

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AUGUSTO CALDEIRA SALMON

GUERRA À PIRATARIA: OS IMPACTOS DA REPRESSÃO PENAL NAS VIOLAÇÕES
DE DIREITOS AUTORAIS

CURITIBA
2014

AUGUSTO CALDEIRA SALMON

GUERRA À PIRATARIA: OS IMPACTOS DA REPRESSÃO PENAL NAS VIOLAÇÕES
DE DIREITOS AUTORAIS

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Sérgio Said Staut Jr.

CURITIBA
2014

Em memória de Carlos Augusto Muniz Braga, vendedor ambulante de CDs e DVDs piratas, e morto pela polícia ao protestar contra a criminalização de seu trabalho

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise da tutela penal aos direitos autorais e os impactos que esta possui no âmbito social. Para tanto, faz um resgate histórico do surgimento dos direitos de autor como um ramo autônomo do direito, sua função nos tempos hodiernos através do contexto da indústria cultural, para então proceder a uma análise dos efeitos que a criminalização das violações aos direitos autorais possui no contexto social brasileiro, sob o enfoque da criminologia crítica. Por fim, conclui-se pela necessidade de *descriminalização* das violações aos direitos de autor, que deveriam restringir-se ao âmbito civil.

Palavras-chave: Direitos autorais. Indústria cultural. Criminologiacrítica. Seletividade penal.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the impact of the criminal enforcement of copyright law violations. For this purpose, the work proceeds to a historical overview of the birth of copyright law and authors' rights as an autonomous branch of Law studies, as well as its function on present times, where it operates in the context of the cultural industry. It will then proceed to an analysis of the impacts that criminalization of copyright law violations has on the Brazilian social context, under the view of critical criminology. At last, the work concludes by stating the necessity of a decriminalization of copyright law violation, which should remain exclusively under civil law.

Keywords: Copyright. Authors' rights. Cultural industry. Critical criminology. Criminal selectivity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 NATUREZA JURÍDICA E ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS	10
2.1. NATUREZA JURÍDICA: ASPECTOS PATRIMONIAIS E MORAIS.....	10
2.2. ORIGEM DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR: BREVE HISTÓRICO....	12
2.2.1. Sistema de <i>copyright</i> no direito anglo-saxão.....	13
2.2.2. Direitos de autor na França e no direito continental.....	14
3 DIREITOS AUTORAIS E INDÚSTRIA CULTURAL	18
3.1. O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DE PRIVILÉGIOS DA CLASSE DOMINANTE.....	21
3.2. PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS NA ERA DA INFORMAÇÃO: UMA BATALHA JUDICIAL DE REPRESSÃO À CULTURA.....	23
4 GUERRA À PIRATARIA: CONTROLE E REPRESSÃO SOB O ENFOQUE DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA	29
4.1. CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL.....	29
4.2. SISTEMA PENAL: OBJETIVOS <i>DECLARADOS</i> E OBJETIVOS <i>REAIS</i>	33
4.3. FIGURA QUALIFICADA DO DELITO E MAJORAÇÃO DA PENA.....	36
4.4. SELETIVIDADE PENAL: UM ENFOQUE DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	39
4.5. O PAPEL DA IMPRENSA NA CONSTRUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS.....	45
4.6. DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA ASSOCIAÇÃO COM A PIRATARIA.....	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A revolução digital, caracterizada pelo advento de novas tecnologias de informação e comunicação — e a subsequente popularização destas — causou profundas transformações no modo como a sociedade lida com a cultura. O compartilhamento massivo de arquivos, através da Internet e de outras tecnologias, tornou possível agilizar, horizontalizar e tornar menos palpável (fisicamente manipulável) o conteúdo da comunicação, por meio da digitalização e da comunicação em redes (mediada ou não por computadores) para a captação, transmissão e distribuição das informações (texto, imagem estática, vídeo e som). A informação e a cultura nunca foram tão facilmente acessíveis e manipuláveis; com apenas alguns cliques, é possível fazer *download* de centenas de álbuns de diferentes músicos, montar um acervo de dezenas de filmes, ou armazenar uma biblioteca digital com milhares de livros.

Entretanto, nem tudo é o que parece ser. Ainda há uma grande parcela da população brasileira — e mundial — que sequer possui acesso à Internet, estando excluída da chamada “revolução digital”. Além disso, a suposta “liberdade” de informação e de acesso a bens culturais possibilitada pela Internet e pelas tecnologias de cópia, tais como CDs e DVDs graváveis, continua a ser cerceada pela legislação, sob a justificativa de que os prejuízos causados pelo livre compartilhamento de arquivos e pela pirataria estariam “destruindo” com a indústria e causando prejuízos à sociedade como um todo. Para tanto, o ramo do direito que disciplina — e reprime — estas condutas é o Direito autoral. Construído sob o discurso de proteção aos autores, à criatividade e à cultura, a função que esta seara jurídica cumpre na prática é, entretanto, distinta.

O presente trabalho visa a desvendar as contradições entre o discurso e a prática, entre os objetivos *declarados* e os objetivos *reais* dos direitos de autor, bem como os seus direitos conexos. Para estes fins, o enfoque da análise será a repressão *criminal* às violações de direitos autorais, cujos efeitos têm sido mais nocivos do que as

próprias violações em si, concluindo pela necessidade da descriminalização desta conduta, afastando-a da tutela do direito penal e restringindo-a apenas ao âmbito civil.

Para se chegar a esta conclusão, será feito o seguinte percurso metodológico: no primeiro capítulo, entrará em discussão a natureza jurídica dos direitos autorais, os quais são considerados, doutrinariamente, como dotados de um duplo aspecto: patrimonial e moral. Na sequência, proceder-se-á a um resgate histórico, esclarecendo quando se deu o surgimento e a consolidação deste ramo do Direito. Para tanto, será feita uma crítica ao discurso historiográfico oficial, que negligencia o papel que a burguesia da indústria editorial cumpriu na criação de leis que, contrariamente ao que se atesta tradicionalmente, não serviram apenas à proteção dos autores, mas também dos editores que lucravam com a venda do trabalho destes. Os direitos de autor, portanto, sempre estiveram ligados a interesses econômicos mais amplos que apenas aqueles do autor em si.

Do mesmo modo, atualmente, alguns destes aspectos históricos restam presentes. À medida que a Revolução Industrial progrediu e possibilitou a reprodução técnica massificada de obras de arte, e a partir do surgimento do cinema e do gramofone, a proteção aos direitos de autor passará a abarcar não apenas a indústria editorial, mas também setores mais amplos daquilo que será entendido como *indústria cultural*. Assim, no segundo capítulo, será discutida a função que os direitos autorais cumprem hodiernamente, no contexto da indústria cultural, questionando-se os discursos tradicionais de proteção à inventividade ou à originalidade, uma vez que esta indústria é permeada pela massificação e padronização de produtos culturais que são, primariamente, voltados ao lucro, de modo que o aspecto *moral* dos direitos de autor, considerado como o mais relevante para parte da doutrina, é cada vez mais negligenciado em função do aspecto *patrimonial*. Além disso, mesmo o aspecto patrimonial temse voltado cada vez menos para o próprio autor da obra, mas sim servido aos lucros de grandes conglomerados empresariais que detêm, largamente, monopólios de setores como a indústria fonográfica e cinematográfica.

A função da tutela dos direitos autorais será, então, desvendada sob uma análise marxista, discutindo-se o papel do Estado e do Direito como protetores da propriedade privada dos meios de produção, e reprodutores dos interesses da classe

economicamente dominante. Deste modo, apesar de a Internet ter possibilitado a ampliação do acesso a bens culturais, tais como músicas e filmes, de forma gratuita, tal possibilidade continua a ser limitada por leis repressoras e antiquadas, que servem mais aos interesses privados de uma indústria economicamente poderosa do que ao interesse público de acesso à informação e a cultura, e que negligenciam as novas possibilidades de se lidar com a informação e a cultura a partir da revolução digital, constituindo um verdadeiro retrocesso.

Esta repressão, além de limitar o acesso à cultura e à informação e sobrepor os interesses privados a interesses públicos, também possui impactos sociais severos. No Brasil, as violações de direitos de autor também são consideradas crime. O sistema penal brasileiro, ainda, caracteriza-se por uma gritante seletividade, que pune apenas os estratos sociais mais oprimidos, sobretudo a classe trabalhadora, a juventude negra e pobre, e aqueles que estão excluídos do próprio mercado de trabalho formal, o *lumpenproletariado*. A criminalização da pirataria, neste contexto, oprime sobretudo aos trabalhadores informais, vendedores ambulantes de mercadoria, que expõem CDs e DVDs “piratas” à venda nas ruas. Sob a justificativa de proteção aos direitos dos autores, o sistema penal — sobretudo através das instituições policiais — é responsável por oprimir e violentar muitos destes trabalhadores, os quais dependem, muitas vezes, da venda destas mercadorias para sobreviver.

Assim, no terceiro capítulo desta monografia, a criminalização destas condutas será discutida sob o viés da criminologia crítica, impondo-se um questionamento a sua legitimidade, uma vez que seu objetivo principal é proteger os interesses de uma indústria cultural de lucros bilionários e oprimir pessoas que estão excluídas até mesmo do mercado de trabalho formal.

Por fim, será feita a defesa da *descriminalização* das violações de direitos de autor, removendo esta conduta do rol de tipos penais, para que seja tratada apenas no âmbito civil. Afinal, os impactos da repressão penal e policial são muito mais gravosos para uma sociedade que se pretende justa e democrática, do que a própria violação destes direitos em si, que constituem nada mais do que a venda de algumas dezenas de DVDs ou CDs, o que possuiria muito pouca capacidade de afetar significativamente os lucros dos poderosos conglomerados empresariais que os produzem.

2 NATUREZA JURÍDICA E ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS

2.1. NATUREZA JURÍDICA: ASPECTOS PATRIMONIAIS E MORAIS

A doutrina jurídica tradicional, ao versar sobre o estudo dos direitos autorais, indica que estes são dotados de uma natureza híbrida, dúplice ou *sui generis*. O autor é titular, na verdade, de dois feixes de direitos: um deles diz respeito aos direitos morais, que seriam uma emanção da personalidade do autor e que estão intimamente ligados à relação do autor com a elaboração, divulgação e titulação de sua própria obra. O outro se refere aos direitos patrimoniais, que consistem basicamente na exploração econômica das obras protegidas.

Assim coloca Antônio Chaves, ao afirmar que *“compõe-se o direito de autor de dois elementos fundamentais diferentes: direito moral, como proteção da obra e da personalidade do autor nela refletida, e o direito patrimonial, monopólio de utilização econômica temporária, relativo e limitado, participando da eficácia dos direitos reais.”*¹ Do mesmo modo, Francisco Amaral expõe que *“o direito à integridade intelectual é o que protege o direito moral do autor, isto é, o direito de reivindicar a paternidade da obra; e o direito patrimonial, que é o direito de dispor da obra, explorá-la e dela dispor.”*²

Ou seja, entre a doutrina tradicional, a posição mais aceita é de que os direitos de autor compõem um *“direito dúplice de caráter real: pessoal-patrimonial”*, sendo esta visão denominada de **teoria dualista**, que segundo Chaves, *“é a doutrina predominante, incorporada na lei italiana de 1941 e que, aos poucos, inspira a maioria das legislações nacionais”*.³ No ordenamento jurídico brasileiro, a recepção da teoria dualista encontra respaldo na Lei 9.610/1998, que estabelece em seu art. 22 que *“pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.”*

Os aspectos patrimoniais, por sua vez, dizem respeito à possibilidade de o autor fruir economicamente de sua obra. É o direito que o autor detém de obter os frutos da

¹ CHAVES, Antônio. Direito de autor. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 60.

² AMARAL, Francisco. Curso de Direito Civil. p. 283.

³ CHAVES, op. cit., p. 14.

exploração econômica da sua criação, com o intuito de lucro.⁴ Conforme pontua Ascensão, “a tutela da criação literária e artística faz-se basicamente pela outorga de um exclusivo. A atividade de exploração econômica da obra, que de outro modo seria livre, passa a ficar reservada para o titular”.⁵

Por outro lado, os aspectos morais têm como objeto a proteção a própria pessoa do autor. Conforme Amaral, “direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁶. Os direitos morais, no entanto, não estão suscetíveis a uma aferição econômica concreta, embora também sejam objeto de relações jurídicas⁷ e sua lesão possa estar suscetível a uma reparação econômica.⁸

Para a doutrina tradicional, a criação, como obra do espírito, é a projeção da própria personalidade do criador, e como tal merece ser protegida pelo direito. De acordo com Sérgio Said Staut Jr., “atualmente, no campo doutrinário há um aparente consenso quanto à necessidade de valorização dos direitos de personalidade do autor, de modo que os direitos morais prevaleçam em relação aos direitos patrimoniais do autor, ou seja, busca-se condicionar os direitos patrimoniais aos personalíssimos.”⁹

Entretanto, há de se ter cautela na recepção de determinados discursos de forma acrítica, sem problematizar o seu contexto histórico, social e político, sem observar com cautela as funções *declaradas* que tais discursos podem exercer, e as funções *reais* que vem a ser desempenhadas.

“Em relação aos direitos de personalidade do autor e ao discurso de valorização desses direitos, talvez fosse interessante discutir um pouco mais o que se entende, o que significa e qual o papel desempenhado pelo conteúdo pessoal dos direitos autorais. Além disso, verificar o que, também, se está protegendo

⁴ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006. p. 83-84.

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: renovar, 1997. p. 3.

⁶ AMARAL, op. cit., p.283.

⁷ Ainda em relação à natureza moral dos direitos do autor, atesta Amaral que “são também objeto de direitos ou de relações jurídicas os bens ou valores essenciais da personalidade humana (direitos da personalidade), nele compreendidas as atividades de natureza intelectual, designadamente as criações literárias, artísticas e científicas (propriedade intelectual), e ainda as invenções, desenhos e modelos de indústria (propriedade industrial).” (AMARAL, op. cit., p. 348.)

⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 96.

⁹ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 93-94.

quando se valoriza ou se consagra um aparato jurídico estatal de proteção à personalidade/criatividade do autor.”¹⁰

Do mesmo modo, no que tange aos direitos patrimoniais do autor, cumpre fazer alguns questionamentos em relação aos interesses que estes direitos tutelam, se recaem especificamente sobre o autor. Neste sentido, também cabe se indagar *“em que medida o sentido individualista, exclusivista e patrimonialista desses direitos ainda são válidos, e qual a influência dos direitos patrimoniais do autor sobre os seus direitos morais.”¹¹*

Assim, faz-se necessária uma contextualização histórica do que representam as atuais concepções doutrinárias sobre os direitos de autor - tanto em seus aspectos morais quanto patrimoniais - uma vez que estão eivadas dos ideais políticos do liberalismo, que cumprem um papel de defesa de determinados interesses sociais.

2.2. ORIGEM DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR: UM BREVE HISTÓRICO

A criação e o desenvolvimento da tutela jurídica dos direitos autorais também se relaciona com uma conjuntura histórica e social à qual estão ligados fatores econômicos, culturais e tecnológicos de desenvolvimento, afinal, o Direito não pode ser visto apenas como uma ciência apartada do mundo do qual é parte integrante, mas sim analisado sob um enfoque mais abrangente.

Dito isto, as primeiras discussões - e disputas políticas - travadas para que se culminasse na atual configuração do Direito Autoral, como o conhecemos hoje, se iniciam a partir da Século XVIII. Antes disso, porém, é relevante destacar a invenção da imprensa por Gutenberg em 1436, e do papel em 1440, que permitiram que a reprodução dos livros e outros escritos pudesse assumir escalas até então desconhecidas, fazendo florescer uma grande indústria em torno de sua produção, cujo

¹⁰ STAUT JÚNIOR, *Ibid.*, p. 95.

¹¹ STAUT JÚNIOR, *Ibid.*, p. 88.

desenvolvimento será observado, sobretudo, em países como França, Inglaterra e Itália.¹²

Assim, na França, *“a primeira configuração jurídica específica para a proteção dos direitos de criação foram os privilégios concedidos pela Coroa aos livreiros”*¹³, consistindo em uma interdição a todos os demais, que não os editores privilegiados pelo Antigo Regime, a imprimir ou vender as obras protegidas. Ou seja, era um **direito de monopólio**: *“no Ancien Régime o sistema que regulamentava a produção e a difusão das ideias ficou conhecido como o sistema dos privilégios reais ou do monopólio dos editores”*.¹⁴Do mesmo modo, na Inglaterra, havia *“monopólios de exploração econômica outorgados, muitas vezes, em caráter perpétuo e sucessório, pela realeza aos editores de livros, objetivando a proteção dessa atividade.”*

Na França, este direito de monopólio, editado em 1723, operava sob o argumento de que os livreiros e editores mereciam este privilégio devido aos custos gerais de publicação e aos riscos comerciais da edição das obras que estes assumiam. Entretanto, as justificativas econômicas por si só são insuficientes; devem ser analisadas, igualmente, as justificativas políticas.¹⁵

O objetivo desta proteção concedida pela Coroa a poucos editores, que também a apoiavam politicamente, era exercer um controle político sobre a indústria editorial, desenvolvendo uma forte atividade de censura. Além disso, buscava-se manter o monopólio econômico de seus *protégés*, em oposição aos livreiros que não recebiam a mesma proteção política da Coroa francesa, e que estavam inspirados pelas novas ideias do liberalismo econômico¹⁶.

A partir desta dissidência, trava-se um embate entre os defensores do livre uso das obras e aqueles que pregavam a perpetuidade dos privilégios na mão de alguns poucos editores. Deste embate, emergem os desdobramentos que viriam a constituir as bases legais ainda vigentes, de uma forma geral, nos sistemas jurídicos de proteção

¹² SOUZA, Allan Rocha de. A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 38.

¹³ SOUZA, Ibidem, p. 38

¹⁴ STAUT JÚNIOR, op. cit., p. 115.

¹⁵ SOUZA, op. cit., p. 39-40.

¹⁶ Ibid., p. 39-40.

aos direitos do autor, com dois aspectos distintos: de um lado, a criação do *copyright*, na Inglaterra, protegendo sobretudo a criação patrimonial e a obra; de outro, o surgimento do *droit d'auteur*, na França, cujo centro de preocupação era o autor.¹⁷

2.2.1. Sistema de *copyright* no direito anglo-saxão

É comum haver confusão entre os vocábulos “*copyright*” e direito de autor. Entretanto, apesar de haver uma proximidade crescente entre os dois institutos, que vem se tornando cada vez mais unidos, existem peculiaridades importantes a cada um, tanto em sua configuração histórica quanto em seu funcionamento.

O modelo de “*copyright*”, contrariamente à proteção jurídica de autor no direito continental, tem como foco a proteção sobre a obra. Este sistema tem como origem o *Statute of Anne* (Ato da Rainha Ana), editado em 1710 na Inglaterra pela Rainha Ana.¹⁸

Como descrito anteriormente, os direitos de edição das obras literárias na Europa do Século XVIII configuravam um quadro de monopólio, privilégio e exclusividade, no qual só detinham direitos aqueles editores que mantinham relações aristocráticas com a realeza.

O Ato da Rainha Ana, ao ser editado, portanto, buscou também romper com este regime de monopólio, conferindo as seguintes inovações: a exploração da obra pelo editor deixava de ser perpétua, para se tornar limitada a um prazo determinado (14 ou 21 anos, prorrogáveis por igual período, a depender da situação). Além disso, uma vez expirado o prazo, qualquer pessoa poderia publicar as obras e usufruir da exploração econômica destas (inclusive o autor), o que acabaria por fundar o conceito de *domínio público* nos direitos autorais, constituindo de obras que poderiam ser exploradas e utilizadas por qualquer pessoa, rompendo com o direito de exclusivo.¹⁹

Portanto, evidencia-se que a tutela jurídica adotada pela Inglaterra tem como foco maior o direito à *cópia* da obra (eis o nome *copyright*), sendo o autor uma figura

¹⁷ Ibid., p. 40.

¹⁸ PEREIRA, Márcio. Direito de autor ou de empresário? Campinas: Servanda Editora, 2013. p. 60-63.

¹⁹ PEREIRA, *op. cit.*, p. 61-62.

secundária da proteção jurídica, que é fundada principalmente no direito exclusivo de exploração econômica, o qual poderia ou não ser detido pelo autor. Os desdobramentos no direito continental, entretanto, seriam diferentes. Conforme Ascensão, *“no mesmo século XVIII, porém, no continente europeu caminhou-se noutra direção. Embora se recorresse também à figura do privilégio, centrou-se a tutela na atividade criadora em si, mais do que na materialidade do exemplar.”*²⁰

2.2.2. Direitos de autor na França e no direito continental

A Revolução Francesa foi um importante marco no desenvolvimento do direito autoral, instituindo *“golpe final contra o antigo sistema de privilégios outorgados pela realeza aos impressores.”*²¹ Inspirada pelo ideário iluminista, a Revolução finalmente trazia a noção de que o autor detinha propriedade sobre a sua criação, demovendo o monopólio dos livreiros da então florescente indústria editorial do Antigo Regime. A lei passa a privilegiar o autor, enxergando-o como o verdadeiro sujeito a ser protegido.

“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.

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, as normas produziram uma diferença capital na natureza

²⁰ ASCENSÃO, *Ibid.*, p. 6.

²¹ PEREIRA, *Ibid.*, p. 63.

*jurídica das duas categorias de privilégios: a dos autores, uma 'propriedade de direito', e a do editor, uma 'liberalidade'.*²²

Se, em 1777, o Conselho do Rei reconhece a precedência dos autores, o verdadeiro marco legal de ruptura com as antigas condições de privilégio dos editores se dá em 1791, quando “*é promulgada na França uma lei que garantia aos autores de obras literárias o direito exclusivo de apresentar a representação teatral de suas criações, sob pena de confisco do proveito econômico obtido com o espetáculo*”²³, assegurando o direito de representação. Este dispositivo legalse junta a outro, de 1793, prevendo o direito exclusivo do autor em relação a sua obra durante toda sua vida, além de fixar um prazo de 10 anos para que os herdeiros também gozassem deste direito, assegurando o direito de reprodução.²⁴

Este é, ao menos, o discurso tradicionalmente aceito. Dentro da historiografia dominante, a criação dos direitos autorais é vista como uma “evolução” jurídica, fruto de uma luta dos autores para deter o controle sobre sua obra e obter os proveitos econômicos de sua criação, rompendo com o injusto sistema de monopólio da era absolutista e conquistando finalmente a justiça. Quando a História é enxergada nesta perspectiva, “*qualquer perspectiva crítica é abandonada, assimila-se a propaganda revolucionária burguesa de mais de duzentos anos atrás sem qualquer mediação.*”²⁵

O discurso de proteção aos autores, embora visto como a principal justificativa para as mudanças políticas ocorridas durante o curso da Revolução Francesa e o período que a precedeu, não necessariamente é a justificativa *real* para as transformações legislativas que ocorriam à época. Conforme atesta Staut Jr., por exemplo, “*a modificação no sistema jurídico de regulação da atividade autoral se deu muito mais pela adequação ao novo modo de produção, em que os detentores do*

²² ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil S/A, 2002. p. 28.

²³ PEREIRA, *op. cit.*, p. 64.

²⁴ PEREIRA, *ibidem*, p. 64.

²⁵ STAUT JÚNIOR, *ibid.*, p. 113.

*capital (os editores) e não os detentores da criatividade (os autores) ocuparam o centro da vida política, jurídica e econômica na França pós-revolucionária.*²⁶

O que se percebe, portanto, é que o direito de autor, embora tenha surgido com o discurso de proteção ao autor e à criatividade e originalidade deste, também serviu, em seus primórdios históricos, à proteção dos interesses econômicos dos editores, os quais *“preocupavam-se tanto com os autores quanto um fazendeiro de gado se preocupa com o seu gado”*.²⁷ Do mesmo modo, hoje, também este ramo do direito serve a interesses que nem sempre estão evidentes.

Assim, é importante analisar a legitimidade da ideologia jurídica hegemônica e contextualizá-la histórica e politicamente. Se, num primeiro momento, a burguesia buscava destruir um injusto regime político de privilégios, há de se questionar qual a função cumprida pela proteção jurídica aos “autores”, num contexto econômico em que as grandes empresas da indústria editorial detêm um imenso poderio financeiro dentro do qual o autor, possuía pouco espaço.

Para além de se compreender a origem histórica dos institutos jurídicos, porém, é necessário relacioná-la aos tempos atuais e, hodiernamente, *“a associação cada vez mais estreita do Direito de Autor a setores muito poderosos da atividade econômica marca também profundamente a nossa época.”*²⁸ Interesses econômicos que não necessariamente sejam aqueles dos autores continuam a intervir. Se nos séculos XVIII e XIX os direitos autorais estavam ligados, primordialmente, à indústria editorial, agora estão inseridos, de modo mais amplo, na indústria cultural. Neste contexto, de consolidação de grandes empresas responsáveis pela distribuição de bens culturais, é que se deve pensar as funções que os direitos autorais cumprem hoje.

²⁶ STAUT JR., *ibid.*, p. 122-123.

²⁷ LESSIG, Lawrence. *Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005. p. 107.

²⁸ ASCENSÃO, *ibid.*, p. 8. O autor ainda prossegue para analisar, lucidamente, que *“as empresas da indústria de comunicação social consideram que a remuneração do criador é o custo sempre comprimível, para manterem um bom nível de lucros”* e que uma grande parte das leis mais recentes *“protegem afinal interesses empresariais, que só casualmente coincidem com os do criador intelectual.”* (ASCENSÃO, *ibid.*, p. 9.)

3 DIREITOS AUTORAIS E INDÚSTRIA CULTURAL

Os teóricos Max Horkheimer e Theodor Adorno, da Escola de Frankfurt, ao analisar a questão da cultura de massas nas sociedades industriais, cunharam a expressão “indústria cultural”. Para os autores, a “indústria cultural” diz respeito ao desenvolvimento da cultura de forma massificada nas sociedades contemporâneas, sendo captada pelas relações de produção capitalista e os interesses mercadológicos que as embasam. Este fenômeno, por sua vez, decorre de um processo histórico no qual, a partir da Revolução Industrial, torna-se possível a reprodução em série de bens culturais, para assumirem a forma de mercadoria e se inserirem nas relações de troca da economia liberal capitalista.²⁹

A massificação na produção dos bens culturais, que se desenvolve através de um aparato técnico fabril de reprodução repetitiva destes bens, acaba por criar uma padronização nas mercadorias, de modo que as fórmulas de criação deste bem também se tornam repetitivas e padronizadas. A indústria cultural, portanto, “filtra” e limita a capacidade de inovação, originalidade e desenvolvimento criativo, selecionando aquelas tendências que são mais convenientes aos lucros do mercado e raramente assumindo riscos quanto ao lançamento de ideias que estejam fora deste padrão. Deste modo, a cultura na sociedade burguesa se reproduz através da forma de mercadoria, cumprindo não apenas uma função de lucro para os grandes capitalistas da indústria cultural, mas também de “domesticação” e apaziguamento dos indivíduos que a consomem, através de sua uniformização padronizada e repetitiva.³⁰

Além disso, o desenvolvimento econômico ao longo do século XX acaba por culminar no surgimento de grandes monopólios empresariais em todos os âmbitos da indústria cultural, de forma que o poder de distribuição e determinação sobre quais produtos culturais estarão disponíveis no mercado torna-se ainda mais concentrado. Na indústria fonográfica, por exemplo, dois terços de todo o mercado mundial estão na mão de algumas poucas empresas (EMI, PlyGram, BMG-Ariola, Sony Music, Warner

²⁹ STAUT, *op. cit.*, p. 153-155.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 155-159.

Music, MCA-Geffen/Motown e Virgin).³¹ Nos Estados Unidos, maior mercado produtor e consumidor destes produtos, 84,8% do mercado de música do país é controlado apenas pela Universal, BMG, Sony, Warner e EMI, sendo a situação ainda mais alarmante na indústria cinematográfica, onde apenas dez estúdios recebem 99% de toda a receita no mercado.³²

O monopólio do mercado por um número restrito de empresas faz com que o poder de distribuição e financiamento dos produtos culturais esteja concentrado, majoritariamente, nas mãos destas poucas empresas. Deste modo, o sistema internacional de direitos autorais, sobretudo em seu aspecto patrimonial, na verdade tem assumido o caráter de proteção ao *lucro* de grupos econômicos que possuem claro interesse na defesa de seu patrimônio, sem qualquer pretensão de incentivo ao desenvolvimento da cultura de forma livre e autônoma. Em realidade, o que está em jogo é a defesa de interesses econômicos e empresariais em um mercado internacional extremamente pujante e lucrativo, no qual há cada vez menos espaço para a proteção e valorização dos autores e a sua criatividade, uma vez que a própria atuação do artista, para se manter neste espaço, é manipulada e moldada pelos interesses da indústria. *“Com a transformação da música em mercadoria, com o aumento do controle sobre a produção e, principalmente, sobre a distribuição das músicas, a atividade do artista ligado à música passa a ser, muitas vezes, ‘dirigida’ justamente pelos interesses do mercado e, conseqüentemente, o critério para a criação acaba sendo o lucro.”*³³

Deste modo, como já discutido, a indústria cultural se presta ao papel de normatização e uniformização de seus produtos para serem mais facilmente vendáveis e distribuíveis a uma massa de consumidores, de modo a perpetuar os seus lucros. A indústria, em realidade, assume pouco compromisso com a originalidade ou inventividade dos seus autores. Embora não se possa dizer que toda a produção musical, cinematográfica e cultural esteja, de fato, absolutamente subordinada aos interesses da indústria, é inegável que a hegemonia desta e de suas empresas detentoras de monopólio exerce uma influência extremamente relevante sobre a lógica

³¹ DIAS, Marcia Tosta. Os donos da voz: indústria fonográfica brasileira e mundialização da cultura. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000. p. 41-42, *apud* STAUT, *ibid.*, p. 160.

³² LESSIG, *op. cit.*, p. 174.

³³ STAUT, *op. cit.*, p. 160.

da produção cultural no mundo, de modo que “o atual sistema de regulação das ideias em sociedade, denominado direitos autorais, tutela primordialmente o que se produz intelectualmente nesse quadro produzido pela indústria cultural.”³⁴

Neste sentido, o aspecto moral e personalíssimo dos direitos autorais tem sido cada vez mais eclipsado pela proteção patrimonial. Afinal, dentro de um mercado hegemonicamente dominado por uma minoria de empresas que exerce um grande monopólio, o papel que a proteção à criatividade e ao caráter pessoal das obras possui na legislação autoral é bastante questionável, sobretudo quando analisado no contexto da indústria cultural, marcada pela padronização e homogeneidade dos produtos, onde o autor está submetido às rígidas imposições do mercado e possui pouca autonomia criativa.³⁵

O engessado discurso de proteção moral ao autor, assim, ignora os verdadeiros fatores que determinam a valorização social e econômica do trabalho intelectual, que está muito mais subordinada à capacidade de receber aplicação de capital - o que, conforme visto, se direciona sobretudo para produtos culturais determinados especificamente quanto a sua capacidade rentável - do que à própria criatividade e originalidade do autor. Ademais, ainda que se afaste este lado da questão, o fato é que, mesmo quando se trata de buscar reparações às lesões causadas ao direito personalíssimo do autor, estas só podem ser auferidas em seu valor econômico, reduzindo-se, novamente, a uma questão pecuniária.

“Na relação entre os direitos patrimoniais e de personalidade do autor, em um espaço dominado pela indústria cultural, o que se verifica é a supervalorização econômica dos direitos autorais, em que o seu aspecto patrimonial é superdimensionado e o seu aspecto pessoal só importa na medida em que é compatível com a exploração econômica do bem cultural ou quando pode ser reduzido a uma determinada quantia em dinheiro.”³⁶

Neste panorama, cumpre repensar o propósito da legislação de proteção aos direitos autorais, em função das contradições entre os objetivos *propostos* por esta, e os objetivos que, de fato, vem sendo cumpridos e defendidos pela lei. O que se conclui é que “a função que acaba sendo exercida pelo atual modelo de regulação do produto

³⁴ STAUT, *ibid.*, p. 164.

³⁵ *Idem, ibid.*, p. 168-171.

³⁶ *Idem, ibid.*, p. 190.

*intelectual é, em realidade, tutelar e incentivar um modelo consagrado pela indústria cultural e garantir não o retorno social, mas sim o retorno privado dos ‘investimentos’ realizados pelas grandes empresas.*³⁷ A proteção legal aos direitos autorais, então, cumpre um papel preponderante na manutenção dos interesses destas empresas, servindo mais como uma forma de assegurar o seu poderio econômico do que atender ao interesse público, que resta negligenciado e relegado ao segundo plano quando se trata de reforçar esta área da legislação. Para compreender melhor esta função desempenhada pelos direitos autorais, é necessário compreender a função desempenhada pelo direito como um todo, e como esta se encobre por uma ideologia cujo discurso acaba por cair em contradição com a realidade.

3.1. O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DE PRIVILÉGIOS DA CLASSE DOMINANTE

Dentro do senso comum, é de costume enxergar o direito como algo restrito apenas a suas fontes formais, habitualmente consideradas pela doutrina como sendo: fonte consuetudinária, fonte legal, e fonte jurisprudencial. Entretanto, o direito não se resume a estas fontes, que são, em grande medida, estáticas e não anteriores ao direito que delas emana. Ou seja, *“son menos fuentes propriamente dichas que modos de manifestación del derecho.”*³⁸ É preciso, também, analisar o que está *por trás* destas fontes, o que as determina. E, em suma, o que as determina são as manifestações de vontade que partem de fontes materiais ou reais.

Para a teoria marxista, em particular, estas manifestações de vontade decorrem da luta de classes, das contradições e embates entre a classe detentora dos meios de produção, a burguesia, e aquela que é obrigada a vender a sua força de trabalho, a classe trabalhadora. Porém, uma vez que a burguesia é a classe dominante, esta utiliza-se do poder do Estado para concretizar - e manter - os seus próprios interesses.

³⁷ STAUT, *Ibid.*, p. 182.

³⁸ STOYANOVITCH, Konstantin. *Pensamiento marxista y el derecho*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1981. p. 48.

Assim, *“el derecho es, dondequiera que se lo encuentre en el espacio y en el tiempo, el medio por el cual la clase social que ha impuesto su modo de producción económica a la sociedad de que forma parte se asegura el papel histórico que le es así atribuído.”*³⁹

No Direito brasileiro, tal posição fica mais evidente ainda quando se trata de analisar o papel dos direitos conexos aos direitos de autor. Os direitos conexos são “direitos vizinhos” que recebem a mesma tutela atribuída ao autor, e protegem sobretudo os canais de realização e distribuição da obra criativa. Deste modo, servem para proteger especificamente aos interesses das corporações que lucram com a distribuição da propriedade artística autoral, fazendo com que, novamente, a proteção ao autor recaia a um plano secundário.⁴⁰

Não se quer, com isto, fazer uma análise generalizante e reducionista, para a qual todo o Direito seria tão-somente uma forma de a burguesia impor a sua vontade. De fato, o campo jurídico também é um campo de disputa no qual diferentes interesses estão em jogo, de modo que nem todas as leis beneficiam a classe dominante somente. Entretanto, de maneira geral e em última instância, a força do Estado se coloca em função da manutenção dos privilégios daqueles que estão no poder, e dentro desta lógica o Direito não cumpre o papel de representar, abstratamente, a *vontade geral* de toda a população de um Estado-nação, como se quer fazer acreditar. Sobretudo quando se trata de uma realidade permeada de interesses conflitantes. O direito, portanto, *“no puede expresar otra cosa que un interés de clase, y no tiene nada que ver con un pretendido interés general, que en este contexto no es más que una invención de eso que Marx llama una falsa ideología.”*⁴¹ A falsa ideologia que constrói o ideal jurídico também está presente nos direitos autorais: embora a *ideologia* hoje aceita como justificativa para a sua defesa evoque como motivos a originalidade, a criatividade, o desenvolvimento cultural, o direito aos autores de uma obra a perceberem os frutos de sua criação, o que se observa na prática é uma realidade bastante distinta.

Esta discrepância decorre do fato de que o direito *“resulta de ciertas condiciones de vida materiales a las cuales queda íntima, indisolublemente ligado, y no*

³⁹ STOYANOVITCH,, *ibid.*, p. 49.

⁴⁰ STAUT, *ibid.*, p. 175-178.

⁴¹ STOYANOVITCH, *ibid.*, p. 52.

*es una ideanielproducto de una idea, siendo precisamente elreflejo de unas relaciones sociales dadas, provenientes de lasllamadas condiciones de vida materiales.*⁴² Ou seja: não basta apenas atentar-se à letra da lei; para que se desvende qual o seu reflexo nas condições objetivas da realidade, há de se analisar os seus objetivos *de fato*, dentro da realidade material em que esta se insere. Quando se trata de analisar os direitos autorais, nota-se que a lei, ao contrário do que propaga a *ideologia* de proteção ao autor e a sua criatividade, está a serviço dos grandes conglomerados empresariais que lucram imensamente comos seus produtos, tais como filmes, músicas e livros.

A proteção à lei serve diretamente aos interesses da indústria, preocupada em manter os seus ganhos econômicos e travando um combate às violações de direitos autorais com o intuito de manter o seu monopólio. Como atesta Staut Jr., *“a pirataria viola, sem dúvida, direitos patrimoniais do autor, porém, quem está à frente da luta pelo respeito aos direitos autorais são muito mais as empresas que trabalham com os produtos artísticos, científicos e literários.”*⁴³ Em realidade, a defesa dos direitos autorais e do *copyright* é uma luta muito mais encabeçada pela indústria do que pelos autores, e as batalhas judiciais travadas para proteger estes direitos têm criado, sobretudo nos Estados Unidos, um lucrativo mercado de indenizações e honorários advocatícios que dificilmente possuiria qualquer sustentação lógica em face de sua (im)pertinência social e cultural.

3.2. PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS NA ERA DA INFORMAÇÃO: UMA BATALHA JUDICIAL DE REPRESSÃO À CULTURA

O fato de que centenas de milhares de pessoas, em todo o mundo, violam as leis de direitos autorais da forma como existem hoje, não é um dado exatamente inédito ou surpreendente. Com o advento da Internet e sua subsequente popularização, o livre compartilhamento de dados e arquivos se tornou possível de um modo jamais visto antes. Graças às redes *peer-to-peer* (P2P)- forma de rede na qual todos os usuários

⁴² STOYANOVITCH, *ibid.*, p. 147.

⁴³ STAUT, *ibid.*, p. 176.

podem compartilhar arquivos entre si, fazendo igualmente as vezes de servidor e de usuário, ao contrário das redes centralizadas - nunca se tornou tão fácil distribuir conteúdo livre na Internet, desde filmes a músicas, fotos e livros⁴⁴.

Entretanto, as antigas leis de direitos autorais, editadas sem levar em conta os avanços tecnológicos mais recentes, continuam a ser reforçadas. Em sua obra “Cultura Livre”, o jurista estadunidense Lawrence Lessig expõe alguns dos abusos cometidos pela indústria quando se trata de acionar a Justiça para defender o *copyright* que detém sobre seus produtos, e defende a necessidade de uma reforma urgente nas legislações sobre *copyright* e direitos autorais cujas ideias, embora estejam mais restritas ao contexto estadunidense, também encontram respaldo na maioria dos países, uma vez que o sistema de proteção internacional aos direitos de autor encontra-se igualmente defasado neste ponto.

Em face dos novos avanços tecnológicos que abrem espaço para o compartilhamento massivo e descentralizado de dados, Lessig observa a incapacidade da legislação atual em tutelar os interesses dos autores e detentores de *copyright* de uma forma equilibrada, que também atenda ao interesse público e social e não se funde somente numa postura estatal excessivamente repressora contra este tipo de prática. Assim, o autor conclui que, por mais que estas práticas constituam violações do direito que está hoje posto, é preciso fazer uma análise mais atenta e minuciosa sobre as modernas formas de troca de dados, questionando, por exemplo, qual o seu impacto real sobre a indústria e suas vendas, quem está perdendo e quem está ganhando, qual o papel do interesse público e do interesse privado no reforço a estas leis, uma vez que *“calcular os danos reais aos titulares dos direitos é mais complicado do que se pode pensar.”*⁴⁵

Para tanto, em sua análise, Lessig divide as práticas de compartilhamento de música na Internet em quatro espécies diferentes.⁴⁶

A. Usuários que utilizam as redes de compartilhamento como substituto para a compra de conteúdo. Ou seja, quando um novo CD é lançado, ao invés

⁴⁴ LESSIG, *Ibidem*, p. 86-88.

⁴⁵ *Idem*, *Ibid.*, p. 88.

⁴⁶ LESSIG, *Ibid.*, p. 88-89.

de comprá-lo, os usuários do tipo A “baixam” o conteúdo através de Internet.

- B. Aqueles que usam as redes p2p para ouvir uma amostra da música antes de comprá-la. São aqueles que ouvem as músicas pela Internet e, se gostarem, acabarão por comprar o CD.
- C. Aqueles que usam as redes p2p para ter acesso a conteúdo que, embora seja protegido por copyright, é extremamente raro ou não é mais vendido no mercado. Embora isto constitua, tecnicamente, em violação de *copyright*, não causa absolutamente nenhum prejuízo econômico ao titular dos direitos, uma vez que o conteúdo já esfora de mercado.
- D. Por fim, há aqueles que utilizam as redes da Internet para acessar conteúdo que não é protegido ou que está autorizado a ser distribuído livremente.

Pela lei, apenas o compartilhamento do tipo D seria plenamente permitido. Entretanto, do ponto de vista da economia, apenas o tipo A seria efetivamente prejudicial aos lucros da indústria, ao passo que o tipo B, na verdade, contribuiria para as vendas, e o tipo C, mesmo sendo ilegal, é claramente benéfico para a sociedade, uma vez que amplia o escopo de conteúdo cultural ao qual se pode ter acesso. Porém, a indústria continua a investir em uma ofensiva contra o compartilhamento de conteúdo na Internet, sob a alegação de que está tendo prejuízo. Esta não é uma prática nova. O mesmo ocorreu quando do surgimento da fita cassete, de modo que, *“em 1981, quando as vendas caíram 11,4%, a indústria afirmou que seu ponto de vista fora comprovado. A tecnologia era o problema e bani-la ou regulá-la era a resposta.”*⁴⁷

Entretanto, além de ser bastante complexo conseguir calcular, com efetividade, qual o impacto real das novas tecnologias sobre as vendas, sem levar em conta outros fatores, há também outra questão que se impõe. Neste caso, caberia questionar, igualmente, quais os *benefícios* trazidos por estes novos modos de compartilhamento à sociedade como um todo, levando-se em conta não apenas o interesse privado das empresas (e dos autores), mas também o interesse público em ter acesso à cultura e ao compartilhamento de dados. Da forma como a questão se impõe hoje, porém, o que

⁴⁷ *Idem, ibid., p. 90.*

se observa é um claro desequilíbrio nesta equação de interesses, em que as empresas continuam irreduzíveis no combate a estas condutas, utilizando-se da força judiciária e governamental para tanto, relegando o interesse público a segundo plano.

Ocorre, portanto, uma contradição entre a suposta liberdade proporcionada pela Internet de compartilhar arquivos e informações, e os esforços para tolher esta liberdade, através de um controle legal cuja justificativa se baseia nas leis de direitos autorais e de proteção ao *copyright*. Assim, conclui-se que *“à medida que especialistas desenvolvem meios de exercer controle sobre conteúdo, e que a tecnologia aumenta o poder do copyright, a força da lei muda também.”*⁴⁸ Ou seja, o controle governamental também tem ampliado seu escopo de forma imensa; com as inovações tecnológicas, ao mesmo tempo em que distribuir conteúdo não-autorizado se torna mais fácil, também se torna mais fácil controlar e punir as pessoas pelas violações cometidas, uma vez que a tecnologia também está a serviço da força repressora dos governos, e esses podem chamá-la a seu favor. Assim, *“para lutar contra a ‘pirataria’, para proteger a ‘propriedade’, a indústria de propriedade intelectual iniciou uma guerra.”*⁴⁹

Para se compreender melhor a situação, pode-se fazer uma analogia com outras batalhas proibicionistas travadas pelo Estado; da mesma forma que se está em uma guerra contra o *copyright*, também se está em uma guerra contra as drogas. Embora deva-se reiterar que a comparação é absolutamente desproporcional em relação ao impacto social, ao número de mortes e aos danos causados, podem-se traçar alguns paralelos. De acordo com Lessig, a guerra contra as drogas, além de ser uma guerra perdida, gera imensamente mais prejuízos do que benefícios,⁵⁰ e serve de exemplo para reiterar o fato de que o controle, a repressão e a proibição de determinadas condutas, além de ser absolutamente incapaz em suprimi-las, ainda tem o potencial de causar danos sociais de ordem muito maior do que as próprias condutas

⁴⁸ LESSIG, *Ibid.*, p. 173.

⁴⁹ LESSIG, *Ibid.*, p. 189.

⁵⁰ Neste sentido, atesta: *“quando somamos a sobrecarga da justiça criminal, o desespero de crianças cuja única alternativa profissional é tornarem-se soldados do combate às drogas, a violação de proteções constitucionais por causa da vigilância constante exigida por essas políticas, e, sobretudo, a destruição total do sistema legal de países latino-americanos graças aos poderes dos cartéis locais, parece impossível crer que o benefício marginal representado pela diminuição do consumo de drogas nos Estados Unidos possa compensar tais prejuízos.”* LESSIG, *op. cit.*, p. 177.

em si. A guerra contra as violações de direitos autorais e *copyright* tem, igualmente, gerado mais prejuízos do que benefícios.

Além de limitar o direito das pessoas de ter acesso à informação e a bens culturais que normalmente estariam fora de seu alcance por questões econômicas, a repressão também causa um impacto no sistema judicial e, socialmente, serve para criminalizar justamente aqueles que são os mais fragilizados dentro do estrato social: no caso brasileiro, os vendedores ambulantes de CDs e DVDs “piratas”.

As contribuições de Lessig para a discussão sobre a “pirataria” trouxeram à tona a importância de uma análise crítica mais profunda sobre a legislação autoral em face das novas formas de compartilhamento de conteúdo via Internet. É preciso que o direito reconheça a necessidade de despenalização de determinadas condutas que são, pela legislação atual, consideradas ilícitas, uma vez que as justificativas apresentadas para que esta situação se mantenha - o suposto prejuízo causado - não possuem uma sustentação empírica muito precisa e, ainda que o possuíssem, estariam beneficiando tão somente as grandes empresas da indústria cultural, negligenciando o interesse público envolvido.

Entretanto, embora o debate sobre Internet e cultura livre seja extremamente importante, é preciso reconhecer as suas limitações, sobretudo no que tange às diferenças entre o contexto estadunidense e dos países centrais do capitalismo e o contexto brasileiro, situado no capitalismo periférico. Cabem, assim, algumas considerações.

Primeiramente, sobre o acesso à Internet: de acordo com dados do IBGE, ainda em 2011, apenas 46,5% dos brasileiros possuíam acesso à Internet.⁵¹ Mesmo que este contingente represente mais de noventa milhões de pessoas - o que está longe de ser um número inexpressivo -, continua a ser uma parcela inferior à metade da população de todo o território brasileiro. Para esta parcela, a repressão à cultura através do cerceamento do livre compartilhamento de arquivos pelas redes p2p é uma questão que sequer está colocada, uma vez que este contingente não possui nem mesmo o acesso à Internet. Dentro do contexto brasileiro, portanto, é importante *ampliar* o debate

⁵¹ Dado disponível em:

<ftp://ftp.ibge.gov.br/Acesso_a_internet_e_posse_celular/2011/tabelas_pdf/tab1023.pdf>. Acesso em: 20 de Outubro de 2014.

para abarcar outro modo de violação aos direitos autorais, que é mais difundido, sobretudo, entre as classes de menor rendimento econômico: a aquisição de CDs e DVDs “piratas” nos camelôs e no comércio ambulante.

É importante diferenciar este lado da pirataria por alguns motivos. Destaque-se, primeiramente, que as violações a direitos autorais no Brasil estão sujeitas a sanção *criminal*, ou seja, podem ser punidas penalmente e não apenas civilmente. Além disso, esta forma de pirataria envolve um aspecto econômico distinto, qual seja, a auferição de lucro por parte daquele que vende o produto, diferentemente das redes p2p na Internet, onde os usuários podem compartilhar seus filmes e músicas entre si sem cobrar dinheiro por isso (muito embora também o possam, mas não é um imperativo). Há, além disso, um estigma social criminalizante que acompanha a pirataria de rua e que não se observa nos delitos cometidos em casa, via Internet. Este estigma, por sua vez, não está apenas circunscrito à esfera simbólica, mas também é acompanhado por uma *ação* repressora, operada pelo sistema policial e criminal.

Afinal, as famílias dos estratos econômicos mais baixos e que não possuem acesso à Internet, ao comprarem um DVD pirata no terminal de ônibus, não estariam também exercendo o seu direito de acesso à cultura, o qual é tolhido por uma legislação autoral excludente que criminaliza esta conduta? E por que o vendedor deste DVD, que está fora do mercado de trabalho formal e precisa garantir sua renda de algum modo, acaba por ser perseguido pela justiça por violar direitos de autor, mas o universitário que compartilha seus mp3 nas redes sociais jamais é sancionado? Para se responder a estas questões, deve-se partir a uma análise crítica do sistema de justiça criminal.

4 GUERRA À PIRATARIA: CONTROLE E REPRESSÃO SOB O ENFOQUE DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

4.1. CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

No ordenamento jurídico brasileiro, as violações aos direitos de autor são criminalizadas. O art. 184 do Código Penal prevê o crime de “violação de direito autoral”, conferindo-lhe a seguinte redação:

Art. 184. *Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:*

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º *Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente*

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º *Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.*

§ 3º *Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:*

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º *O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.*

De acordo com Bitencourt, o bem jurídico protegido por este tipo penal é “o direito autoral, que, na verdade, constitui um complexo de direitos - morais ou patrimoniais - nascidos com a criação da obra.” Disto conclui o doutrinador que “o objeto jurídico da proteção penal é a propriedade intelectual. Os direitos autorais abrangem os direitos de autor e os direitos que lhe são conexos.”⁵²

Este tipo penal se configura como problemático, entretanto, se analisado sob a luz dos princípios consagrados do direito penal. Inicialmente, pode-se observar uma desconformidade com o princípio da taxatividade, derivado do princípio da legalidade. A

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal; parte especial, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

“violação de direitos de autor” é um preceito vago e demasiado amplo que, ademais, constitui norma penal em branco, cuja definição deverá ser encontrada na lei civil. Uma vez que se adentra o campo civil, porém, há de se encontrar uma verdadeira amplitude doutrinária de discussão acerca do que são e como funcionam os direitos autorais, que constituem, inclusive, um ramo autônomo de estudo do Direito, o que exige *“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.”*⁵³

Assim, fica evidente que a tipificação deste crime, feita de forma vaga e indeterminada, não deveria encontrar recepção no ordenamento jurídico brasileiro, por evidente incompatibilidade com os princípios que o sustentam. Afirma Heleno Fragoso que *“nossa legislação penal é dominada pelo princípio que aparece inscrito no art. 1º de nosso Código: ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.’ Essa regra básica denomina-se princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal.”*⁵⁴ Porém, completa o referido autor, que o princípio da reserva legal limita também a própria redação da lei, para a qual é imperativa a especificação mais delimitada o possível do tipo penal: *“finalmente, atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera da licitude e comprometendo, desta forma, a segurança jurídica do cidadão.”*⁵⁵ A este desdobramento específico do princípio da legalidade, costuma-se denominar princípio da *taxatividade*, ou seja, a lei penal deve ser *taxativa* ao descrever uma conduta criminosa.

Como já exposto acima, a doutrina costuma classificar o delito de “violação de direitos de autor” como necessário à proteção do bem jurídico da “propriedade intelectual”. Ora, esta imprecisão que transforma o conceito de *“propriedade intelectual”* em um bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal é, justamente,

“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

⁵³ VIANNA, Túlio Lima. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 33, 2005. p. 13.

⁵⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 2. ed. p. 89.

⁵⁵ Id., ibid., p. 95.

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'.⁵⁶

Um tipo penal que contradiz a necessária objetividade exigida da norma, portanto, coloca em risco a própria segurança jurídica do cidadão, tão cara a um sistema penal que se pretenda democrático.

“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.⁵⁷

Do mesmo modo, há de se questionar se o âmbito cível não seria satisfatoriamente suficiente para a resolução dos conflitos decorrentes de violações de direitos relacionados aos direitos de autor, sobretudo ao levar-se em conta a amplitude da matéria, a riqueza e a complexidade com que o tema é abordado e as sucessivas reformas - ou propostas de reformas - que vem sendo travadas em face das transformações sociais e tecnológicas das últimas décadas. Embora ainda haja muito a se avançar, a área cível dos direitos autorais, ao menos, tem buscado se atualizar e se destacado com inovações como os *Creative Commons* ou o *Copyleft*. Infelizmente, o mesmo não se pode dizer, entretanto, da tutela penal reservada aos direitos autorais: ao invés de avançar rumo a uma legislação mais democrática e menos punitiva, o que tem se observado é uma *expansão* do sistema penal, inclusive com a majoração da pena das figuras qualificadas dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 184. É uma flagrante afronta ao princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da *ultima ratio*, segundo o qual o Direito penal deve ser o último recurso a ser empregado na proteção de um bem jurídico, uma vez que

“a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário de sanção para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela

⁵⁶ VIANNA, *Ibid.*, p. 21.

⁵⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 78.

*desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada for suficiente medidas cíveis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.*⁵⁸

É um princípio que norteia a atuação do sistema penal como um todo, uma vez que a aplicação excessiva ou injustificada de penas pode ter um custo social por demais gravoso. As matérias que já se encontram contempladas em outras searas do direito, tal como os direitos autorais, não deveriam ser acrescidas à tutela penal. Para que esteja assegurado um *Direito penal mínimo*, é preciso reduzir ao máximo a esfera de atuação deste, caso seja possível resolver os conflitos exclusivamente em outras áreas do Direito. Conforme Fragoso,

*“A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral de vida, de validade geral duvidoso, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa.*⁵⁹

O autor completa ainda, convenientemente, que *“não se resolve o problema da criminalidade com o Direito Penal. É inútil tentar evitar certas ações tornando-as delituosas.”*⁶⁰ Ou seja, é necessário que o sistema penal abandone a sua pretensão do sistema penal de tentar regular determinadas condutas - ou evitar que sejam realizadas - através de seu aparato repressivo, sobretudo quando este aparato, em regra, dificilmente vem acompanhado de qualquer outro tipo de intervenção estatal que não seja a violência punitiva.

4.2. SISTEMA PENAL: OBJETIVOS *DECLARADOS* E OBJETIVOS *REAIS*

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal: parte geral. 4a.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁵⁹ FRAGOSO, *Ibid.*, p. 5.

⁶⁰ *Id.*, *Ibid.*, p. 5.

Os princípios do direito penal, conquanto sejam importantes - e ainda necessários - como ferramenta de reivindicação política frente ao poder estatal que os instituiu, de modo que sejam estabelecidos limites e garantias em relação ao uso do poder punitivo do Estado, não são suficientes, em si, para uma análise objetiva das funções do sistema penal dentro da sociedade capitalista, e os motivos para que este sistema siga violando os princípios que ele mesmo, supostamente, teria consagrado.

Primeiramente, cumpre observar a distinção que se opera entre *sistema* penal e *direito* penal. De acordo com Nilo Batista, o sistema penal é composto por três diferentes instituições: a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penal.⁶¹ Estas instituições são responsáveis pela persecução da *política criminal*, que compreende a série de princípios e recomendações voltados para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação.⁶²

Não se deve observar, deste modo, o funcionamento do sistema apenas pela literalidade da lei, que é tão somente uma das partes que o integra; é preciso compreender o conteúdo do programa político criminal dentro do sistema como um todo.

“O direito penal (a legislação penal) não pode ser interpretado como um objeto que se esgota em si mesmo, e sim como um *objeto que se realiza*, com caráter *programático*. Daí que não podemos cair no pensamento mágico de afirmar que a simples institucionalização formal realiza o programa, quando simplesmente o enuncia. Isto traz um grave problema relacionado com o conhecimento jurídico-penal ou ‘ciência do direito penal’.”⁶³

Este caráter programático, por sua vez, está voltado para objetivos que, nem sempre, encontram-se explicitados oficialmente na Lei ou no discurso jurídico oficial. O caráter ideológico do Direito faz com que seus objetivos *declarados* não sejam, muitas vezes, correspondentes aos objetivos *reais* que persegue. Fundados nos tradicionais preceitos do contratualismo e da ideologia política do liberalismo, tem-se como pressuposto que “os objetivos declarados do Direito Penal, legitimados pelo discurso jurídico da igualdade, da liberdade, do bem comum etc. consistem na proteção de

⁶¹ BATISTA, *op. cit.*, p. 25.

⁶² *Id.*, *ibid.*, p. 33.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 74

valores essenciais para a existência do indivíduo e da sociedade organizada”, os quais seriam, ainda, “*definidos pelos bens jurídicos protegidos nos tipos legais.*”⁶⁴ Encarado sob esta ótica, o Direito Penal serviria para a proteção dos bens jurídicos *essenciais* ao convívio social, garantindo a proteção dos indivíduos dentro da sociedade que integram.

Por outro lado, é imprescindível ir *além* dos pressupostos enunciados e analisar o papel *real* do sistema penal, haja vista que “*a definição dos objetivos reais do Direito Penal permite compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas.*”⁶⁵ E, nas sociedades capitalistas, formadas por classes sociais com interesses em conflito, o papel do direito penal não é outro senão manter a dominação de uma classe sobre a outra, através do aparato repressor do Estado.

“O legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas da formação social, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência animal: as definições de crimes fundadas em *bens jurídicos* próprios das elites econômicas garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais. Em consequência, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal - os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal.”⁶⁶

Os objetivos ideológicos (aparentes) do sistema penal são a repressão da criminalidade e o controle e redução do crime. Os objetivos reais (ocultos) deste sistema são a reprodução da criminalidade das classes dominantes - uma vez que esta é deliberadamente excluída da esfera de sanção pelo poder punitivo - e a reprodução das relações sociais, centradas numa estrutura de relações de produção onde a *força de trabalho* aparece como mercadoria, a ser trocada sob a condição de se produzir mais-valia. A justiça criminal visa ao disciplinamento e moralização da classe trabalhadora, de forma que ela se mantenha dentro do campo da legalidade que

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Curso de direito penal. p. 10.

⁶⁵ SANTOS, *Ibid.*, p. 6.

⁶⁶ SANTOS, *Ibid.*, p. 11.

reproduz as relações sociais de exploração às quais está subjugada, ou seja, que mantenha um comportamento submisso e disciplinado para com a classe dominante e seus valores.⁶⁷

Tem-se, assim, que a proteção de bens jurídicos pelo direito não atende a interesses sociais de caráter *universal*, mas, ao contrário, atende a propósitos *seletivos* que estão vinculados, em boa parte, àquilo que convém às classes dominantes no sistema capitalista. Esta função é ideologicamente encoberta pelos conceitos de *defesa social* ou *prevenção geral*, que correspondem aos objetivos *declarados* do sistema penal. Para legitimar este discurso, em contraposição aos interesses reais do sistema, “a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o direito penal desempenha para a classe dominante, travestindo-as de um interesse social geral.”⁶⁸ Este pretense caráter de universalidade dos interesses sociais a serem tutelados pelo Direito Penal ignora as condições reais da sociedade no qual opera.

“Os pressupostos não questionados desses *objetivos declarados* são as noções de *unidade* (e não de divisão) social, de *identidade* (e não de contradição) de classes, de *igualdade* (e não de desigualdade real) entre as classes sociais, de *liberdade* (e não de opressão) individual, de salário *equivalente* ao trabalho (e não de expropriação de mais-valia, como trabalho excedente não remunerado).”⁶⁹

Uma vez que estes pressupostos são colocados em questão, passa-se à compreensão de que “o Direito, em forma legal e centralizada, realiza o processo ideológico de reprodução das relações de produção e de mistificação das relações sociais, porque redefine as relações políticas, legitima o poder de classe e promove a união abstrata de contradições sociais concretas”⁷⁰ e, ainda, que

“o Estado, produto do antagonismo irreconciliável de classes, representa uma força especial de repressão, ou a organização sistemática da violência, para a opressão de uma classe sobre outra: as classes economicamente dominantes utilizam o poder concentrado dos aparelhos coercitivos do Estado (polícia, prisão e forças armadas) para garantir a dominação política e a exploração

⁶⁷ SANTOS, A Criminologia Radical, p. 82-94.

⁶⁸ BATISTA, *Ibid.*, p. 112.

⁶⁹ SANTOS, Direito Penal, p. 10.

⁷⁰ SANTOS, A Criminologia Radical. p. 100.

econômica das classes dominadas e, portanto, para controlar os antagonismos de classe nos limites da ordem social burguesa.”⁷¹

Neste sentido, a classe burguesa há de se utilizar do Direito penal para defender os seus interesses de classe particulares, ou seja, a suposta “*universalidade*” dos valores sociais e dos bens jurídicos protegidos pelo Direito penal é, na verdade, um discurso que encobre a *seletividade* de um sistema que defende os valores sociais de uma classe que detém o poder, valores estes que estão centrados, sobretudo, na defesa da propriedade privada, pois “*numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais*”.⁷²

Em relação aos crimes contra a propriedade intelectual em questão, o que está em questão são os interesses da grande indústria do entretenimento e os lucros que esta auferem com os seus produtos.

4.3. FIGURA QUALIFICADA DO DELITO E MAJORAÇÃO DA PENA

Conforme analisado, um dos princípios do direito penal é a *ultima ratio*, no sentido de que o sistema penal deve possuir uma *intervenção mínima*, justificável apenas nos casos estritamente necessários. Porém, também restou demonstrada a incapacidade *estrutural* do sistema penal de observar os seus próprios princípios, uma vez que os próprios fundamentos de sua existência o impelem a violá-los. Neste sentido, a violação ao princípio da *ultima ratio* merece ser destacado, uma vez que este princípio tem sofrido uma importante flexibilização na política criminal contemporânea, não só no Brasil, mas em âmbito global. Afinal, contrariamente ao que postulariam os princípios e garantias clássicas do Direito penal, o que tem se observado é um processo de *recrudescimento* do sistema penal em sua esfera de atuação, num

⁷¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 93.

⁷² BATISTA, *Ibid.*, p. 94.

fenômeno que será caracterizado pelo penalista espanhol Jesús-María Silva Sanchez como sendo a “*expansão do direito penal*”⁷³.

Para o autor, o aumento da velocidade de comunicação e circulação de pessoas e mercadorias, causada pelo avanço dos meios tecnológicos, diminuiu as distâncias físicas presentes entre diferentes Estados, viabilizando uma maior “*integração*” entre povos e culturas, trazendo o processo da globalização econômica. Como consequência, foram eliminadas - ou, ao menos, simplificadas - as barreiras alfandegárias (ou, ainda, tornaram-se mais facilmente burláveis), o que permitiu um trânsito mais efetivo de pessoas, capitais, serviços e mercadorias.⁷⁴

Diante desta conjuntura, “*a complexidade social hodierna, se de um lado incrementa o individualismo humano, de outro ostenta sua maior fragilidade e dependência do coletivo.*”⁷⁵ Esta fragilidade e incerteza diante da crescente complexidade social e tecnológica contribui para agravar o sentimento coletivo de medo e de insegurança⁷⁶, típico dos tempos atuais. Este processo tem sido responsável por gerar uma demanda por *mais* repressão penal, o que caracteriza um retrocesso ainda maior em relação às já pouco críveis garantias fundamentais.

Embora o estudo de Sanchez focasse, primariamente, numa análise da expansão através do surgimento de um direito penal *simbólico* - voltado para a defesa de bens supraindividuais, tais como o meio ambiente - dentro de uma “*sociedade de risco*” marcada pela insegurança da pós-modernidade, as tendências expansionistas do direito penal também marcam profundamente a contemporaneidade em todos os aspectos. O que se percebe é que, contrariamente ao princípio da *ultima ratio*, a tendência do direito penal é caminhar para a “*produção dos mais diversos tipos penais, o agravamento da pena dos já existentes ou a supressão de direitos e garantias no âmbito processual ou executório de penas*”.⁷⁷

Em face da invenção da Internet e dos avanços tecnológicos por ela proporcionados, que permitiram o compartilhamento gratuito e massivo de filmes,

⁷³SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A expansão do direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁷⁴*Id.*, *ibid.*, p. 100.

⁷⁵SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal e Globalização. São Paulo: QuartierLatin, 2007. p. 153.

⁷⁶Cf. GLASSNER, Barry. Cultura do medo. São Paulo: Francis, 2003.

⁷⁷SOUZA, *op. cit.*, p. 154.

MP3s, revistas e outros produtos, as grandes empresas da indústria do entretenimento, inseguras em relação ao futuro de seus negócios dentro de um mercado que passava por uma dinâmica reestruturação produtiva, possuíam interesse direto no *aumento* à repressão das violações de direitos autorais, de forma a manter seu monopólio econômico. Assim, em 2003, ocorre a aprovação da Lei 10.695/2003, devido à pressão das empresas e organizações econômicas que as representam, sobretudo a Associação Protetora dos Direitos Intelectuais Fonográficos (APDIF)⁷⁸. Com esta Lei, promove-se um aumento das penas previstas nas figuras majoradas do art. 184 (que se aplicam nos casos de violação de direitos de autor com finalidade de lucro direto ou indireto), passando de “1 a 4 anos” para “2 a 4 anos”. Este aumento, diretamente relacionado à atuação das empresas enquanto agências com influência de criminalização primária pertencentes à classe dominante, implica em uma consequência importante, qual seja, a impossibilidade de *suspensão condicional do processo*⁷⁹. Conquanto esta pena ainda se limite ao regime aberto, a perda da garantia de suspensão condicional, num contexto latinoamericano em que $\frac{3}{4}$ dos presos são processados não condenados⁸⁰, pode ter efeitos mais gravosos do que o esperado.

O entendimento jurisprudencial acerca do assunto é, igualmente, orientado no sentido de manter a criminalização prevista no art. 184. Diante dos mais recentes debates, alguns tribunais estaduais posicionaram-se de forma mais flexível, entendendo não se configurar o crime de violação de direitos autorais em decorrência do princípio da adequação social. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no entanto, derrubou este entendimento, mantendo a tipicidade da conduta criminosa, ao editar a Súmula 502, estabelecendo que, “*presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação*

⁷⁸ “Capiberibe considerou inegável o mérito do projeto para avançar no combate à pirataria, especialmente nas áreas fonográfica e videofonográfica. Citou dados da Associação Protetora dos Direitos Intelectuais Fonográficos (APDIF), segundo os quais a União, os estados e os municípios deixam de arrecadar cerca de R\$ 250 milhões por ano em impostos devido à ação dos falsificadores de discos. Os prejuízos com o crescimento desse mercado ilegal se refletem sobretudo na redução das oportunidades de trabalho. Nos últimos anos, segundo o relatório, as gravadoras reduziram em cerca de 30% o seu número de funcionários e houve uma diminuição de 18% no número de artistas contratados, e aproximadamente duas mil lojas de discos foram fechadas.” Notícia disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2003/05/07/aumento-da-pena-para-pirataria-de-cds-foi-aprovada-pela-ccj>>. Acesso em: 24 de outubro de 2014.

⁷⁹ Vide art. 89 da Lei 9.099/95.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 70.

ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.

O clamor por mais repressão aos crimes de violação a direitos de autor encontra eco, até mesmo, em parte da doutrina mais progressista. Bitencourt exalta a majoração da pena que impossibilitou a suspensão condicional do processo e afirma, até mesmo, que esta “*é absolutamente insuficiente para enfrentar o fenômeno da pirataria, se não vier acompanhada de uma política governamental que disponibiliza recursos materiais humanos tanto para a polícia judiciária quanto para o próprio Poder Judiciário.*”⁸¹ Mas não é só isso: o autor vai ainda mais longe e coloca que “*a ‘indústria do xerox’, nas universidades em geral, estava necessitando de uma medida legislativa mais enérgica e moralizadora em todo o país.*” Para o doutrinador, criminalizar os donos de pequenos xerox universitários é “*enérgico*” e “*moralizador*”. Não bastasse isso, ainda alerta, em tom ligeiramente ameaçador, que “*é bom colocar a barba de molho, pois a figura qualificada é crime de ação pública de ação pública incondicionada.*”⁸² Soa, no mínimo, paradoxal para um autor que discorre sobre o princípio da *ultima ratio* e denuncia os abusos autoritários do sistema penal, o que reforça a necessidade urgente de um debate mais aprofundado sobre o tema.

4.4. SELETIVIDADE PENAL: UM ENFOQUE DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

O campo científico da Criminologia (ou mesmo sua própria validade como ciência) não é um consenso absoluto e está sujeito a diferentes definições em disputa, de acordo com a orientação ideológica de quem a define. Para Vera Malaguti Batista, “*todas as definições da criminologia são atos discursivos, atos de poder com efeito concreto, não são neutros*”⁸³. Seu objeto não é ontológico, mas uma construção histórico-social. Como diz Zaffaroni, a criminologia é um estudo do “*curso dos discursos*

⁸¹ BITENCOURT, Tratado de direito penal, p. 392.

⁸² BITENCOURT, *Ibid.*, p. 392.

⁸³ BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 19.

sobre a questão criminal⁸⁴. Assim, diferentes escolas de pensamento em diferentes épocas, espaços e campos políticos, trarão definições diferentes acerca do que significa e o que estuda a criminologia. Uma vez que a complexidade do tema é praticamente inesgotável e dificilmente conseguiria ser aprofundada em tão poucas páginas, o presente artigo se deterá, para fins metodológicos, sobre a denominada criminologia positivista, fundada na “*ideologia da defesa social*”, para depois se proceder a uma crítica desta, partindo das modernas teorias do “*labelling approach*” e das teorias que a sucederam formando o que se conhece, de forma ampla e relativamente genérica, como sendo a “Criminologia crítica”⁸⁵.

A criminologia positivista surgiu na Europa do século XIX e teve seus principais expoentes nos autores italianos tais como Ferri, Lombroso e Garofalo. Partindo das premissas da Escola liberal clássica do Direito penal, baseadas na “*ideologia da defesa social*”, segundo a qual o Direito penal serviria para a defesa de valores sociais universais, a Escola positiva “*partia de uma concepção do fenômeno criminal segundo a qual este se colocava como um dado ontológico preconstituído à reação social e ao direito penal.*”⁸⁶ O que se colocava em discussão, portanto, eram as causas da criminalidade e o que levava um sujeito a delinquir, sem que se questionassem as próprias definições de “*crime*”, conceito este que era visto apenas como um dado ontológico, e sua tipificação em lei como uma criação de legitimidade inquestionável.

Neste sentido, a escola positivista, em contraposição às ideias liberais clássicas, desloca seu objeto de estudo do *fato* para o *sujeito criminoso*. Cesare Lombroso, notadamente, produz uma visão criminal *antropológica*, regida por um determinismo que identificava nos delinquentes causas biológicas para os seus comportamentos delituosos, construindo a ideia de um *criminoso nato* ou *natural*.⁸⁷

O discurso criminológico positivista foi, tradicionalmente, construído segundo as ideologias dos países centrais, fundadas numa ciência que se encontrava a serviço de uma técnica de domínio mundial e de uma pretensa universalização do modelo de

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología: aproximación desde um margen. Bogotá: Temis, 1988.

⁸⁵ Cf. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁸⁶ BARATTA, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁷ BARATTA, *op. cit.*, p. 38-39.

sociedade industrial central. Oculta sob uma pretensão de *neutralidade científica*, a criminologia positivista, em realidade, determina-se por conceitos de “ciência” que estão condicionados a estruturas de poder globais nas quais se apresentam um centro, formado sobretudo pelo eixo EUA-União Européia, e uma periferia, na qual está inserida a América Latina. Assim, para uma devida compreensão do saber criminológico em nosso continente, é necessário realizar uma *aproximação marginal* deste, de modo a constituir um saber próprio às especificidades latino-americanas. A compreensão das estruturas desiguais de poder constitutivas de um eixo centro-periferia no cenário geopolítico, além disso, também permite que se proceda a uma crítica *realista* dos efeitos devastadores causados pela importação de ideologias criminológicas dos países centrais de maneira acrítica, as quais serviram à legitimação do racismo, do genocídio e da violência institucionalizada por parte dos governos na América Latina.⁸⁸

Aqui, a antropologia criminal lombrosiana serviu de legitimação “científica” a um sistema penal racista, que associava o delinquente aos negros e indígenas, vistos como “selvagens” não-civilizados e ameaçadores. Este discurso, embora não mais presente *oficialmente* na fundamentação dos sistemas penais latino-americanos, ainda paira de forma sub-reptícia, não apenas no sistema penal, mas no próprio imaginário social de nossas sociedades. Constroem-se, assim, *estereótipos* de criminosos, perseguidos de forma seletiva pelo sistema penal, e fundados em torno de critérios econômicos, raciais e estéticos.⁸⁹

É diante desta constatação, de que o “crime” e o “criminoso” não são conceitos ontológicos, mas construções sociais, que surge a *teoria da reação social* ou “*labelling approach*” (abordagem do etiquetamento). Esta teoria é responsável por uma verdadeira virada epistemológica na criminologia, promovendo pela primeira vez um questionamento acerca da noção ontológica de criminalidade, e demonstrando que esta é produzida pela reação social ao crime e ao criminoso, ou seja, que “*não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela.*”⁹⁰ A questão central a ser formulada, portanto, não seria mais “quem é o criminoso?”, mas antes, “quem é identificado como criminoso?”, conduzindo a uma

⁸⁸ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 1-30.

⁸⁹ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 157-176.

⁹⁰ BARATTA, *op. cit.*, p. 87.

análise das agências que possuem o poder de definição da criminalidade na sociedade. Com a teoria da reação social, passou-se à compreensão de que o comportamento desviante, na verdade, se consolida com a própria intervenção do sistema penal. O desviante, portanto, se torna desviante na medida em que o próprio sistema penal o enquadra e condena como tal, cumprindo uma *profecia que se autorrealiza*.⁹¹

A criminologia da reação social teve, notadamente, importante recepção na América Latina, onde a violência operativa mais forte dos sistemas penais fez com que o discurso jurídico-penal clássico ou positivista se tornasse insustentável, abrindo maior espaço para uma crítica criminológica mais incisiva nos meios acadêmicos. Pela primeira vez, abre-se espaço para uma escola de pensamento que questiona a legitimidade dos sistemas penais em nossa realidade periférica e marginal, e denuncia o seu caráter seletivo, racista e extremamente violento.⁹² Ainda, a recepção crítica alemã desta escola, formulada por Fritz Sack, procede à demonstração de que *“existe uma filtragem entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida, constituindo aquilo que conhecemos como seletividade penal.”*⁹³

Entretanto, não obstante a contribuição fundamental do *labelling approach* para a criminologia, esta teoria é considerada por Baratta como sendo, ainda, de *médio alcance*, uma vez que, apesar de desconstruir o caráter ontológico das noções de *“crime”* e *“sujeito criminoso”*, identificando-as como condicionadas a um etiquetamento social perpetrado pelas instituições penais, ainda falha em inserir esta análise em um plano macrossociológico. Ou seja, o *labelling approach* aponta o problema, mas não identifica as suas causas estruturais, relacionadas a interesses políticos, econômicos e ideológicos. *“A visão a-histórica [do “labelling”] acaba produzindo um ‘teatro de aparências’, onde nem as condições materiais nem a luta de classes têm visibilidade.”*⁹⁴

Algumas das premissas da teoria da reação social, entretanto, serão absorvidas pela chamada *criminologia crítica*. Esta escola de pensamento, embora não constitua um grupo homogêneo de ideias, designa uma miríade de autores que possuem alguns pontos em comum na sua análise: primeiramente, a influência das ideias marxistas e a

⁹¹ BARATTA, *ibid.*, p. 88-92.

⁹² ZAFFARONI. Em busca das penas perdidas. p. 34-36.

⁹³ BATISTA, Vera Malaguti, *op. cit.*, p. 76.

⁹⁴ BATISTA, *ibid.*, p. 77.

crítica do direito como uma estrutura de igualdade *formal* que desempenha um papel de manutenção da *desigualdade material*. Também reaparece, aqui, o conceito de *seletividade penal* desenvolvido por Sack, mas desta vez analisa-se a função desta seletividade dentro da estrutura capitalista.

“Na perspectiva da criminologia crítica, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.”⁹⁵

A seleção primária, já abordada, elege os direitos de autor como bem jurídico a ser protegido devido aos interesses da classe dominante, sobretudo aos setores da burguesia que integram a indústria cultural, em segmentos tais como a indústria fonográfica, cinematográfica e editorial.

A seletividade *secundária*, por sua vez, opera ao nível da seleção dos *delinquentes* a serem perseguidos pelo sistema penal. Dentro do capitalismo, e em especial na sociedade brasileira, a criminalização secundária recai sobre um estereótipo bastante demarcado: jovens negros, pobres, habitantes das periferias dos centros urbanos e, frequentemente, excluídos do sistema produtivo e do mercado de trabalho formal.⁹⁶ De acordo com LoicWacquant, *“o sistema penal contribui diretamente para regular os segmentos inferiores do mercado de trabalho - e isso de maneira infinitamente mais coercitiva do que todas as restrições sociais e regulamentos administrativos.”⁹⁷* Não é nenhuma surpresa constatar que, se o art. 184 do Código Penal fosse tomado ao pé da letra e aplicado com estrita seriedade a todos os seus infratores, o sistema judiciário entraria imediatamente em colapso com o número de processos dos quais teria que dar conta, afinal, não seria exagero dizer que a quase totalidade da população já cometeu, em algum momento, um delito de violação aos direitos de autor, seja através do *xerox*, do *download* de MP3s, ou da aquisição de um DVD “pirata”. Como isto é virtualmente impossível, e sequer é esta a função de fato do

⁹⁵ BARATTA, *op. cit.*, p. 161.

⁹⁶ BATISTA, Vera Malaguti, *op. cit.*, p. 82-84.

⁹⁷ WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 104.

sistema penal, a criminalização recai, justamente, sobre os segmentos socialmente marginalizados. No caso dos direitos autorais, trata-se dos *camelôs*, ou vendedores ambulantes, trabalhadores do comércio informal que são marginalizados pela sociedade e exercem sua função na rua.

Dentro deste contexto, é relevante também a análise *geográfica* da seletividade penal, que também está relacionada a seu aspecto econômico. Neste sentido, o antropólogo Roberto DaMatta desenvolve uma análise das categorias “casa” e “rua”, demonstrando a sua diferença de significado na formação social brasileira.

Para DaMatta, “casa” e “rua” são categorias sociológicas para os brasileiros, que refletem entidades morais, esferas de ação social e domínios culturais. Embora constituam espaços sociais extremamente distintos, não se trata de um antagonismo puro e simples, mas de uma dualidade que se constitui a partir da dinâmica de sua relação, no qual um espaço só pode ser apreendido se analisado em sua relação com o outro. Enquanto a *rua* se constitui como um ambiente regido por *leis impessoais*, no qual “*passamos sempre por indivíduos anônimos e desgarrados, somos quase sempre maltratados pelas ‘autoridades’ e não temos paz, nem voz*”⁹⁸, a *casa*, como ambiente privado, é regido por uma moral diferente, na qual as relações sociais, de âmbito privado, dão liberdade a determinados comportamentos que seriam, de outro modo, condenados no espaço da rua.

Deste modo, a sociedade brasileira opera numa *ética dúplice*, na qual os cidadãos atribuem diferentes significados e internalizam diferentes normas, condutas e juízos de valor segundo o espaço no qual se inserem. Não se trata, porém, de simples “hipocrisia” ou de “máscaras” que são vestidas ou tiradas de acordo com a conveniência, mas de “*esferas de sentido que constituem a própria realidade e que permitem normalizar e moralizar o comportamento por meio de perspectivas próprias*”.⁹⁹ Transpondo estas categorias para uma análise da seletividade penal, observa-se que os delitos contra a propriedade intelectual cometidos em casa - ou mesmo em outros ambientes privados, tais como o “xerox” da universidade - não estão sujeitos à mesma reação social que os delitos cometidos na rua. Deste modo, o vendedor de “DVD

⁹⁸ DA MATTA, Roberto. A casa & a rua. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 20.

⁹⁹ DA MATTA, *op. cit.*, p. 48.

pirata”, já estigmatizado por recortes de classe - e, possivelmente, de raça - promovidos pelo sistema penal, torna-se ainda mais vulnerável em função do ambiente em que se insere - no caso, a rua. Como exposto por DaMatta, a rua é vista como um ambiente hostil, onde não se tem paz nem voz, e onde os *camelôs* estão sujeitos, sobretudo, à violência e ao autoritarismo das instituições policiais, as quais são notadamente violentas e violadoras de direitos humanos e garantias fundamentais no Brasil e no restante da América Latina.

4.5. O PAPEL DA IMPRENSA NA CONSTRUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS

A imprensa é, antes de tudo, uma empresa capitalista com dois tipos de clientes: os leitores e os anunciantes. A necessidade de atingir esta clientela, movida pelo intuito de lucro, faz com que as opiniões dos jornais se limitem em três pólos: jornalistas, leitores e anunciantes. Isto reflete em uma diminuição da diversidade de opiniões construídas e publicizadas, de modo que a mídia cumpre um papel de integração sistêmica ao *homogeneizar* opiniões e valores numa sociedade de massas.¹⁰⁰

O monopólio dos meios de comunicação hoje implica em uma visão *unilateral* sobre o mundo, que desrespeita a diversidade de pessoas e seus pontos de vista sobre os assuntos abordados, sobretudo em se tratando dos grupos oprimidos, desmovidos do seu direito de serem escutados, de modo que “*a grande dominação e o escândalo da comunicação em nossa sociedade brasileira reside exatamente no fato de que a estrutura social impede as pessoas de falarem.*”¹⁰¹ Assim, os detentores do poder de monopólio promovem a *seletividade* da imprensa, fazendo com que as agências midiáticas tenham o poder de determinar o dito e o não-dito, “filtrando” o seu conteúdo de acordo com seus interesses estratégicos, sejam estes econômicos, ideológicos, políticos ou mesmo relativos a todas estas esferas.

¹⁰⁰ NATALINO, Marco Antonio Carvalho. O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: Método, 2007. p.43-45

¹⁰¹ GUARESCHI, Pedrinho A. (org). Os construtores da informação: meios de comunicação, ideologia e ética. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 67.

A imprensa, portanto, não é um mero instrumento *reprodutor* do real, um espelho da realidade. Pelo contrário: os veículos de comunicação em massa produzem o que se chama *construção social da realidade*¹⁰². Em suma, a construção social da realidade é o poder que a imprensa detém de construir categorias simbólicas e legitimá-las, criando o conteúdo de classificações tais como “criminoso”, “traficante” ou “presidiário”, formulando realidades em cima destas categorias de acordo com seus interesses e conveniências.¹⁰³ Assim, expropriados de sua voz, os segmentos oprimidos pelo sistema penal jamais têm a chance de exporem seus pontos de vista, de denunciarem a condição de vida degradante dos presídios, de verbalizarem seu sofrimento e seu medo das violentas instituições policiais.

É deste modo que os meios de comunicação em massa e seus aparelhos de propaganda - sobretudo a televisão - constituem um poder de influência indispensável para o exercício do sistema penal e sua manutenção. Através da mídia, busca-se induzir na população determinados medos ou sentimentos que não correspondem à realidade social diretamente observada, e que servem de legitimação ao falacioso discurso jurídico-penal oficial. Barry Glassner aborda este efeito através de um conceito que denomina de “*cultura do medo*”, conceito este que, para o autor, diz respeito a um crescente fenômeno sociocultural baseado na disseminação - e subsequente crença - em diversas ameaças que, na maior parte das vezes, revelam-se infundadas ou pouco embasadas em dados empíricos observáveis e que se instauram de forma generalizada na mentalidade coletiva de uma sociedade.¹⁰⁴ De acordo com Glassner, a imprensa cumpre um relevante papel legitimador na difusão destes medos, e analisar o seu papel neste fenômeno é essencial para compreendê-lo. O autor aponta, ainda, os interesses escusos na difusão do medo, elucidando que “*muito poder e dinheiro estão à espera daqueles que penetram em nossas inseguranças emocionais e nos fornecem substitutos simbólicos.*”¹⁰⁵

Aproveitando-se da sensação generalizada de medo e insegurança, a ilusão dos sistemas penais é criada, reproduzida e introjetada na população através dos

¹⁰² Cf. BERGER, Peter L. A construção social da realidade. 19. ed. Vozes, 2000.

¹⁰³ NATALINO, *op. cit.*, p.56-57

¹⁰⁴ GLASSNER, Barry. Cultura do medo. São Paulo: Francis, 2003.

¹⁰⁵ *Idem, op. cit.*, p. 40.

meios de comunicação em massa, que realizam campanhas de “*lei e ordem*”, criando uma percepção de perigo que induza a população a *exigir e reforçar* a atuação do sistema penal como método de “reestabelecimento da ordem”¹⁰⁶.

A mídia também cumpre o papel de reforço da seletividade secundária empreendida pelas agências penais, legitimando no imaginário coletivo a figura de estereótipos “criminosos”. Estes estereótipos, por sua vez, permitem a catalogação daqueles que combinam com a imagem da descrição fabricada, e a subsequente exclusão ou *apagamento* dos outros tipos de delinquência que não correspondem àqueles “eleitos” pela seletividade do sistema penal como infratores, tais como os praticantes de “crimes de colarinho branco.”¹⁰⁷

Em relação aos crimes de violação aos direitos autorais, as empresas da indústria de vídeo se aproveitam dos veículos de comunicação em massa, especialmente a televisão, para difundir propagandas que se alimentam dos medos criados pela própria imprensa, associando estes medos, de forma *indireta*, aos delitos contra os direitos autorais. Cite-se, como exemplo, duas propagandas: numa delas¹⁰⁸, um sujeito compra DVDs “piratas” de um *camelô* de rua. Na hora de dar o troco, o vendedor pergunta: “eu posso dar o troco em bala?”, entregando na mão do comprador, literalmente, balas de revólver. Por fim, a voz do narrador procede para alertar que “o dinheiro que circula na pirataria é o mesmo que circula no crime organizado”. No outro exemplo,¹⁰⁹ ainda mais sensacionalista, uma mãe vai assistir a um DVD com a filha e, ao ligar a televisão, surge um vídeo de “criminosos” (caracterizados de acordo com o estereótipo social de “criminoso”) empunhando armas e agradecendo pela ajuda no financiamento das armas, procedendo, novamente, à voz do interlocutor alertando que a “pirataria” financia o “crime organizado”.

As propagandas são financiadas pela UBV (União Brasileira de Vídeo), que representa um grupo econômico e empresarial que possui interesse direto na criminalização destas condutas. Para tanto, vale-se da difusão de um medo sensacionalista e infundado, no qual busca associar os vendedores ambulantes de

¹⁰⁶ ZAFFARONI. Em busca das penas perdidas. p. 127-129.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 130-131.

¹⁰⁸ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ocpLFISdJUU>>. Acesso em: 24 de outubro de 2014.

¹⁰⁹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jt09B4IX5IY>>. Acesso em: 24 de outubro de 2014.

DVDs falsificados à “traficantes” e “bandidos”, conceitos cuja construção discursiva e simbólica busca associá-los ao papel de “inimigo” da sociedade que merece ser neutralizado pelo direito penal. Ao promover uma aproximação indireta do *camelô* com o *traficante*, a UBV se aproveita da disseminação do pânico promovida pela mídia e da insegurança em face da criminalidade, numa tentativa de dissuadir os cidadãos de comprarem os DVDs não-certificados como “*originais*”.

4.6. DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA ASSOCIAÇÃO COM A PIRATARIA

A definição jurídica de inimigo remonta aos conceitos romanos de *inimicuse hostis*: enquanto aquele era o inimigo pessoal, este era o inimigo político, visto como a negação absoluta de outro ser ou a realização extrema da hostilidade. O inimigo é, portanto, aquele que está privado de todo direito por ter sido afastado da comunidade, tornando-se um *estrangeiro* ou estranho, perdendo o seu status de pessoa e merecendo ser excluído ou eliminado da sociedade¹¹⁰. Este conceito sempre esteve mais ou menos presente em todos os sistemas penais da história, de modo que “*sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos. A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural.*”¹¹¹

Após o 11 de Setembro de 2001, “*esse sistema penal encontrou um inimigo de certa substância no chamado terrorismo*”.¹¹² No que tange aos crimes contra a propriedade intelectual, há a tentativa de uma aproximação discursiva destes com o *terrorismo*, promovida atualmente pela Interpol. Para comprovar a vinculação entre as duas atividades, a Interpol se fundamenta em denúncias genéricas tais como: “*a militantactive in Europe, known for hisactivities in radical fundamentalistorganizations*

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 36-37.

¹¹¹ *Idem, ibidem*, p. 81.

¹¹² *Id., ibid.*, p. 65.

*over the last decade has been recently convicted for trafficking in counterfeit goods*¹¹³, sem dar maiores explicações ou descrições sobre o caso.

O que se observa na prática é que a construção discursiva de um inimigo, formulada muitas vezes de forma genérica e vazia, é um perigoso precedente que abre margem cada vez maior à *ampliação* do conceito para outras esferas de cidadãos. Assim, para se reprimir os crimes contra a propriedade intelectual, basta que se proceda a uma tentativa de aproximar os delinquentes deste crime aos *terroristas*.

Os efeitos nocivos desta construção simbólica de um inimigo a ser perseguido são inúmeros, mas o mais grave deles é a morte de inocentes, tal como o camelô morto pela PM na Lapa.¹¹⁴ Longe de ser um mero acidente ou uma ocasião pontual, o caso revela a violência inerente à própria estrutura do sistema penal brasileiro.

Como analisado, diversas são as construções simbólicas e discursivas sobre a figura do camelô de rua que vende CDs e DVDs piratas. Para a UBV, esta profissão está ligada ao tráfico de drogas. Para a Interpol, é responsável por financiar o terrorismo. E para as agências do sistema penal, o traficante de drogas e o terrorista não são *cidadãos*, mas inimigos, sujeitos desprovidos de valor, de cuja vida se pode dispôr livremente, em prol do “sistema” e da “defesa da sociedade”. Assim, a aproximação que se forja, discursiva e simbolicamente, dos crimes contra a propriedade intelectual a estas atividades, faz com que a violência seletiva do sistema penal cometa ainda mais atrocidades.

Já é tempo de abandonar os velhos paradigmas de um sistema penal autoritário e excessivamente punitivo, responsável diariamente pela morte de tantas pessoas, apenas para a manutenção dos privilégios econômicos de uma classe dominante.

¹¹³Interpol. *The links between intellectual property crime and terrorist financing*. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Bascap/Why-enforce/Links-to-organized-crime/The-links-between-intellectual-property-crime-and-terrorist-financing/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2014.

¹¹⁴ “Camelô morre durante ação da PM na Lapa.” Disponível em: <<http://agora.uol.com.br/saopaulo/2014/09/1518325-camelomorredurantedacao-dapm-nalapa.shtml>>. Acesso em: 24 de outubro de 2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revolução digital e as mudanças proporcionadas pelas novas tecnologias de informação e comunicação marcam profundamente a época atual. Porém, esta época também não deixa de ser marcada, igualmente, por profundas contradições: ao mesmo tempo em que os avanços produtivos e tecnológicos nunca permitiram tanta liberdade de acesso a conteúdo artístico, cultural e intelectual, também se observa uma crescente restrição à liberdade que poderia ser proporcionada por estas ferramentas, bem como a uma crescente concentração dos meios de comunicação e produção cultural num número cada vez menor de grupos econômicos.

Dentro desta contradição, a moderna “sociedade da informação” convive com o antigo paradigma repressor e punitivista sobre o qual se funda o pensamento jurídico. Portanto, ao invés de as novas ferramentas tecnológicas abrirem espaço para uma reformulação radical do modo como a sociedade encara o conhecimento, a informação e a cultura, o que tem se pretendido é, através do aparato estatal, reprimir e punir aqueles que ousam questionar os privilégios do empresariado que detém o controle sobre a cultura e a informação. Na contramão da democratização dos meios de comunicação e de acesso à cultura, estão os interesses econômicos de alguns pequenos grupos, que buscam impor a sua vontade ao Estado e sobrepor o interesse privado ao interesse público de fruir da liberdade que ferramentas como a Internet e a gravação de cópias digitais de músicas e filmes poderiam proporcionar.

A “revolução” promovida pelas tecnologias da informação, portanto, continuará a ter um potencial “revolucionário” extremamente limitado se não conseguir modificar as velhas estruturas de poder que regem a sociedade, e que permitem que as classes dominantes pressionem o Estado para editar leis que perpetuem seus privilégios. Neste sentido, ainda se conservam pensamentos muito antigos; o Estado, ao invés de avançar no sentido da ampliação do acesso ao conhecimento e à cultura, tem avançado no *aumento* da repressão, do controle e da criminalização. Ao ceder à pressão das empresas, a função social dos direitos autorais resta cada vez mais comprometida.

O exemplo mais escancarado desta contradição é, justamente, a tutela penal que protege os direitos de autor. Além de questionável do próprio ponto de vista dogmático, a tipificação penal destas condutas faz com que a violência recaia de forma absolutamente desproporcional e injustificada sobre determinados segmentos sociais.

Por protestar contra uma violenta ação policial de fiscalização contra a pirataria, e por violar o direito de exclusivo concedido pela lei aos titulares de direitos autorais, Carlos Augusto Muniz Braga, camelô vendedor de CDs e DVDs piratas, foi punido com a morte, ao levar um tiro de um Policial Militar. Qual a razoabilidade, qual a proporcionalidade desta punição? Por que o sistema penal brasileiro, sobretudo através das instituições policiais, insiste em violar as próprias garantias e direitos fundamentais estabelecidos pelo Estado democrático de Direito?

Para se pensar uma reforma em matéria de direitos autorais, é necessário abandonar o paradigma exclusivamente repressor e punitivo, para que se leve em conta também a função social do ordenamento jurídico. Uma reforma ampla é, portanto, necessária em toda a legislação referente aos direitos de autor, tanto em âmbito civil quanto penal, embora a presente monografia detenha sua análise exclusivamente sobre o âmbito penal. Neste sentido, a **descriminalização** das violações a direitos de autor impõe-se como necessária, uma vez que os danos causados pelo violento e autoritário sistema penal brasileiro são, inegavelmente, mais gravosos. Além disso, é perfeitamente possível proceder-se à resolução de conflitos desta ordem exclusivamente pela legislação civil.

Pensar um direito socialmente orientado e menos punitivo é uma tarefa fundamental de qualquer sociedade que se pretenda democrática, e combater a expansão do Direito penale do poder punitivo é um importante avanço neste sentido.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil S/A, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011

BERGER, Peter L. **A construção social da realidade**. 19. ed. Vozes, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 4a.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Tratado de direito penal; parte especial, v. 3**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAVES, Antônio. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DA MATTA, Roberto. **A casa & a rua**. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GLASSNER, Barry. **Cultura do medo**. São Paulo: Francis, 2003.

GUARESCHI, Pedrinho A. (org). **Os construtores da informação: meios de comunicação, ideologia e ética**. Petrópolis: Vozes, 2000.

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e a criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo**. São Paulo: Método, 2007.

PEREIRA, Márcio. **Direito de autor ou de empresário?** Campinas: Servanda Editora, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

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

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

STOYANOVITCH, Konstantin. **Pensamiento marxista y el derecho**. 2. ed. Madrid: SigloVeintiuno, 1981

VIANNA, Túlio Lima. **A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor**. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 33, 2005.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (org). **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Criminología: aproximación desde um margen**. Bogotá: Temis, 1988.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.