludente de tipicidade propriamente dita. Como visto no capítulo anterior, o conteúdo extrapenal da norma contido na Lei de Direitos Autorais prevê limites aos direitos de autor (artigos 46 a 48 da LDA), nos quais o uso da obra é livre e independe de autorização.

Como visto, tais limitações são constitutivas dos direitos de autor, exatamente nos mesmos termos e com a mesma excelência que as regras atributivas, que podem ser equiparadas àquilo que a doutrina e jurisprudência norte-americana denominou de *fair use*.⁶⁷ Não haveria, portanto, necessidade da norma penal prever como uma excludente de tipicidade aquilo que de modo inerente delimita o próprio bem jurídico tutelado, posto que a atipicidade formal da conduta implica, automaticamente, o afastamento do injusto.

⁶⁷ Vide nota 23.

Isso porque, como integrantes do tipo penal, não são causas de justificação. Tal conclusão é absolutamente necessária haja vista as diferentes consequências para cada uma das situações, pois, se fossem causas de justificação, o dolo não estaria excluído, enquanto, como integrantes do tipo, não existe o dolo e, conseqüentemente, não sobrevém o tipo (ASCENSÃO, 2001, pp. 473-474).

Já na segunda parte do parágrafo o legislador prevê uma norma permissiva, agora sim uma excludente de tipicidade propriamente dita, e o legislador penal descriminaliza a reprodução de um exemplar para uso privado do copista e sem o *animus lucrandi*.

A descriminalização de uma conduta reflete a aquiescência dessa pela sociedade, como consequência do princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Percebe-se, assim, que o legislador põe fim à desnecessária tipificação criminosa da conduta relativa à cópia privada, demonstrando não mais tratar-se de uma questão a ser fiscalizada pelo Estado, mas sim pelos autores que, caso sintam-se de qualquer forma lesados, mantêm a prerrogativa de ingressar com uma ação na esfera cível, com o fito de suspender a prática violadora, bem como receber uma indenização pela reprodução não autorizada (NASCIMENTO, 2011, p. 299).

Isso porque, apesar de descriminalizada a conduta, permanece em vigor o artigo 46, inciso II, da LDA. Em verdade, o aludido inciso determina que não constitui ofensa aos direitos de autor “a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. Logo, a limitação contida no referido artigo é destinada somente à reprodução de pequenos trechos – a despeito de qualquer definição legal do significado de “pequenos trechos” –, e não de obra integral.

Evidente que o fato de a conduta não constituir um ilícito penal de maneira nenhuma afasta o caráter ilícito no âmbito cível. Espera-se que o rol de ilícitos civis seja mais extenso que o de ilícitos penais, tendo em vista o caráter fragmentário deste (ASCENSÃO, 2001, p. 477). Portanto, reserva-se ao titular de direitos autorais o direito de ingressar com uma ação na esfera cível, com o intuito de apreender as obras reproduzidas ou suspender a prática violadora, bem como receber uma indenização pela reprodução integral não autorizada.

2.5.1.4 Dos princípios da adequação social e da insignificância

Criador do finalismo penal, WELZEL foi um dos penalistas alemães de maior relevo no século XX, ao qual se conferem a concepção e a disseminação do princípio da adequação social, primordialmente, no âmbito da teoria do delito e da tipicidade.

Nas palavras de seu idealizador:

Socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história. [...] **A função metódica da adequação social consiste em recortar das palavras formais dos tipos, aqueles acontecimentos da vida que materialmente a eles não pertencem**, e em que, com isso, se consegue que o tipo seja realmente uma tipificação do injusto penal (WELZEL, 2003, p. 106 – grifos nossos).

Nesse sentido, SILVEIRA sintetiza a adequação social como: “o instituto que pugna pelo afastamento da incidência do Direito Penal de certas condutas, tidas como aceitáveis dentro de uma perspectiva histórico-social”. Assim, ainda que, em tese, penalmente típica, uma conduta poderá vir a ser considerada lícita diante de circunstâncias históricas ou sociais⁶⁸ (SILVEIRA, R., 2010, p. 24).

Portanto, a adequação social seria um princípio geral de interpretação fundado em um conceito social, cujo objetivo maior é o deslinde teleológico, tendo-se em conta um sistema penal aberto e justo. Sendo a política criminal um dos alicerces do Direito Penal contemporâneo, é aceitável o uso de institutos legítimos para a obtenção de uma Justiça confiada (SILVEIRA, R., 2010, pp. 401-403).

Não obstante, tendo-se em conta que o Direito Penal está fundamentado na tutela de bens jurídicos, deve-se manter como norte de verificação inicial do que seja socialmente adequado aquilo que possa não ter danosidade social. Ademais, fundamental é ter em conta a opção legislativa feita, ou seja, a intenção do legislador e a valoração social dada à conduta considerada criminosa (SILVEIRA, R., 2010, p. 305).

⁶⁸ Diversos autores defendem que a adequação social da conduta exclui sua tipicidade. Nesse sentido, SILVEIRA, R. (2010), TOLEDO (1994), entre outros.

Desse modo, é indevida a intervenção penal quando se está diante de condutas formalmente típicas, mas que em sua essência se distanciam do tipo, pois os bens jurídicos penais permanecem resguardados (NUCCI, 2012, p. 209).

Ante o exposto, de forma acertada e majoritária, os Tribunais pátrios vêm se posicionando contrariamente à aplicação dos princípios da adequação social nos casos dos delitos contra os direitos de autor. Não porque tal princípio não seja reconhecido como válido, mas porque não se vislumbram nos casos concretos as hipóteses para sua aplicação.

Tanto é assim que a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que compõem a Terceira Seção, há tempos vinham reformando acórdãos de segunda instância para afastar a aplicação do princípio da adequação social, especialmente para a conduta de expor à venda CDs e DVDs, reproduzidos sem autorização do titular de direitos autorais, a fim de enquadrá-la no delito descrito pelo artigo 184, § 2.º, do Código Penal.

Logo, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 1.193.196/MG, em 26.09.2012 (*DJE* 04.12.2012), a Terceira Seção, sob a relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos seguintes termos do voto da relatora:

[...] Com efeito, esta Corte firmou entendimento no sentido de que a conduta vender CDs e/ou DVDs falsificados, **não pode ser tida como socialmente adequada, haja vista referida conduta não afastar a incidência da norma incriminadora prevista no artigo 184, § 2.º, do Estatuto Repressivo Penal (violação de direito autoral), além de consubstanciar em ofensa a um direito constitucionalmente assegurado (artigo 5.º, inciso XXVII, da Constituição Federal).**

O fato de, muitas vezes, haver tolerância das autoridades públicas em relação a tal prática, não pode e não deve significar que a conduta não seja mais tida como típica, ou que haja exclusão de culpabilidade, razão pela qual, pelo menos até que advenha modificação legislativa, incide o tipo penal, mesmo porque o próprio Estado tutela o direito autoral.

[...]

Além do mais, **não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa sérios prejuízos à indústria fonográfica brasileira e aos comerciantes legalmente instituídos, bem como ao Fisco, pelo não pagamento de impostos**, sendo certo que, de acordo com o que se depreende da denúncia, no caso concreto, trata-se de várias dezenas de CDs e DVDs, de títulos variados, falsificados.

Destaque-se, ainda, que a “pirataria” é combatida por inúmeros órgãos institucionais, como o Ministério Público e o Ministério da Justiça, que fazem, inclusive, campanhas em âmbito nacional destinadas a combater tal prática (grifos nossos).

E, acompanhando a relatora, a Ministra Laurita Vaz proferiu seu voto nos seguintes termos:

[...] Quanto à atipicidade da conduta, o artigo 184, parágrafo 2.º, do Código Penal diz que, se o agente, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no país, adquire, oculta, tem em depósito original ou cópia de obra intelectual, ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor – comete clara ofensa ao direito autoral. E, no presente caso, na modalidade qualificada.

Diante disso, acompanho Vossa Excelência no sentido de que **o fato de estar disseminada essa conduta não a torna socialmente aceitável**. Continuo dizendo e defendendo a ilicitude desta atividade (grifos nossos).

Como se viu, a compreensão daquilo que é socialmente adequado não resulta de uma análise democrática dos comportamentos eventualmente agressivos, fundamentada em um julgamento da maioria, tampouco no sentimento do chamado homem médio. Compete ao julgador a percepção do sentimento social em relação a determinado fato, mesmo que seja este a indiferença. Logo, a adequação social se perfaz num panorama de aquiescência ou apatia da população perante determinadas ações e resultados produzidos (NUCCI, 2012, p. 209).

Não é o fato de um crime ocorrer com frequência que o torna socialmente adequado, muito menos as condições pessoais do réu ou a percepção do magistrado acerca da gravidade da conduta se comparada a outros crimes. Da mesma forma, não se pode afirmar, por exemplo, que a comercialização de produtos que indevidamente se valham de obras intelectuais alheias não alcança um real grau de injusto.

Mostra-se, assim, que o afastamento da aplicação da norma em debate nos casos concretos parece estar muito mais relacionado a questões político-sociais do que a constitucional-penais. Embora se reconheça o monopólio dos direitos de reprodução pelas grandes corporações e os preços dos produtos protegidos por direitos autorais sejam impraticáveis por parte significativa da população, tais argumentos não são legítimos para motivar uma declaração de inconstitucionalidade do artigo. O eventual descontentamento com políticas neoliberais em que o Estado delega ao mercado a regulação social não pode servir de ensejo para a realização de justiça social no caso concreto (WUNDERLICH, 2012, p. 105).

SALVADOR NETTO diz que no sistema penal atual os cidadãos se identificam usualmente com a vítima, e não com o agressor (2013, p. 225). Isso não parece verdade, especialmente nas condutas descritas nos parágrafos, nas quais a população parece muitas vezes se identificar mais com o vendedor ambulante, por exemplo, do que com o titular dos direitos autorais, o que suscitou durante anos a aplicação do princípio da adequação social, sobretudo nas instâncias inferiores.⁶⁹

De maneira que, convenientemente, o supramencionado acórdão foi tomado como representativo de controvérsia e culminou na edição da Súmula 502 do STJ, assim disposta: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2.º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas” (RSTJ 232/750, DJe 28.10.2013).

Resta evidente que esse não pode ser o raciocínio para afastar a incidência de uma norma penal, principalmente porque a infração de direitos autorais causa enorme prejuízo à pessoa do autor e ao legado cultural da sociedade em que se insere.

Por sua vez, SILVEIRA aduz que não se confunde o conceito de adequação social com o de insignificância. A diferença reside no fato de que nem tudo o que é insignificante ao Direito Penal é necessariamente aceito socialmente, como no caso de pequenos furtos. Portanto, uma situação de irrelevância pode resultar em uma conduta socialmente adequada, mas a recíproca nem sempre será verdadeira (SILVEIRA, R., 2010, pp. 194-195).

Sob tal perspectiva, a ideia da insignificância no âmbito do Direito Penal foi elaborada por Claus Roxin na Alemanha, nos idos dos anos 1960, a partir justamente da perspectiva de Welzel acerca da adequação social, sugerindo modificações e fazendo críticas a esta.⁷⁰

⁶⁹ As condições do réu podem e devem ser ponderadas na análise do caso em concreto. Não obstante, esse parece mais ser um fator a ser analisado pelo magistrado, quando da aplicação do artigo 59 do Código Penal: Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

⁷⁰ Em verdade, já no século XIX, Von Liszt sustentou que nem sempre a pena abstratamente prevista deveria ser aplicada, tendo-se em vista o princípio *minima non curat praetor*, no qual se apregoa a isenção da pena pela insignificância penal da infração (SILVEIRA, R., 2010, p. 184).

Conforme ROXIN, o conceito de adequação social enalça o escopo de eliminar da esfera de atuação do Direito Penal as condutas que de fato não são relevantes, pois não alcançam um real grau de injusto. No entanto, identifica dois problemas expressivos na adequação social: (i) ela não pode ser entendida como um elemento especial de exclusão do tipo; e (ii) a construção de seu conceito não apresenta critérios precisos (2003, pp. 296-297).

Assim, para ROXIN, o princípio da insignificância deve ser visto como um axioma de interpretação restritiva guiada em direção ao bem jurídico protegido, decorrente da própria postura do Direito Penal como *ultima ratio* de intervenção⁷¹ (2003, pp. 296-297).

Sobre as relações entre os citados princípios, bem pontifica TOLEDO:

Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria juntamente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. **Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo** (1994, p. 133).

Merece atenção o fato de que o princípio da adequação social compreende o ordenamento jurídico como um todo, ou seja, o que é socialmente adequado para o Direito Penal também o é para os demais ramos do Direito. Por sua vez, o princípio da insignificância tem sua aplicação restrita ao Direito Penal, sendo possível uma resposta estatal para o mesmo fato em outra esfera, pois a insignificância diz respeito à desnecessidade ou inadequação do sistema penal, à luz da do ideal de intervenção mínima (SALVADOR NETTO, 2013, pp. 274-277).

Desse modo, SILVEIRA sustenta que em alguns casos será possível verificar uma convergência conceitual de tais princípios, mas não uma confusão entre eles. A insignificância está fortemente atrelada à questão da proporcionalidade, enquanto a

⁷¹ Em outro sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI entendem que a insignificância não é propriamente uma ferramenta de interpretação, mas uma constatação derivada da finalidade geral que oferta o sentido à ordem normativa. A insignificância seria, assim, fruto da comparação que se faz da norma penal com todo o ordenamento, não com a lei penal isoladamente. O seu diagnóstico exclui a tipicidade em sua faceta conglobante (2006, p. 483).

adequação social, às expectativas sociais daquilo que deve ou não ser sancionado (SILVEIRA, R., 2010, p. 194).

O princípio da insignificância, ao sistematizar internamente a proporcionalidade, é um instrumento interpretativo capaz de restaurar nos crimes contra o patrimônio a concepção da ofensividade, considerando, v.g., os predicados de disponibilidade e quantificação do bem jurídico em voga (SALVADOR NETTO, 2013, pp. 330-331).

No tocante à aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses do artigo 184, parece aceitável no caso das condutas que atingem exclusivamente o patrimônio do autor ou do titular – quando presentes os demais requisitos –, haja vista ser o bem jurídico individual, disponível e quantificável. Não havendo o dano patrimonial, não há que falar em lesão ao bem jurídico (SALVADOR NETTO, 2013, pp. 330-331).

O mesmo, contudo, não se pode aceitar com os direitos morais. Ante a heterogeneidade do bem jurídico tutelado, embora não se vislumbre no caso concreto uma efetiva lesão ao direito autoral de cunho patrimonial, para que seja admissível a aplicação do princípio da insignificância, dever-se-á levar em conta se a conduta típica acomete direitos de cunho moral. Caso constatada a lesão a direito moral, embora haja a insignificância de ordem patrimonial, deverá incidir a norma penal incriminadora e aplicada a respectiva penalidade, de acordo com a culpabilidade do agente e demais circunstâncias do crime.

2.5.2 O objeto material, o elemento normativo e o tipo subjetivo

O objeto material do delito é o original ou a cópia da obra intelectual. O original, evidentemente, é a obra inicial, enquanto a cópia é uma reprodução, feita por qualquer meio. Para fins de tipificação, independe se o sujeito ativo se valeu de uma ou de outra (NUCCI, 2007, p. 744).

Há certa discussão doutrinária quanto à configuração ou não do delito quando a reprodução é grosseira. Não há qualquer menção na lei de que a reprodução deve ser de boa qualidade ou que deva haver fraude ao comprador. Em verdade, é irrelevante o fato de ser ou não perfeita a cópia, pois o bem jurídico tutelado são os direitos de autor, nascidos com a criação da obra, e não os do consumidor, por exemplo.⁷²

Imprescindível rememorar que a obra não necessita estar registrada em nenhum órgão para ser objeto de proteção. Além disso, como visto no capítulo anterior, de acordo com a doutrina da exaustão de direitos, a exclusividade sobre o *corpus mechanicum* deixa de existir, uma vez que o titular tenha obtido o proveito econômico mediante, por exemplo, a venda da obra. Assim, a tutela recai sobre a unidade ideológica da obra, e não seu suporte físico. Se não há exclusividade, não há que falar em violação de direitos.

Quanto ao elemento normativo do tipo, é o fato de as condutas sobrevirem sem autorização do autor ou titular dos direitos. Por sua função, o elemento normativo é um aspecto relativo à ilicitude e, ao mesmo tempo, constitutivo da própria tipicidade. Assim, havendo autorização daquele de direito,⁷³ o comportamento é atípico (BITENCOURT, 2012, p. 852).

Quanto ao tipo subjetivo, o tipo penal é exclusivamente doloso, não admitindo a modalidade culposa. Logo, aquele que erra sobre os limites de uma autorização ou sobre o caráter reservado de uma faculdade não age com dolo e, por não haver expressa previsão de nenhuma hipótese culposa do delito, o agente não comete um ilícito penal e está salvo da incriminação.⁷⁴

Embora o *caput* não exija para configuração do tipo incriminador o intuito de lucro, o espírito da lei foi penalizar, sobretudo, a prática com finalidade mercantil (§§ 1.º, 2.º e 3.º), inclusive por meio das novas tecnologias, como a internet (§ 3.º). A violação de um

⁷² Em sentido contrário, entendem alguns doutrinadores que não há que falar em potencialidade lesiva contra o bem jurídico, pois não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar o crime, nos termos do artigo 17 do Código Penal (FRANCO; STOCO, 2007).

⁷³ É imperioso destacar que, para que a conduta seja atípica, a autorização deve ser expressa, ou seja, concedida de forma inequívoca (ABRÃO; GOMES, 2014, p. 403).

⁷⁴ Determina o artigo 20 do Código Penal: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

direito patrimonial por si só já é conduta reprovável, mas aquela cuja finalidade é comercial eleva o desvalor da ação em relação às demais infrações dessa natureza (BITENCOURT, 2012, p. 851).

Importante reflexão se faz sobre o conceito econômico de lucro, cuja essência consiste no incremento do valor do patrimônio líquido atual. No contexto do capitalismo, determinado pela propriedade privada de recursos econômicos, o lucro é a remuneração pelo uso dos fatores de produção combinados. Em suma, é a recompensa e a motivação para a criação e a continuidade de um empreendimento na sociedade capitalista (FUJI, 2004, p. 76).

Em certas infrações patrimoniais, o ânimo de lucro, denominado *animus lucrandi*, configura-se como um elemento subjetivo do injusto típico e se traduz na finalidade de obter um proveito, benefício ou vantagem econômica do bem, cujo apoderamento ou apropriação se pretenda. Para o Direito Penal, não importa o modo de materialização do propósito lucrativo, tampouco se efetivamente obteve-o ou não, porquanto pertence à fase de esgotamento do delito e, desse modo, carece de relevância (MENÉDEZ DE LUARCA, 2007, p. 31).

No caso dos direitos de autor, o lucro direto, aquele obtido ininterruptamente e sem intermediários, pode ser exemplificado pelas condutas de vender ou oferecer à venda cópia ou original de obra sem a autorização do autor ou titular. Por sua vez, o lucro indireto, aquele obtido de forma reflexa e disfarçada, pode ser ilustrado pela conduta de reproduzir música ou imagem em estabelecimento comercial para tornar mais agradável o ambiente e aumentar afluência de clientes.

De maneira que, sendo o lucro um aumento, as hipóteses dos §§ 1.º a 3.º exigem que o sujeito ativo tenha por escopo majorar seu capital, não apenas conservá-lo. Ainda quando se refere ao lucro indireto, esse conceito não significa o quanto se deixa de gastar pelo uso ou comercialização de um produto eventualmente mais barato, mas o quanto, reflexamente, se ganha com o uso ou a comercialização de tais produtos.

Como visto, as formas qualificadas acima descritas exigem o *animus lucrandi* na conduta do agente, manifestado no intuito de obter um proveito econômico com a ação criminosa. Nesse ponto, há que ressaltar que todas as condutas – como a reprodução, a distribuição, a ocultação, a aquisição e o oferecimento – devem ter por intenção a obtenção de um benefício financeiro, direto ou indireto. E, conforme análise prévia, o provento não equivale a uma preservação, mas ao incremento do patrimônio.

A esse propósito, especial atenção requer a conduta daquele que adquire original ou cópia de obra intelectual (§ 2.º). Nesse caso, a aquisição deverá ter como finalidade perquirida a obtenção de um benefício econômico, o que não se verifica quando da compra de um exemplar não autorizado de um CD ou DVD por um cidadão comum, por exemplo. Não há nessa, ou em condutas semelhantes, o intuito de lucro, pois o comprador nada auferirá com a compra de uma cópia ilícita na esfera privada. Na melhor das hipóteses, ele desembolsa um valor inferior àquele necessário para adquirir um exemplar lícito, o que tampouco se coaduna com o conceito de lucro.

Por conseguinte, a conduta do cidadão comum que adquire exemplar ilícito – sem o propósito de comercializá-lo ou se valer dele para incrementar seu capital – configura, se presentes os demais requisitos, o delito de receptação qualificada (artigo 180, § 3.º),⁷⁵ posto que ausente a finalidade de lucro.⁷⁶

São, assim, requisitos necessários para configurar o tipo previsto no artigo em análise que: (i) que o objeto material da conduta violadora seja uma obra intelectual nos termos do artigo 7.º da LDA; (ii) que os direitos de autor não estejam caducados e a obra, desse modo, esteja em domínio público; (iii) que o sujeito ativo aja com dolo; e (iv) que, no caso dos parágrafos, haja a intenção de lucro direto ou indireto (LEDESMA, 2002, p. 216).

⁷⁵ Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

[...]

§ 3.º Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas.

⁷⁶ Nesse sentido, BITENCOURT (2012, p. 854).

2.5.3 Classificação doutrinária

Quanto ao sujeito ativo, ele é comum, admitindo-se a coautoria e a participação, desde que presente o elemento subjetivo do tipo. Por sua vez, o sujeito passivo é próprio, visto que somente pode ser o autor da obra intelectual ou o titular dos direitos, os artistas intérpretes ou executantes,⁷⁷ os produtores e empresas de radiofusão.⁷⁸ A pessoa jurídica, pública ou privada, poderá ser sujeito passivo do delito, quando titular dos direitos de autor (BITENCOURT, 2012, p. 850).

O núcleo violar demanda um comportamento comissivo, mas que, excepcionalmente, poderá ocorrer por omissão imprópria (na hipótese do artigo 13, § 2.º, do Código Penal). A consumação é instantânea, exceto nos casos de exposição à venda, ocultação e manutenção em depósito, que será permanente. Trata-se de crime de forma livre e plurissubsistente, e a tentativa é, em tese, possível em todas as figuras (GRECO, 2012, p. 366).

Quanto ao resultado naturalístico, os delitos são crimes formais,⁷⁹ cuja consumação não depende do resultado, embora ele possa ocorrer. O momento da consumação varia de acordo com as seguintes modalidades de conduta prevista no: (i) *caput*, com a efetiva violação; (ii) § 1.º, com a reprodução total ou parcial; (iii) § 2.º, com a distribuição, venda, exposição à venda, aluguel, introdução no País, aquisição, ocultação ou manutenção em depósito; (iv) § 3.º, com o oferecimento ao público.

⁷⁷ Quando na interpretação ou na execução figurarem vários artistas, os direitos serão exercidos pelo diretor do grupo (PRADO, 2012, p. 628).

⁷⁸ No caso de morte, os herdeiros assumem a posição de sujeitos passivos, pelo tempo fixado na LDA.

⁷⁹ BITENCOURT entende que os delitos são de mera conduta (2012, p. 853). Por seu turno, PRADO diz que os delitos nas modalidades de distribuição, venda, locação e aquisição são de resultado, e nas modalidades de ocultação, introdução no País e oferecimento ao público os delitos são de mera atividade (2012, p. 630).

2.6 Legalidade, tipicidade e proporcionalidade

2.6.1 Da legalidade e tipicidade

É sabido que o princípio da legalidade determina a previsão do fato por lei prévia à sua prática. Somente uma ação ou omissão típica, por conseguinte, descrita nos seus elementos constitutivos, atende o princípio da legalidade. Dito princípio abrange um aspecto essencial e autônomo, o princípio da tipicidade, que exige que o objeto da ilicitude deve estar precisamente descrito na lei. Apenas assim o tipo penal é capaz de exercer em relação à comunidade sua função dissuasora da prática de comportamentos previstos e, por sua vez, ganha sentido vital a exigência da lei incriminadora prévia (ASCENSÃO, 2001, pp. 469-470).

Com o propósito de atender à determinação constitucional contida no princípio da legalidade, enunciado normativo deve exprimir uma consistência lógica, não somente a revelar um conteúdo compreensível, mas que as hipóteses incriminadas sejam aptas a orientar o comportamento delituoso e sancioná-lo. Os enunciados normativos devem não apenas cingir uma abstrata compreensão, mas devem contentar as finalidades às quais são colocados, prenunciando normas instrumentais adequadas e coerentes àquelas, e satisfazer uma conformidade entre meios e fins (GOMES, 2003, p. 76).

Para ZAFFARONI e BATISTA, apesar de as palavras jamais serem absolutamente exatas, é oportuno exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a máxima precisão ao texto legal. Logo, não é suficiente que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas que ela seja feita de maneira taxativa e com a maior exatidão técnica possível, segundo o princípio da taxatividade legal (2003, pp. 206-207).

Portanto, muito se questiona na doutrina acerca da legalidade do tipo penal contido no artigo 184 do Código, haja vista sua extrema generalidade, ao criminalizar toda e qualquer violação aos direitos autorais, e seu suposto indeterminado conteúdo extrapenal.

Para ASCENSÃO, bastante frequente o legislador evadir-se do dever da adequação de tipos por meio da incriminação indistinta de todos os comportamentos que transgridam os preceitos de um instituto ou ramo do Direito. Então, tutela-se esse ramo integralmente mediante a incriminação de suas condutas violadoras (2001, pp. 470-475).

O citado autor critica tal procedimento, em termos de oportunidade, porque uma incriminação genérica de toda a esfera do Direito de Autor degenera a finalidade do Direito Penal e, em termos de legalidade, porque carece da determinação, fundamental ao tipo incriminador, pois não descreve minimamente a conduta típica, de modo a permitir ao destinatário da norma orientar a sua conduta (ASCENSÃO, 2001, pp. 470-475).

Além disso, segundo o autor português, para consignação da norma extrapenal criminalmente relevante o operador é remetido diversas vezes a um ramo do Direito altamente complexo – o Direito Autoral –, sendo compelido a executar intrincadas manobras de interpretação, integração e, até mesmo, analogia, para alcançar o resultado (ASCENSÃO, 2001, pp. 470-475).

No mesmo sentido, VIANNA sustenta que, sob o aspecto legal, a expressão “violar direito de autor” não descreve o comportamento proibido de maneira suficientemente precisa. Ao remeter a um conceito da Lei Civil n.º 9.610/1998, a norma penal esvaece sua função garantista, desatendendo ao princípio constitucional da taxatividade (2006, p. 13).

Do ponto de vista da generalidade da norma, irrefutável no atual estágio da Ciência Penal que a tipificação universal de todas as condutas violadoras dos direitos descritos na Lei Civil é intolerável, haja vista o princípio da *ultima ratio*. Ao possuir as consequências mais gravosas do ordenamento jurídico, limitadoras da liberdade individual, o Direito Penal deverá reagir somente àquelas condutas que atentem de forma nefasta e intolerante aos bens jurídicos mais fundamentais. Deverá reprimir comportamentos que apresentem uma especial gravidade dentre aqueles lecionadores do bem jurídico, em atenção ao princípio da fragmentariedade.

Conclusivo, por certo, que a expressão “violar direitos autorais” carece de determinação – e, assim, desatende ao princípio da tipicidade – ao criminalizar,

uniformemente, toda e qualquer conduta violadora de um ramo demasiadamente complexo do Direito.

Ademais da tipicidade, verifica-se que o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal tampouco é observado, haja vista que, de forma bastante similar, nos §§ 1.º a 3.º do artigo 184 o legislador penal praticamente replica as infrações civis descritas nos artigos 102 a 110 da LDA, além da tipificação de toda e qualquer outra forma de violação de direito autoral contida no *caput*.

Viu-se no capítulo anterior que estão previstas sanções civis às condutas que violem direitos de autor, podendo-se destacar as seguintes:

- a) Reproduzir, divulgar, editar ou de qualquer forma utilizar obra, sem a devida autorização do titular;
- b) Vender, expor à venda, ocultar, adquirir, distribuir, manter em depósito, utilizar e importar obra ou fonograma reproduzido com fraude, com finalidade de lucro direto ou indireto, ganho ou vantagem, para si ou para outrem;
- c) Transmitir ou retransmitir, por qualquer meio ou processo, e comunicar ao público obras sem autorização do titular;
- d) Alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira: a) dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; b) os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; ou c) qualquer informação sobre a gestão de direitos;
- e) Distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou colocar à disposição do público obra, sem a devida autorização, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização; e

- f) Não indicar ou anunciar o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete na utilização, por qualquer modalidade, de obra.

Desse modo, para aludidas condutas o Direito Civil já lhes prevê a incidência de sanções, tais como: a apreensão ou perda dos exemplares; a interrupção ou a suspensão da divulgação; o pagamento de danos morais e patrimoniais, multas, entre outros. É de se questionar se, ao menos para algumas (ou muitas) delas, a penalidade civil já não seria suficiente para cessar a lesão e reparar os danos causados ao titular dos direitos. Parece evidente que para as condutas de caráter essencialmente contratual ou de desobediência às normas administrativas não haveria a necessidade da intervenção penal.

No tocante à remissão à norma extrapenal e à suposta indeterminação de seu conteúdo, algumas considerações são de suma importância. A primeira delas é a de que o tipo contido no artigo 184 se trata de uma norma penal em branco,⁸⁰ haja vista que a plena exequibilidade da norma depende da definição das elementares feita pela Lei n.º 9.610/1998 (LDA), na qual estão definidos o conteúdo e a extensão dos direitos autorais.⁸¹

Nada obstante, há de se ponderar que uma norma penal em branco não é, por si só, ineficaz ou inconstitucional. Não é o fato de ela se remeter a conceitos de uma lei de outra natureza que a torna inconstitucional ou a tutela ao bem jurídico insuficiente ou ineficiente. Muito pelo contrário, tal técnica legislativa é um mecanismo legítimo para a construção dos tipos penais e permite o alcance do significado exato dos elementos normativos e uma interpretação uniforme em todo o sistema jurídico, visto que independente de valoração subjetiva (NUCCI, 2012, pp. 213-214).

⁸⁰ Há autores que entendem de forma diversa sustentando que a Lei n.º 10.695/2003 teria suprido essa lacuna, pois teriam sido enumerados com mais detalhes os direitos dos autores e os a ele conexos (COSTA JR., 2005, p. 650). Não parece, porém, acertada tal conclusão, haja vista que o tipo penal permanece incompleto, sendo que o sentido exato da descrição da conduta ali contida depende da análise de conceitos determinados pela LDA, tais como o próprio conceito de obra intelectual e dos direitos de autor e os a ele conexos, previstos nos artigos 89 a 96 da referida Lei. Além disso, imprescindível é a limitação contida nos artigos 46 a 48 da LDA, considerando que a atipicidade formal da conduta afasta a incidência do injusto jurídico-penal, conforme visto.

⁸¹ Nesse sentido, PRADO (2012, p. 626), NUCCI (2007, p. 739), GRECO (2012, p. 364) e BITECOURT (2012, p. 860).

Se por um lado se mostra inadequada a vinculação do conteúdo da norma penal em axiomas de Direito Civil, por outro, não parece acertado o esforço desmedido para evitar a correspondência de certos elementos normativos. A penetração de conteúdos de distintos ramos do Direito na esfera penal é conveniente à coerência do ordenamento jurídico como um todo e traz segurança jurídica ao garantir a consistência e a unidade aos institutos (SALVADOR NETTO, 2013, p. 46).

A remissão à Lei n.º 9.610/1998 é, destarte, imperiosa para a compreensão da extensão e do conteúdo dos direitos autorais, assim como em qualquer outra norma penal em branco que carece de complemento de norma extrapenal. Nesse passo, não parece razoável a conclusão de que a norma do artigo 184 seria inconstitucional sob o argumento de remeter a definição do conteúdo de suas elementares a uma norma extrapenal.

A complexidade da tutela advém da própria ambiguidade do objeto e sua essência íntima. É notória a sofisticação da tutela da arte pelo Direito e está presente em todos os seus ramos. Por efeito, determinar com exatidão o objeto ao qual se aplica a lei é tarefa indispensável ao operador do Direito porque, como se sabe, não se tutela apenas uma espécie de monopólio, mas também incide sobre um objeto de natureza abstrata ou ideal e, dessa forma, dificilmente individualizável (LEDESMA, 2002, pp. 31-32).

Uma possível mitigação de tal problema seria, segundo alguns doutrinadores, a previsão da norma incriminadora no bojo do diploma especial, a LDA, de forma a proporcionar uma maior inteligência do sistema de proteção autoral, como ocorre nos países como a Alemanha, os Estados Unidos, a Austrália, a Inglaterra, a Bélgica, a Dinamarca, a Itália, o Canadá, a Venezuela, o Uruguai, o México, a China, o Japão, entre outros. A propósito, é o já que ocorre no Brasil com os demais crimes contra os direitos intelectuais, que se encontram previstos na legislação especial correspondente.

Contudo, a norma penal igualmente está submetida a um sistema, o Penal, que contém princípios e regras próprias, prevê causas de justificação, excludentes de culpabilidade, erros de tipo e de proibição, causas de aumento e diminuição de pena etc., e que também (e talvez mais do que qualquer outro) deve funcionar como um sistema uno, harmônico e proporcional.

Ante o exposto conclui-se que: (i) a criminalização indeterminada e nivelada de todo o ramo do Direito de Autor fere os princípios penais da tipicidade e da *ultima ratio*; (ii) a remissão da norma penal à Lei Civil não é argumento apto a ensejar a inconstitucionalidade da norma, haja vista que a técnica é amplamente aceita e reconhecida na doutrina nacional e estrangeira; e (iii) a dificuldade da tutela não advém apenas da falta de determinação do tipo incriminador, mas da própria natureza complexa do bem jurídico tutelado, o que, novamente, não enseja em sua inconstitucionalidade.

2.6.2 Da proporcionalidade⁸²

O princípio da proporcionalidade *lato sensu* envolve uma arraigada obrigação de aperfeiçoar o sistema criminal guiado pela exclusiva proteção de bens jurídicos e empenhado nos conhecidos predicados da *ultima ratio*, fragmentariedade e subsidiariedade. Dessa forma, o Direito Penal, por meio de suas normas, valora bens jurídicos e impõe a abstenção ou a execução de definidas condutas, e a norma, como imperativa, é fruto de uma valoração prévia perpetrada pelo legislador, que, por sua vez, controla as balizas e a intensidade da extensão da prescrição (SALVADOR NETTO, 2013, pp. 18-19).

Onde se constatar a existência de um interesse geral, que possa ser satisfeito somente por meio de uma intervenção na esfera privada do indivíduo, está presente o campo de atuação do princípio da proporcionalidade. Na particular esfera do Direito Penal tal princípio implica que aquele não deve ser utilizado como mero instrumento de poder, mas há de estar sempre a serviço dos valores comunitários e individuais. Significa, ainda, que deve ser preservada, em todo caso, a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato como exigência indeclinável da justiça e da dignidade humana (GOMES, 2003, p. 37).

⁸² Ao se tratar do princípio da proporcionalidade, imperioso se destacar que tanto a doutrina como a jurisprudência costumam fazer alusão ao princípio da razoabilidade, cujo conteúdo é, via de regra, fungível àquele. De forma geral, ambos os conceitos encontram-se presentes nos ordenamentos jurídicos reservados a permanente busca da harmonia entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos (GOMES, 2003, p. 37). Em sentido contrário SILVA sustenta que a regra da proporcionalidade é mais ampla do que a da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins. (2002, p. 28 e ss.)

Ademais, a proporcionalidade apresenta uma importância estruturante em todo o sistema jurídico, atuando especificamente por meio do mandado de otimização no sentido de que os imperativos de necessidade, idoneidade e proporcionalidade *stricto sensu* sejam atendidos e limitem as intervenções estatais nas esferas individuais (GOMES, 2003, pp. 59-62).

Não obstante o princípio da proporcionalidade seja preponderantemente percebido como um instrumento de controle contra o abuso do poder estatal, gradativamente vem ganhando relevância o debate acerca de seu emprego para finalidade contrária, isto é, como um instrumento contra a omissão ou a ação insuficiente do Estado (SILVA, 2002, p. 27).

Conquanto não esteja expressamente previsto na Constituição como um princípio penal, a proporcionalidade constitui um princípio geral de Direito e orienta a hermenêutica da Constituição em sua integralidade e, deste modo, permeia todo o ordenamento. Nesse sentido, a proporcionalidade representa um especial predicado de garantia aos cidadãos, na medida em que impõe sejam as restrições à liberdade individual contrabalanceadas com a precisada tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrem coerente aos seus ditames (GOMES, 2003, pp. 59-62).

REALE JR. sustenta que o princípio da proporcionalidade decorre do conjunto dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição, a começar pelo da dignidade humana. Nesse contexto, a concretização da justiça, como valor supremo previsto no preâmbulo da Constituição Federal, importa na efetivação do justo, do razoável e do proporcional, percebendo a justiça material desde a elaboração legislativa até a aplicação efetiva das normas. Para tanto, a intervenção penal estatal deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de equivalência de grau entre o mal causado pelo delito e o mal que se causa pela cominação da pena (2004, p. 29).

Em sentido amplo, a proporcionalidade estará satisfeita se a lei: (i) encalça uma finalidade legítima; (ii) tem aptidão para atingir essa finalidade; (iii) é necessária, ou seja, se não há outro meio menos gravoso com a mesma eficácia; e (iv) é adequada, isto é, se a medida é proporcional ao fim (BURCHARD, 2013, p. 36).

O exame da adequação antecede o da necessidade, que, por sua vez, antecede o da proporcionalidade em sentido estrito, relacionam-se de forma subsidiária entre si. Adequado não é apenas pelo meio com o qual um objetivo é alcançado, mas igualmente o meio pelo qual a realização de um objetivo é fomentada, mesmo que o objetivo não seja inteiramente concretizado. Por sua vez, viu-se que um ato estatal que limita um direito fundamental unicamente é necessário caso a concretização do objetivo encalçado não possa ser fomentado, com a mesma magnitude, mediante outro ato que limite, em menor grau, o direito fundamental atingido. Ainda, é imperativo haver um equilíbrio entre a energia da restrição ao direito fundamental atingido e a relevância da concretização do direito fundamental que com ele colide e que motiva a adoção da medida restritiva (SILVA, 2002, pp. 34-40).

No caso em apreço, demonstrou-se que a finalidade da norma é assaz legítima e o bem jurídico «direitos autorais» é digno e merecedor da tutela penal. Igualmente, a tutela se faz necessária diante da falibilidade dos meios de proteção menos gravosos, tal qual a via administrativa. Nada obstante, para que se conclua pela proporcionalidade da norma contida no artigo 184, faz-se imprescindível examinar se o grau da reprovação é adequado ao fim almejado, ou seja, se possui proporcionalidade (*stricto sensu*) perante o ordenamento jurídico.

Nesse ponto, o artigo merece análise sob dois aspectos: (i) o da proporcionalidade intrínseca, isto é, das penas em abstrato previstas no *caput* e nos parágrafos do próprio artigo; e (ii) o da proporcionalidade extrínseca, isto é diante das demais penas atribuídas aos delitos cujos bens jurídicos podem ser considerados semelhantes, bem como ao ordenamento penal como um todo.

No que tange à proporcionalidade intrínseca, constata-se que a pena cabível para o crime descrito no *caput* é de três meses a um ano de detenção ou multa. Considerando sua pena máxima, trata-se de um crime de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61 da Lei n.º 9.099/1995.⁸³ Além disso, o delito comporta o benefício do *sursis* processual,

⁸³ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa

consoante o artigo 89 do referido diploma.⁸⁴ Por seu turno, aos comportamentos típicos dos §§ 1.º a 3.º a penalidade aplicável é a de dois a quatro anos de reclusão, mais multa. Nesses casos, o crime deixa de ser de menor potencial e não é cabível a suspensão condicional do processo.

O primeiro ponto de crítica é, portanto, que em matéria de pena não ocorre nenhuma diferenciação dentre as inúmeras possíveis hipóteses do *caput*. A pena é atribuída uniformemente a todas as condutas infratoras, bem como se praticada em desrespeito aos direitos do autor ou aos dos titulares de direitos conexos.

Mais grave fica ainda quando o sujeito passivo não é o autor ou o artista executante, mas um organismo de produção ou radiofusão, por exemplo. Se possível encontrar um fundamento ético para a tutela penal do artista, o mesmo não se verifica no caso de prestações meramente contratuais e empresariais. Ora, a tutela penal do direito de autor foi inflamada sob a premissa da importância moral da criação literária, artística e científica, contudo, ao final, conferiu-se exatamente a mesma tutela às entidades empresariais e aos autores (ASCENSÃO, 2001, p. 459).

Além disso, ao arrepio do espírito do ordenamento jurídico, a norma comina a mesma penalidade àquele que viola um direito patrimonial e àquele que atenta contra a personalidade do criador – no caso de um plágio, por exemplo. Em verdade, os parágrafos que preveem hipóteses de violação do direito patrimonial (exploração econômica) da obra possuem penas mais graves que o *caput*, no qual se encontram genericamente tutelados os direitos morais do autor (ASCENSÃO, 2001, p. 459).

O fato de a Lei Penal prever a mesma energia reprobatória para condutas que afetam os direitos de autor e para as que atingem os conexos mostra uma desadaptação da tutela e pode causar contradições muitas vezes insanáveis. Ao colocar todos os sujeitos e condutas em uma vala comum, ainda que a pena seja dosada quando do julgamento do caso concreto (artigo 59 do Código Penal), o sistema produz, inevitavelmente, a injustiça e a impunidade. Sem condutas devidamente especificadas, com as respectivas sanções

⁸⁴ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

abstratamente individualizadas, a pena não cumpre sua função primordial e o Direito Penal perde sua função fragmentária.

Ademais, verifica-se que, de acordo com a redação do artigo 186 do Código Penal, quando da prática das condutas tipificadas no *caput* do artigo 184, a ação penal será de iniciativa privada, isto é, procedendo-se mediante queixa.⁸⁵ Todavia, quando as condutas forem praticadas contra entidades de Direito Público, autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista ou fundações públicas, e também nos casos elencados pelos §§ 1.º e 2.º do aludido artigo 184, a ação penal cabível será de iniciativa pública incondicionada, procedendo-se mediante denúncia. Por fim, no que concerne ao tipo previsto pelo § 3.º, a ação penal será de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, sendo legitimados para tanto o autor, o artista intérprete ou executante, o produtor de fonograma, ou quem os represente.

É sabido que, em tese, os crimes de ação pública são aqueles nos quais há lesão de bens jurídicos indisponíveis, de inegável interesse público e, por assim ser, que demandam o amparo do Estado independentemente da pretensão específica de seu titular. Por seu turno, nos crimes de ação privada, o interesse do particular prima sobre o público, de forma que, seja pela conveniência da acusação, seja pela natureza do bem jurídico, o Estado adjudica ao particular o encargo pelo fomento da demanda⁸⁶ (SALVADOR NETTO, 2013, p. 309)

Portanto, a natureza da ação penal eleita pelo legislador revela significativo relevo, eis que não somente traduz a estima que é atribuída ao bem jurídico, mas oferece um juízo que é fruto de oportunidade, impactando a criminalização secundária. É essa articulação entre as esferas público-privadas do bem jurídico que estabelecerá uma valiosa fronteira, concatenando o Direito material com o processual, no que se refere à natureza da ação penal (SALVADOR NETTO, 2013, pp. 311-312)

⁸⁵ A antiga redação dada pela Lei n.º 6.895, de 17 de dezembro de 1980, assim dispunha: “Art. 186. Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, e nos casos previstos nos §§ 1.º e 2.º do art. 184 desta Lei”.

⁸⁶ Nos dias atuais, a potestade punitiva é intransmissível, indelegável e insusceptível de ser compartilhada por uma pluralidade de titulares. Mesmo nos delitos de ação privada ou de ação pública condicionada à representação do ofendido, os respectivos titulares do direito de ação não partilham com o Estado o *ius puniendi*, pois trata-se de uma simples condição ao exercício do direito de punir. A queixa ou a representação tem natureza processual e não substantiva (ZEIDAN, 2002, p. 53-54).

Mais uma vez, é de se notar a discrepância não somente entre as penalidades do *caput* e dos parágrafos – que, além de serem estas cumulativas (privativa de liberdade e multa) e o regime da privativa de liberdade ser o de reclusão –, mas também entre o tipo de ação, que é de iniciativa pública.

Com justa perturbação, indaga-se: quais seriam as razões do legislador para nivelar a tutela dos direitos autorais aos conexos e por que tamanha distinção na valoração da reprovabilidade das condutas descritas no *caput* e respectivos parágrafos?

Como retratado, a Lei n.º 10.965, denominada Lei Antipirataria, foi sancionada e entrou em vigor em 1.º de agosto de 2003, para atender os anseios da sociedade e da indústria fonográfica e cinematográfica, em especial, que clamavam por penas mais duras. A Mensagem MSC 1.349, de 16 de dezembro de 1996, de autoria dos então Ministros da Justiça e da Cultura, submeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei,⁸⁷ que dava nova redação aos artigos 184 e 186 do Código Penal. A respectiva Exposição de Motivos assim dispunha:

[...] 3. Com a entrada em vigor da Lei 5.988, de 12 de dezembro de 1973, a expressão “direitos autorais” passou a compreender “os direitos de autor e os que lhe são conexos” (art. 1.º), aplicando-se “as normas relativas ao direito de autor, no que couber, aos direitos que lhe são conexos (art. 94).

4. Essas normas, porém, limitam-se à esfera civil. Na esfera penal, as violações aos direitos conexos não foi prevista.

5. Em virtude disso e também em conta que **o Código Penal cominava para o crime de violação de ao direito do autor (crime de ação privada) penas excessivamente brandas, conferindo-lhe tratamento similar ao dos crimes contra honra, considerando mais os aspectos morais da conduta ilícita do que os danos patrimoniais causados**, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto que se transformou na Lei n.º 6.895, de 17 de dezembro de 1980. Por força dessa lei, o *caput* do art. 184 do Código Penal passou a apenar as violações de direitos autorais, abrangendo não só os direitos do autor, como aqueles que lhe são conexos. O referido artigo teve, ainda, acrescido dois parágrafos, que tipificaram o delito de reprodução não autorizada de obra intelectual, fonograma ou videofonograma. **Também alterado foi o artigo 186 para que se reputassem de ordem pública os delitos previstos nos parágrafos do art. 184.**

[...]

14. Por tal razão, as alterações previstas para os artigos 184 e 186 do Código Penal são, além de imperativo de justiça, cumprimento ao mandato contido no artigo 5.º da Constituição Federal. [...] (grifos nossos).

⁸⁷ Em seguida convertido no Projeto de Lei n.º 2.681/1996, que deu origem à Lei n.º 10.695/2003.

Segundo o parecer do deputado relator Aloysio Nunes Ferreira, o tratamento dado às violações de direitos autorais deve ser não àquele conferido aos crimes contra a honra, mas o semelhante aos crimes contra o patrimônio, a saber:

Na verdade, **trata-se de subtrair de alguém patrimônio resultante do seu trabalho, da sua criação intelectual.** Então, já em 1980, deu-se a esses crimes tratamento análogo ao dispensado pelo Código Penal aos crimes contra o patrimônio, no caso o de furto. Decorridos mais de vinte anos dessa mudança na Lei Penal, espaço de tempo em que a pirataria aumentou assustadoramente – constitui hoje um dos braços do crime organizado –, o Deputado José Roberto Batochio quer **diminuir a pena cominada a esse crime. Não podemos aceitar** (grifos nossos).

Haja vista o Direito Autoral ser juridicamente considerado uma subdivisão da chamada Propriedade Intelectual,⁸⁸ desde o Código Criminal do Império (1830) e também no Código Penal da República (1890), as condutas de violar os direitos de autor eram consideradas crimes contra a propriedade e estavam incluídas nos respectivos capítulos.⁸⁹ Em verdade, jamais estiveram previstas condutas que violassem direitos de ordem moral do autor, exceto a genérica previsão da atual redação do *caput* do artigo 184, “violare direitos de autor”.

Como retratado, modificaram-se os artigos 184 e 186, incluindo-se novas condutas violadoras de direitos patrimoniais e cominando-lhes penas mais graves, além de conceder aos delitos dos parágrafos o *status* de ordem pública, para acolher os anseios da indústria cultural. Consta-se, porém, uma excessiva priorização dos direitos de reprodução e utilização da obra dos titulares, em detrimento dos direitos morais dos autores, tendo sido explicitamente mencionado na Mensagem transcrita que a reforma viria, uma vez que legislação pretérita conferia ao delito tratamento similar ao dos crimes contra honra, preferindo os aspectos morais aos danos patrimoniais causados.

Ora, não parece nenhum absurdo jurídico conferir aos direitos autorais tratamento penal similar aos delitos contra honra. Em verdade, possui bastante coerência a paridade, uma vez que o sistema brasileiro do Direito de Autor tem sua origem nas tradições francesas, cujo caráter é subjetivo, orientado à proteção da personalidade do criador e consubstanciado na exclusividade que se lhe outorga pelo ato de criação.

⁸⁸ Prefere-se a denominação “direitos intelectuais”, conforme análise feita no capítulo anterior.

⁸⁹ No Código Criminal do Império, o crime era, inclusive, considerado um furto.

A honra seria um bem jurídico de menor valor que o patrimônio? Evidentemente que não, e que, em verdade, a reparação de um dano à honra de uma pessoa é, quase que em sua totalidade, tarefa muito mais árdua do que a reparação de um dano ao patrimônio. O sistema penal não pode, portanto, ostentar incoerência no tratamento de bens jurídicos com valores evidentemente desiguais, sob pena de violar a isonomia e a proporcionalidade, comprometendo a harmonia e a segurança jurídica do ordenamento.

De forma geral, constata-se na legislação penal brasileira uma excessiva valorização do bem jurídico patrimônio, ocasionando a propagação hipertrófica dos tipos e a elevada punição. Tal cenário leva à sobreposição de tipificações e desproporcionalidades no ordenamento, pois bastante comum no Brasil a criação de hipóteses típicas demasiadamente circunscritas e casuísticas que acarretam graves problemas de proporcionalidade e racionalidade (SALVADOR NETTO, 2013, pp. 38-41).

A valoração intensa do bem jurídico patrimônio pelo legislador se traduz em normas primárias⁹⁰ bastante rígidas, dedicadas a impor ao cidadão a privação de todo e qualquer comportamento que possa colocar em risco o patrimônio alheio. No que diz respeito à norma secundária, essa supervalorização do patrimônio motivará o juiz à cominação de penas graves, desproporcionais, enfraquecendo seu espaço de ponderação no tocante ao acontecimento ou não de um delito dessa natureza, além de impossibilitar a eventual fixação de repreensões mais brandas e adequadas ao fato criminoso (SALVADOR NETTO, 2013, p. 19).

O clamor social é um elemento que não pode, por completo, ser desconsiderado pelo Direito Penal, além de que dificilmente poderia ser eliminado do sistema. Com o propósito de tornar o ordenamento minimamente influenciável pelos clamores de endurecimento das reações punitivas do Estado, a sede mais natural para que esta consideração ocorra parece ser a judicial, no momento da determinação da pena *in concreto* (GOMES, 2003, p. 206).

⁹⁰ É possível constatar em cada tipo penal a existência de duas normas distintas: a norma de conduta, ou norma primária, e a norma de sanção, norma secundária. A primária é dirigida ao cidadão e possui cunho imperativo, enquanto a secundária é assinalada ao magistrado, que deverá efetivar o julgamento, estipulando a eventual punição nos casos de descumprimento da norma anterior (SALVADOR NETTO, 2013, p. 17).

Em razão da própria natureza transitória e casual do clamor social, sua influência na legislação pode ser contraproducente, tornando-a instável, incoerente e incerta. Assim, parece mais adequado e oportuno valorá-lo no específico ato jurisdicional, desde que a discricionariedade do magistrado seja sempre vinculada a limites e critérios legislativos predeterminados, a fim de se evitar desigualdades insuportáveis (GOMES, 2003, p. 206).

No tocante à chamada proporcionalidade extrínseca, em relação aos demais delitos do ordenamento, a natureza do bem jurídico pode ser comparada aos direitos oriundos da criação de programas de computador, disciplinados pela Lei n.º 9.609/1998.⁹¹ No entanto, mais uma vez, não há uma equiparação das penas cominadas pelo legislador a ambos os crimes.

Se a violação de direitos de autor for relativa a um programa de computador, a pena será a de detenção de 6 meses a 2 anos ou multa (artigo 12 da Lei n.º 9.609/1998), exatamente o dobro das penas mínima e máxima respectivamente previstas para as condutas descritas no *caput* do artigo 184, e o *caput* do artigo 12 sequer abrange direitos morais.⁹² No entanto, se a conduta infratora configurar alguma das hipóteses qualificadoras, a situação se inverte: no caso de programas de computador, a pena será a de reclusão de 1 a 4 anos e multa e, para os casos de artigo 184, de 2 a 4 anos e multa.

Sobre o assunto, WUNDERLICH entende que não há qualquer inconstitucionalidade decorrente da não identidade das penalidades cominadas aos delitos. Para o autor, os bens jurídicos são distintos e as condutas típicas causam lesividades diversas. Além disso, o artigo 184 foi reformado pela Lei n.º 10.695/2003, muito depois da edição da Lei n.º 9.609/1998 e, caso fosse o intuito do legislador igualar as penas, tê-lo-ia feito naquela oportunidade (2012, pp. 127-128).

⁹¹ Determina o artigo 2.º da Lei que: O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

⁹² Determina o artigo 2.º, § 1.º, da Lei que: “Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação”.

Não se nega que os artigos tutelam bens jurídicos e condutas distintas. Mesmo porque, se assim não o fosse, não haveria nenhum sentido em subsistirem. Contudo, não é por serem diferentes que não deve haver racionalidade e coerência no sistema. Se o legislador, pelas devidas razões, entende ter um bem jurídico maior valor social, deve indubitavelmente protegê-lo com maior vigor. Entretanto, a proteção deve ter uma coerência interna, graduando-se as condutas mais lesivas daquele bem, bem como externa, em relação ao ordenamento como um todo.

No que concerne aos demais crimes contra os direitos intelectuais, particularmente os relativos à Propriedade Industrial, verifica-se uma correspondência na valoração dos bens jurídicos, ao menos no que tange ao grau de reprovabilidade pelo legislador. A Lei n.º 9.279/1996 prevê como regra a pena de detenção, de 3 meses a 1 ano, ou multa, para aquele que comete crime contra as patentes, os desenhos industriais, as marcas e de concorrência desleal.

Entende-se, desse modo, que é proporcional o mal causado por aquele que “reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão”, e por aquele que plagia uma obra, alegando como sua obra intelectual alheia. Teria a marca de uma empresa o mesmo valor do nome de um artista? É de se refletir, mas a resposta parece ser negativa, uma vez que o direito de nomeação o de paternidade são de ordem pessoal, inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis e perenes.

Em relação aos demais delitos disciplinados pelo Código Penal, são muitos os possíveis exemplos a título de comparação. Contudo, chama a atenção o crime de receptação qualificada em confronto com a violação aos direitos autorais na forma qualificada. Aquele que utiliza comercialmente material oriundo da prática de crime de violação autoral responde por uma pena de dois a quatro anos de reclusão e multa, enquanto o que utiliza comercialmente material oriundo da prática de outro delito qualquer responde por uma pena de reclusão de três a oito anos e multa.

Não há qualquer sentido para tal disparidade ante a similitude na ofensividade das condutas. Dessa forma, indispensável se mostra uma revisão legislativa do artigo 184 para

que a tutela penal do bem jurídico seja efetiva e a pena atinja sua finalidade dissuasiva em ambas as esferas, geral e especial.

2.7 Do merecimento e da necessidade da tutela penal

Como visto, o homem é o centro do sistema valorativo, isto é, o Direito e o Estado existem para servir à pessoa. Preconiza PRADO que o homem, como pessoa de direitos, encontra-se no cerne de toda a ordem e atividade estatal, incumbindo ao Poder Público de assegurar e resguardar a sua dignidade (2009, p. 80). Nesse passo e no contexto do Estado constitucionalizado, COSTA sustenta que a proteção e o reconhecimento da dignidade humana são o fundamento do existir do ente estatal (2010, p. 5).

Assim, conforme análise prévia, a intervenção penal é legítima somente se imprescindível para garantir direitos e liberdades individuais. Isso significa que em um Estado Social e Democrático de Direito deverão ser protegidas como bens jurídicos unicamente condições da vida comunitária, na medida em que afetem as possibilidades de participação dos indivíduos no sistema social. E, para que ditos bens jurídicos façam jus à tutela penal deverão ter um valor fundamental para aquela sociedade (MIR PUIG, 2006, pp. 129-130).

REALE JR., por sua vez, sustenta que o valor protegido pela norma penal deve, além de tutelar um bem cuja tutela seja adequada, alcançar dignidade penal, isto é, o Direito Penal deve proteger bens quando se verificar que outros meios de proteção são ineficazes. Em um Estado de Direito Democrático, a intervenção penal deve ser necessária, como meio extraordinário, intenso, porém cogente, para a asseveração do valor transgredido e para a sua proteção, visando à manutenção da paz social (2004, pp. 21-25).

Nesse sentido, a intervenção penal deve se revestir de idoneidade, no diz respeito à qualidade e racionalidade instrumental do meio, de modo a se identificar a capacidade para alcançar a escopo a que se propõe. O princípio da idoneidade exige, portanto, uma relação de adequação entre meio e fim, que se verifica quando, por intermédio daquele, torna-se

possível atingir o objetivo desejado. Ao se tutelar criminalmente determinado bem jurídico, o que necessita ser analisado é se a incriminação desempenhará efetivamente a tarefa constitucional a qual o Direito Penal se propõe, qual seja, influenciar o comportamento dos destinatários da norma de maneira a não incorrerem na prática delitiva (GOMES, 2003, pp. 126-128).

Ao se ter em conta que a incriminação corresponde à restrição de direitos individuais, a legitimidade para tal está resignada ao ansiado proveito que ocasiona aos demais bens jurídicos constitucionalmente consagrados. Seja na fase legislativa ou na judicial, o processo de criminalização por si mesmo revela um embate de direitos fundamentais materializados mediante princípios constitucionais (SALVADOR NETTO, 2013, p. 266).

Dessa forma, a eleição de determinadas condutas como criminosas e a atribuição das sanções respectivamente impostas são incumbências essencialmente políticas. Portanto, o ordenamento jurídico, suas condutas típicas e as relativas sanções, nada são além de um reflexo do posicionamento político corrente⁹³ (SALVADOR NETTO, 2013, p. 286).

Logo, LUZÓN PEÑA sustenta que o merecimento da pena está expresso em um juízo global de desvalor sobre a conduta, no feitio de uma desaprovação notadamente intensa ante a ocorrência de um injusto culpável especialmente grave que deve ocasionar um castigo. Por sua vez, a necessidade da pena pressupõe o merecimento e significa que não há nenhum outro meio disponível eficiente e menos gravoso. O merecimento está sob o enfoque do desvalor ético, social e jurídico da conduta e a necessidade, sob o da adequação da punição, desde o ponto de vista preventivo (1995, p. 22).

Ressalte-se, ainda, que para SCHUNEMANN o merecimento da pena pressupõe um menoscabo significativo de um bem jurídico merecedor de proteção, enquanto a necessidade pressupõe, ademais da idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade da proteção jurídico-penal. Conclui-se, desse modo, que o merecimento vincula-se de forma

⁹³ De acordo com ROXIN, a dogmática jurídico-penal se trata de decisões valorativas em consonância com determinados princípios ordenadores (2002, p. 110).

mais direta à perspectiva da prevenção geral, enquanto que a necessidade à da prevenção especial (2007, pp. 22-29).

No tocante ao Direito de Autor, ao longo do progresso social, restou evidente a correlação entre este e o direito à cultura, de modo que a proteção daquele ramo se constituiu como um fator fundamental para o estímulo da criatividade e da produção de novos bens culturais. O Direito Autoral, como fruto da criatividade humana, foi, então, consagrado nos ordenamentos jurídicos de todas as nações como um direito humano e constitucional, ademais de um fator de desenvolvimento das sociedades (MARTÍNEZ RINCONES, 2005, p. 70).

Logo, a comunidade internacional expressamente reconheceu o Direito de Autor como um direito humano, sendo muitas infrações consideradas lesões aos atributos fundamentais do homem. Por essa razão, os mais diversos países assumiram compromissos internacionais para proteger as obras, interpretações, produções e emissões, sendo os Estados-Membros os primeiros obrigados a garantir sua realização (ANTEQUERA PARILLI, 2007).

Além do mais, com o advento das tecnologias modernas com a Era Digital, as possibilidades de exploração das obras, interpretações, produções e divulgações protegidas foram incrivelmente potencializadas, o que resultou, de um lado, no surgimento de inúmeras atividades industriais e comerciais e, de outro, em uma intensa violação aos direitos autorais e conexos, além de afetarem a geração de empregos e a arrecadação do fisco (ANTEQUERA PARILLI, 2007).

Apesar das tendências que consideram conveniente a descriminalização de alguns comportamentos, muitos dos seus defensores admitem a necessidade de se punirem, pelo menos, as condutas dolosas que infrinjam direitos intelectuais, inclusive reconhecendo que crimes como a violação de direitos autorais se agravaram com o advento da tecnologia moderna, tal qual a criminalidade econômica transnacional de forma geral (ANTEQUERA PARILLI, 2007).

Consequentemente, as infrações aos direitos de autor e aos a ele conexos passaram a ser compreendidas como modalidades de criminalidade econômica, reconhecendo-se, ainda, que grande parte das violações resultava de atividades de grupos organizados, e não de indivíduos que agiam pontual e isoladamente (ANTEQUERA PARILLI, 2007).

A incriminação de tais condutas também se justificou pelo fato de que não apenas acometiam a esfera dos direitos intelectuais do autor em seu aspecto moral e patrimonial, mas reflexamente afetavam a cultura da comunidade e seu livre desenvolvimento. Consequentemente, a grande maioria dos países no mundo coincidiu eleger a tutela penal como um meio hábil para proteger os direitos de autor (LEDESMA, 2002, p. 253).

Logo, do ponto de vista social, o fundamento da concessão da tutela não permaneceu adstrito à existência de um direito inato de autor ou na retribuição pelo trabalho realizado, mas também compreendeu a função realizadora de interesses sociais tão fundamentais quanto o desenvolvimento da cultura e economia de um país, ao passo que esses bens imateriais possuem considerável valor pecuniário (OSÓRIO MORENO, 2010, pp. 150-151).

Isso porque, uma vez que a obra passa a ser pública, ela adquire uma feição de bem cultural, de modo que ao Estado incumbe o dever primordial de proteger o interesse individual do autor em relação à sua obra, mas também, indiretamente, da obra enquanto bem cultural. A colocação em risco dos direitos autorais produz, de forma mediata, prejuízos para toda a sociedade, como o desincentivo dos esforços e investimentos realizados por sujeitos interventores no processo criativo e mercantil, e, consequentemente, a diminuição do progresso técnico, econômico, cultural e social (OSÓRIO MORENO, 2010, p. 151).

Diante da importância social dos criadores e de suas obras, improvável a afirmativa de que os direitos de autor não são dignos de merecimento da tutela penal. São, assim, merecedores da guarda penal ante a seriedade das lesões aos direitos de autor e as consequências nocivas para o livre desenvolvimento da comunidade.

Por sua vez, necessário e adequado o castigo penal do ponto de vista preventivo, haja vista que os demais meios de proteção dos direitos autorais são, em sua maioria, falhos. A realidade mostra que as agências e os órgãos administrativos não previnem ou reprimem o ilícito e, por conseguinte, o atingimento do bem jurídico. O discurso ideológico da intervenção mínima e *ultima ratio* deve, por suposto, caminhar lado a lado com a realidade fática (WUNDERLICH, 2012, p. 98).

Nesse sentido, a renomada doutrinadora argentina LIPSZYC defende que:

La tipificación penal de las conductas antijurídicas depende de cada ordenamiento legal, aunque las legislaciones relativas a los derechos de los autores coinciden en disponer sanciones penales y, generalmente, también medidas cautelares. Una legislación carente de sanciones penales para reprimir las infracciones a los precitados derechos, sería inocua (1993, p. 551).

Não existe o Direito Penal sem os tipos delitivos que o realçam, tampouco a efetiva vigência sem as sanções que aqueles aplicam ante a transgressão das normas subjacentes a eles (LEDESMA, 2002, p. 253).

Isso quer dizer que a punição da ação é, em regra geral, necessária para os fins preventivo-gerais da pena, ou seja, a ameaça da pena resulta necessária para evitar, mediante a intimidação geral, ações cuja realização se considera altamente indesejável e, para obter com isso o reconhecimento social das normas jurídicas e a confiança no ordenamento jurídico – e, também, para a prevenção geral –, visto que normalmente existe o perigo de repetição de tal conduta desvaliosa (LUZÓN PEÑA, 1995, p. 30).

Nada obstante, considerando o exame prévio, nota-se uma descomedida proteção aos direitos de ordem patrimonial ante a quase ausente previsão legal para os delitos contra os direitos morais do autor, que violam a sua sublime condição de criador. Nesse sentido, segundo VIANNA, haveria um interesse individual e social na tutela da autenticidade e integridade das obras intelectuais, enquanto a tutela penal dos direitos patrimoniais seria bastante controversa:

Não só é interesse de Picasso que o público saiba que Guernica foi pintado por ele, mas também é interesse do público e de historiadores da arte ter conhecimento de que aquela obra provém das mãos deste artista. Da mesma forma, é do interesse não só do autor, mas do público, que a pintura permaneça

no tom monocromático, adequado ao tema, e que ninguém modifique com detalhes em dourado.

A reprodução desta obra em livros de arte, porém, longe de lesar um interesse do artista ou do público, beneficiará a todos. Assim como é interessante para o artista ter seu trabalho apreciado por um público maior, é de interesse do público ter acesso à maior variedade de obras possível. (2006, pp. 453-454)

Portanto, conforme o citado autor, em relação aos direitos de cunho patrimonial, não haveria qualquer interesse público na tutela penal, seja dos autores receberem uma remuneração por seu trabalho, seja dos interesses das empresas de manterem seu monopólio comercial, por se tratar meramente de uma dívida civil (VIANNA, 2006, p. 460).

Não se pode concluir que os direitos patrimoniais de autor não merecem aparo legal simplesmente por estarem fundamentados no direito à propriedade. Se assim o fosse, poder-se-ia afirmar que todo o Título anterior do Código Penal, que trata dos delitos contra o patrimônio, seria inconstitucional, não digno da tutela penal.⁹⁴

Além disso, levando-se em conta o ordenamento jurídico vigente, tal assertiva é insustentável, pois, embora seja possível para fins didáticos e científicos o desmembramento das prerrogativas autorais em patrimoniais e morais, tal bipartição não parece viável para fins de análise do bem jurídico e de sua eventual dignidade penal. Em vista de seus elementos qualitativos, tem seu conteúdo interligado (LEDESMA, 2002, p. 111).

Conforme visto, os direitos autorais compreendem, por sua natureza e finalidade, um conjunto unificado de prerrogativas, cuja intenção fundamental é resguardar o autor e permitir-lhe, de um lado, a defesa da paternidade e da integridade de sua obra e, de outro, a fruição dos proventos econômicos resultantes de sua utilização, balizados nos mecanismos de tutela dos direitos individuais.

Parece oportuno, porém, que as condutas que possam ser tratadas no âmbito administrativo ou civil não sejam replicadas para a Lei Penal. Da mesma forma, as penas que não possuam utilidade na prevenção, seja geral ou especial, devem ser reduzidas ou

⁹⁴ Nesse sentido, discorda-se de VIANNA, para quem, “dada 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” (2006, pp. 18-19).

extirpadas do sistema. Deve-se, ainda, possibilitar ao magistrado a adoção de soluções diferenciadas da aplicação automática da pena privativa de liberdade aos casos em que esta não se mostre a solução mais apropriada.

O merecimento e a necessidade da tutela penal não significam que a pena cominada às hipóteses de violação do bem jurídico deva ser inevitavelmente a restritiva de liberdade. Assim que, a dignidade penal do bem jurídico não se constata pela hipotética valoração correspondente entre a sua transgressão e a liberdade pessoal do agente criminoso. Outros valores, distintos da liberdade individual, podem servir como parâmetro para a identificação dos bens dignos de proteção penal, tal como nos casos de penas pecuniárias, restritivas de direitos e alternativas (GOMES, 2003, p. 101).

De forma que, dentre o rol das penas abstratamente previstas pelo artigo 184 poder-se-ia vislumbrar, ademais da pena restritiva de liberdade, a pecuniária e a restritiva de direitos, ainda que alternativamente – a exemplo do *caput*. Caberia, desse modo, ao magistrado adotar a sanção mais apropriada ao caso concreto, de acordo com suas particularidades e em atenção ao princípio da *ultima ratio*.

Além do mais, o Direito Penal moderno traz consigo a ideia da chamada justiça penal negociada ou consensual, na qual noções de justiça reparatoria e restitutiva sobrepõem-se ao atual conceito de justiça retribucionista. Valendo-se de acordos judiciais e extrajudiciais, com tutela e homologação judicial, a relevância social do delito é minimizada e os anseios sociais de justiça atendidos, afastando a percepção de impunidade e ineficácia (PEREIRA, 2008).

Por meio de uma política criminal de mediação, busca-se o restabelecimento das condições da vítima, anteriores ao fato, quando possível, ou mesmo uma reparação de perdas, bem como a admissão de responsabilidade e, eventualmente, de arrependimento, por parte do infrator. A ideia central é gerir um direito indenizatório que é constitucional, e não simplesmente civil. O compartilhamento da responsabilidade da resolução de conflitos penais com as partes caminha para a aceitação de um Direito Penal com atributos mais humanitários (PEREIRA, 2008).

Nesse contexto, a seletividade do Direito Penal passa a operar em outros termos, e as escolhas penais de aprisionamento passam a depender de outros instrumentos dogmáticos como condições de procedibilidade, a possibilidade de suspensão condicional do processo, a transação penal, a composição civil dos danos, a extinção de punibilidade pelo pagamento etc. (SALVADOR NETTO, 2013, pp. 424-425).

Evidente que a transação não pode ter por objeto direitos indisponíveis, da mesma forma que os benefícios processuais não se aplicam aos casos de maior gravidade. Não se prega a descriminalização ou a despenalização de todas as condutas violadoras dos direitos de autor. O que se almeja é um Direito Penal menos simbólico e mais efetivo à proteção dos interesses dos autores e dos titulares dos direitos.

Logo, como mencionado, mostra-se necessária a proteção penal dos direitos de autor, não apenas em sua individualidade, mas também como forma de proteção da sociedade como um todo, mediante a garantia de seu progresso científico, cultural e econômico (OSÓRIO MORENO, 2010, p. 151).

Para tanto, o sistema penal deve estar limitado às situações que de fato afetem ou ponham em evidente perigo os direitos dos autores e que a legislação penal tipifique satisfatoriamente essas condutas como criminosas. Por sua vez, o modelo penal deve hierarquizar os direitos intelectuais no sentido de atribuir-lhe o valor social, econômico, material e espiritual que tenham sido dados aos sistemas jurídicos internacionais, constitucionais e legislativos especiais⁹⁵ (MARTÍNEZ RINCONES, 2005, pp. 65-68).

Dessa maneira, o Direito Penal fornecerá ao Direito Autoral um espaço de proteção sustentado pelo princípio de observância, e é a partir dessa ideia positiva que surge a função preventiva de caráter geral que deve cumprir o Direito Penal em todos os âmbitos do Estado de Direito. Tal função deve consistir, ao menos em tese, em uma função dinâmica e permanente, por meio da qual o Direito Penal cumpre o papel de fator de

⁹⁵ Somente deverão ser punidas certas condutas que, em razão de sua especial gravidade, da situação e das circunstâncias concorrentes, uma determinada pena se mostra, tanto em abstrato como no caso concreto, como merecida, proporcional e necessária. Nos casos com gravidade relativamente maior ou menor do fato típico modifica-se a intensidade do desvalor e da proibição e, com isso, também o grau de merecimento e necessidade da pena (LUZÓN PEÑA, 1995, pp. 26- 31).

dissuasão sobre as pessoas, influenciando-as para que não delinquam⁹⁶ (MARTÍNEZ RINCONES, 2005, p. 67).

2.8 Considerações parciais

No presente caso, resta evidente que há um bem jurídico relevante, que existem vítimas concretas (diretas e indiretas) e que os demais ramos se mostram ineficazes à proteção desse bem jurídico. Revela-se, assim, imprescindível a tutela penal para efetiva proteção do bem jurídico.

Contudo, de modo geral, percebe-se uma diminuta valoração dos direitos morais de autor, cuja tutela encontra-se quase que esquecida no *caput* do artigo 184. De outro lado, o legislador supervaloriza os crimes contra os direitos patrimoniais dos titulares e estende na idêntica medida a tutela penal aos direitos conexos, em uma clara resposta às pressões da indústria.

Não significa de maneira alguma que os direitos patrimoniais dos titulares não mereçam amparo penal. Mesmo porque, como mencionado, eles integram uma unidade chamada de direitos autorais, cuja proteção encontra-se no mais alto nível normativo. Contudo, a tutela desproporcional e inflamada da propriedade desvirtua suas funções, especialmente a social.

A prevenção geral somente trará frutos positivos na medida em que o Estado e os titulares dos direitos intelectuais entendam que a dissuasão delitiva pode ser verdadeiramente alcançada se, de maneira sistemática, progressiva e ajustável às mudanças sociais, econômicas e tecnológicas, os cidadãos são estimulados por uma cultura de respeito aos direitos intelectuais.

⁹⁶ Tal fator deriva da ameaça da pena que distingue todos os comportamentos criminosos e que opera como uma advertência a todos os membros do corpo social ao informar-lhes o caráter punitivo de determinadas condutas. Desse modo, tutela penal autoral deve se basear na concepção de normas de natureza protetora que obrigue a observância desses direitos e que, nos casos de desobediência, o comportamento transgressor seja regulado por normas penais, a fim de obter os benefícios da prevenção geral durante a fase pré-delitiva ou da reação punitiva na fase de concretização dos crimes (MARTÍNEZ RINCONES, 2005, p. 70).

Para tanto, no tocante à tutela penal dos direitos autorais de caráter moral, faz-se necessário um redesenho da norma para que preveja pormenorizadamente as condutas consideradas de maior gravidade, graduando-lhes as penas de acordo com a sua reprovabilidade, em vista da lesão ao bem jurídico. De outro lado, as condutas que possam ser tuteladas por outros ramos do Direito devem ser excluídas da norma penal, descriminalizando-as.

No que tange à excessiva criminalização dos delitos patrimoniais, SALVADOR NETTO propõe um redesenho das normas em âmbito legislativo e judicial, alinhando os discursos no sentido de aplacar as respostas punitivas e reduzir as hipóteses de tipificação:

As restrições dos conteúdos típicos podem ser feitas tanto em âmbito legislativo, na alteração do texto legal, quanto judicial, por meio de ferramentas de interpretação que restrinjam a criminalização somente àqueles casos de efetivos e significativos prejuízos patrimoniais. Cuida-se, dessa forma, da almejada consagração de um sistema penal mínimo no campo patrimonial, utilizando-se, para tanto, de reformas legislativas, adoção de princípios restritivos de interpretação, sanções penais não pecuniárias, sanções não penais, composições entre vítimas e autores, além de instrumentos processuais (2013, p. 262).

Da forma como se encontra hoje desenhada, a tutela penal autoral evidencia um Direito Penal essencialmente econômico, devendo ser legitimado com as mesmas ressalvas que tal Direito provoca em outras esferas. A legislação precisa, então, criar uma abertura necessária para que a prática da administração da justiça penal permita, em algumas situações, nas quais um castigo severo resulte desproporcional em relação à pena, minimizá-la ou, inclusive, abster-se dela.

Por outro lado, a falta de equidade em situações concretas não acarreta inevitavelmente a inconstitucionalidade da lei abstrata geral, se a jurisprudência encontra a maneira de resolver o caso particular de forma justa, valendo-se de instituições processuais ou aplicação *praeter legem* de preceitos penais atenuantes, por exemplo. Ao mesmo tempo, deve-se exigir mais transparência das metas perseguidas pelo legislador penal, em quais fatos o legislador faz sua análise sobre a conveniência e a necessidade das leis (BURCHARD, 2013, pp. 44-48).

Isso porque os princípios políticos criminais não operam somente como critérios valorativos para fins de crítica do Direito vigente e para a elaboração de propostas de

reforma *de lege ferenda*, mas também podem e devem ser utilizados como critérios de interpretação e sistematização na elaboração dogmática do Direito Penal vigente (ROXIN, 2002, pp. 87-88).

Nesse sentido, MORAES entende que uma das finalidades da interpretação da norma infraconstitucional é eleger a solução mais correta e justa para o caso, do ponto de vista dos princípios e direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, verdadeiros paradigmas para a aplicação do Direito positivado. No caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico (2002, p. 59).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da presente investigação verificou-se que o sistema brasileiro de proteção autoral tem sua origem no sistema francês, denominado *Droit d'Auter*, cuja essência da tutela reside na figura do criador, em sua personalidade singular. Trata-se, pois, de um Direito *sui generis*, haja vista a índole imaterial de seu objeto, bem como sua natureza jurídica peculiar, que o aparta dos demais direitos privados.

Por tal razão, constatou-se que o Direito Autoral e o de Propriedade Industrial – apesar de pertencerem a um mesmo ramo do Direito, o Intelectual – apresentam diferenças basilares e, dessa forma, cada qual goza de uma regulamentação jurídica própria, com princípios e regras inerentes.

No Direito Autoral, como dito, a intenção fundamental é resguardar o autor, permitindo-lhe a defesa da paternidade e da integridade de sua criação, assim como a fruição dos proventos econômicos resultantes de sua exploração, ambos pautados pelos mecanismos de tutela dos direitos individuais. Por outro lado, o Direito de Propriedade Industrial tem por objetivo primordial a aplicação do invento na obtenção de utilidades ou solução de problemas técnicos, atrelados ao processo de produção industrial ou expansão da economia, sob o escudo de um regime de concorrência leal.

Nesse passo, demonstrou-se que os direitos autorais revelam um conteúdo heterogêneo, que contempla, de forma inerente, direitos de cunho patrimonial e moral. Embora juntos componham uma arquitetura única e indivisível, cada esfera desempenha determinadas funções condizentes com seus atributos. Portanto, concluiu-se que o Direito de Autor não deve ter seu entendimento reduzido a uma espécie de propriedade, visto que seus predicados extrapolam os limites desse instituto e não se coadunam com o regime espacial daquilo que é objeto de propriedade.

Quanto à sua natureza jurídica, restou evidenciado que a hipótese que melhor compreende os aspectos materiais e morais dos direitos de autor é a Teoria do Exclusivo. E, do mesmo modo que os demais direitos exclusivos, fundamenta-se na exclusão das

intervenções de terceiros, cujo caráter é, portanto, negativo. Logo, os direitos de autor podem ser considerados como direitos exclusivos transitórios de exploração econômica da obra.

De maneira geral, o amparo normativo dos direitos intelectuais decorre de um vínculo indissociável entre o esforço intelectual humano criador e a obra, e, assim, o título originário de aquisição dos direitos autorais deriva unicamente da criação, ou seja, do exercício intelectual do autor. A obra é, por conseguinte, protegida como um bem imaterial e, igualmente, como a máxima expressão do trabalho intelectual humano em sua exteriorização criativa.

Isso mostrou-se necessário, uma vez que, ao longo do progresso social, restou manifesta a correlação entre os direitos autorais e o direito à cultura, de maneira que a proteção daquele ramo se constituiu como um fator fundamental para o estímulo da criatividade e da produção de novos bens culturais. O Direito Autoral, como fruto da criatividade humana, foi então consagrado nos ordenamentos jurídicos de todas as nações como um direito humano e constitucional, ademais de um fator de desenvolvimento das sociedades.

Com efeito, percebeu-se que a concessão de um direito exclusivo pelo Estado ao autor resulta imprescindível para restrição das forças livres da concorrência, pois, caso deixada à liberdade do mercado, a criação intelectual seria imediatamente dissipada pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado permitiriam a absorção imediata das inovações e das criações por seus agentes mais hábeis.

De outra parte, como qualquer outro direito, o de exploração da obra intelectual está submetido a limitações legais, especialmente para atender determinadas necessidades sociais. Apesar disso, é dever estatal preservar um oportuno equilíbrio a fim de se resguardar os legítimos interesses do autor, estimular a produção de novos bens culturais e, conseqüentemente, incentivar os investimentos industriais e comerciais dos diversos setores envolvidos nessa relação jurídica.

Logo, a colocação em risco dos direitos autorais produz, de forma mediata, prejuízos a toda a sociedade, como o desincentivo dos esforços e investimentos realizados por sujeitos interventores no processo criativo e comercial e, conseqüentemente, a diminuição do progresso técnico, econômico, cultural e social. Por tal razão, um sistema de Direito de Autor eficiente é condição *sine qua non* para a criação e a sobrevivência da cultura de uma sociedade, bem como de sua indústria.

Diante da importância social dos criadores e de suas obras concluiu-se que os direitos de autor são dignos da tutela penal ante a seriedade das lesões aos direitos de autor e as conseqüências nocivas para o livre desenvolvimento da comunidade. Igualmente, a tutela se faz necessária e adequada diante da falibilidade dos meios de proteção menos gravosos, tal qual a via administrativa e a civil. A realidade mostra que as agências e os órgãos administrativos não previnem ou reprimem o ilícito e, portanto, não evitam o atingimento do bem jurídico. De outro lado, o Direito Civil se mostra mais adequado às questões contratuais e às reparações do dano causado pela lesão ao direito. O discurso ideológico da intervenção mínima e da *ultima ratio* deve, por certo, caminhar ao lado da realidade fática.

Sem embargo, na contramão dos movimentos de descriminalização e de abrandamento das penas privativas de liberdade, os direitos de autor encontram-se homogênea e integralmente tutelados pela norma penal brasileira, sem qualquer eleição criteriosa e objetiva das condutas merecedoras das conseqüências nefastas advindas com a tutela penal.

Verificou-se que a Lei Penal reduziu a uma só tipicidade delitiva uma infinidade de possíveis condutas transgressoras, além de claramente se dedicar à previsão de condutas violadoras de direitos patrimoniais dos titulares dos direitos autorais, deixando de lado os direitos morais e demais interesses dos autores propriamente ditos. Tais desacertos trazem conseqüências danosas tanto para o equilíbrio do sistema penal quanto para a aplicação concreta da norma ao fato criminoso.

Nesse passo, criticou-se a previsão normativa contida no *caput* do artigo 184, em termos de oportunidade, porque a incriminação genérica de toda a esfera do Direito de

Autor degenera a finalidade do Direito Penal e, em termos de legalidade, porque carece da determinação, fundamental ao tipo incriminador, visto que não descreve minimamente a conduta típica, de modo a permitir ao destinatário da norma orientar a sua conduta.

Indiscutível no atual estágio da Ciência Penal que a tipificação indiscriminada e nivelada de todas as condutas infratoras dos direitos descritos na Lei Civil é inadmissível, haja vista os princípios da seletividade, da fragmentariedade e da *ultima ratio*. Ao possuir as consequências mais gravosas do ordenamento jurídico, limitadoras da liberdade individual, o Direito Penal deverá reagir somente àquelas condutas que atentem de forma intolerável e intransigente aos bens jurídicos mais fundamentais. Deverá, destarte, reprimir os comportamentos que apresentem uma especial gravidade dentre aqueles lesionadores do bem jurídico.

No tocante à remissão à norma extrapenal e à suposta indeterminação do conteúdo do aludido artigo, considerou-se inapropriada as críticas feitas, uma vez que o tipo se trata de uma norma penal em branco, e a plena exequibilidade da norma depende da definição das elementares feita pela Lei n.º 9.610/1998, na qual estão definidos o conteúdo e a extensão dos direitos autorais. A remissão à Lei Civil é, destarte, imperiosa para a compreensão do alcance e do conteúdo dos direitos autorais, assim como em qualquer outra norma penal em branco. A penetração de conteúdos de distintos ramos do Direito na esfera penal é conveniente à coerência do ordenamento jurídico como um todo e traz segurança jurídica ao garantir a consistência e unidade aos institutos.

Portanto, o afastamento da aplicação da norma aos casos concretos revela-se muito mais relacionado a questões político-sociais do que constitucionais-penais. Embora se reconheça a exclusividade na exploração dos direitos de reprodução pelas grandes corporações e os altos preços dos produtos protegidos por direitos autorais, tais argumentos não são legítimos para fundamentar uma suposta declaração de inconstitucionalidade do artigo 184. O eventual descontentamento com políticas neoliberais nas quais o Estado concede ao mercado a regulação social não é apto para justificar a realização de justiça social nos casos concretos.

Por outro lado, ponderou-se que há na legislação penal brasileira uma excessiva e generalizada valorização do bem jurídico patrimônio, ocasionando a propagação hipertrófica dos tipos e a previsão de punições elevadas. Tal cenário induz à sobreposição de tipificações e desproporcionalidades no ordenamento, pois, a despeito de ser bastante comum no Brasil, a criação de hipóteses típicas demasiadamente circunscritas e casuísticas acarreta graves problemas de harmonia e racionalidade ao sistema penal.

Além disso, percebeu-se uma diminuta valoração dos direitos morais de autor, cuja tutela se encontra quase que omissa no *caput* do artigo 184. Ao mesmo tempo em que o legislador supervaloriza os crimes contra os direitos patrimoniais dos titulares, ele estende na idêntica medida a tutela penal aos direitos conexos, em uma clara resposta às pressões da indústria. Como resultado, as leis protecionistas que deveriam resguardar os interesses dos autores como seres criadores se mostram muitas das vezes ambíguas, pois protegem, na realidade, os interesses dos adquirentes dos direitos autorais, o que nem sempre coincide com os interesses dos autores ou da sociedade em geral. Como consequência, o Direito hodierno vai se distanciando gradualmente dos fundamentos da tutela autoral – qual seja a proteção do autor enquanto ser criador –, tornando a tutela penal inócua e ilegítima em seu fim.

Isso não significa que os direitos patrimoniais de autor não mereçam o amparo penal porque fundamentados no direito à propriedade. Se assim o fosse, poder-se-ia afirmar que todo o Título anterior do Código Penal, que trata dos delitos contra o patrimônio, não seria digno da tutela penal. Além disso, levando-se em conta o ordenamento jurídico vigente, tal assertiva é insustentável, pois, embora seja possível para fins didáticos e científicos o desmembramento das prerrogativas autorais em patrimoniais e morais, tal bipartição não parece viável para fins de análise do bem jurídico e de sua eventual dignidade penal.

Resiste, assim, a necessidade de se punirem certas condutas dolosas – atentem elas contra os direitos de cunho moral, patrimonial ou ambos –, considerando ainda que crimes como a violação de direitos autorais se agravaram com o advento da tecnologia moderna. Ratificou-se, no entanto, que o sistema penal deve estar limitado às situações que verdadeiramente afetem ou coloquem em evidente perigo os direitos dos autores e que a

legislação penal tipifique satisfatoriamente essas condutas como criminosas. Do mesmo modo, o sistema penal deve hierarquizar os direitos intelectuais no sentido de atribuir-lhes os valores sociais, econômicos, materiais e espirituais que lhes tenham sido dados pelos ordenamentos jurídicos internacionais, constitucionais e legislativos especiais.

Da maneira como se encontra hoje desenhada, a tutela penal autoral evidencia um Direito Penal essencialmente econômico, o que acarreta em uma legitimidade relativa, com as mesmas ressalvas que tal Direito provoca em outras esferas. A legislação precisa, então, criar uma abertura necessária para que a prática da administração da justiça permita, em algumas situações nas quais o castigo penal resulte desproporcional ou ineficaz, minimizá-lo, substituí-lo ou, inclusive, afastá-lo.

Para tanto, em relação à tutela penal dos direitos autorais de caráter moral, propõe-se um redesenho da norma para que se prevejam pormenorizadamente as condutas consideradas de maior gravidade, graduando-lhes as penas de acordo com a sua reprovabilidade, em vista da lesão ao bem jurídico, bem como para que se descriminalizem as condutas que possam ser eficientemente tuteladas por outros ramos do Direito.

No que tange à excessiva criminalização dos delitos patrimoniais, sugeriu-se um redimensionamento das normas em âmbito legislativo e judicial, alinhando os discursos no sentido de aplacar as respostas punitivas e reduzir as hipóteses de tipificação. As restrições dos conteúdos típicos podem ser feitas em âmbito legislativo, com a alteração do texto legal, e em âmbito judicial, por meio de ferramentas de interpretação e instrumentos processuais que restrinjam a criminalização aos casos de efetivos e significativos prejuízos patrimoniais.

Além disso, dentre o rol das penas abstratamente previstas pelo artigo 184 propõe-se, ademais da pena restritiva de liberdade, a cominação de penas pecuniárias e restritivas de direitos, ainda que alternativamente – a exemplo do *caput*. Incumbiria, desse modo, ao magistrado a adoção da sanção mais adequada ao caso concreto, de acordo com suas peculiaridades e em obediência ao princípio da *ultima ratio*.

Apresentou-se, por fim, a ideia de uma política criminal de mediação, por meio da qual se busca o restabelecimento das condições da vítima ou, quando não seja possível, a reparação das perdas. Além disso, defendeu-se a admissão de responsabilidade e, quiçá, de arrependimento pelo infrator. Com o compartilhamento da responsabilidade da resolução de conflitos penais entre o Estado e as partes, caminha-se para um Direito Penal com características mais humanitárias e soluções mais satisfatórias aos interesses das vítimas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

———; GOMES, Franklin B. *Medidas judiciais penais*. In: ———. *Direitos de autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014. pp. 394-408.

AKESTER, Patrícia. *Direito de autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*. Coimbra: Almedina, 2013.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Los límites del derecho subjetivo y del derecho de autor (Los “usos honrados”, el “fair use” y el “ius usus innocui”. El supuesto de abuso del derecho a la no divulgación de la obra)*. Biblioteca IIDA – Boletín de junio de 2006. Disponível em: <<http://www.iidautor.org/documents/doctrina/2006/antequera.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

———. *Derecho de Autor Regional – DAR*. Jurisprudência. Centro Regional para el Fomento del Libro CERLALC, Bogotá, 2007. Disponível em: <www.cerlalc.org>. Acesso em: 15 mai. 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito penal de autor*. In: ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de (Coord.). *Estudo em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. pp. 457-505.

———. *O direito autoral numa perspectiva de reforma*. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Estudos de direito de autor e a revisão da Lei de Direitos Autorais*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2010. pp. 15-54.

———. *Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual*. In: SANTOS, Manuel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 9-44.

———. *Direito civil, direito de autor e direitos conexos*. 1. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

BARBOSA, Denis Borges. *Bases constitucionais da propriedade intelectual: uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp. 75-117.

———. *Aplicação do acordo TRIPS à luz do Direito Internacional e do Direito Interno. As patentes concedidas na vigência da Lei 5.772/71 jamais tiveram seu prazo prorrogado*. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, n. 33, p. 47-93, set.-dez. 2005.

———. *Revista Propiedad Intelectual*, Mérida-Venezuela, año XI, n. 15, ene.-dic. 2012.

———; BARBOSA, Ana Beatriz Nunes. *Direitos autorais e TRIPS*. In: WACHOWICZ, Marcos; MORENO, Guillermo Palao (Org.). *Propriedade intelectual: inovação e conhecimento*. Curitiba: Juruá, 2010. pp. 111-140.

BARRETO, Tobias. *O que se deve entender por direito autoral. Estudos de direito*. Sergipe: Edição do Estado do Sergipe, 1926. (Obras completas, v. 2.)

BASSO, Maristela. *Os fundamentos atuais do direito internacional da propriedade intelectual*. Revista do Centro de Estudos Judiciários – R. CEJ, Brasília, n. 21, pp. 16-30, abr.-jun. 2003.

———. *As exceções e limitações aos direitos de autor e a observância da regra do teste dos três passos (three step test)*. In: PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: RT, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual*. Revista Liberdades, n. 1, maio-ago. 2009. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/pdf/01/artigo1.pdf>>. Acesso em: 1.º jun. 2012.

———. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. *Apontamentos sobre a nova Lei Brasileira de Direitos Autorais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 139, pp. 231-233, jul.-set. 1998.

———. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. *Código Penal* (1940). Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

———. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *MSC 1349/1996*. Encaminhada ao Congresso Nacional o Projeto de Lei que “Dá nova redação aos §§ 1.º e 3.º do art. 184 e ao art. 186 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e acrescenta parágrafos ao art. 525 do Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal” (Transformada no PL 2681/1996). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=24714&ord=1>>. Acesso em: 2 abr. 2014.

———. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

———. *Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 maio 1995.

———. *Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 set. 1995.

———. *Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 fev. 1998.

———. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 3.331/2012*. Altera a Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=963052&filenome=PL+3133/2012>. Acesso em: 28 abr. 2014.

———. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *CPI da Pirataria – Relatório Final*, 9 jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentardeinquerito/52legislatura/cpipirat/relatoriofinal.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

———. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual – CNCP. *Relatório Brasil Original*. 2 dez. 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B1450A8F5%2D90F9%2D4EE7%2DB58C%2D36EA406FD360%7D>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

———. Senado Federal. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar supostas irregularidades praticadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – Ecad*. Abr. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=106951>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

———. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão. Recurso Especial n.º 1.193.196/MG*, 6.^a Turma. Recurso especial representativo de controvérsia. Penal. Ofensa ao art. 184, § 2.º, do CP. Ocorrência. Venda de CDs e DVDs “piratas”. Alegada atipicidade da conduta. Princípio da adequação social. Inaplicabilidade. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 04.12.2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/>>

mediado/?componente=ITA&sequencial=1181913&num_registro=201000840495&data=20121204&formato=PDF>. Acesso em: 2 dez. 2013.

———. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 502*. Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2.º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas. Terceira Seção, *DJe* 28.10.2013. *RSTJ* vol. 232, p. 750. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=1&i=14>>. Acesso em: 2 dez. 2013.

BURCHARD, Christoph. *O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha*. Fabíola Girão de Monteconrado (Trad.). In: AMBOS, Kai; BOHM, María Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. pp. 29-51.

CARBONI, Guilherme. *Direito do autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

———. *Limitações de direitos autorais*. 2008. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wpcontent/uploads/2008/09/apresentacao_guilherme_carboni_mesa2.pdf>. Acesso em: 1.º nov. 2012.

———. *Os desafios do direito de autor na tecnologia digital e a busca do equilíbrio entre interesses individuais e sociais*. Revista Juris, Faculdade de Direito da FAAP, São Paulo, ano 1, 2009. Disponível em: <www.gcarboni.com.br/pdf/G5.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

———. *Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CHAVES, Antonio. *Criador na obra intelectual: direito de autor – natureza, importância e evolução*. São Paulo: LTr, 1995.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4815 (biografias não autorizadas)*. Apresentação na Audiência Pública realizada no dia 21 de novembro de 2013, no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/apresentacao-silmara-chinellato-stf.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 4.

ESTADOS UNIDOS. *United States Copyright Office*. Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code (1976). Disponível em: <<http://copyright.gov/title17/circ92.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2013.

FRAGOSO, João Henrique da R.. *Direito Autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.

FUJI, Alessandra Hirano. O conceito de lucro econômico no âmbito da contabilidade aplicada. *Revista Contabilidade & Finanças*, USP – São Paulo, n. 36, pp. 74-86, set.-dez. 2004.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente E. Delitos contra los derechos de autor. In: BARRETO, Hernando (Ed.). *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

GOMES, Mariângela Gama de M. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal: parte especial*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. v. 2.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

———. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*. In: HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* María Martín Lorenzo; Mirja Feldmann (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

LEDESMA, Julio C. *Derecho penal intelectual: obras y producciones literarias, artísticas y científicas*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002.

LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco; Cerlalc; Zabalia, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *La relación de merecimiento de pena y de la necesidad de pena en la estructura del delito*. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995. pp. 115-180.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. *El derecho moral a la integridad de la obra: Comentarios a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 17 de febrero de 1996*. Consejo General del Poder Judicial. Revista del Poder Judicial, n. 43-44 (II), 2.^a/3.^a época, pp. 483-500, 1996.

MARTÍNEZ RINCONES. José F. *La observancia de los derechos de propiedad intelectual desde la perspectiva del derecho penal*. Revista CENIPEC, pp. 43-71, 2 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/23547/1/articulo3.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2014.

MAZUR, Maurício. *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas. 2012, pp. 24-64.

MCCREEVY, Charlie. *European Commissioner for Internal Market and Services, Conference on Counterfeiting and Piracy, Brussels*, 2008.

MENÉDEZ DE LUARCA, Miguel C. *Delitos contra el patrimonio*. Madrid: La Ley, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Elisa Gattás F. do. *A responsabilidade penal pelo compartilhamento de músicas na internet por meio das redes descentralizadas*. In: ZANETTI, Andrea Cristina; FEFERBAUM, Marina (Org.). *Direito dos negócios em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 287-312.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

———. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

OLARTE COLLAZOS, Jorge Mario; ROJAS CHAVARRO, Miguel Angelo. *La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal*. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Ministerio del Interior y de Justicia. Colômbia, 2010. Disponível em: <<http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/11769/La+proteccion+del+derecho+de+autor+y+los+derechos+conexos+en+el+ambito+penal+se+p+15+de+2010.pdf/75686fc1-c9be-4dc3-b1d5-efcd5f4be949>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

OSÓRIO MORENO, César Alejandro. *¿Es legítima la protección penal de los derechos morales de autor?* Opinión Jurídica, Medellín, Colombia, v. 9, n. 18, pp. 143-158, Jul.-Dic. 2010.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Mediação como solução penal alternativa*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 54, jun. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2785>. Acesso em: 20 out. 2014.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

———. *Comentários ao Código Penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2012.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

———. *Limites à liberdade de expressão*. In: BECHARA, Ana Elisa (Coord.). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 81, pp. 61- 91, nov.-dez. 2009.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. 1.^a reimpressão. Francisco Muñoz Conde (Trad.). Buenos Aires: Hammurab, 2002.

———. *Derecho penal – parte general: fundamentos. A estrutura da teoria do delito*. Diego-Manuel Luzón Pena et al. (Trad.). 2. ed. Madrid: Civitas, 2003. t. I.

———. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (Org. e Trad.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. 2013. 352f. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SCHNEIDER, Marius; VRINS, Olivier. *The Magnitude and the Economic and the Social Consequences of Counterfeiting and Piracy*. In: SCHNEIDER, Marius; VRINS, Olivier

(Ed.). *Enforcement of Intellectual Property Rights Through Border Measures*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 3-25.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como Punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los Tipos Penales y de su Interpretación*. In: HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. María Martín Lorenzo e Mirja Feldmann (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 06 dez. 2014.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual no novo Código Civil brasileiro*. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Org.). *Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. pp. 485-510.

———. *Direito autoral: princípios e limitações*. Revista de Direito Empresarial, v. 12, pp. 11-22, 29 jan. 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIANNA, Túlio Lima. *A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 95, n. 844, pp. 443-456, fev. 2006.

VON HIRSCH, Andrew. *Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?*. Helena Regina Lobo da Costa (Trad.). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 67, jul.-ago. 2007.

WACHOWICZ, Marcos. *Revisão da Lei Brasileira de Direitos Autorais*. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Estudos de direito de autor e a revisão da Lei de Direitos Autorais*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2010. pp. 73-101.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Afonso Celso Rezende (Trad.). Campinas: Romana, 2003.

WUNDERLICH, Alexandre. *Dos crimes contra a propriedade intelectual*. In: REALE JR., Miguel (Coord.). *Direito penal: jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. v. 2, pp. 87-146.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

———; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva*. Porto Alegre: Fabris, 2002.