

# Da inconstitucionalidade do preceito secundário contido nos parágrafos 1º e 2º do artigo 184 do Código Penal brasileiro

Marcos Augusto Ramos Peixoto  
Juiz de Direito – TJRJ

*“A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento”.*

Norberto Bobbio

É certo que o ordenamento jurídico não pode causar-nos estranhamento, reticência quando de sua aplicação; se nos causa, há algo errado – e há, deveras, na espécie vertente, como passo a demonstrar.

O artigo 184 do Código Penal – de crucial relevância para corporações de grande influência e, diga-se, ativo *lobby* junto ao Congresso Nacional – já foi, desde a edição do Código Penal, alterado diversas vezes, seja para ampliar a dicção legal quanto às ações típicas ali previstas, seja para aumentar as reprimendas contidas no preceito secundário da norma; assim se deu pelas Leis nº 6.895/1980, 8.635/1993 e, mais recentemente, pela Lei nº 10.695/2003 que, na parte que mais nos importa, majorou a pena mínima do delito contido no parágrafo 1º (e consequentemente a do parágrafo 2º...) do artigo 184 do Código Penal de **um** ano de reclusão para **dois** anos, mantendo a pena máxima no patamar anterior, i.e., de quatro anos de reclusão, além da multa, entrando o novo texto em vigor aos 02 de agosto de 2003.

Trata-se, como bem se sabe, de crime contra a propriedade imaterial e, mais especificamente, **contra a propriedade intelectual**, dispondo da seguinte redação (que pedimos vênica para transcrever, para maior clareza do raciocínio):

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.

Ocorre que a Lei nº 9.609/1998, ao dispor “sobre a proteção da **propriedade intelectual** de programas de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências” (grifo nosso...), estatui:

Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o representante:

**Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.**

§ 2º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

Logo se vê o absurdo da situação: se violar direito autoral atinente a programa de computador, o autor do fato poderá ser apenado com **um** a quatro anos de reclusão e multa; se violar obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma poderá receber reprimenda que vai de **dois** a quatro anos de reclusão além da multa – o mesmo se aplicando a quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio aqueles bens produzidos com violação de direito autoral.

Qual a lógica ? **Nenhuma...** As duas normas tutelam penalmente a mesma objetividade jurídica, qual seja, o direito autoral, ou mais amplamente a propriedade intelectual; ambas têm como sujeito passivo o autor ou outro titular do direito imaterial; as duas dispõem de redações praticamente idênticas; possuem o mesmo tipo subjetivo, i.e., o dolo. Diferem somente em uma coisa: no preceito secundário, **na pena**, vulnerando drasticamente, assim, primeiramente o **princípio da igualdade**, ao tratar desigualmente criminosos em situações totalmente isonômicas, i.e., que pratiquem condutas que dispõem do mesmo desvalor intrínseco, isto com graves conseqüências de ordem penal e processual penal, dentre as quais aquelas atinentes, v.g., ao benefício do *sursis* processual.

Como assevera Mariângela Gama de Magalhães Gomes “*o princípio da igualdade significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado. Isto se dá uma vez que o princípio da igualdade não se refere, apenas, a direitos e deveres políticos, mas ordena ao legislador que preveja com as mesmas conseqüências jurídicas os atos que, em linha de princípio, sejam comparáveis, e lhe permita realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista uma causa objetiva – pois caso não se verificarem motivos desta espécie, haverá distinções arbitrárias*”.<sup>1</sup>

Nem se cogite de argumentar que tratam-se de normas de naturezas diversas, com relação de especialidade, sendo aquela contida no Código Penal de

---

<sup>1</sup> Magalhães Gomes, Mariângela Gama; *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2003, pág. 67;

caráter geral, devido à absoluta ausência de lógica em tal sustentação, *permissa venia*, a uma porque é totalmente ilógico (para não dizer risível...) supor que a criação intelectual pertinente ao *software* disponha de valor inferior ao de outras criações intelectuais e, portanto, que o desvalor da conduta que a vulnere mereça reprimenda mais amena; a duas porque o princípio da especialidade não pode servir de desculpa ou pretexto para a quebra da isonomia do sistema, com desconsideração a ditame constitucional

Mas há também inconstitucionalidade sob o prisma do **princípio da proporcionalidade**. Ora, à toda evidência, uma norma que tutela penalmente direito autoral, ou seja, direito exclusivamente patrimonial (que deveria inclusive, ressalte-se, ser objeto exclusivamente de ação penal de iniciativa privada...), não pode dispor da mesma pena mínima que, por exemplo, um homicídio simples tentado, uma indução a suicídio que se consuma, um infanticídio, uma lesão corporal gravíssima, ou um abandono de recém nascido com resultado morte; mais, não pode dispor de pena superior a um homicídio culposo, um aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, uma lesão corporal grave, ou um abandono de incapaz de que resulte lesão grave. Fere completamente o senso de razoabilidade admitir-se tamanha disparidade. Quebra toda a lógica do sistema. Vejamos mais uma vez as precisas palavras de Mariângela Gomes: “*Deve a atividade legislativa, desta forma, ser orientada pela racionalidade, uma vez que cabe ao legislador valorar racionalmente as diferenças e semelhanças entre os fatos a serem disciplinados, de modo que os resultados desta ponderação mostrem-se coerentes*”.<sup>2</sup>

Nos ensina Norberto Bobbio: “*É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma e de outra... são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existam duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria*”.<sup>3</sup>

Não se diga, alfim, que adotando tal posicionamento estaria o Poder Judiciário se apropriando de atribuições típicas do Poder Legislativo, retirando deste a margem de discricionariedade legítima para a fixação das reprimendas penais abstratamente consideradas, e que deveria o juiz se limitar à aplicação da pena em concreto, se atendo necessariamente aos limites da norma erigida pelo legislador: nada mais falso, *data maxima venia*, eis que, nas palavras simples e

---

<sup>2</sup> Idem; op.cit., pág. 67;

<sup>3</sup> Bobbio, Norberto; *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Universidade de Brasília, 1ª edição, 1989, pág. 113;

objetivas de Heloísa Estellita, “na medida em que ao Poder Judiciário incumbe a tarefa de garantir a autoridade, a primazia e a aplicação da Constituição Federal, incumbe-lhe o controle de constitucionalidade das normas penais que violem o princípio da proporcionalidade”.<sup>4</sup>

Ainda sobre o tema encontramos a precisa lição de Pedro Augusto Lopes Sabino, *verbis*:

*“O constitucionalismo hodierno está voltado para um enfoque material da Constituição. Busca-se a máxima efetividade das normas constitucionais, quer sejam entendidas como regras, como princípios ou como postulados normativos aplicativos.*

*Como cada ordem jurídica ajusta modelos teóricos de ordenação societária ao seu contexto histórico real existente, é imperativo o delineamento de normas em consonância com o contexto social específico. Por consequência, o legislador é necessariamente apto a estabelecer restrições, desde que sujeitas a um controle de constitucionalidade.*

*Este controle exercido pelo Judiciário, inobstante deva ser utilizado com a cautela indispensável para a não violação da separação de poderes, não deve inibir uma contribuição atualizadora dos princípios pelo magistrado.*

*A decisiva participação do Judiciário na atualização axiológica dos princípios ocorre de modo singular no conflito de bens jurídicos, notadamente entre direitos fundamentais. Na solução destes casos, impende a utilização dos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade em todos os seus aspectos, melhor instrumentalizando, assim, o intérprete na concretização de princípios constitucionais”.<sup>5</sup>*

Pelo exposto, há necessariamente de ser declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 10.695/2003, na parte em que amplia a pena mínima contida no preceito secundário do parágrafo 1º do artigo 184 do Código Penal, entendendo como vigente a pena prevista para tal dispositivo pela Lei nº 8.635/1993, i.e., reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de CR\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) a Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros).

---

<sup>4</sup> Estellita, Heloisa. *Direito penal, constituição e princípio da proporcionalidade*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.n. esp., p. 11-13, out. 2003.

<sup>5</sup> Sabino, Pedro Augusto Lopes. *Proporcionalidade, razoabilidade e direito penal*. Disponível na internet: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 12.11.2003