

As Trocas de Arquivos Musicais por Meio do Sistema *Peer-to-Peer* – conduta permitida, ilícito civil ou crime?

Daniel Campello Queiroz*

I. INTRODUÇÃO – o advento da tecnologia *peer-to-peer* e seus reflexos no campo do direito autoral

O uso da *internet* como canal de troca de conteúdo não é fato novo; à geração nascida na década de 90, a substituição dos átomos por *bits*, no campo da informação, sequer foi percebida.

Ocorre que, no que se refere aos direitos autorais sobre as obras musicais, que passaram a ser massivamente disponibilizadas e consumidas através desse canal, o advento do uso da *web* para esses fins não foi recebido com tanta naturalidade pelos titulares de direitos.

O que se sentiu, muito ao contrário, foi um forte baque aos autores e detentores de direitos patrimoniais de autor, que passaram a ter suas obras disponibilizadas na *web* sem a autorização e remuneração necessárias para tal; para muitos, em frontal desacordo ao disposto no estatuto que regula o tema dos direitos autorais no Brasil, a Lei federal 9.610 de 1998, e às novas disposições contidas no Código Penal brasileiro, trazidas pela Lei 10.695, de 2003.

Dentre outras razões, o surgimento da tecnologia *peer-to-peer* (ou ponto-a-ponto), originado da invenção do jovem americano *Shawn Fanning* – do conhecido *site Napster* – foi o fator preponderante para tal baque.

Por meio desse sistema, criou-se a possibilidade de usuários do mundo inteiro disponibilizarem músicas uns para os outros, “sem precisar pagar *royalties* aos titulares dos direitos autorais, permitindo a qualquer pessoa com um computador baixar músicas sem pagar um centavo de direitos.”¹.

¹<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58138,1>

De acordo com Nehemias Gueiros, Jr., especialista no tema dos direitos autorais, e de seus reflexos na *internet*, o *site Napster* “chegou a atrair mais de 60 milhões de usuários ao redor do mundo e o caso foi parar na justiça americana, que acabou por fechar a empresa, condenando-a pelo não-pagamento de direitos autorais às grandes gravadoras do mercado, as chamadas *majors*. (...) Estava lançado o grande divisor de águas. Dezenas de *sites* similares surgiram, como E-Mule e Kazaa, oferecendo *downloads* de obras musicais grátis e até filmes”.²

O fato, no entanto, é que apesar do fechamento do *Napster* pela justiça americana – *site* que atualmente opera apenas com a possibilidade de realização de *downloads* legais, com o pagamento de *royalties* aos autores e detentores de direitos patrimoniais – a prática da troca de arquivos utilizando a ferramenta *p2p* permanece inalterada no Brasil.

O que se notou, ao diverso, foi o advento da troca de arquivos musicais utilizando esta ferramenta; causando redução alarmante do consumo de música nos chamados suportes fonomecânicos, notadamente entre as classes A e B.

Da mesma maneira, *sites* que oferecem *downloads* legais no Brasil ainda não conseguiram criar e fortalecer um mercado consumidor de música digital, entre outros fatores, em função da prática corriqueira de oferecimento e consumo de música por meio das trocas ponto-a-ponto, de maneira gratuita.

Com efeito, a conduta de trocar arquivos musicais por meio do sistema *peer-to-peer*, sem autorização dos titulares e pagamento de *royalties*, é corriqueira; porém, causa sérios prejuízos aos autores e detentores de direitos patrimoniais sobre as obras musicais.

O objetivo deste trabalho, então, é o de analisar e verificar os possíveis enquadramentos legais da referida conduta, por meio da análise da legislação aplicável ao tema, e das recentes alterações na mesma – sobretudo no campo penal.

É de se ressaltar que a responsabilidade civil dos *sites* que provêm as trocas de arquivos *p2p*, além da possível responsabilização criminal de seus proprietários ou diretores, em que pese ser de vital importância para o tema – sobretudo em função de notícias acerca da absolvição de diretores desses *sites* na Rússia³ –, foge do escopo a que se propõe este trabalho, de modo que não será aqui abordada.

Cumprido informar, ainda, que igualmente não se pretende determinar, por meio deste artigo, se a conduta de troca de arquivos, nos termos definidos, é criminosa ou ilícita. Tanto menos achar uma solução mágica para o impasse criado à chamada indústria da música devido ao crescimento dessa conduta.

A proposta deste artigo, portanto, é avaliar a aplicabilidade e efetividade da legislação referente ao tema, tomando por base a troca de arquivos musicais sem

²idem

³ <http://idgnow.uol.com.br/internet/2007/08/17/idgnoticia.2007-08-17.2485943057/>

autorização dos titulares de direitos autorais, e sem o pagamento de *royalties* aos mesmos.

II. ILÍCITO CIVIL OU CONDOTA PERMITIDA? – a ponderação entre os interesses da sociedade e o dos titulares de direitos patrimoniais sobre as obras

Para começar a responder as indagações formuladas *ab initio*, faz-se necessário investigar se a conduta de trocar arquivos musicais pelo sistema *p2p* – sem a autorização dos autores e detentores de direitos –, é, à luz da Lei 9.610/98, permitida ou ilícita civilmente.

Neste sentido, há basicamente duas visões para a questão posta.

A **primeira**, proveniente de boa parte dos titulares de direitos sobre as obras, defende que o simples fato de oferecer e realizar o *download* de arquivos musicais seria um ilícito civil, isto é, ensejaria uma medida de caráter indenizatório em face daqueles que realizam os *downloads* ou os oferecem para serem baixados.

Com base neste entendimento, em finais de 2006, a IFPI – Federação Internacional da Indústria Fonográfica – e a ABPD – Associação Brasileira dos Produtores de Disco – anunciaram que processariam usuários em virtude da prática do *peer-to-peer* no Brasil⁴.

A princípio, seriam processados apenas cerca de vinte usuários que praticariam de maneira massiva a conduta de oferecimento de obras musicais para *download* sem autorização e pagamento de *royalties*.

Em virtude de tal iniciativa dos representantes das *majors* – grandes gravadoras da denominada indústria da música –, o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas, entidade que é responsável por capitanear o projeto *Creative Commons* no Brasil, redigiu uma petição⁵ para ser enviada ao Congresso Nacional, com o intuito de colher assinaturas em prol de radical alteração no artigo 46 e seguintes da referida Lei 9.610/98; alteração esta proposta pela Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI, por meio da Resolução de nº 65.

Dentre outros fatores – como o forte desconforto causado entre os usuários, e a opinião contrária ao ajuizamento das ações de diversos profissionais atuantes na área da música –, a iniciativa do CTS/FGV, ao que indicam os fatos, causou a desistência da ABPD de capitanear as medidas judiciais no Brasil.

Tal desistência, ainda que momentânea, foi recentemente declarada pelo diretor geral daquela organização, em encontro dos profissionais da música realizado na Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

⁴ <http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2006/10/17/286127668.asp>

⁵ <http://www.petitiononline.com/netlivre/>

O fato é que aquelas entidades, que representam os interesses das *majors* nacional e internacionalmente, pretendiam, por da abruptada e no mínimo mal explicada medida, amenizar os efeitos desastrosos decorrentes da troca de arquivos musicais com a ferramenta *p2p*.

De fato, o intuito da indústria era o de alcançar dois penosos objetivos: **i)** refrear a prática, que só traz prejuízos aos detentores de direitos patrimoniais; e **ii)** em consequência, criar e fortalecer um mercado consumidor de música digital, que, em virtude de encontrar música gratuita na *web*, ainda não vê vantagens suficientes para pagar para consumi-la.

Em contrapartida, uma **segunda** visão acerca do tema, proveniente dos defensores dos usuários do *p2p*, utilizam como argumento principal, para legitimar a troca de arquivos sem autorização, o fato de a prática se dar, em tese, sem intuito de lucro.

Desta forma, sustentam esses, estaríamos, em verdade, diante da necessidade da livre circulação de informações e de cultura, razão maior de ser da grande rede; e não de uma conduta violadora de direitos.

Esse pressuposto, por si só, legitimaria a troca de arquivos musicais, ainda que sem autorização ou pagamento de *royalties*.

Assim, a troca de arquivos se daria no intuito de difundir a cultura – nesse caso a música –; o que, numa espécie de ponderação entre os interesses da sociedade, e o interesse dos titulares de direitos patrimoniais sobre as obras, colocaria aqueles numa posição privilegiada em relação a estes.

Porém, os que não comungam de tal entendimento – em sua maioria, como expressado, autores e detentores de direitos que têm na música seu meio de subsistência – afirmam que, de acordo com a Lei em vigor, as limitações aos direitos autorais, previstas nos artigos 46 e seguintes da LDA/98, já representariam o que seria necessário à livre difusão da cultura.

Para esta linha, as limitações aos direitos autorais, previstas na referida lei, já seriam “verdadeiros tributos a que se sujeita o autor em favor da coletividade, de cujo acervo geral retira elementos para as criações de seu intelecto.”⁶, de modo que, ultrapassadas tais limitações, qualquer utilização das obras musicais só poderia se dar com a autorização expressa do autor ou do titular dos direitos sobre as mesmas.⁷

De acordo com a legislação em vigor no Brasil – que é aplicável também às práticas correntes na *web* –, afirmam os que defendem essa linha, a conduta de **oferecer**

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 121 e 122.

⁷ Art. 29 da Lei 9.610/98

para *download*, e de **efetuar** o *download*, sem autorização dos detentores dos direitos sobre as obras, ainda que sem intuito de lucro, caracterizaria um **ilícito civil**.

O **oferecimento** da obra para *download* esbarraria nos artigos 22 e 28 da já citada LDA, uma vez que ao autor, ou ao titular, pertencem os direitos patrimoniais da obra que criou; cabendo aos mesmos o direito exclusivo de **dispor** da mesma.

Já o ato de **baixar** a obra musical – isto é, copiá-la de quem a oferece para *download* – se confrontaria com a regra positivada no art. 46, inciso II, da mesma LDA/98, que permite apenas a cópia de “**pequenos trechos**” de obras. Desse modo, a cópia **integral** de uma obra constituiria um ilícito civil, mesmo não havendo finalidade lucrativa.

O fato, assim, é que a opinião daqueles que defendem que o *download* por meio do sistema *p2p* é um ilícito civil encontra fundamento legal, na medida em que se baseia nos citados artigos da LDA de 98.

No entanto, a lástima é que ambas as visões apresentadas resultam num impasse para as duas partes envolvidas na questão, já que nenhuma delas alcança resultados práticos satisfatórios para a solução do problema.

Isto porque a pretensão das representantes das *majors* de ajuizar ações cíveis em face dos usuários, indiscriminadamente, por baixarem ou oferecerem músicas para *download* – que acabou por não se concretizar na prática –, certamente representaria um “tiro pela culatra” à indústria da música, na medida em que atentaria contra a imagem dos próprios titulares de direitos, uma vez que representariam a tentativa de resolver o problema atacando apenas as conseqüências, sem analisar e combater as reais causas.

Na mesma medida, a prática das trocas de arquivos *p2p*, sem autorização e remuneração dos autores e detentores de direitos patrimoniais, impede que a música digital seja um negócio rentável e sustentável, o que representaria uma maior profissionalização e conseqüente aumento de qualidade para este mercado, já não tão restrito às *majors* e aos artistas que conseguem assinar contratos com as mesmas, mas que ainda está a léguas de distância de ser democrático.

Desse modo, a alegação de que a prática das trocas musicais por meio do sistema *p2p* beneficiaria a expansão e difusão da cultura acaba por se tornar evasiva, já que, na realidade, impede que compositores, intérpretes, produtores fonográficos e todos os envolvidos na cadeia produtiva da música sejam justamente remunerados por seu trabalho.

Resta, assim, encontrar a síntese dialética do impasse para solucionar esta grave contradição, que prejudica, sobretudo, àqueles que trabalham e vivem da música, como os compositores das obras, que são a base de toda este arranjo produtivo.

A nosso sentir, trata-se de uma questão cultural, que deve ser resolvida com base na ponderação.

Como sustentam alguns especialistas no tema, tentar impedir, na base da força, que usuários utilizem uma ferramenta tecnológica, representaria um enorme retrocesso, incompreensível para uma geração acostumada e ávida por tecnologia.

Por outro lado, há de haver bom senso, criando-se limites, estes sim com base na força, para os grandes oferecedores de obras musicais na *web*, que auferem lucros, ainda que indiretamente, por meio da disponibilização de grandes quantidades de obras sem autorização dos autores ou dos titulares de direitos, e sem pagar *royalties* aos mesmos.

E tais limites, como se analisará a seguir, já se encontram presentes no campo do direito penal brasileiro; aguarda-se, no entanto, que a indústria da música encontre coragem e bom senso para utilizá-los, de modo a combater efetivamente as práticas lesivas aos direitos dos autores e dos titulares de direitos sobre as obras.

Passemos, então, a avaliar os referidos limites, assim como sua eficácia e aplicabilidade.

III. AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO REGIME CRIMINAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – reflexos nos direitos autorais

É bem verdade que, assim como estabelecer se a conduta de troca de arquivos *p2p* é permitida ou um ilícito civil é uma tarefa bastante complexa, notadamente à luz dos interesses em jogo abordados, não se encontra com simplicidade a resposta à indagação acerca da ilicitude penal da conduta.

Para tanto, cumpre analisar as inovações trazidas ao Código Penal brasileiro por meio do advento da Lei 10.695, de 02 de julho de 2003.

O objetivo desta análise é buscar resposta às seguintes indagações: configura-se um ilícito penal o ato de **oferecer arquivos musicais para serem baixados por meio dos sites que realizam o *peer-to-peer*** sem autorização dos autores ou dos detentores de direitos patrimoniais sobre obras?

E o ato de **efetuar a cópia integral da obra**, em um desses *sites*, se configuraria como criminoso?

Em 02 de julho de 2003, foram promovidas, por meio da publicação da Lei 10.695, alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal brasileiros, no que se refere aos crimes de violação de direitos autorais.

Ao que indicam os fatos, a intenção do legislador foi a de tornar os instrumentos normativos mais eficazes, de modo a possibilitar, na prática, o combate às condutas de violação comercial da propriedade intelectual, como a contrafação – vulgarmente

denominada de pirataria –; notadamente em função das novas tecnologias que possibilitaram a reprodução, com bastante razoável qualidade, de CDs e DVDs.

Importante ressaltar que as referidas alterações contemplaram o ambiente da grande rede mundial de computadores, tornando típicas condutas violadoras de direitos autorais correntes na *web*.

Por meio da Lei 10.695 foram **i)** modificados os artigos 184 e 186 do Código Penal brasileiro, **ii)** revogado o artigo 185 do mesmo diploma, e **iii)** inseridas oito novas disposições no Código de Processo Penal, em relação aos procedimentos de busca, apreensão e destruição de bens produzidos ou reproduzidos com violações aos direitos autorais.

Passemos, então, a dissecar tais alterações, com vistas a encontrar possíveis respostas às indagações formuladas.

As alterações no Código Penal brasileiro

Artigo 184

O artigo 184 do Código Penal, com as alterações promovidas pela Lei 10.695/03, passou a ter 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.” (g.n.)

- Caput

A redação anterior do *caput* do art. 184 tipificava como crime, apenado com detenção de três meses a um ano, ou multa, a violação aos direitos **de autor**. A nova redação incluiu no tipo **os direitos conexos**, isto é, aqueles pertencentes aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores fonográficos e às empresas de radiodifusão.

Esta alteração assenta-se na necessidade de atualizar a terminologia utilizada no Código Penal, uma vez que a Lei 9.610/98 elevou à mesma categoria dos direitos de autor aqueles que lhes são conexos ou vizinhos, reunindo todos estes direitos no termo “Direitos Autorais”; tal como definido no art. 1º da referida lei.

Cumprе consignar, quanto a esta primeira alteração, o pequeno deslize cometido pelo legislador na redação dos parágrafos 1º, 2º e 3º do referido artigo, uma vez que deixou de incluir as empresas de radiodifusão na tipificação legal. Desse modo, a rigor – e tão somente a rigor, nos parece – apenas a regra geral estabelecida pelo *caput* seria aplicável à violação de direitos conexos das empresas de radiodifusão.

Em relação à regra genérica de violação, manteve-se a mesma pena da redação anterior, isto é, reclusão de três meses a um ano, ou multa.

- § 1º

A alteração feita neste parágrafo elevou para dois anos de reclusão a pena mínima para as práticas de violação aos direitos autorais que consistam na reprodução, total ou parcial, de obras, feita com intuito de lucro, direto ou indireto. A pena máxima foi mantida em quatro anos de reclusão

Tal alteração tem como importante consequência prática o fato de a contrafação, denominada de maneira leiga como “pirataria”, deixar de ser um crime de menor

potencial ofensivo, não estando mais sujeita à competência dos Juizados Especiais Criminais.

- § 2º

Este parágrafo passou a estabelecer que está sujeito à mesma pena de dois a quatro anos de reclusão quem, com intuito de lucro, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito original ou cópia de obra intelectual ou fonograma.

Observa-se, claramente, que o intuito do legislador foi o de tipificar criminalmente, e de apenar com maior severidade, as condutas relacionadas ao que vulgarmente se chama de pirataria, desde a reprodução até a distribuição e armazenamento das obras.

- § 3º – inclusão de tipos relacionados a condutas praticadas na internet

Em relação às alterações efetuadas neste dispositivo, cumpre chamar a atenção que, com a nova redação, dispôs-se sobre os crimes de violação aos direitos autorais relacionados ao oferecimento da obra ao público – com intuito de lucro e sem a devida autorização do titular dos direitos patrimoniais sobre esta – através de cabo, fibra ótica satélites, ondas ou qualquer outro sistema que permita a escolha da obra para seu posterior recebimento.

O que se visou alcançar, precipuamente, foi à violação de direitos autorais praticada com o auxílio instrumental de novas tecnologias, como a *internet* e o sistema *p2p*.

Deste modo, está tipificada, neste parágrafo do artigo 184, precisamente a conduta dos oferecedores de grandes quantidades de obras musicais para *download* pelo sistema *p2p*.

A nosso sentir, esta ferramenta legislativa seria muito mais eficaz para combater a conduta dos grandes oferecedores de obras musicais, que é criminosa, do que a estratégia que pretendia utilizar a ABPD.

Isto porque, utilizando a ferramenta penal para combater tal conduta, estaria se dando o tratamento correto a quem de direito, isto é, separando o joio – usuários – do trigo – criminosos que oferecem grandes quantidades de obras.

Com efeito, a partir da ameaça de ajuizamento de ações cíveis contra usuários do sistema *p2p*, o que a indústria conseguiu foi macular ainda mais sua já desgastada imagem perante os consumidores.

Para ilustrar a questão, poderíamos considerar que o anúncio feito pela ABPD e pela IFPI, em finais de 2006, soou como uma ameaça de ajuizar ações em face de

usuários e traficantes de drogas, indiscriminadamente, no mesmo “bolo”; o que, sem dúvida, representaria um disparate.

O fato é que, inexplicavelmente, a indústria da música reluta em utilizar a ferramenta criminal contra os grandes oferecedores de *downloads* ilegais.

Para demonstrar que se trata de uma conduta bastante reprovada pela sociedade, e que atenta contra bens jurídicos relevantes, o legislador dotou-a de *status* de maior potencial ofensivo, estabelecendo a pena de reclusão de 2 a 4 anos para a prática deste delito; não estando, por isso, sujeita à competência dos Juizados Especiais Criminais.

- § 4º – descriminalização da conduta de cópia integral de uma obra

Este parágrafo também merece destaque no que se refere à discussão proposta por este trabalho.

Isto porque, por meio do mesmo, retirou-se o *status* de crime da conduta de cópia **integral** de uma obra, para uso privado do copista e sem intuito de lucro.

Nos ensina Rogério Greco que o legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal.⁸

Trata-se do Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, que é o responsável, não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção desse ramo do Direito, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização.⁹

Tendo em vista que este parágrafo exclui, expressamente, da incidência das penas previstas nos parágrafos antecedentes, a prática da extração de cópia integral da obra, para uso privado do copista e sem intuito de lucro, nota-se que o legislador penal pôs fim à desnecessária tipificação criminosa desta conduta.

Visto que a descriminalização de uma conduta é reflexo, em alguma medida, da aceitação da mesma pela sociedade – consequência do princípio da intervenção mínima do direito penal – o que se percebe é que **a cópia integral de uma obra, em um só exemplar, para uso privado do copista e sem intuito de lucro, tende a deixar de ser considerada inclusive um ilícito civil.**

⁸ Greco, Rogério, Curso de Direito Penal – parte geral, 6ª edição, Impetus, Niterói, RJ, 2006, pág. 53

⁹ Greco, Rogério, op. cit., pág. 53

Isto porque, como abordado no capítulo anterior, a referida conduta se mantém, no ordenamento, como um ilícito civil, em virtude da regra inserta no inciso II, art. 46, da Lei 9.610/98.

Porém, como é cediço, trata-se de verdadeiro retrocesso em relação à disciplina da matéria dada pela LDA de 1973, que sequer o patamar de ilícito civil dava à conduta.

O fato é que a iniciativa do legislador penal dá mais combustível à discussão acerca da cópia integral da obra para uso privado do copista, tendo em vista que demonstra que não mais se trata de uma questão a ser fiscalizada pelo Estado; e sim, de os autores ou detentores dos direitos patrimoniais das obras buscarem o judiciário no caso de entenderem que a reprodução ensejou prejuízo.

A questão saiu da esfera pública, passando a ser unicamente de interesses privados.

Resta, assim, facilitada a resposta à segunda indagação formulada.

O ato de efetuar a cópia integral de um arquivo musical por meio da ferramenta *p2p*, a partir das alterações promovidas por este parágrafo, desde que feito sem intuito de lucro e para uso privado do copista, não se configura mais, portanto, como um ilícito penal.

Artigo 186

As alterações neste artigo se deram no sentido de determinar de quem deve ser a iniciativa da ação penal em cada uma das tipificações definidas pela nova redação dada ao artigo 184.

Para tanto, o artigo define a natureza de cada uma das ações cabíveis em cada caso, nos seguintes termos:

“Art. 186. Procede-se mediante:

I - queixa, nos crimes previstos no *caput* do art. 184;

II - ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184;

III - ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público;

IV - ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3º do art. 184.”

Com a nova redação dada pela Lei 10.695/03, apenas à regra geral do *caput* do art. 184 manteve-se a iniciativa mediante queixa, isto é, em que à vítima cabe a iniciativa da ação penal.

Estabeleceu-se, com maior clareza, que nos crimes previstos pelos §§ 1º e 2º, isto é, os denominados crimes de “pirataria”, a ação penal é a pública incondicionada, o que significa ser iniciativa do Estado – Polícia Judiciária e Ministério Público – a iniciativa da investigação factual e ajuizamento da ação penal.

Quantos aos crimes do § 3º, que representam os praticados no *cyberespaço* e nos meios de transmissão de dados – em que não há necessidade de um suporte físico para transmitirem-se as informações –, restou estabelecido que a ação penal é a pública condicionada à representação do ofendido.

O legislador optou, nesta hipótese, por condicionar a ação do Estado ao interesse daqueles que têm violado os direitos autorais para dar início ao processo judicial.

Desta forma, em vez de buscar o trâmite na esfera cível, indiscriminadamente, a instituição que representa as *majors*, ABPD, deveria procurar a Polícia Judiciária ou o Ministério Público – ressaltando-se que ambos têm setores especializados em crimes de *internet* – e representar contra os grandes oferecedores de obras musicais, que, a partir da identificação dos requisitos necessários, seriam processados criminalmente, e provavelmente presos.

Assim se estaria demonstrando que a conduta é contrária a bens jurídicos socialmente relevantes – as obras musicais – fato que representaria um marco muito salutar para a disciplina do uso das mesmas no ambiente da *web*.

IV. CONCLUSÃO

O fato é que, mesmo a partir da análise pormenorizada da legislação em vigor, encontrar respostas às perguntas propostas no título deste trabalho não é tarefa simples.

Nos pareceu cristalino, por meio desta análise, que se faz premente o estabelecimento de parâmetros e limites que margeiem a discussão acerca do uso da ferramenta *p2p* e da prática da conduta de trocar arquivos.

O **primeiro** deles é a diferenciação entre aqueles que oferecem e baixam pequenas quantidades de música, em claro intuito de pesquisa, estudo, engrandecimento intelectual ou meramente utilização de uma ferramenta tecnológica disponível; e outros, que oferecem grandes quantidades de obras musicais para *download*, em patente violação criminosa dos direitos autorais.

Os primeiros são usuários; os outros, criminosos.

Assim, quanto à conduta dos que convencionamos chamar de usuários, necessário dividi-la em dois grupos: **i)** o ato de **baixar**, isto é, copiar o arquivo musical; e **ii)** o ato de **oferecer** o arquivo musical para *download*.

Como se buscou demonstrar, há duas linhas de pensamento no que pertine à cópia e ao oferecimento de pequenas quantidades de obras musicais: **uma**, proveniente dos titulares de direito, defende tratar-se de um ilícito civil; **outra**, advinda de usuários e seus defensores, no sentido de que seria uma conduta permitida.

Ambas as visões se sustentam por meio de argumentos plausíveis. Porém, como expressado, aquela proveniente dos titulares de direito encontra assento na Lei 9.610/98.

Válido ressaltar, ainda, que, como ficou demonstrado, a conduta de cópia integral da obra, que neste caso é o ato de baixar a música, perdeu o *status* de criminosa a partir do advento da Lei 10.695/03, com o acréscimo da regra inserta no § 4º.

O **segundo** parâmetro que deve ser assentado, como margem à discussão aventada, é o fato de que, a nosso sentir, não resta qualquer dúvida de que o oferecimento de grandes quantidades de música, através da *web* e por meio da ferramenta *p2p*, é uma conduta criminosa, e como tal deve ser enfrentada.

Partindo, então, do estabelecimento destes **dois** pressupostos para margear o enfretamento da questão, estaríamos diante da possibilidade de chegar ao ponto mais nevrálgico do tema, que nos parece ser a necessidade de que se crie, no Brasil, um mercado consumidor de música digital.

A criação deste mercado, como já se nota, não se dará a fórceps, com uma enxurrada de ações cíveis ajuizadas de maneira indiscriminada.

O que se deve buscar, depois de se separar o joio do trigo – diferenciando criminosos e usuários –, é utilizar a informação e o *marketing* para conscientizar e facilitar o consumo de música para os usuários.

Não é por acaso que o *site Itunes* comemora a crescente elevação do consumo de música digital nos Estados Unidos, com números que já alcançam a casa dos dez dígitos, desde seu lançamento.

Convencer e persuadir os usuários a consumir música digital, salvo melhor visão, passa pela convergência de ações que envolvam diversos fatores, dentre os quais se destaca a correta e eficaz atuação contra aqueles que oferecem grandes quantidades de música, de modo a dar combate a tais condutas **criminosas**.

É fato incontestado, por outro lado, que se faz necessário dar tratamento digno àqueles que se utilizam da ferramenta tecnológica porque são parte de uma geração ávida

pelas inovações, e em muitos caso sequer têm noção dos estragos causados aos compositores, e demais envolvidos na cadeia da música, por praticarem condutas que não levam em consideração a existência dos direitos patrimoniais de autor, e tanto menos a necessidade do pagamento de *royalties* pela utilização das obras musicais.

Nota-se, assim, que, como em diversas outras áreas da grande crise de valores por que passa a nação brasileira, estamos diante de uma questão de conscientização, que deve ser provida não por meio de perseguição judicial, mas através da informação aos usuários, ensinando-os que aqueles que criam e fazem circular a cultura também precisam ser remunerados por seu trabalho.

* Advogado - Direitos Autorais