

**ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Arguição de Inconstitucionalidade nº 0048535-72.2011.8.19.0000**

**Relator:** Des. Leila Mariano.

**Arguente:** Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça.

**Interessado:** Anderson dos Santos Agostinho.

**Arguição de inconstitucionalidade.** § 2º do art. 184 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.695/2003, que comina a pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção e multa para a prática de condutas que consubstanciam violação à propriedade imaterial de fonogramas, enquanto a Lei nº 9.609/1998, nos §§ 1º e 2º do seu art. 12, comina pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos para condutas similares praticadas em detrimento de programas de computador. Pretendida afronta aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, com o correlato reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do art. 184 do Código Penal.

O contorno jurídico da igualdade não pode ser construído a partir de círculos generalíssimos, desconsiderando as especificidades dos objetos comparados. Fonogramas e programas de computador, conquanto pertençam ao gênero mais amplo da propriedade intelectual, apresentam especificidades quando cotejados entre si, o que justifica, a juízo do legislador, o tratamento diferenciado.

Parecer pela improcedência da arguição.

E. Órgão Especial,

**I**

1. Cuida-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela Egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, conforme acórdão de fls. 210-222, nos autos da Apelação Criminal nº 0097017-19.2009.8.19.0000, contra o preceito secundário do § 2º do art. 184 do Código Penal Brasileiro.

2. No entender da Suscitante, o preceito secundário do § 2º do art. 184 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.695/2003, ao cominar a pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção e multa para a prática de condutas que consubstanciam violação à propriedade imaterial de fonogramas, afronta os princípios da igualdade e da proporcionalidade, isso porque a Lei nº 9.609/1998, em seu art. 12, §§ 1º e 2º, comina pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos para condutas similares praticadas em detrimento de programas de computador. Não haveria razão, portanto, para o tratamento diferenciado.

## II

3. Na medida em que plenamente plausível, sob o prisma argumentativo, a inconstitucionalidade identificada pela Suscitante, a arguição, em reverência ao princípio da reserva de plenário (CR/1988, art. 97), deve ser conhecida por esse E. Órgão Especial.

4. A norma jurídica, qualquer que seja ela, não se projeta no vazio e muito menos permanece adstrita aos recantos mais profundos do imaginário individual. Seu lugar é na realidade e é justamente a realidade que contribuirá para o seu delineamento.

5. Ao falarmos da necessária inter-relação entre norma e realidade, devemos ter sempre em mente que ela não é um produto pronto e acabado, oferecido pela autoridade competente (*v.g.*: Poder Constituinte ou Poder Legislativo) e passível de ser tão somente apreendido pelo intérprete, que exerceria uma função de mero conhecimento. A norma, em verdade, é o resultado do processo de interpretação.<sup>1</sup> Cabe ao intérprete, no exercício de uma atividade de integração criativa, analisar o potencial semântico do texto e, a partir das peculiaridades do contexto, delinear o conteúdo normativo que se lhe deve atribuir. Sob essa perspectiva, qualquer deficiência normativa há de ser compreendida sob a ótica do enunciado linguístico objeto de interpretação, moldura que limita e dá sustentação à atividade do intérprete, e sob o prisma da interpretação propriamente dita, o que inclui uma série de decisões metódicas, intratextuais e extratextuais, a cargo do intérprete.

6. O êxito de uma ordem jurídica será influenciado pela qualidade interna de suas regulamentações, pelas condições externas que permitam a sua realização e pela atividade desenvolvida pelo responsável pela individualização de suas normas. Na síntese de Häberle:<sup>2</sup> “[*k*]ein (*rechtlicher*) Text ohne Kontext”, “[*kein* (*rechtlicher*) Text ohne Auslegung” [“não há texto (jurídico) sem contexto, não há texto (jurídico) sem interpretação”]. A ordem jurídica, aliás, pode ser vista como uma rede de inter-relações formada a partir da aproximação, de um lado, da linguagem textual, e, do outro, das forças de natureza social, econômica, política e moral.<sup>3</sup> Tal ocorre justamente porque as disposições normativas estão situadas em um contexto multidimensional, real e cambiante, o que permite sejam adjudicados significados dinâmicos a significantes estanques, resultado da ação de forças que determinam a natureza, o significado e os efeitos que os signos linguísticos produzirão no plano concreto.<sup>4</sup> A norma jurídica é

1 Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht*, Berlin: Duncker & Humbolt, 9ª ed., 2004, p. 258 e ss..

2 *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, in EGZ 32. Jg. Heft 22-23, 2005, p. 685 (685).

3 Cf. LEVI, Judith N., WALKER, Anne Graffam. *Language in the judicial process*, vol. 5 de *Law, Society and Policy*, New York: Plenum Press, 1990, p. 6.

4 Cf. COULTHARD, Malcolm e JOHNSON, Alison. *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*, New York: Routledge, 2007, p. 48.

essencialmente mutável. Afinal, entre o momento de sua edição pelo legislador e o momento em que é individualizada, é factível a possibilidade de o contexto social ter passado por diversas modificações.<sup>5</sup>

7. Uma norma “ruim” tanto pode resultar de um enunciado linguístico ao qual somente possam ser atribuídos conteúdos considerados inadequados, como ser fruto de uma interpretação insatisfatória, em que, dentre os conteúdos possíveis, o intérprete escolha aquele menos benéfico ao cidadão. Em qualquer caso, o intérprete sempre estará sujeito aos balizamentos do texto normativo. Na hipótese vertente, afirma-se que o preceito secundário do § 2º do art. 184 do Código Penal, por cominar pena mínima mais severa que outra norma do sistema, seria inconstitucional. À luz desse quadro, duas soluções seriam possíveis aos olhos dos artífices da tese: (a) conferir interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 184, daí resultando a aplicação do preceito secundário de outra norma incriminadora, *in casu*, o art. 12, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.609/1998; ou (b) reconstituir a antiga redação do § 2º do art. 184, isso em razão da inconstitucionalidade da Lei nº 10.695/2003, que a alterou.

8. A primeira “solução” alvitrada, a de se realizar uma interpretação conforme a Constituição, é, no mínimo, inusitada. Assim se conclui por uma razão muito simples: a atividade realizada pelo intérprete, atribuindo significados dinâmicos a significantes estáticos, jamais pode desconsiderar os balizamentos semânticos e sintáticos oferecidos pelo texto interpretado. E, nesse particular, signos de representação numérica, como são aqueles que fixam limites máximos e mínimos para as penas cominadas, não oferecem qualquer margem de escolha para o intérprete. Perante o signo “dois” (anos de detenção) somente podemos alcançar o significado representativo “dois”. Nesse caso, não se abrem vários significados possíveis, o que, por ululante consequência lógica, impede o intérprete de atribuir significado outro ao signo “dois” que não, com escusas pela repetição, o significado “dois”. Como o signo “dois” não admite, concorrentemente, a depender dos circunstancialismos do caso concreto, os significados “um”, “três” ou “quatro”, não havendo qualquer possibilidade de se realizar uma interpretação conforme à Constituição, técnica que somente se compatibiliza com uma pluralidade de significados passíveis de serem reconduzidos a um único signo linguístico. Em situações dessa natureza, são preteridos os significados que afrontam a ordem constitucional, prestigiando-se aquele que com ela se harmoniza.

9. A segunda “solução” consiste no reconhecimento da inconstitucionalidade da alteração legislativa, com a correlata reconstituição da redação anterior. Nesse particular, são dois os pilares de sustentação da referida inconstitucionalidade: a afronta aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

10. A primeira grande missão de comandos normativos que apregoem a igualdade é estruturar uma sociedade em que todos estejam seguros e tenham sua condição humana reconhecida. No pensamento cristão, o fato de todos os homens serem filhos de Deus, tendo a sua imagem e semelhança, serve de alicerce à universalidade

<sup>5</sup> Cf. LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo*, Bologna: Il Mulino, 1977, p. 40. Na síntese de Walter Claudius Rothemburg, a Constituição, face à sua dimensão dinâmica, “está mais para cinema do que para fotografia” (Direito Constitucional, São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 17).

dos direitos humanos e justifica a igualdade entre todos aqueles que aceitem a fé cristã. Como afirmou o Apóstolo Paulo, “*não há judeu nem grego, não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus*” (Gálatas, 3: 28).

11. Como regra geral, suprimem-se os tratamentos discriminatórios e apregoa-se a plena igualdade. A primeira parte do *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, cópia quase literal do art. 3º da *Grundgesetz* alemã de 1949 (“*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*”), insere a igualdade no primeiro plano do rol dos direitos fundamentais, claro indicativo de sua extensão e importância. Em outras palavras, todos possuem esses direitos, não castas ou parcelas específicas do grupamento. Além dessa técnica, não é incomum a preocupação com a inserção de regras específicas que reforçam a igualdade de pessoas ou grupos tradicionalmente discriminados, como é o caso (1) do art. 5º, I, da Constituição de 1988, que dispõe sobre a igualdade entre homens e mulheres, (2) do art. 7º, XXX, que versa sobre a “*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*” e (3) do art. 226, § 6º, que reconheceu a igualdade entre filhos biológicos e adotivos, até então discriminados pela legislação civil.

12. À regra geral da igualdade, no entanto, costumam ser opostas exceções, sendo restringida a esfera jurídica de certos grupos ou pessoas em razão de fatores puramente objetivos ou como decorrência de atos imputáveis à própria pessoa. A racionalidade e justiça dessas discriminações e, por via reflexa, a preservação da dignidade humana, sem subjetivismos inconsequentes, são alguns dos grandes desafios do mundo contemporâneo. Qualquer *plus* pode redundar em evidente menosprezo à condição de ser humano, qualquer *minus* em nivelamento de indivíduos que se encontram em situação diversa e que não devem ser igualados aos demais. No plano das exceções objetivas à igualdade, merece menção, no direito brasileiro, a ausência de capacidade eleitoral passiva dos analfabetos, que não podem candidatar-se a qualquer cargo eletivo (art. 14, § 4º, da CR/1988). Em relação às exceções consequenciais, que restringem a esfera jurídica do indivíduo em decorrência de seus próprios atos, podem ser mencionadas as reprimendas decorrentes do direito sancionador, como a privação da liberdade e a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da CR/1988): os demais cidadãos são livres e estão no pleno gozo dos direitos políticos, o que aponta para uma situação de (temporária) desigualdade.

13. Na hipótese em tela, argumenta-se com a inconstitucionalidade da pena cominada à falsificação de fonogramas por ser mais severa que aquela cominada à falsificação de programas de computador. Essa conclusão, conquanto respeitável, já que fruto da dialética processual, é certamente açodada e pouco técnica.

14. Como é intuitivo, a existência de referenciais de análise que possuam a mesma essência é requisito indispensável a qualquer estudo relacionado à igualdade de direitos e deveres. A partir daí, parte-se para uma aferição comparativa, permitindo-se seja identificado em que medida as semelhanças se manifestam e quais os bônus ou ônus delas decorrentes. Para tanto, é necessário isolar as características relevantes, decisivas e umbilicalmente conectadas a uma dada consequência jurídica, o que pressupõe a correta identificação dos objetivos da norma, e proceder à comparação:

o equívoco na individualização dessas características ou a incorreta associação entre característica e consequência jurídica, conferindo demasiada importância a um aspecto destituído de toda e qualquer importância, certamente conduzirão a uma manifesta injustiça. Identificada a não uniformidade das características relevantes, será evidente a correção do tratamento diferenciado. Não obstante a simplicidade dessa conclusão, não raro ainda serão necessários juízos valorativos extremamente delicados em relação à justa medida desse tratamento diferenciado, o que exigirá o emprego de um critério de proporcionalidade.

15. Não se ignora, é certo, que fonogramas e programas de computador são espécies do gênero propriedade imaterial. Também merece lembrança que um Honda Civic com motor 2.0 e um Gol com motor 1.0 são espécie do gênero automóvel. Ou, mesmo, que caviar e fubá são espécies de gênero alimentício. No entanto, pergunta-se: todas as espécies pertencentes a um mesmo gênero devem receber tratamento idêntico? Serão inconstitucionais as normas que impõem tratamento tributário mais severo ao Honda Civic e ao caviar quando cotejados com outras espécies do mesmo gênero?

16. A simples constatação de que certas individualidades pertencem ao mesmo gênero, conquanto demonstre uma igualdade de essência, não afasta a possibilidade de, em círculos mais estreitos de análise, serem identificadas dissonâncias que justifiquem o tratamento diferenciado. O problema central (*zentrale Problem*), como observam Christian Starck e Thorsten Ingo Schmidt<sup>6</sup>, é identificar as características relevantes que permitem o tratamento diferenciado: no seu exemplo, conquanto seja plenamente justificável a existência de tratamento tributário diferenciado em relação às vacas e aos cachorros, pois as primeiras são animais úteis (*Nutztiere*) e os últimos animais domésticos (*Haustiere*), o mesmo não ocorreria se a distinção recaísse sobre cachorros e gatos, ambos pertencentes ao mesmo gênero doméstico.

17. Voltando à hipótese em tela, pode-se afirmar que fonogramas e programas de computador pertencem ao gênero da propriedade industrial. No entanto, se descermos a círculos mais estreitos de análise, constatamos que a sua produção segue distintos processos de criação e técnicas diversificadas, o que, por si só, já seria suficiente para distingui-los. Além disso, é factível que esses produtos exercem influência distinta na indústria nacional e produzem efeitos diversos nas relações mantidas pela República Federativa do Brasil com as nações amigas. Constatando-se que não são "a mesma coisa", a quem compete definir, *in abstracto*, o tratamento jurídico a ser dispensado a essas individualidades no plano jurídico-sancionador? Ao legislador ou ao juiz? Conclusão diversa certamente seria alcançada se as penas cominadas à falsificação de fonogramas de música sertaneja fossem mais elevadas que aquelas cominadas às falsificações de música clássica. Nesse caso, as características relevantes são, de fato idênticas, de modo que somente em situações excepcionalíssimas, portanto, com maior ônus argumentativo para o intérprete, seria possível justificar a distinção de tratamento.

6 STARCK, Christian e SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*, 2ª ed., München: Verlag C.H. Beck München, 2008, p. 144.

18. Com todas as vênias daqueles que encampam entendimento diverso, cremos que o legislador infraconstitucional, ao definir a reprimenda cominada no § 2º do art. 184 do Código Penal, simplesmente fez uso da liberdade de conformação que encontra sustentação última em sua legitimidade democrática.

19. A legislação penal, aliás, é pródiga em tratamentos diferenciados. Infrações penais praticadas em detrimento de mulheres, crianças e idosos podem redundar em penas mais severas. Também a condição da vítima pode influir na definição do legitimado à propositura da ação penal. Essas situações também configurariam violação à regra da igualdade? Note-se que o v. acórdão de fls. 210-222 fez referência à inconstitucionalidade da pena cominada pelo § 2º do art. 184 do Código Penal, mas deixou de observar que a legitimidade para o ajuizamento da ação penal é diversa em relação àquela estabelecida pelo § 3º do art. 12 da Lei nº 9.609/1998. Lá exige-se a denúncia, aqui a queixa. *Ibi eaden ratio...*

20. Todo e qualquer sistema jurídico subsiste na diversidade, o que exige grande cautela dos órgãos jurisdicionais, evitando identificar igualdades inexistentes ou desigualdades pretendidas.

21. O que vem de ser dito em relação à igualdade termina por influenciar as conclusões quanto à alegada afronta à proporcionalidade. Se os objetos tutelados pela norma penal não se identificam, é factível que as penas cominadas não de ser diferenciadas. Especificamente em relação ao caso *sub judice*, é por demais difícil identificar excesso na pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção pela singela razão de a pena mínima, em outros tipos do sistema, ser de 1 (um) ano.

### III

22. O parecer, assim, é no sentido de que seja julgada improcedente a arguição de inconstitucionalidade.

Rio de Janeiro, 2 de fevereiro de 2012.

**Emerson Garcia**

Promotor de Justiça

Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça  
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Aprovo.

**Antonio José Campos Moreira**

Subprocurador-Geral de Justiça

de Atribuição Originária Institucional e Judicial