

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2006

ANUARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANO
2006

Tomo II



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Sudamérica

© 2006 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Año 12

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Tiergartenstrasse 35

D-10785 Berlin

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Jan Woischnik

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Impreso en Mastergraf

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 338.851 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Índice

TOMO II

Prefacio	11
I. Derecho constitucional	
Perspectivas trialistas para la valoración de la ética judicial <i>Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)</i>	15
La evolución del concepto europeo de Estado de derecho <i>Jürgen Brand (Alemania)</i>	37
Peligrosos prejuicios sobre soberanía <i>Heber Arbuét-Vignali (Uruguay)</i>	65
Reforma constitucional en Chile <i>Francisco Cumplido Cereceda (Chile)</i>	105
Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia <i>Fernando Muñoz León (Chile)</i>	115
La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad <i>Matthias Herdegen (Alemania)</i>	131
Retos de la reforma judicial en las sociedades de la información. La situación en España y Perú <i>Laura Zúñiga Rodríguez (España)</i>	137
Los partidos políticos en el sistema constitucional de la República Federal de Alemania. Fundamentos jurídico-constitucionales y realidad constitucional <i>Rupert Scholz (Alemania)</i>	171
La jerarquía de las leyes constitucionales en el derecho constitucional guatemalteco <i>Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala)</i>	183
La regulación de los estados de excepción en Guatemala y la necesidad de reforma de la Ley de Orden Público que los contiene, para su congruencia con la normativa de la Constitución Política de la República <i>Luis Felipe Sáenz J. (Guatemala)</i>	203

Teoria geral das Comissões Parlamentares de Inquérito brasileiras <i>Hidemberg Alves da Frota (Brasil)</i>	229
Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano <i>José Ignacio Hernández G. (Venezuela)</i>	261
La pertenencia de las bancas en el ordenamiento argentino <i>Mario A. R. Midón (Argentina)</i>	287

II. Derecho procesal constitucional

Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina <i>Francisco Fernández Segado (España)</i>	301
El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma <i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)</i>	353
El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional <i>Aníbal Quiroga León (Perú)</i>	377
Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia <i>Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)</i>	405
Eficacia de la sentencia de amparo en la jurisdicción ordinaria. Reflexiones <i>Jorge Eduardo Tenorio (El Salvador)</i>	443
El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias <i>Humberto Nogueira Alcalá (Chile)</i>	449
La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano <i>Víctor Bazán (Argentina)</i>	475
La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta) <i>Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez (Guatemala)</i>	507
El proceso constitucional de hábeas corpus en el Perú <i>Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú)</i>	557

III. Derecho de la integración

El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur <i>Wilfrido Fernández (Paraguay)</i>	595
Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur <i>Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay)</i>	615

Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes <i>Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay)</i>	629
El Tribunal de Justicia Permanente de la CAN y el Mercosur <i>Ricardo Vigil Toledo (Perú)</i>	653
Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica <i>Mario J. Filadoro (Argentina)</i>	667
Jerarquía del derecho comunitario (análisis del caso boliviano) <i>Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia)</i>	703
Las medidas cautelares dictadas por la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la controversia entre Nicaragua y Honduras por la ratificación del tratado Ramírez-López y la aplicación de la ley 325 como contramedida <i>Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua)</i>	719
Instrucciones para la presentación de los artículos	729

TOMO II

IV. Derecho indígena

Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario <i>Raúl Llasag Fernández (Ecuador)</i>	749
Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional <i>Frank Semper (Alemania)</i>	761
La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco <i>Rodolfo Rohmoser Valdeavellano (Guatemala)</i>	779
Tratados de libre comercio, propiedad intelectual y protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas <i>Ignacio Basombrío (Perú)</i>	797
El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción <i>Bolívar Beltrán Gutiérrez (Ecuador)</i>	807
Avances del acceso de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala <i>Rita Marina García Ajquijay (Guatemala)</i>	815

V. Derechos y garantías individuales

La libertad de asociación y de reunión en México <i>Miguel Carbonell (México)</i>	825
Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos <i>Matthias Herdegen (Alemania)</i>	843

Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica <i>Jaime Araújo Rentería (Colombia)</i>	853
El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana <i>Luis Castillo Córdova (Perú)</i>	879
Contenido y alcances del hábeas data en Bolivia <i>Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia)</i>	903
A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor <i>Túlio Lima Vianna (Brasil)</i>	933
La censura judicial <i>Augusto César Belluscio (Argentina)</i>	949
Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Néstor Pedro Sagüés (Argentina)</i>	965
Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la Orden Europea de Detención y Entrega <i>Esther Gómez Campelo (España)</i>	977
Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán <i>Evelyn Haas (Alemania)</i>	1007
Las garantías constitucionales del proceso penal <i>Dino Carlos Caro Coria (Perú)</i>	1027
El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental <i>Oscar Julián Guerrero (Colombia)</i>	1047
La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico <i>Miguel Ángel Iglesias Río y Juan Antonio Pérez Parente (España)</i>	1071
VI. Derechos humanos regionales e internacionales	
Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana <i>Sergio García Ramírez (México)</i>	1111
El derecho del acusado a un juicio justo según la Convención Europea de Derechos Humanos <i>Rudolf Dolzer (Alemania) y Jan Wetzel (Alemania)</i>	1175
Reaccionarismo penal frente al ¿terrorismo? La crisis de los derechos fundamentales ante las reformas penales coyunturales <i>Gerardo Briceño (Venezuela)</i>	1191
La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos <i>Rolando E. Gialdino (Argentina)</i>	1207
El desarrollo jurisprudencial del sistema comunitario de protección de los derechos humanos: la experiencia europea <i>Susana Mosquera Monelos (España)</i>	1225

Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina <i>Enrique S. Petracchi (Argentina)</i>	1253
Paisajes de una Argentina invisible <i>Fabián Ferreira, Mariano Capel, Paula Harrington, Magali Miranda, Federico Robledo y Daniel Tur (Argentina)</i>	1279
Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI <i>Claudio Nash Rojas (Chile)</i>	1305
El Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú. Un resumen crítico respecto a los avances de sus recomendaciones <i>Adrian Oelschlegel (Alemania)</i>	1335

VII. Derecho internacional público

El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas <i>Lautaro Ríos Álvarez (Chile)</i>	1371
Las declaraciones de la Unesco en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del derecho internacional <i>Héctor Gros Espiell (Uruguay)</i>	1405
O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro <i>Valerio de Oliveira Mazzuoli (Brasil)</i>	1417
História e razão do paradigma vestefaliano <i>Marcílio Toscano França Filho (Brasil)</i>	1445
Instrucciones para la presentación de los artículos	1467

V. Derechos y garantías individuales

- *Miguel Carbonell (México)*
La libertad de asociación y de reunión en México
- *Matthias Herdegen (Alemania)*
Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos
- *Jaime Araújo Rentería (Colombia)*
Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica
- *Luis Castillo Córdova (Perú)*
El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana
- *Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia)*
Contenido y alcances del hábeas data en Bolivia
- *Túlio Lima Vianna (Brasil)*
A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor
- *Augusto César Belluscio (Argentina)*
La censura judicial
- *Néstor Pedro Sagiúés (Argentina)*
Censura judicial previa a la prensa.
Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Esther Gómez Campelo (España)*
Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la Orden Europea de Detención y Entrega
- *Evelyn Haas (Alemania)*
Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán
- *Dino Carlos Caro Coria (Perú)*
Las garantías constitucionales del proceso penal
- *Oscar Julián Guerrero (Colombia)*
El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental
- *Miguel Ángel Iglesias Río y Juan Antonio Pérez Parente (España)*
La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico

Túlio Lima Vianna (Brasil) *

A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor

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

*Thomas Jefferson*¹

* Doutorando em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor de Direito Penal da PUC Minas. <tuliovianna@pucminas.br>, <www.tuliovianna.org>

¹ Jefferson, Thomas. *The Writings of Thomas Jefferson*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/tj/jeff13.txt>>. “*Se a natureza produziu uma coisa menos suscetível de propriedade exclusiva que todas as outras, essa coisa é ação do poder de pensar que chamamos de idéia, que um indivíduo pode possuir com exclusividade apenas se mantém para si mesmo. Mas, no momento em que divulga, ela é forçosamente possuída por todo mundo e aquele que a recebe não consegue se desembaraçar dela. Seu caráter peculiar também é que ninguém a possui de menos, porque todos os outros a possuem integralmente. Aquele que recebe uma idéia de mim, recebe instrução para si sem que haja diminuição da minha, da mesma forma que quem acende um lampião no meu, recebe luz sem que a minha seja apagada.*” Tradução: Ortellado, Pablo. *Por que somos contra a propriedade intelectual*. Disponível em: <http://riseup.net/anarquista/porque_somos_contra.htm>.

1. A invenção da propriedade intelectual

Historicamente, a preocupação com a tutela dos direitos de autores de obras intelectuais é bastante recente. Na Antiguidade e na maior parte da Idade Média as dificuldades inerentes aos processo de reprodução dos originais, por si só, já exerciam um poderoso controle da divulgação de idéias, pois o número de cópias de cada obra era naturalmente limitado pelo trabalho manual dos copistas.

Com a invenção da imprensa, os soberanos sentiam-se ameaçados com a iminente democratização da informação e criaram um ardiloso instrumento de censura, consistente em conceder aos donos dos meios de produção dos livros o monopólio da comercialização dos títulos que editassem, a fim de que estes, em contrapartida, velassem para que o conteúdo não fosse desfavorável à ordem vigente.

Em 1557, dezoito anos depois que Wiliam Caxton lá [na Inglaterra] introduziu a máquina de escrever (printing press), Felipe e Maria Tudor concederam à associação de donos de papelaria e livreiros o monopólio real para garantir-lhes a comercialização de escritos. A corporação, então, tornou-se uma valiosa aliada do governo em sua campanha para controlar a produção impressa. Eram comerciantes que, em troca da proteção governamental ao seu domínio de mercado, manipulavam os escritos direitos? do indivíduo ao conteúdo, exercendo a censura sobre aqueles que lhe fossem desfavoráveis na oposição à realeza.

A esse privilégio no controle dos escritos chamou-se copyright, que nasceu, pois, de um direito assegurado aos livreiros, e não como um direito do autor dos escritos. Durou mais ou menos duzentos anos, e é a semente das leis (Statutes) relativas a esse direito herdadas pela Inglaterra, e, mais tarde, pelos Estados Unidos da América do Norte.²

Esta perversa simbiose entre o poder dominante e os donos de meios de produção de livros não visava tutelar qualquer direito de autor, mas tão-somente garantir o monopólio de reprodução das obras, daí por que foram chamados de *copyright* (direito de cópia).

Foi a Revolução Francesa, paralelamente à Revolução Industrial, com seu ideário de igualdade, liberdade e fraternidade, que fez a história do outro direito, da outra faceta do direito autoral, o seu conteúdo moral, de respeito às idéias de cada um na sua integridade e significado político, ideológico ou meramente ficcional. Pierre Recht noticia que na França, desde o século XVI, os autores iniciavam a consciência de que teriam um direito sobre as suas criações. Mas, do mesmo modo que na Inglaterra, a edição de livros era também uma concessão real. A primeira obra editada foi de 1686, e os escritores começaram a reivindicar seus direitos na venda, na reprodução da obra, como um corolário de seu direito autoral de propriedade.

Foi a jurisprudência francesa, então, que começou a disciplinar as relações entre escritores e editores, e os laços perpétuos que os uniam, obrigando, em histórica decisão, que das futuras transações desses direitos participassem os herdeiros de grandes escritores como La Fontaine e Fénelon.

² Abrão, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. p.28.

Em 30/8/1777 novas regras foram estabelecidas na França entre autores, editores e livreiros. Embora mantidos os privilégios na comercialização, reconheceram ao autor o direito de editar e vender as suas obras. Ainda segundo Recht, obra citada, p. 32, as normas produziram uma diferença capital na natureza jurídica das duas categorias de privilégios: a dos autores, uma “propriedade de direito”, e a do editor, uma “liberalidade”.³

A invenção da “propriedade intelectual” remonta, pois, às origens do sistema capitalista, quando, por pressão dos autores de obras intelectuais, toma-se por propriedade um ente incorpóreo que em rigor é “trabalho intelectual”.

A propriedade é, e sempre foi, um instituto jurídico caracterizado fundamentalmente pelo direito de usar, gozar e dispor com exclusividade da coisa.⁴

No direito de propriedade, encontram-se integrados os direitos de ser usada a coisa conforme os desejos da pessoa a quem pertence (jus utendi ou direito de uso); o de fruir e gozar a coisa (jus fruendi), tirando dela todas as utilidades (proveitos, benefícios e frutos) que dela possam ser produzidas, e o de dispor dela, transformando-a, consumindo-a, alienando-a (jus abutendi), segundo as necessidades ou a vontade demonstrada.⁵

Um proprietário de um apartamento, por exemplo, tem interesse no uso exclusivo do imóvel, pois é evidente que não se sentiria confortável com a presença de pessoas estranhas em sua sala, cozinha ou banheiro. Já o autor de um livro ou o compositor de uma música tem justamente o interesse oposto, pois ninguém produz uma obra artística para o seu deleite egoístico. Quanto mais pessoas lerem e ouvirem uma criação, tanto maior prazer trará a seu autor, que terá seu talento reconhecido.

Um proprietário de uma fazenda tem interesse em fruir com exclusividade dos frutos de sua terra e é natural que não deseje dividir sua colheita com ninguém. O escritor de uma obra de caráter técnico-científico, por outro lado, tem interesse em ser citado em obras de outros autores e, longe de desejar impedir que outros fruam de suas idéias, sente-se honrado com a menção que fazem a seu trabalho.

Por fim, somente ao proprietário cabe o direito de alienar (doar, permutar ou vender) a coisa, pelo óbvio motivo de que ao fazê-lo perderá os direitos de dela usar e fruir. O autor, porém, nada perde com a cópia da sua obra. Pelo contrário, quanto mais pessoas lerem seus textos, ouvirem sua música e apreciarem a sua arte, tanto mais reputação ganhará na sociedade.

A obra intelectual, como seu próprio nome indica (lat. *opèra,ae* ‘trabalho manual’), não é, pois, uma espécie de propriedade, mas simplesmente “trabalho intelectual”. A invenção da “propriedade intelectual” nas origens do sistema capitalista teve a função ideológica de encobrir esta sua natureza de “trabalho”.

³ Abrão, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. p.30.

⁴ Cf. art.1.228 do Código Civil

⁵ Silva, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. p.477.

Enquanto o trabalho manual modifica a matéria prima, produzindo perceptíveis variações nos objetos trabalhados e com isso aumenta seu “valor de uso” naturalmente vinculado ao objeto corpóreo, o trabalho intelectual não tem necessariamente seu “valor de uso” vinculado a qualquer objeto, pois as idéias são, por natureza, entes incorpóreos.

Assim, ainda que o “trabalho intelectual” tenha um imenso “valor de uso” em qualquer sociedade, seu “valor de troca” estará sempre condicionado a uma “venda casada” de produtos (o pergaminho, o papel) e serviços (a cópia manual, a cópia impressa). Uma idéia, quando reproduzida oralmente, por maior “valor de uso” que tenha, não possui qualquer “valor de troca” pelo simples fato de poder ser reproduzida infinitamente sem estar limitada pelo problema fundamental da economia: a escassez.

2. A questão da escassez

Não há bem mais precioso para os seres humanos do que o ar que respiramos. Não obstante seu imenso “valor de uso”, o ar não tem hoje qualquer “valor de troca”, pelo fato de existir na natureza em abundância. Há séculos a água potável também não possuía “valor de troca” na maioria das sociedades, mas ao tornar-se escassa na sociedade atual, adquiriu “valor de troca” e passou a ser vendida.

Vê-se, pois, que o “valor de troca” de determinado bem está diretamente relacionado à sua disponibilidade na sociedade. Some-se a esta constatação o fato de que a maioria absoluta dos bens e serviços que consumimos são socialmente escassos:

Nossos desejos materiais são virtualmente insaciáveis e ilimitados.

Os recursos econômicos são limitados ou escassos. Devido a estes dois fatos da vida, não podemos ter tudo que desejamos. Portanto, enfrentamos a necessidade de fazer escolhas.⁶

Assim, é natural que se opte por comprar um apartamento ou uma casa; por um carro ou uma motocicleta; por uma viagem nas férias de janeiro ou de julho. Tais escolhas são necessárias em virtude de nossos limites produtivos.

Por muito tempo, o problema da escassez limitou a quantidade de cópias e definiu o “valor de troca” de obras intelectuais. No período anterior à invenção da imprensa, a aquisição de uma obra intelectual implicava em uma necessária aquisição conjunta de bens e serviços, consistente em um meio material (um pergaminho, por exemplo) sobre o qual se realizou um serviço (a cópia manual da obra intelectual).

Com a invenção da imprensa, manteve-se a necessária aquisição conjunta de bens e serviços, pois o “valor de troca” da obra continuava vinculado à sua consubstanciação em meio físico. A drástica redução dos custos do serviço de cópia, possibilitada pela reprodução em série, obrigou os autores a alienarem seu “trabalho intelec-

⁶ Wonnacott, Paul. Wonnacott, Ronald. *Economia*. p.23

tual” aos detentores dos meios de produção que, em contrapartida, exigiram-lhes a concessão do monopólio da distribuição das obras.

A natureza do trabalho intelectual, que poderia ser replicado *ad infinitum*, acabou por ser tomada como “propriedade intelectual”, mesmo contra toda as evidências de que, uma vez alienada, a propriedade não pode mais ser utilizada por quem um dia a possuiu. Firmou-se então a ideologia da “propriedade intelectual”, ocultando a venda do trabalho intelectual dos autores aos detentores dos meios de produção.

No século XX, com a invenção dos sistemas informáticos e o advento da Internet, as funções de divulgação e distribuição das obras intelectuais, que tradicionalmente eram realizadas pelas editoras, gravadoras e produtoras, puderam ser realizadas diretamente pelo próprio autor através de páginas pessoais. Assim, qualquer pessoa conectada à Internet pode ter acesso a livros, músicas, filmes e programas de computador produzidos em qualquer lugar do mundo e, em questão de horas, ou mesmo minutos, pode copiá-los, a um custo ínfimo, para seu computador.

O suporte material da obra, que até então era predominantemente o papel, foi substituído por dispositivos de armazenamento magnéticos (disquetes, discos rígidos, etc) e ópticos (CDs, DVDs, etc.) de baixíssimo custo e com grande capacidade, possibilitando a qualquer pessoa ter gigantescas bibliotecas pessoais em formato digital. O serviço necessário à reprodução da obra foi minimizado a ponto de ser realizado pessoalmente pelo próprio interessado em questão de minutos. O custo de reprodução de volumosas coleções de livros tornou-se praticamente insignificante.

Este novo sistema de distribuição do trabalho intelectual reduziu o custo dos bens e serviços necessários à aquisição de uma obra a praticamente zero, e suprimiu o problema da escassez. Como consequência direta disso, o “valor de troca” do trabalho intelectual, que sempre esteve vinculado à escassez inerente à venda conjunta de bens e serviços, não pôde mais ser mantido. O sistema capitalista se deparou com uma realidade que a ideologia da “propriedade intelectual” até então muito bem ocultara: no “livre mercado” o “valor de troca” do trabalho intelectual é zero, pois pode ser reproduzido *ad infinitum* e não está limitado pela escassez.

Esta constatação, longe de colocar em risco a remuneração do trabalho intelectual dos autores, demonstra tão-somente que, no sistema capitalista, é imprescindível a consubstanciação da obra intelectual em meio físico para que esta adquira “valor de troca”. Não obstante a ausência de escassez em meio digital, a “venda casada” da obra intelectual com produtos (papel) e serviço (impressão) continua ocorrendo.

A digitalização das obras intelectuais não aboliu a impressão de livros. As leis, que sempre foram de domínio público, estão fartamente disponíveis na íntegra na Internet, mas as editoras jurídicas continuam produzindo e vendendo códigos impresos. Inúmeras traduções da Bíblia podem ser encontradas na Internet com facilidade, mas a obra sagrada continua sendo o livro mais vendido no mundo. A genial literatura de Machado de Assis, em domínio público pelo passar do tempo, também pode ser

encontrada na Internet, mas várias editoras continuam imprimindo seus trabalhos, inclusive em edições luxuosas.

Se é assim com as obras de domínio público, do mesmo modo será com as obras tuteladas pelo “direito autoral”. Apesar da divulgação destes trabalhos em meio digital e da sua conseqüente ausência de escassez, ainda assim haverá interessados em adquiri-las em edições palpáveis. Desse modo, manter-se-á o velho esquema de alienação pelos autores do “trabalho intelectual” aos proprietários dos meios de produção, garantindo àqueles a remuneração por seu trabalho e a estes o lucro por seu investimento.

Lado outro, na sociedade capitalista digital o trabalho intelectual, mesmo *in natura*, possui considerável “valor de troca” enquanto permanecer inédito. O pioneirismo na exploração de uma idéia garante ao capitalista um período de vantagem em relação à sua concorrência. Assim, a compra do “trabalho intelectual” inédito pelos detentores do meio de produção garante os lucros derivados do pioneirismo de sua exploração.

Este fenômeno é particularmente visível em toda sorte de invenções da indústria tecnológica que, após serem comercializadas, são logo copiadas pela concorrência. Não são as patentes que garantem os lucros das empresas, mas principalmente o segredo industrial e o pioneirismo.

3. O novo paradigma da tutela jurídica do trabalho intelectual

O novo paradigma de remuneração do trabalho intelectual começou a ser disciplinado em 1984, quando surgiu nos Estados Unidos da América um movimento liderado pelo programador Richard Stallman, com o objetivo de desenvolver um sistema operacional de livre distribuição. Esta iniciativa resultou na criação da *Free Software Foundation* — *FSF* (Fundação para o Software Livre) e, para fundamentar juridicamente o projeto, foi redigida a *GNU General Public License - GPL* (Licença Pública Geral do GNU) que rompia com a antiga tutela do direito de cópia (*copyright*):

“Software livre” se refere à liberdade dos usuários executarem, copiarem, distribuírem, estudarem, modificarem e aperfeiçoarem o software. Mais precisamente, ele se refere a quatro tipos de liberdade, para os usuários do software:

A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito (liberdade no. 0)

A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo para as suas necessidades (liberdade no. 1). Acesso ao código-fonte é um pré-requisito para esta liberdade.

A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar a seu próximo (liberdade no. 2).

A liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie (liberdade no. 3). Acesso ao código-fonte é um pré-requisito para esta liberdade.⁷

⁷ GNU. *O que é software livre?* Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt.html>>.

Garantia-se a livre distribuição e modificação das obras e, em contrapartida, as novas distribuições ficavam vinculadas à mesma licença. Assim, um programador poderia até modificar um software livre, mas necessariamente o novo programa resultante destas modificações deveria ser distribuído nos termos da GPL.

Pela primeira vez, consagrava-se juridicamente a realidade econômica de que, no sistema capitalista, o trabalho intelectual *in natura* não possui “valor de troca” em virtude da ausência de escassez.

A estas licenças que garantiam o direito de distribuir e modificar livremente as obras intelectuais convencionou-se chamar de *Copyleft*, em uma nítida alusão de repúdio às licenças tradicionais de *Copyright* que garantiam o monopólio do direito de reprodução das obras intelectuais. Não tardou para que o novo conceito de livre distribuição e alteração do software passasse a ser aplicado a outras formas de criação intelectual e foi criada a *GNU Free Documentation License* (GFDL — Licença de Documentação Livre do GNU), aplicável a textos, imagens, músicas, filmes e outros documentos.

Paradoxalmente, o *Copyleft* não veda a comercialização da obra. Desde que permitam a livre distribuição e modificação da obra produzida, as empresas podem explorá-la comercialmente. Assim, uma editora pode editar e vender livremente uma obra distribuída na Internet sob *Copyleft*, de modo semelhante às obras em domínio público, mas jamais poderá impedir que alguém copie o livro impresso, por qualquer meio, ou que outra editora o publique, pois a licença original não permite ações monopolistas.

A partir do *Copyleft*, surgiram outras licenças com tratamentos diversos dos direitos morais do autor, em especial no que diz respeito à atribuição obrigatória do nome do autor, à vedação a alterações da obra e à vedação de distribuição com fins comerciais. Estas novas licenças consagram um modelo de distribuição do trabalho intelectual que permite a livre cópia da obra em formato digital (onde não há escassez) e ao mesmo tempo garante ao autor o direito de ser remunerado quando seu trabalho intelectual for consubstanciado em meio físico para fins de comércio. Trata-se da superação da velha ideologia da “propriedade intelectual” em prol de um novo paradigma de tutela do “trabalho intelectual”.

O novo paradigma, porém, não agradou aos detentores dos direitos de produção, que mantiveram a defesa inarredável da ideologia da “propriedade intelectual”, capaz de sustentar o monopólio de distribuição das obras. Este monopólio é o instrumento que garante a escassez da “obra intelectual” e, conseqüentemente, cria artificialmente um “valor de troca”, pois um trabalho que poderia ser reproduzido *ad infinitum* em um livre mercado comandado pela escassez, *in natura* teria “valor de troca” zero.

Dessa forma, um dos elementos definidores dessa nova Era será a luta entre a esfera cultural e a esfera comercial; a cultural primando pela liberdade de acesso, e a comercial buscando o controle sobre o acesso e o conteúdo dessa produção cultural, com intuito comercial. Evidentemente, estamos passando por um período

de transição, de longo prazo, de um sistema baseado na produção industrial para uma produção cultural, em que o importante não é a propriedade do bem, mas o acesso a ele. A realização da utopia marxiana?

Neste contexto há abundância de bens culturais e intelectuais, e diante disto a velha economia agoniza, baseada que é na defesa irracional da indústria cultural, em detrimento da cultura e dos verdadeiros produtores da cultura, os autores intelectuais.⁸

Na tentativa de sustentar a ideologia da “propriedade intelectual”, a “indústria cultural” cria estatísticas mirabolantes para afirmar a tese de que a pirataria acarreta prejuízo de bilhões de reais por ano. O sofisma funda-se no argumento cretino de que todo aquele que pirateia uma obra intelectual, caso fosse impedido de fazê-lo, necessariamente compraria o produto.

De acordo com a ABES [Associação Brasileira de Empresas de Software], uma pesquisa da Price Water Coopers revela que, se o índice de pirataria de software brasileiro, atualmente em 56%, fosse reduzido para o equivalente dos países desenvolvidos, em torno de 25%, o setor deixaria de perder R\$ 1,7 bilhão em faturamento e quase 25 mil novos empregos seriam gerados, com aproximadamente R\$1,2 bilhão arrecadados em impostos diretos e indiretos. Mas alto lá.

A indústria não perde 1,7 bilhão por ano. Este valor corresponde à sua expectativa de lucro caso quem pirateia acima da média não tivesse alternativa, nem para escolher software livre nem para instalar software pirata. A conta honesta seria outra. Desses 56%, quantos instalariam software livre ou deixariam de comprar o computador se não pudessem piratear? Descontados estes, o que a indústria perde é apenas o valor das licenças restantes. Valor que não obriga a corresponder às expectativas de lucro das empresas, mas ao que o poder aquisitivo dos agentes econômicos consegue absorver, como bem mostra a atual crise da telefonia privatizada.⁹

Sob o pretexto de se tutelar os “direitos de autor”, o combate à pirataria é tão-somente um instrumento de reafirmação da velha ideologia da “propriedade intelectual”, única capaz de legitimar o monopólio do direito de cópia dos detentores dos meios de produção.

O monopólio do direito de cópia (*copyright*), longe de tutelar os direitos do autor, é contrário a seu interesse de maior divulgação possível da obra. O que garante aos autores a remuneração por seu trabalho não é o monopólio do direito de cópia, mas a alienação deste trabalho aos detentores dos meios de produção que irão consubstanciá-lo em meio físico e vendê-lo no livre mercado. Pouco importa ao autor a ausência de escassez da obra em meio digital, ou mesmo se uma única ou uma dezena de empresas irá produzir seu trabalho em meio tangível, pois sua remuneração depende tão-somente da venda da obra materializada.

⁸ Rover, Aires José. Os paradoxos da propriedade intelectual. In: *Internet legal: o Direito na Tecnologia da Informação*. p. 177.

⁹ Resende, Pedro Antônio Dourado de. Programas de Computador: a outra face da pirataria. In: *Internet legal: o Direito na Tecnologia da Informação*. p. 227. Para dados atualizados da ABES, cf: <<http://www.abes.org.br/polonego/dadoseto/dadose1a.htm#%CDndice%20de%20Pirataria%20no%20Software>>.

A livre divulgação da obra em meio digital é extremamente interessante ao autor, pois lhe permite uma visibilidade muito maior, dando-lhe prestígio e valorizando-o como profissional no mercado. É este prestígio social que lhe garantirá a oferta de novos trabalhos na forma de palestras, shows, trabalhos por encomenda e outras atividades que indiretamente também remunerarão seu trabalho intelectual.

O *Copyleft* é a superação jurídica da velha ideologia da “propriedade intelectual” e a consagração de um novo paradigma de tutela do “trabalho intelectual” que privilegia o autor em detrimento do interesse das empresas no monopólio do direito de cópia (*copyright*).

4. O velho paradigma da tutela penal da propriedade intelectual

A superação da ideologia da propriedade intelectual e o surgimento, na esfera cível, do *Copyleft* como novo paradigma de tutela dos direitos do autor não foram, até o momento, acompanhados pelo Direito Penal.

Os art.184, *caput*, do Código Penal, e o art.12 da Lei nº 9.609/98 mantêm-se fiéis à ideologia da “propriedade intelectual”, tipificando a vaga conduta de “violar direito de autor”.

A opção do legislador pela norma penal em branco é problemática, pois o tipo penal não pode fundar-se no mero descumprimento de uma norma civil.

O conceito de tipo, introduzido por Beling na dogmática penal, pode ser definido de três diferentes pontos de vista: a) como tipo legal constitui a descrição do comportamento proibido, com todas suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizadas na parte especial do CP (e leis complementares); b) como tipo de injusto representa a descrição da lesão do bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência de causas de justificação); c) como tipo de garantia (tipo em sentido amplo) realiza a função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade (art.5º, XXXIX, CF), expressa na fórmula *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, e compreende todos os pressupostos da punibilidade: além dos caracteres do tipo de injusto (tipicidade e antijuridicidade), também os fundamentos de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto (culpabilidade), assim como as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais.¹⁰

Sob o aspecto de tipo legal, a expressão “violar direito de autor” não descreve o comportamento proibido de forma minimamente precisa. Ao remeter a um conceito da lei civil nº 9.610/98, esvanesce totalmente sua função de garantia, contrariando o princípio constitucional da taxatividade.

Apesar de expressar-se a lei penal em palavras e estas não serem nunca totalmente precisas, nem por isso o princípio da legalidade deve ser desprezado, mas cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior

¹⁰ Santos, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. p.29.

exatidão possível à sua obra. Daí, não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade legal.¹¹

Lado outro, a lei civil não supre a função de garantia a ela delegada pela norma penal, pois na atual sistemática imposta pelo *Copyleft* a tutela patrimonial dos direitos autorais é regra que admite inúmeras exceções de ordem meramente contratual. Assim, a intrincada leitura dos referidos tipos penais implicaria em uma jornada da norma penal em branco à lei civil que a complementa, mas que, muita vez, remeteria o intérprete a uma licença com características contratuais na qual o autor dispensaria a tutela legal dos seus direitos patrimoniais. Uma interpretação extremamente complexa até mesmo para profissionais do Direito, e praticamente impossível para o cidadão leigo, a quem a função de garantia dos tipos penais deveria contemplar.¹²

4.1. Em busca do bem jurídico

É sob o aspecto de tipo de injusto, porém, que se encontra a mais grave ofensa ao princípio da taxatividade. Isto porque a vaga descrição da conduta típica fundamenta-se na tutela penal de um bem jurídico tão impreciso que contradiz a objetividade inerente à natureza do bem jurídico.

Quando o legislador se encontra diante de um ente e tem interesse em tutelá-lo, é porque o valor. Sua valoração do ente traduz-se em uma norma, que eleva o ente à categoria de bem jurídico. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado.

Vejam os que se passa com um pouco mais de clareza: o legislador encontra-se diante do ente “vida humana” e tem interesse em tutelá-la, porque a valor (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc). Este interesse jurídico em tutelar o ente “vida humana” deve ser traduzido em norma; quando se pergunta “como tutelá-lo?”, a única resposta é: “proibindo matar”. Esta é a norma proibitiva “não matarás”.¹³

¹¹ Zaffaroni, Eugênio Raúl. Batista, Nilo. Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal. p.206-207.

¹² Neste sentido decidiu o TJMG: *Violação de direitos autorais. CD pirata - O princípio constitucional da legalidade é a garantia de que todo cidadão só poderá ser condenado criminalmente se houver lei prévia que permita a ele saber - ainda que potencialmente - que a conduta é crime no ordenamento jurídico. A expressão “violar direitos autorais” é demasiadamente vaga e até mesmo especialistas em Direito Penal não poderiam precisar o seu âmbito de significação, quanto mais um vendedor ambulante sem educação jurídica. O desconhecimento da lei é escusável se esta não for suficientemente clara para permitir que qualquer um do povo possa compreender - ainda que potencialmente - o seu significado.* Apelação Criminal nº 1.0172.04.910501-5/001, Relator: Erony da Silva. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=172&ano=4&numeroProcesso=9105015&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavras%20C%20onsulta>.

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. p.455.

Ainda que se conceba tipos penais complexos, como o roubo (em que se tutela a liberdade e o patrimônio), em todos eles a individualidade de cada um dos bens jurídicos tutelados deve estar perfeitamente demarcada. Desta forma, o bem jurídico deve ser caracterizado por um único e indivisível interesse jurídico a ser tutelado pela norma penal e não por um conjunto de interesses difusos reunidos arbitrariamente sob uma abstrata ideologia de “propriedade intelectual”.

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligíveis por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” equivale teoricamente a nada formular, mas é, prática e politicamente, muito mais nefasto e perigoso.¹⁴

A doutrina nacional¹⁵ indica os “direitos autorais” como bem jurídico penalmente tutelado pelo delito de “violação de direitos de autor”. Estes, por sua vez, são considerados tão-somente uma espécie do gênero “propriedade intelectual”.¹⁶

O delito de “violação de direitos de autor” é um tipo penal vago, fundamentado em um bem jurídico indeterminado. É uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da taxatividade, pois reúne sob o rótulo de “propriedade intelectual” uma gama de interesses tão diversos quanto: o direito de atribuição de autoria, o direito de assegurar a integridade da obra (ou de modificá-la), o direito de conservar a obra inédita, entre outros direitos morais, e os direitos de edição, reprodução (*copyright*) e outros patrimoniais. Trata-se, portanto, de um tipo penal complexo que tutela não um, mas inúmeros bens jurídicos de natureza moral e patrimonial, agrupados sob a ideologia da “propriedade intelectual”.¹⁷

¹⁴ Batista, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. p. 78.

¹⁵ Neste sentido: Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial* parte especial: arts. 121 a 212 do CP. p.504; Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial*: arts.184 a 288. p.53; Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*: arts.121 a 234 do CP. p.374. Delmanto, Celso *et al.* *Código penal comentado*. p.437. Em sentido semelhante, afirmando ser a “propriedade intelectual” o bem jurídico tutelado: Nucci, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. p. 609.

¹⁶ “Em relação às obras literárias, científicas ou filosóficas, denominadas de obras ou produções do pensamento, e às obras artísticas (escultura, pintura), a propriedade intelectual é geralmente conhecida pela denominação direitos autorais. E quanto às invenções, na terminologia do Direito Comercial, designam-se, especialmente, propriedades industriais, que se concretizam pelas patentes de invenções, expedidas pelo poder público em favor dos inventores.” (Silva, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. p.479-480).

¹⁷ “Acerca da natureza jurídica da matéria, a melhor doutrina pátria (Antonio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bitar, José de Oliveira Ascensão, Fabio Maria de Mattia) é unanimemente dualista: direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica. Os direitos morais pertencem exclusivamente à pessoa física do criador, e, no caso da obra audiovisual, são exercidos pelo diretor. Os patrimoniais, ao criador originário, se não os transferiu, ou ao terceiro, pessoa física ou jurídica, a quem os tenha cedido ou licenciado.” (Abrão, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. p.16)

Pela própria função de garantia do tipo penal, a decomposição do hipotético bem jurídico “propriedade intelectual” (ou “direitos autorais”) em suas unidades mínimas tem conseqüências importantíssimas. Se é certo o interesse jurídico na tutela penal dos direitos morais do autor, a tutela penal dos direitos patrimoniais é bastante controversa.

Há um interesse individual e social em se tutelar a autenticidade de uma obra, bem como sua integridade. Não só é de interesse de Picasso que o público saiba que Guernica foi pintado por ele, mas também é de 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 a 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.

Não há qualquer interesse jurídico do autor em evitar a reprodução de sua obra, muito pelo contrário, quanto mais seu “trabalho intelectual” for divulgado, maior prestígio social ele ganhará. O interesse em limitar a reprodução da obra é tão-somente dos detentores dos meios de produção, que procuram manter um monopólio na distribuição da obra para, com isso, produzirem artificialmente uma escassez inexistente na era digital.

A decomposição do bem jurídico “propriedade intelectual” ou “direitos autorais” demonstra que há não só uma tutela de interesses diversos (morais e patrimoniais), mas de interesses de pessoas diversas: autor e “indústria cultural”. Se o interesse patrimonial do autor é vender seu “trabalho intelectual” ao proprietário dos meios de produção, que irá consubstanciá-lo em meio físico e comercializá-lo, o interesse da “indústria cultural” é manter um monopólio do mercado que lhe garantirá a maximização dos lucros.

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

4.2. A tutela penal de uma obrigação civil

Quanto aos direitos morais do autor, por se tratarem de direitos personalíssimos, que abarcam interesses públicos e privados, é bastante justificável a tutela penal. Em relação aos direitos patrimoniais, porém, sua natureza eminentemente civil afasta qual-

quer interesse público na tutela penal, seja dos interesses dos autores em receberem uma remuneração por seu trabalho, seja dos interesses das empresas de manterem seu monopólio comercial.

A pirataria em meio físico atinge os interesses do autor, que tem seu “trabalho intelectual” comercialmente explorado sem a correspondente remuneração pelo proprietário dos meios de produção. Trata-se, no entanto, de uma dívida civil, jamais de ilícito penal.

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

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

Art.5º, LXVII — não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

E pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos — “Pacto de San José de Costa Rica”:

Artigo 7 — Direito à liberdade pessoal — [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Se assim é em relação à tutela da propriedade material, razão alguma haveria para se proteger com maior ênfase uma abstrata “propriedade intelectual” que, neste aspecto, tutela o direito do autor a receber a remuneração por seu trabalho intelectual, explorado comercialmente por um proprietário dos meios de produção.

Deixar de receber uma renda ou salário, ainda que se trate de descumprimento de obrigação civil, jamais pode ser equiparado a uma lesão patrimonial semelhante ao crime de furto. No delito de furto há um decréscimo patrimonial; na violação de direitos autorais, o autor deixa de ter um acréscimo em seu patrimônio. No furto, há ofensa a um direito real; na violação de direitos autorais, a um direito obrigacional. Naquele temos uma vítima; neste, um credor.

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

A pirataria digital, por outro lado, lesa principalmente os interesses da empresa, pois no sistema capitalista o trabalho intelectual *in natura* não possui qualquer “valor

de troca” e o autor só é remunerado diretamente com a venda da obra em meio físico. A fonte primordial de sua remuneração é o salário indireto, decorrente do prestígio adquirido com a repercussão de sua obra.

Assim, a criminalização da pirataria digital tem como única função garantir à “indústria cultural” o monopólio do direito de reprodução da obra (*copyright*), mesmo contrariando os interesses do autor na maior divulgação possível de seu trabalho intelectual. O Direito Penal é travestido, pois, em instrumento de regulação do mercado econômico, garantindo um monopólio de direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção.

Se o Estado brasileiro mantém seu contestável interesse na concessão deste monopólio do direito de reprodução aos proprietários dos meios de produção, deve limitar-se a garanti-lo por meio de sanções cíveis, tais como aquelas previstas no Título VII da Lei nº 9.610/98. A tutela penal deste monopólio viola não só o princípio da intervenção mínima, mas também, e principalmente, a vedação constitucional à prisão por dívidas.

5. A guisa de conclusão

O monopólio do direito de reprodução das obras intelectuais (*copyright*) surgiu há séculos como instrumento de censura política em uma simbiose dos monarcas com os detentores dos meios de produção. Com o advento do sistema capitalista, este monopólio passou a ser sustentado até os dias de hoje, sob a ideologia da “propriedade intelectual”, em benefício dos detentores dos meios de produção, e acabou por constituir verdadeira censura econômica.

O alto valor de livros, CDs, DVDs e de programas de computador é sustentado por uma escassez de obras intelectuais criada artificialmente por um monopólio do direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção. Esta escassez artificial, longe de tutelar os direitos do autor da obra intelectual, beneficia principalmente a “indústria cultural”, em detrimento da classe hipossuficiente da população, que é obrigada a escolher entre o consumo de bens de subsistência e de bens culturais e acaba optando impreterivelmente por aqueles. Desta forma, aumenta-se o fosso cultural existente entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos e, internamente, entre os membros de uma elite econômica e cultural e a massa da população fadada ao trabalho braçal, à miséria e à ignorância.

Sob a secular ideologia da “propriedade intelectual”, a “indústria cultural” procura desesperadamente justificar a necessidade de uma tutela penal da conduta de “violar direitos de autor”. Uma detida análise do bem jurídico tutelado demonstra, no entanto, a nítida dicotomia entre a justificada tutela penal dos direitos personalíssimos do autor e a inconstitucional criminalização do descumprimento de obrigações civis originadas dos direitos patrimoniais de autor.

Necessário se faz uma imediata releitura dos artigos 184 do CP e 12 da Lei 9.608/98 pelos Tribunais para que se declare inconstitucional a tutela penal dos direitos patrimoniais

de autor, seja pela inobservância do princípio constitucional da taxatividade, seja pela inobservância da vedação constitucional à prisão por dívidas. Entender de forma diversa é consagrar a instrumentalização do Direito Penal como meio de coerção ao pagamento de dívidas civis e de intervenção econômica para a garantia de monopólios privados.

Bibliografia

- ABES — Associação Brasileira de Empresas de Software. Pólo de Negócios- Dados do Setor. Disponível em: <<http://www.abes.org.br/polonego/dadoseto/dadose1a.htm#%CDndice%20de%20Pirataria%20no%20Software>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2005.
- ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. 229p. ISBN: 851003141X
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 329p. ISBN: 8530915259.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. ISBN: 8571060231.
- DELMANTO, Celso et al. Código penal comentado. 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1078p. ISBN: 8571471665.
- ELIAS, Paulo Sá. Novas tecnologias, telemática e os direitos autorais: inclui breves comentários sobre a Lei nº 9.609/98. Jus Navigandi. Teresina, a.7, n.63, mar. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3821>. Acesso em: 5 de agosto de 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do CP. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 615p.
- GANDELMAN, Henrique. De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital. 4ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Record, 2001. 333p. ISBN: 8501048771.
- GNU. O que é software livre? Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt.html>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2005.
- JEFFERSON, Thomas. The Writings of Thomas Jefferson. Disponível em: <http://www.constitution.org/tj/jeff13.txt>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2005.
- KAMINSKI, Omar. Introdução à gestão de direitos digitais. Verba Iuris. Disponível em: <http://www.cem.itesm.mx/verba-iuris/articulos/080203.htm>. Acesso em: 5 de agosto de 2004.
- LESSIG, Lawrence. Code: and other laws of cyberspace. New York: Basic Books, 297p. ISBN: 0465039138.
- MACHADO, Cynthia Semíramis Figueiredo. Software e Privacidade: uma defesa do código-fonte aberto na preservação do direito constitucional à vida privada. In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz, IRIARTE, Erick, PINTO, Márcio Morena (Coord.). Informática e Internet; Aspectos legais internacionais. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001. p.81-93. ISBN: 8570341989.

- MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Violação de direitos autorais. Apelação Criminal nº 1.0172.04.910501-5/001, Relator: Erony da Silva. Belo Horizonte, 23 de novembro de 2004. Disponível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=172&ano=4&numeroProcesso=9105015&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavras=Consulta. Acesso em: 18 de fevereiro de 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial: arts.121 a 234 do CP. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 508p. ISBN: 8522437394.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1023p. ISBN: 8520323324.
- ORTELLADO, Pablo. Por que somos contra a propriedade intelectual? Manifesto Anarquista. Disponível em: http://riseup.net/anarquista/porque_somos_contra.htm. Acesso em: 19 de fevereiro de 2005.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial: arts.184 a 288. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN: 8520321771.
- RESENDE, Pedro Antônio Dourado de. Programas de Computador: a outra face da pirataria. In: KAMINSKI, Omar (Org.). Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá, 2003. p. 225-228. ISBN: 8536204397.
- ROVER, Aires José. Os paradoxos da proteção à propriedade intelectual. In: KAMINSKI, Omar (Org.). Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá, 2003. p.173-178. ISBN: 8536204397.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 323p. ISBN: 8571062560.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. ISBN: 8530901029.
- VIANNA, Túlio Lima. Fundamentos de Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 170p. ISBN: 8530916190.
- WACHOWICZ, Marcos. O programa de computador e sua proteção no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2530>. Acesso em: 10 de junho de 2003.
- WONNACOTT, Paul. WONNACOTT, Ronald. Economia. 2ª ed. São Paulo: Makron Books, 1994. 833p. ISBN: 8534601496.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. Direito penal brasileiro: primeiro volume — teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658p. ISBN: 8571062749.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 890p. ISBN: 8520321720.