



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

(I) LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA  
PROPRIEDADE INTELECTUAL

Giulia Ribeiro de Castro Morschbacker

Rio de Janeiro  
2019

GIULIA RIBEIRO DE CASTRO MORSCHBACKER

(I)LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA  
PROPRIEDADE INTELECTUAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

## (I)LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Giulia Ribeiro de Castro Morschbacker

Graduada pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas/Ibmec RJ. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Emerj.

**Resumo**– A crescente importância econômica de bens imateriais demanda que o Estado intervenha economicamente para sua própria proteção. Faz-se uma análise do atual sistema de propriedade intelectual e de que forma o modelo atual se relaciona para o acesso ao conhecimento. Questiona-se a proteção penal como moldura mais adequada para proteger direitos de propriedade intelectual, sob o viés dos princípios constitucionais que limitam o poder punitivo estatal. Propõe-se uma reflexão acerca da legitimidade da intervenção estatal na esfera criminal para regular os direitos de propriedade intelectual.

**Palavras-chave** – Direito Empresarial. Propriedade Intelectual. Direito Penal. Estado Mínimo.

**Sumário**–Introdução.1. A ficção jurídica da propriedade intelectual: origem histórica e política. 2.Análise dos princípios constitucionais penais limitadores do *ius puniendi* estatal. 3.Abordagem acerca da repressão penal nos crimes de propriedade intelectual.Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A proteção jurídica da propriedade intelectual remonta de capítulo relativamente recente da história da humanidade. De forma a estimular a inventividade, pactuou-se por meio de uma ficção jurídica conceder direito de exclusividade a bens incorpóreos: as criações advindas do intelecto.

De maneira suplementar, a fim de coibir condutas que violem essa exclusividade artificial, entendeu-se por necessária a cominação de sanções não só na esfera civil, mas também na esfera criminal. Especialmente no ordenamento brasileiro, essas sanções ganharam força ante a imposição de países desenvolvidos para a observância a padrões mínimos de proteção.

No Brasil, mormente em razão do limite orçamentário e da falência do sistema penitenciário, dificilmente se pode arcar com os custos de proteger penalmente direitos de propriedade intelectual. Ademais, as condutas violadoras de direitos da propriedade intelectual estão devidamente coibidas na esfera civil.

O ser humano é uma espécie gregária que como forma de sobrevivência necessita viver em compartilhamento de ideias e experiências. Verifica-se, ademais, que o desenvolvimento foi possibilitado por meio do acesso ao conhecimento.

Diante desse contexto, a pesquisa tem como enfoque a discussão acerca dos limites da repressão penal às condutas que violem direitos de propriedade intelectual. Assim, objetiva-se verificar se há legitimidade na intervenção estatal no exercício de seu *ius puniendi* de forma a reprimir o acesso ao conhecimento.

Da mesma forma, analisa-se o panorama atual da sociedade de informação e de que modo está em evidência o reforço para a repressão criminal dos crimes de propriedade intelectual.

Nesse sentido, a origem histórica e política dos Direitos da Propriedade Intelectual foi prestigiada no primeiro capítulo. Por meio dessa abordagem mostra-se relevante perquirir de que forma a repressão penal surgiu. Especificamente, procura demonstrar como cenário global se formou no desenvolvimento criações intelectuais no Brasil.

No segundo capítulo, é realizada uma análise se há observância dos princípios constitucionais controladores do exercício do *ius puniendi* estatal ao criminalizar condutas que ofendam direitos de propriedade intelectual. Pretende-se indagar se a repressão penal nos moldes atuais vai ao encontro do ideal estabelecido na Constituição de Direito Penal mínimo e garantista.

Por fim, no terceiro capítulo, pretende-se demonstrar se há legitimidade da repressão penal ante os direitos de propriedade intelectual, tendo em vista que o Estado deveria intervir na liberdade individual somente para a proteção de um bem jurídico relevante.

Por isso, busca-se verificar se há um bem jurídico delimitado que corrobore a tipificação penal de direitos da propriedade intelectual. É realizada uma análise crítica acerca das vantagens que a repressão possibilita para a sociedade brasileira.

A pesquisa será desenvolvida por meio do método dialético, no sentido de analisar o vigente sistema de proteção penal da propriedade intelectual, demonstrando sua evolução e contestando argumentativamente sua viabilidade.

Para tanto, a fim de abordar de forma qualitativa o objeto desta pesquisa, faz-se uso da pesquisa bibliográfica por meio de fichamentos a consultas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais.

## 1. A FICÇÃO JURÍDICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: ORIGEM HISTÓRICA E POLÍTICA

A propriedade nada mais é do que uma ficção jurídica, a qual encontra-se garantida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXII<sup>1</sup>. Para Drahos<sup>2</sup>, a regulação sobre a propriedade é fundamental para a soberania estatal, pois é por meio dela que o Estado consegue planejar o seu desenvolvimento.

De início, o direito de exclusividade recai sobre bens corpóreos. Somente após ganharem repercussão econômica é que se pauta a necessidade de amparar o direito a exclusividade sobre bens incorpóreos.

Dentre as diferenças entre bens corpóreos e incorpóreos, há uma característica que não se encontra presente nos incorpóreos e que ressalta ainda mais a ficção que permeia a sua proteção: a escassez. Por isso, para proteger o titular de bens incorpóreos, de forma a fomentar a criatividade, é preciso a proteção jurídica.

Um dos idealistas ao livre acesso ao conhecimento foi Alberto Santos Dumont e assim nunca demonstrou a pretensão de patentear seus inventos<sup>3</sup>. Todavia, é possível verificar que esse fato talvez tenha contribuído para uma limitação de seu devido reconhecimento internacional.

Denis Borges Barbosa<sup>4</sup> ensina que para a proteção de exclusividade desses bens incorpóreos convencionou chamar de Propriedade Intelectual. Por Propriedade Intelectual há que se dividir em Propriedade Intelectual em sentido estrito e Propriedade Industrial.

A Propriedade Industrial envolve a proteção de produções intelectuais do domínio industrial, como marcas, patentes e desenho industrial. Já a Propriedade Intelectual em sentido estrito seria a criação do intelecto humano na forma literária, artística ou científica.

Em razão disso, convém abordar a trajetória histórica e política, dividida em três períodos, de acordo com Drahos<sup>5</sup>, até os moldes atuais.

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 27 mar. 2019.

<sup>2</sup>DRAHOS, Peter. Thinking strategically about intellectual property rights. *Telecommunications Policy*, v. 21, n. 3, 1997. p. 201.

<sup>3</sup>NAPOLÉÃO, Aluízio. *Santos-Dumont e a conquista do ar*. Disponível em: <<https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/67/1/295%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2019. p. 83.

<sup>4</sup>BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. 2. ed p.23

<sup>5</sup>DRAHOS, op. cit., p. 201

De acordo com Denis Borges Barbosa<sup>6</sup>, o Renascimento é o marco histórico de “aceleração do processo informacional e o desenvolvimento da economia industrial”. Nesse primeiro período há a concessão de privilégios por meio de cartas patentes como incentivo ao tempo e dinheiro gastos na função criativa.

Com período de desenvolvimento tecnológico a partir da Revolução Industrial, é que surgiu a necessidade da criação de um sistema de proteção das criações intelectuais, de forma a incentivar da mesma forma a troca de tecnologias. Trata-se do período territorial, em que os países possuíam soberania para normatizarem de forma que bem entendessem os direitos de propriedade intelectual dentro de seu território, estando ausente a proteção internacional.

O segundo, o período internacional, ocorreu no final do século XIX, ficou caracterizado com o advento de dois atos multilaterais: a Convenção da União de Paris e a Convenção da União de Berna. Nesse período os países signatários, a fim expandir seus mercados e a criar a ordem liberal ao adotar padrões mínimos de proteção de propriedade intelectual.

Os princípios, regras e procedimentos convencionados nesse sistema orientam os países, segundo Gandelman,<sup>7</sup> a adotar uma certa proteção para estimular a criatividade e possibilitar a transferência de conhecimento.

Posteriormente no século XX, ainda no ao segundo período, houve a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). A OMPI é a organização de modo a integrar e harmonizar a legislação nos países soberanos relativa aos direitos de propriedade intelectual

Por fim, o período global está pautado no Acordo *TRIPS*, negociado na OMC. No Brasil, o Acordo *TRIPS* foi ratificado pelo Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994<sup>8</sup>.

Com o Acordo *TRIPS* observa-se um enfraquecimento da soberania dos países, em razão de uma maior restrição dos direitos de propriedade intelectual relacionada. O diferencial do *TRIPS* está no recurso de impor medidas coercitivas no comércio internacional, a fim de garantir a adoção pelos países da OMC de padrões mínimos de proteção dos direitos de propriedade intelectual.

---

<sup>6</sup>BARBOSA, op. cit., p. 30

<sup>7</sup>GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global: o regime internacional da propriedade intelectual da sua formação às regras de comércio atuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 233.

<sup>8</sup>BRASIL. *Decreto nº 1.355*, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm)> Acesso em: 27 mar. 2019.

Com o risco de sofrer sanções comerciais internacionais, há pressão externa para que Brasil elabore regras de proteção, bem como estratégias para conter práticas vedadas. Justamente na década de 1990 é possível observar ações governamentais em campanhas midiáticas para coibir atos como pirataria.

Esse movimento que moldou o sistema atual de propriedade intelectual pode ser observado no uso do termo pirataria”, propositalmente pejorativo, associando as condutas ao roubo. Por isso, é nessa época que se observa uma maior repressão criminal aos delitos de propriedade intelectual.

De início houve resistência dos países para aplicar uma proteção mais severa à propriedade intelectual, pois, para muitos, segundo Drahos<sup>9</sup> transmitia a uma noção de recolonização ou de imperialismo econômico. Somente após os Estados Unidos usarem de sanções unilaterais por meio de seu poder de barganha foi possível a imposição desse novo sistema.

Por meio da emenda ao *Trade Act* de 1974, a Seção 301, foi possível retaliação comercial por parte dos Estados Unidos a países que não adotassem uma moldura legal adequada de proteção aos direitos de propriedade intelectual. O que se observa é que o sistema de proteção de propriedade intelectual nesse terceiro momento resultou de imposição de multinacionais, sendo apontado com críticas diversas, no sentido de privilegiar basicamente os países desenvolvidos, de acordo com Jiang<sup>10</sup>.

Não há como negar que com o acesso facilitado ao conhecimento, foi possível que países se desenvolvessem de maneira mais rápida. Hoje os países tidos como desenvolvidos somente possibilitaram seu desenvolvimento após inicialmente violaram os direitos de propriedade intelectual de outros países.

De acordo com Chang<sup>11</sup>, ao pressionarem por padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual, os países desenvolvidos “chutaram a escada” do desenvolvimento. Fato este que se confirma na maior proporção patentes pertencentes aos países desenvolvidos.

---

<sup>9</sup>DRAHOS, Peter. *Global Property Rights in Information: the story of TRIPS at GATT*. Prometheus, v. 13, No. 1, 1995. p. 8.

<sup>10</sup>JIANG, Feifei. The Problem with Patentes. *Harvard International Review*; Fall 2008, v. 30 Issue 3, p. 31

<sup>11</sup>CHANG, Ha-Joon. *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in historical Perspective*. London: Anthem Press, 2002. p. 129.

Com a entrada do Brasil na OCDE, a tendência será de prejudicar ainda mais o processo de desenvolvimento, uma vez que o Brasil não contará mais com o tratamento diferenciado nas negociações, devendo ajustar a legislação para a entrada ao “clube dos países ricos”<sup>12</sup>.

Assim, o que se depreende do cenário atual é que, segundo Ido, a “Propriedade Intelectual torna-se eminentemente um assunto de mercadorias, de “economia”, e não de proteção e valorização das invenções e criações artísticas e literárias, como – ao menos supostamente – eram em sua origem”<sup>13</sup>.

O acesso a conhecimento está em compasso com o desenvolvimento econômico do país, porém são necessários padrões mínimos para o estímulo dos reais titulares das criações: os autores e inventores, especialmente na atual sociedade de informação.

Segundo Dowbor<sup>14</sup>, “A tecnologia torna os bens culturais cada vez mais acessíveis, enquanto as leis, por pressão organizada dos intermediários, evoluem simetricamente para cada vez mais dificultar o acesso”.

Cada vez mais a sociedade se depara a tecnologias disruptivas, as quais empoderam o indivíduo, conectando-o com o coletivo, porém são reiteradamente distribuídos obstáculos em prol de interesses de alguns privilegiados.

Portanto, é possível observar que o atual regime internacional de direitos de propriedade intelectual desenvolveu-se de maneira a favorecer os países desenvolvidos, não existindo respeito às especificidades e aos interesses dos países em desenvolvimento.

Em razão disso, é um sistema que não se mostra adequado ao estímulo das criações intelectuais do Brasil, muito menos viável mostra-se a repressão na esfera penal dos direitos de propriedade intelectual.

Dessa forma, passa-se a seguir para verificação se há observância dos princípios constitucionais garantidores ante ao exercício do *ius puniendi* estatal na atuação legislativa de criminalizar condutas que ofendem a propriedade intelectual.

---

<sup>12</sup>PASSARINHO, Nathalia. *O que o Brasil perde e ganha se entrar na OCDE, o ‘clube dos países ricos’*. BBC News Brasil, Londres, 15jan. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51121488>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

<sup>13</sup>IDO, Vitor Henrique Pinto. *Conhecimentos Tradicionais na Economia Global*. 2017. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 60.

<sup>14</sup>DOWBOR, op. cit., p. 11.



## 2. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS LIMITADORES DO *IUS PUNIENDI* ESTATAL

Indubitavelmente, a repressão penal figura como a forma mais drástica de intervenção na esfera privada. O cenário atual do sistema prisional ressalta ineficiência do aspecto ressocializador da pena, sobretudo no estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, em que se foi reconhecida a falência da política pública carcerária.

Em razão disso, a discussão acerca da limitação do poder punitivo do Estado é salutar. Por isso, faz-se necessária uma análise dos princípios limitadores do Estado frente a repressão penal dos direitos de propriedade intelectual.

A ideia de intervenção mínima Estatal surgiu com a Declaração Universal de Direitos do Homem, sendo princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro. Desse princípio é possível extrair três importantes subprincípios: fragmentariedade, subsidiariedade e adequação social.

Pelo princípio da fragmentariedade entende-se o Direito Penal deve ser usado para coibir o menor número de condutas possíveis, a fim de proteger os bens jurídicos mais essenciais à vida em sociedade. Assim, o Estado não estaria autorizado a tolher o direito individual de liberdade em toda e qualquer situação, devendo se ater a uma pequena parcela da imensa gama de atos ilícitos existentes.

Já pelo princípio da subsidiariedade entende-se que a tipificação penal somente se justifica caso não haja outro meio de resguardar o bem jurídico em questão. Assim, se as demais esferas se mostrarem insuficientes à proteção, poderá ser o Direito Penal usado como forma de controle social.

Nesse viés, leciona Claus Roxin<sup>15</sup> que “somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada.”

Da mesma forma, há que se destacar princípio da lesividade, por meio do qual o Estado está legitimado a punir apenas comportamentos que afetem bens jurídicos de terceiros, constituindo um direito penal do fato.

---

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986. p. 28.

Não cabe ao Estado Democrático de Direito punir comportamentos que lesionem a moral, ou condutas de autolesão consciente. Deve o Estado, então, ser pluralista, de modo a intervir na esfera privada somente para manter a coesão social.

Ainda há o princípio da legalidade, em que garante ao indivíduo que o Estado não pode punir o fato se a ele não for descrito como crime e não for cominada uma sanção. Desse princípio, decorrem outros três: o princípio da tipicidade, o princípio da anterioridade e o princípio da taxatividade.

Pelo princípio da tipicidade, somente lei sem sentido formal poderá criminalizar condutas. O princípio da taxatividade determina deve existir precisão na lei, não podendo ser de modo abstrata a fim de que o interprete realize o mais restritivamente a interpretação sobre o tipo.

Finalmente, como decorrência da intervenção mínima, há o princípio da adequação social. Por esse princípio entende-se que não deve considerar uma conduta materialmente típica se há aceitação pela sociedade.

Em decisão política, entendeu-se no Enunciado 502 da súmula do STJ<sup>16</sup> que não deve ser afastada a tipicidade material da conduta de vender CDs e DVDs piratas.

Ao analisar os artigos do título III do atual Código Penal, o qual trata dos crimes contra a propriedade intelectual, não é possível concluir acerca de efeito pedagógico da pena ali cominada. Pela redação, hoje é possível observar descaso da aplicação dos princípios constitucionais garantidores ante ao exercício do *ius puniendi* estatal na atuação legislativa de criminalizar condutas que ofendem a propriedade intelectual.

As condutas que violam direitos de propriedade intelectual são tipos penais abertos e muitas vezes usam da técnica da norma penal em branco. Para Tulio Viana<sup>17</sup>, a repressão criminal dos direitos de propriedade intelectual trata-se de um disparate jurídico o qual só se mantém diante das pressões políticas do sistema de propriedade intelectual.

Nesses termos tipificar não se coaduna com o princípio de intervenção mínima, possuindo tão-somente como fim garantir o monopólio de quem detém os suportes materiais. Assim a criminalização da pirataria digital tem com única função garantir à “indústria cultural”.

---

<sup>16</sup>CONJUR. *STJ edita Súmula 502 e consolida posição sobre pirataria*. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 1 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-01/stj-edita-sumula-afastar-adequacao-social-casos-pirataria>>. Acesso em: 21 out. 2019.

<sup>17</sup>VIANNA, Tulio Lima. A ideologia da propriedade intelectual (a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, p. 17. abr. 2005.

Para Túlio Vianna, o Direito Penal é utilizado como simulacro para garantir monopólio de determinado grupo, ao regular o mercado.

Além disso, o apanhado de condutas no Código Penal no mesmo título é de maneira impreciso que não se coaduna com a ideia de taxatividade do tipo penal.

De modo igual, é possível verificar no anteprojeto do Novo Código Penal que a tendência é a de agravar as penas de condutas que violem direitos de propriedade intelectual. É factível que a legislação penal brasileira precisa ser atualizada. Todavia, não deve ser no sentido de se abarcar novos tipos penais, nem no sentido de aumentar drasticamente as penas, desprovido de qualquer critério.

De maneira reflexa, tipificar crimes de propriedade intelectual viola outro princípio de vedação a prisão civil. Conforme Tulio Viana<sup>18</sup> ensina, trata-se de tipos penais que decorrentes de exclusivamente de natureza obrigatória. Diferente do que ocorre nos crimes que protegem o patrimônio em que há proteção jurídica aos direitos morais violados da vítima.

O temor da sociedade frequente por cada vez mais que sejam atendidas normas que privilegiem a segurança pública justifica a adoção de políticas o expansionismo do Direito Penal.

Contudo, parece um contrassenso a legislação penalista persistir ao dar primazia a propriedade privada em detrimento de outros bens jurídicos mais importantes. Na visão de Lênio Streck<sup>19</sup>, o velho Código Penal permanece punindo de forma mais severa os crimes interindividuais em relação aos crimes metaindividuais.

De acordo com Ladislau Dowbor<sup>20</sup> “restringir o acesso ao conhecimento e criminalizar os que dele fazem uso não faz o mínimo sentido”, sendo certo que nem ao menos os titulares da propriedade intelectual se privilegiam com a punição penal. Trata-se de uma proteção direcionada a quem detém o monopólio.

A sociedade de informação atual demonstra que o titular de bem imaterial não necessita do suporte material para seu devido reconhecimento. Hoje verifica-se o poder das mais variadas plataformas digitais, em que qualquer um consegue transmitir seus conhecimentos, expandindo sua clientela e reconhecimento profissional a patamares que antes não eram possíveis.

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 18 e 19.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-08/senso-incomum-juiz-nao-gestor-nem-gerente-juiz-julgar-bem>> Acesso em: 7 set. 2019.

<sup>20</sup> DOWBOR, op. cit., p. 9.

A faceta de expansão do Direito Penal deve distanciar da ideia de óbice ao acesso ao conhecimento. O legislador antes de penalizar o acesso ao conhecimento, deve observar se há algum retorno à sociedade.

Sendo assim, questiona-se se há legitimidade em reprimir penalmente condutas que violem direitos da propriedade intelectual. Faz-se mister verificar se na prática o tipo penal protege o bem jurídico da propriedade intelectual, ou se constitui em verdadeiro entrave a produção e difusão de cultura e inovações.

### 3. ABORDAGEM ACERCA DA REPRESSÃO PENAL NOS CRIMES DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ante o exposto anteriormente, parte-se da concepção de um Direito Penal liberal, a qual dá primazia, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt<sup>21</sup>, à proteção de bens jurídicos fundamentais. Distingue-se da concepção adotada em Estados totalitários, em que não há limitação para a intervenção estatal na liberdade individual.

Para que se possa falar em Estado Democrático de Direito há que se falar na proteção dos bens jurídicos consagrados como fundamentais pela sociedade. Por isso, não é possível cogitar sobre legitimidade e eficiência se não a proteção não está adstrito a um bem jurídico para garantir a paz social.<sup>22</sup>

A tipificação do crime de direito autoral no art. 184 do Código Penal<sup>23</sup> somente ocorreu após a publicação da Lei nº 6.835, de 17 de dezembro de 1980. De acordo com Bitencourt<sup>24</sup>, tutela-se como bem jurídico em questão um complexo de direitos morais e patrimoniais advindos da produção intelectual.

Pela redação do *caput*, consta-se que o legislador optou por adotar a técnica da “norma penal em branco”. Isto é, será estabelecido no caso concreto pelo aplicador do direito se a conduta em questão se coaduna com a tida “violação de direito de autor”, por meio de conceitos estabelecidos no Direito de Propriedade Intelectual.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.6.

<sup>22</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 158-159

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>24</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 961.

<sup>25</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor: a nova estruturação penal no Brasil. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, v. 18, n. 71, p. 204

Já nos parágrafos subsequentes do art. 184 em questão, é possível observar que a pena é majorada em razão do especial fim de agir intuito de lucro. Inovação trazida após, que impossibilitou a suspensão condicional do processo.

De acordo com uma punição mais rígida ao crime de pirataria autoral está o posicionamento de Bitencourt<sup>26</sup>. Para o autor, o aumento de pena se justifica quando se constata o intuito de lucro na conduta praticada, visto que há um desestímulo ao que designou de “indústria do xerox.”

Todavia, faz-se necessária a diferenciação dos crimes em que o bem jurídico tutelado é o patrimônio, para os bens jurídicos dos tipos penais em questão.

Nos crimes tradicionalmente patrimoniais o bem físico deixa a esfera do titular, sendo requisito necessário para se consumir. Há claramente uma violação a um direito real com a inversão da posse.

Diferente do que ocorre com direitos da propriedade intelectual, em que o que há é mera violação de direito obrigacional, o que hoje é plenamente protegido pelo Direito Civil e Administrativo.

Cumprir destacar, que a justiça brasileira carece de especialização acerca da matéria de Propriedade Intelectual. Assim, não convém criminalizar condutas em que demandariam uma cognição profunda.

Sendo certo que tratam-se de condutas que não se mostram como injustas para a maioria da população a que justifique a sanção penal. É inerente ao ser humano o objetivo de viver em comunidade por meio de experiências.

Trata-se de instinto de sobrevivência humana a necessidade de viver em comunidade. Nesse sentido, a coerção não parece ser a solução de modo a estimular o acesso e a transferência de conhecimento.

Sobretudo com o advento da internet, em que ativos imateriais ganham relevância econômica, a intervenção do Estado é estratégica para proteger o direito de autor. Somente o mercado não se mostra eficiente para coibir certas práticas e regular que as contraprestações autorais estejam garantidas.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> BITENCOURT. op. cit., p. 970

<sup>27</sup> BRANCO, Sergio. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. *Sur, Rev. int. direitos human.* 2007, v.4, n.6, p. 126. Disponível em: <[http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es\\_a07v4n6.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a07v4n6.pdf)> Acesso em: 25 ago. 2019.

Todavia, importa questionar quando a conduta cerceada tratar acerca do uso não comercial da obra. De acordo com o art. 46 da Lei nº 9.610 de 1998<sup>28</sup>, não será violação de direito autoral o uso privado de modo a reproduzir de obra de terceiro em pequenos trechos.

O conceito “pequenos trechos” veio para se sobrepor ao conceito anterior que permitia a reprodução integral do uso sem fins lucrativos da obra. Ocorre que denota certa indeterminação que não se coaduna com a repressão penal.

É perceptível os entraves que estudantes brasileiros têm para efetuar ao menos uma cópia de um livro, mesmo quando a obra não está mais disponível para venda inclusive. Isto é, o medo da dita “indústria da xerox” prevalece sobre o acesso ao conhecimento.

Sérgio Branco<sup>29</sup> explica que a lei de direitos autorais brasileira é extremamente restritiva, em que não é possível realizar a cópia integral de uma obra sem autorização do titular. Empecilho que não ocorre na maioria dos outros países e acaba por prejudicar o desenvolvimento social econômico brasileiro.

É certo que o autor da obra, assim como o editor, precisa estar assegurado de sua contrapartida patrimonial. Porém, a realidade fática demonstra que quem está a desenvolver as leis repressivas não são os autores e a finalidade não é a de protegê-los.

Na realidade os interessados na limitação de acesso ao conhecimento são determinados setores de força política. Trata-se de grupos que pressionam sem se preocupar com uso para o desenvolvimento social, ou mais especificamente de seus criadores.<sup>30</sup>

É pautável que o interesse vem de modo manter os privilégios de alguns, de modo a produzir uma escassez de maneira artificial. Artificial pois hoje não faz sentido cobrar por um suporte físico se não há seu uso de fato.

Em razão disso, não é possível frear absolutamente o uso por terceiros. Nesse sentido, poderia vir a prejudicar o desenvolvimento social.<sup>31</sup>

É de conhecimento notório os baixos índices de educação que o Brasil possui, estando o acesso ao conhecimento reservado a uma pequena parcela da população que detém poder aquisitivo. Por isso é forçoso constatar a existência de um prejuízo patrimonial concretamente,

---

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> BRANCO, op. cit., p. 123.

<sup>30</sup> DOWBOR, op. cit., p. 20

<sup>31</sup> BRANCO, op. cit., p. 130.

pois os alunos em maioria não possuem dinheiro e da mesma forma não comprariam caso não houvesse.<sup>32</sup>

O fenômeno da transnacionalidade da internet demanda certo anseio pela expansão do Direito Penal. Porém, figura-se temerário o controle do acesso ao conhecimento. As ideias não necessitam mais de suporte material para circular na era da sociedade de informação. Não haveria violação propriamente ao patrimônio no aspecto material.

A inovação se forma de construção social, sendo certo que não há ideia que seja inteiramente nova. Por isso que, em razão de toda indeterminação presente no tipo, Túlio Viana critica que não há um bem jurídico delimitado.<sup>33</sup>

Conhecimento sempre esteve atrelado a desenvolvimento econômico e social. Vivemos em uma época de ápice do compartilhamento de ideias, em que devemos usar as plataformas digitais como aliadas na era da sociedade de informação

Nesse sentido é que mostra-se ilegítima a repressão penal para o uso educacional e científico sem fins lucrativos, devendo o Estado deixar para que a violação de propriedade intelectual seja punida nas outras esferas do Direito.

## CONCLUSÃO

Observa-se no contexto atual que os bens imateriais cada vez possuem maior relevância econômica frente aos bens materiais. Contudo, cercear condutas que violem direitos da propriedade intelectual não parece ser a melhor estratégia por meio da moldura penal.

O sistema de propriedade intelectual nos moldes vigentes se apresenta de maneira desfavorável ao Brasil, uma vez que são impostos padrões de proteção que entravam o acesso ao conhecimento. Logo, a repressão por meio do sistema penal deve ser a última opção a ser adotada.

Assim, quando a conduta em questão envolve somente acerca de questão patrimonial está configurada violação a princípios insculpidos na Constituição, quais sejam: da intervenção mínima e da vedação à prisão civil.

---

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> DOWBOR, op. cit., p. 15

É certo que a repressão penal é a mais invasiva forma de intervenção estatal na esfera individual. Tendo em vista que hoje se discute a descarcerização como opção, mostra-se desproporcional o aumento da sanção cominada prevista no Anteprojeto do Novo Código Penal aos crimes contra a propriedade imaterial.

O orçamento público deveria ser destinado a reprimir os crimes mais graves à sociedade. Trata-se de dispêndio de recursos alocar esforços para penalizar criminalmente condutas já devidamente reguladas no âmbito civil e administrativo.

Além disso, a repressão penal figura um entrave ao acesso ao conhecimento que não deveria ocorrer nos moldes atuais. A proteção penal somente privilegia os detentores de monopólio de suporte material, no sentido de que os verdadeiros titulares dos bens imateriais não estão interessados em punirem penalmente os contraventores.

Portanto, conclui-se que não há legitimidade em reprimir penalmente direitos de propriedade intelectual. Deve-se objetivar por afastamento de leis que privilegiam uma concepção patrimonialista, no sentido de proteger tão somente bens jurídicos que mais importam para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 27 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 27 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm)> Acesso em: 27 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRANCO, Sergio. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. *Sur, Rev. int. direitos human.* 2007, vol.4, n.6, p. 126. Disponível em: <[http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es\\_a07v4n6.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a07v4n6.pdf)> Acesso em: 23 set 2019.



BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. 5v.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor: a nova estruturação penal no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18, n. 71, p. 203-206, jul/set. 198.

CHANG, Ha-Joon. *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in historical Perspective*. Londres: Anthem Press, 2002.

CONJUR. *STJ edita Súmula 502 e consolida posição sobre pirataria*. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 1 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-01/stj-edita-sumula-afastar-adequacao-social-casos-pirataria>>. Acesso em: 21 out. 2019.

DRAHOS, Peter. *Global Property Rights in Information: the story of TRIPS at GATT*. Prometheus, v. 13, No. 1, 1995.

\_\_\_\_\_. Thinking strategically about intellectual property rights. *Telecommunications Policy*, v. 21, n. 3, 1997. p. 201-211.

DOWBOR, Ladislau. Da propriedade intelectual à economia do conhecimento (Primeira parte). *Economia Global e Gestão*, Lisboa, v. 15, n. 1, p. 9-29, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/egg/v15n1/v15n1a02.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global: o regime internacional da propriedade intelectual da sua formação às regras de comércio atuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

JIANG, Feifei. The Problem with Patentes. *Harvard International Review*; Fall 2008, v. 30 Issue 3, p. 30-33.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NAPOLEÃO, Aluizio. *Santos-Dumont e a conquista do ar*. Disponível em: <<https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/67/1/295%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2019.

PASSARINHO, Nathalia. *O que o Brasil perde e ganha se entrar na OCDE, o 'clube dos países ricos'*. BBC News Brasil, Londres, 15 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51121488>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-08/senso-incomum-juiz-nao-gestor-nem-gerente-juiz-julgar-bem>> Acesso em: 7 set. 2019.

VIANNA, Tulio Lima. A ideologia da propriedade intelectual (a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, p. 89-108, abr. 2005.