

PONTUAÇÕES ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO DOWNLOAD MUSICAL NO SISTEMA P2P (peer-to-peer)

Sarah Caroline de Deus Pereira¹

Natália Forti de Oliveira ²

RESUMO: o presente trabalho tem por objeto as polêmicas adjacentes ao download musical no sistema P2P. Os primórdios da Internet no Brasil deram-se na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), no final da década de 80, e atualmente conjugada com a tecnologia digital, tornou muito fácil a cópia e a distribuição de material protegido pelo direito autoral – constituindo uma infração de direitos autorais dos produtos culturais. Nesse sentido, objetiva de forma geral a dialogar sobre o surgimento da internet no Brasil e analisar se ela é uma ferramenta que permite a interação cultural por meio dos downloads de conteúdo da internet, ou se é um mecanismo criminoso que infringe direitos autorais e, fita em específico estudar o sistema P2P. Mediante o método hipotético-dedutivo, funda-se no estudo de materiais primários, como: livros, textos da internet e demais artigos colhidos em livros, periódicos e legislação. Partindo dos argumentos gerais para os particulares, busca demonstrar o crime de direitos autorais mediante o download musical por meio do sistema P2P.

Palavras-chave: Crime; Direitos autorais; Produtos Culturais; Sistema P2P

INTRODUÇÃO

O nascimento e a ampliação vertiginosa da *Internet* no Brasil trazem, a propósito, uma questão controvertida aos doutrinadores e estudiosos do direito no campo dos direitos autorais. No universo propiciado por essa fabulosa tecnologia, encontra-se o *download* de música em escala mundial sem fronteiras, que coloca em conflito os direitos autorais, pois se trata de um meio de fácil divulgação e transmissão de informações, fácil acessibilidade, permitindo-se cópias do material que circula na rede com muito mais rapidez, propiciando desrespeito aos direitos autorais e desafiando os métodos atuais de proteção intelectual.

A questão fundamental, então, para a matéria é: a violação do direito autoral tem de vir sempre em conjunto com a geração de uma receita para configurar lesão a direito? A problemática jurídica não reside no compartilhamento de músicas via *Internet*, mas sim no fato de tais arquivos serem disponibilizados, na grande maioria, de forma gratuita e sem autorização dos autores das obras ou sem pagamento dos direitos. Até que ponto essa prática pode ser considerada violação dos direitos autorais? E se o autor tem seu próprio *site*, nesse caso, já está, de certo modo, permitindo a

¹Mestranda em Teoria do Direito e do Estado – Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem); bolsista Capes/PROSUP; especialista em Direito e Processo do Trabalho – Universidade Anhanguera/Uniderp; aluna pesquisadora do grupo “Bioética e Direitos Humanos”; membro do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania de Marília, da Associação Brasileira de Saúde Mental e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; advogada. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Marília, São Paulo, Brasil. E-mail: scdp88@gmail.com.

² Bacharelada em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogada.

disponibilização do conteúdo intelectual na *web*, que tem por característica ser uma rede de compartilhamento de dados; então, haveria uma autorização tácita ou não?

A chamada crise da indústria fonográfica parece traduzir-se em uma intensa reconfiguração dos processos de circulação, reprodução e consumo de música em um mercado crescentemente globalizado. Examinando esse cenário, observa-se a emergência de novas práticas que tencionam as normas vigentes acerca dos modelos de negócios e da proteção de direitos autorais. A multiplicidade de abordagens possíveis contribui para a coexistência de uma pluralidade de julgamentos e opiniões acerca do que seja lícito ou ilícito no contexto das diversas associações entre música e *Internet*.

1. A INTERNET

A *Internet* teve seu berço nos EUA, tendo, como nome de batismo, Arpanet. Nasceu na ARPA (Advanced Research Projects Agency), agência militar de pesquisas, criada em 1958, pelo Departamento de Defesa Norte-Americano, em reação à antiga União Soviética, que lançara, em 1957, o primeiro satélite na órbita da Terra – Sputnik, em plena Guerra Fria.

A ideia era buscar tecnologias que descentralizassem o processamento e o arquivamento de informações de quatro computadores, cada qual acionado por um sistema operacional diferente, permitindo-se a troca de dados entre eles, como forma de manter, em caso de ataques inimigos, as comunicações entre os locais mais críticos do sistema de defesa.

A primeira conexão foi em 29 de outubro de 1969, em que ficou pronto o Network Control Protocol (NCP), primeiro protocolo de intercomunicação – conjunto de regras que a rede teria de seguir a fim de permitir que os computadores se comunicassem uns com os outros sem derrubar o sistema, criado pelo Grupo de Trabalho de Rede (Network Working Group), tornando a comunicação mais fácil.

Os estudos avançaram e expandiram os meios de acesso a internet, possibilitando por meio dos navegadores (*browsers*) como Mosaic (1993), Netscape (1994), Internet Explorer (1995) entre outros em meados da década de 1990, abrindo de uma vez o avesso ao mundo.

No Brasil, os primórdios da *Internet* ocorreu na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), no final da década de 80, devido à conexão direta com o laboratório de física de altas energias especializado no estudo de pesquisas atômicas (FERMILAB), nos Estados Unidos.

Segundo Oliveira (2011, p. 17)

A conexão funcionava via linha telefônica ponto a ponto sem necessidade de discagem, por um fio de cobre dentro de um cabo submarino, porque ainda não havia fibra óptica para esse tipo de serviço. Ela era operada pela Academic Network at São Palo, a Ansp, a rede acadêmica de São Paulo, criada e mantida financeiramente pela FAPESP desde 1988 para suprir a comunicação eletrônica entre as principais instituições de ensino e pesquisa paulista.

Entretanto, apenas em de janeiro de 1991, que se teve o acesso propriamente dito a rede de internet, perfectibilizando em 1995, quando começou a comerciabilidade e o uso da rede disponível para toda a população. Surgiu, nesse momento, a necessidade de criar um “governo” da

Internet no Brasil, a fim de tornar efetiva a participação da sociedade nas decisões envolvendo a implantação, administração e uso da *Internet*.

De 1995 a contemporaneidade, o acesso à internet recrudescerá incomensuravelmente, de modo que a sociedade é dependente do computador e de outras interfaces à *Internet* e distintas redes digitais. Na medida em que foi aprendendo a falar com as telas, por meio dos computadores, gravadores de vídeo, câmeras caseiras, seus hábitos exclusivos de consumismo automático passaram a conviver com hábitos mais autônomos de discriminação e escolhas próprias. É a vez da velocidade e das redes. E daqui a não muito tempo, o ciberespaço e a cultura que ele gera encontrarão novos habitats no corpo humano (SANTAELLA, 2008, p. 20).

O crescimento e inovação dá suporte a centenas de aplicações populares, em especial, o correio eletrônico (e-mail) – primeira aplicação da *Internet*; serviço de mensagem instantânea, com listas de contato (MSN); redes sociais, com a partilha de valores e objetivos comuns; comércio eletrônico, atraindo usuários domésticos e organizações comerciais, como um lugar de fazer negócios e compartilhar ideias, integrando economias locais na economia global com a exploração de propagandas, publicidade e venda de mercadorias; e, como objeto principal deste trabalho, o compartilhamento de arquivos MP3, consagrando aqui principalmente o sistema P2P(peer-to-peer).

Nessa linha, ocorre que os recursos proporcionados à sociedade, como forma benéfica de acesso à informação em qualquer parte do planeta, têm sido utilizados, hoje, de forma contrária à moral e à ética; sendo, em sua maioria, ações criminosas, principalmente por meio do compartilhamento musical aviltando os direitos autorais.

2 – DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

A criação intelectual é inata ao ser humano. Todos possuem em maior ou menor grau um potencial criativo que pode resultar em bens úteis ou criações passíveis de aproveitamento econômico.

A propriedade intelectual pode ser considerada como um grande gênero, do qual propriedade industrial e direito autoral são suas espécies. O Direito de Propriedade Industrial está voltado à utilidade das criações, no âmbito empresarial ou comercial, que se dá por meio da patente (invenções, modelos de utilidade, modelo industrial e desenho industrial) ou marca (de indústria, comércio ou de serviço e de expressão, ou sinal de propaganda) do produto. Por outro enfoque, o Direito Autoral tutela a proteção da criação e da utilização de obras intelectuais estéticas, seja na literatura, artes ou ciência. Acrescenta Bittar (1994, p. 5) que:

na obra intelectual resguardam-se mais os interesses do autor, com os reflexos econômicos e sociais daí decorrentes, enquanto que na obra industrial o objetivo último é o aproveitamento, pela coletividade, da utilidade resultante – através de sua multiplicação ou da inserção no processo produtivo – ou o impedimento da prática da concorrência desleal.

Especificamente para a proteção do direito autoral, há a existência de dois sistemas: o *droit d'auteur*, ou sistema individual (europeu ou francês), e o *copyright*, ou sistema comercial. O individual

é o baseado na Convenção de Berna, adotado pelo Brasil, seu objeto diz respeito à proteção subjetiva da obra, exclusiva do autor, como a criatividade da obra a ser copiada (direitos patrimoniais) e os seus direitos morais, independente de registro.

Por outro lado, no comercial, modelo desenvolvido nos Estados Unidos e na Inglaterra, há a proteção objetiva da obra, ou seja, adstrita aos direitos patrimoniais para efeito de expansão da cultura e da ciência, a partir da possibilidade de reprodução, distribuição, exibição, execução, e transformação da obra ou em parte dela; deixando de lado qualquer proteção à criação em si. Apenas excepcionalmente a legislação oferece proteção aos direitos morais; nada impedindo que esses sejam garantidos em outras leis, não necessariamente no âmbito da propriedade intelectual.

A expansão e importância desta tutela justificam-se por seu amparo constitucional, tendo em vista a Constituição Federal imperar como lei maior (lei fundamental, lei suprema), com determinações de organização jurídica fundamental de um Estado.

2.1. Proteção Constitucional

Preceitua o artigo 216 da Constituição Federal (:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

Enquanto o artigo 5º, inciso IX, assegura que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, bem como acrescenta o inciso XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”, além de assegurar o inciso XXVIII:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

Por tudo isso, “os bens imateriais são impalpáveis, pois fazem parte do produto da atividade intelectual do ser humano, mas nem por isso deixam de ter considerável valor econômico” (NUCCI, 2010, p. 861). Eles alcançam, a saber, a proteção do direito ao se materializarem por meio de obras científicas, literárias ou artísticas e invenções de um modo geral.

Os autores da obra intelectual, portanto, encontram-se constitucionalmente protegidos em suas prerrogativas, sendo essa proteção uma manifestação do respeito àqueles.

Reconhecida constitucional e infraconstitucionalmente (Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998) a existência e a possibilidade de amparo à propriedade imaterial no território nacional, por

consequente, comum se faz a devida proteção mais efetiva do direito de autor em todo o mundo – devido à dinâmica explosão dos meios de comunicação –, tornando-se o Brasil signatário de diversas Convenções Internacionais (Berna, Roma, Genebra) e Acordos Multilaterais (TRIPS, também conhecido por ADPIC, qual seja, Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) (ESPER, 2006, p. 41).

Como consequência à tutela acima exposta, em manifestação do respeito ao autor, qualquer ofensa a esse direito, gera infração ao transgressor autoral, recaiando o mesmo em crime previsto no Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

2.2 Do crime em espécie

A Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 3.914/41) faz a seguinte definição de crime: “Art. 1º. Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

No sistema jurídico penal brasileiro, adota-se, para a definição de infração penal, a teoria bipartida ou dicotômica, segundo o qual as condutas puníveis dividem-se em crimes ou delitos, e contravenções, que seriam espécies do gênero infração penal.

Não há distinção na natureza (essência) da infração penal. O fundamento é puramente político-criminal e o critério é simplesmente quantitativo, com base na sanção. Com efeito, aplica-se a pena de prisão, para os crimes, sob as modalidades de reclusão e detenção, e, para as contravenções, quando couber, a de prisão simples. Em suma, o critério distintivo entre as espécies de infração penal é dado pela natureza da pena privativa de liberdade cominada (BITENCOURT, 2011, p. 254).

Passou-se, assim, a conceituar o crime, como demonstra Mirabete (2011, p. 79-83), sob o aspecto *formal* (do ponto de vista da lei), o fato humano contrário à lei; uma conduta contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena, e *material* (sob o ângulo ontológico), a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena, que indagar a razão que levou o legislador a determinar como criminosa uma conduta humana, a sua natureza danosa e consequência; e por fim, sob o aspecto *analítico*, a ação típica, antijurídica e culpável, sendo a culpabilidade mera condição para se impor a pena pela reprovação da conduta. O fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que, em regra, provoca um resultado e é previsto como infração penal; e, antijurídico, por contrariar o Direito.

Consoante a tal entendimento, de maneira sucinta, assinala Capez (2005, p. 112) que, no aspecto formal, considera-se o crime sem levar em conta a sua essência; no material, todo fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos fundamentais para a existência da coletividade e da paz social e, finalmente, no analítico, todo fato típico e ilícito, em que deve ser observada a tipicidade da conduta; se positivo, verifica-se se a mesma é ou não ilícita, para depois qualificar o autor como culpado ou não por sua prática.

Em contrapartida, sustenta Bitencourt (2011, p. 253) que a “tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são predicados de um substantivo, que é a conduta humana definida como crime”. A pena será imposta somente quando possível e positivo o juízo de reprovação que é uma decisão sobre um comportamento passado. Assim, não somente a culpabilidade, mas igualmente a tipicidade e a antijuridicidade também são pressupostos da pena, que, por sua vez, é consequência do crime.

Como se nota, o conceito de crime é eminentemente doutrinário, inexistindo um conceito fornecido pelo legislador. Em razão disso, interessa ao presente trabalho, face Teoria Finalista da Ação, adotada pelo Código Criminal atual, em que a culpa integra-se na conduta e não no tipo penal, refletir somente na existência ou não do crime de violação de direito autoral, definido no art. 184, *caput* (forma simples) e §§ 1º a 3º (formas qualificadas) do Código Penal.

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.

§ 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.

O homem tem direito sobre a sua proteção intelectual. Por conseguinte, busca o Direito Penal a tutela do interesse econômico e moral do autor sobre o fruto de sua criação, assim assegurado pela nova Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), que dispõe em seu artigo 22: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

Conforme explica Bitencourt (2009, p. 348), o crime acima não era objeto de disciplina nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas (ordenamento jurídico da Corte Portuguesa – Afonsinas (século XV), Manuelinas (século XVI) e Filipinas (século XVII), ao qual se dedicava o Livro V ao Direito Penal, em que o Brasil, na condição de Colônia, ficou subjugado por mais de três séculos). O Código Criminal de 1830 criminalizava-o como uma forma *sui generis* do crime de furto (art. 261). O Código Penal de 1890, por sua vez, ampliou a sua proteção em vários dispositivos. O legislador de 1940 sintetizou as previsões do diploma anterior.

Por fim, o *caput* do artigo 184 recebeu a redação dada pela Lei 6.895, de 17 de dezembro de 1980, e os §§ 1º e 2º, pela Lei 8.635, de 16 de março de 1993, que acrescentou o § 3º, cuja vigência durou até julho de 2003, com o advento da Lei 10.695/2003 (Lei Antipirataria).

Tem o Estado o dever de velar pela paz interna, pela segurança e estabilidade coletivas diante dos conflitos inevitáveis entre os interesses dos indivíduos. Para isso, é necessário valorar os bens ou interesses individuais ou coletivos, protegendo-se, por meio da lei penal, aqueles que mais são atingidos quando da transgressão do ordenamento jurídico. Essa proteção é efetuada por meio da aplicação da pena, passando os bens a ser juridicamente tutelados pela lei penal.

De acordo com Noronha (1998, p. 6), o Código Penal (CP) tutela com a sanção da pena os direitos sobre livros e, de modo amplo, os escritos de qualquer gênero, os discursos, as lições, as peças dramáticas, musicais e de canto, enfim, o que nesse setor da literatura, ciência e arte é considerado no direito privado. Tutela-se o interesse econômico e moral do autor da obra intelectual.

Na definição de Bittar (1994, p. 8), direito autoral “é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”.

As relações regidas por esse direito nascem com a criação da obra, surgindo, do próprio ato criador, direitos no tocante a sua face pessoal (direitos morais, de paternidade, de nomeação, de integridade da obra) e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais.

Segundo Lucas (2011, p. 26),

Direitos autorais é o nome que se dá ao conjunto dos direitos de exclusividade garantidos, por lei, aos criadores de obras literárias ou artísticas, com o duplo objetivo de remunerar o esforço criativo e incentivar novas criações. São classificados como direitos de propriedade intelectual e se subdividem em duas grandes categorias: (a) direito de autor; e (b) direitos conexos.

Conceitua-os, Mirabete (2004, p. 375), como sendo os direitos que o criador detém sobre sua obra, fruto de sua criação, e os que lhe são conexos. Referem-se aos interesses econômicos e moral do autor de obra intelectual, expressamente previsto no artigo 1º da LDA.

Convém ressaltar que o direito de autor “constitui um complexo de direitos – morais e patrimoniais – incluídos com a criação da obra. Em outros termos, o objeto jurídico da proteção penal é a propriedade intelectual” (BITTENCOURT, 2009, p. 348).

Pontua Netto (1998, p. 72) que os direitos morais do autor são aqueles que unem indissolavelmente o criador à obra criada. Por consequência, a obra intelectual, como criação de espírito, vincula-se à personalidade do autor. Por isso, o autor vive em sua obra.

Explica Bittar (1988, p. 51) que esses direitos constituem a proteção dos mais íntimos componentes da estrutura psíquica do seu criador, por ser a obra a emanção da personalidade do autor, e tendo, como características, a pessoalidade, a perpetuidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

De outro lado, os direitos patrimoniais são os atributos exclusivos do autor da obra intelectual, de usar, fruir e dispor da mesma (art. 28 da LDA), bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros (NETTO, 1998, p. 78).

Consubstancia-se, pois, o aspecto patrimonial essencialmente na faculdade de o autor usar, ou autorizar a utilização da obra, no todo ou em parte; dispor desse direito a qualquer título; transmiti-lo a terceiro, total ou parcialmente, entre vivos ou por sucessão (BITTAR, 1988, p. 54).

O reconhecimento desses direitos se dá em função da premissa que o direito de autor protege a forma concebida pelo autor e do entendimento de que a sua efetivação em nada mais interfere com os direitos do autor da obra original ou da referência.

São assim considerados os direitos dos artistas intérpretes (cantor) ou executantes (músico), dos produtores fonográficos (pessoas físicas ou jurídicas que custeiam a realização da obra

intelectual) e das empresas de radiodifusão. O autor é aquele que compõe a música. Quem executa a obra musical, tem a proteção legal a título de direitos conexos (BETANHO; ZILLI, 2007, p. 932).

A internet mostra-se o terreno fértil para a violação dos direitos autorais, desafiando os métodos atuais de proteção da obra musical, vez que pode ser copiada às centenas, em pouco tempo e a custo reduzido (isso se houver), sem que o titular do direito autoral se dê conta.

Com efeito, pela Grande Rede, caracteriza o crime de violação dos direitos autorais da obra musical, com a comunicação ao público, execução pública, distribuição eletrônica, reprodução e qualquer outra forma de utilização de uma obra, quando realizadas sem a devida autorização dos titulares de direitos, por meio dos seguintes vários sistemas de compartilhamento, dentre eles o peer-to-peer.

2.3. Sistema Peer-to-peer

O compartilhamento de arquivos *peer-to-peer* (P2P) (ou ponto-a-ponto), pode ser considerado a aplicação mais importante da Internet.

Iregui (2003, p. 14), informa que o sistema peer-to-peer, é um tipo de rede em que cada estação de trabalho tem capacidades e responsabilidades equivalentes, necessitando de um servidor central para funcionar, de modo que facilita a troca de dados entre os usuários.

O par requisitante é o cliente e o par escolhido é o servidor. O arquivo é enviado do par servidor ao par cliente com um protocolo de transferência de arquivos. Visto que qualquer par pode requisitar ou ser escolhido, todos os pares podem executar tanto o lado cliente quanto o lado servidor do protocolo de transferência de arquivos. Suponha-se que A selecione B para baixar uma música: seu computador envia a B uma requisição HTTP para essa canção e B envia a resposta HTTP contendo-a. Enquanto A estiver executando a aplicação de compartilhamento de arquivos P2P, seu computador (par) é um cliente *Web* e também um servidor *Web* transitório. Seu par é um servidor *Web* porque está servindo conteúdo dentro de respostas HTTP; é transitório porque está conectado apenas intermitentemente com a *Internet* e pode obter um novo endereço IP toda vez que se conectar novamente com a rede (KUROSE, 2006, 110).

Iregui (2003, p. 13) faz uma ressalva pertinente quanto a legitimidade da utilização do sistema em comento frente aos direitos autorais,

Apesar da aparente clareza do conceito de uso justo, o fato é que, comparado com caso, a linha entre o que é considerado violação de direitos autorais e uso legítimo pode ser muito fina. Este problema deve ser resolvido para cada caso especificamente, neste sentido têm decidido os tribunais americanos quando foram avocadas resolver conflitos desta natureza, mas sempre sob a consideração de que os casos de uso legítimos não são exaustivos.³

³ “No obstante la aparente claridad del concepto del uso legítimo, lo cierto es que frente a un caso concreto, la línea divisoria entre lo que se considera infracción de derechos de autor y uso legítimo puede ser muy delgada. Este problema deberá ser resuelto para cada caso concreto y en tal sentido se han pronunciado las cortes Americanas cuando se han visto avocadas a resolver conflictos de esta naturaleza, pero siempre bajo el considerando de que los casos de uso legítimo no son de carácter taxativo.”

No Brasil a polêmica se acentua pelo despreparo com a temática, Queiroz (2007, p. 1) argumenta que,

[...] 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.

Ocorre que a expansão dessas tecnologias digitais facilitou o armazenamento e a manipulação da informação digital. Assim, com a evolução dos computadores e da *Internet* essas tecnologias passaram a ser usadas tanto de forma benéfica para a sociedade, bem como explorada de forma imoral, antiética e muitas vezes criminosa. Ponderando a indústria fonográfica que a ação do usuário que repassa música para outros como delituosa, enquadrando em violação de direito de autor da música cometido via internet.

A conduta do usuário que faz a reprodução da música por meio do *download* não caracteriza fato punível, desde que seja a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto, conforme disposto no § 4º, do art. 184, do CP.

Caso haja o intuito de lucro, caracteriza-se no § 1º, do art. 184, do CP. Se, por meio do download, vende ou distribui a música baixada, insere-se no § 2º, do mesmo dispositivo. A norma incriminadora não contempla a figura do oferecimento ao público de obras em geral, sem intuito de lucro, portanto, nessa hipótese, pode-se usar a figura do caput (NUCCI, 2010, p. 869).

Em contrapartida, Cabral (2003, p. 73) alega que:

com lucro ou sem lucro, a conduta de compartilhar conteúdo intelectual protegido sem autorização do titular do direito autoral ofende as disposições da LDA e as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. Com efeito, não faz nenhum sentido ter ou não ter intuito de lucro. A ninguém é dado aproveitar-se do trabalho de outrem, seja a que título for.

Diante dessas situações, há necessidade de reajustes à preservação dos direitos autorais. Acredita-se tanto na criação e aprimoramento de programas para o controle de cópias das obras disponibilizadas em mídia digital, e seu correspondente pagamento, quanto na redução dos preços de CDs e DVDs certamente ajudaria a conter o volume de produtos pirateados.

Nesse sentido, Queiroz (2007, p. 2) relata,

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.

A dificuldade de controle das músicas compartilhadas pelo sistema peer-to-peer No Brasil é gritante, diferentemente dos Estados Unidos em que a fiscalização é árdua, e principalmente monetarista, o território brasileiro não possui uma rede de trabalho que consiga abranger essa complexidade, controlar e punir à luz do art. 184 do Código Penal.

Queiroz (2007, p.2), apresenta a seguinte conclusão acerca da violação de direitos autorais na internet por meio do sistema peer-to-peer,

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.

É necessário que haja uma convenção que delibere acerca dos downloads, de maneira que se possibilite o acesso à cultura em consonância com os direitos autorais, sopesando estes interesses sem precisar da intervenção do Direito Penal, que se mostra nesses casos inoperante, por não conseguir acompanhar a dinamicidade e a complexidade dessas tecnologias de compartilhamento que permeiam a internet.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nascimento da internet trouxe conflitos doutrinários acerca da proteção legal dos direitos autorais na internet que por sua vez facilitou a produção e edição mediante o acesso a conteúdos, informações, bases de dados ou qualquer outro tipo de criação intelectual, ferindo os direitos dos autores.

O calcanhar de Aquiles dos direitos autorais é o *download* musical, em razão da fácil acesso, da divulgação e transmissão de informações, de modo que as cópias do material circulem de forma célere na internet, envidando os métodos contemporâneos de proteção intelectual.

Como visto, a *Internet* maximiza as possibilidades de replicação de conteúdo à máxima potência, o que contraria a Lei de Direitos Autorais brasileira, que taxa como crime de violação dos direitos autorais a conduta de copiar com fins lucrativos, sem a autorização expressa do autor, como uma violação dos direitos autorais, sendo tal ação enquadrada por criminosa, segundo artigo 184, do Código Penal.

Ocorre que a crise da indústria fonográfica frente à mundialização das condutas de compartilhamento musical urge por um novo olhar, conforme discutido ao longo deste, o ato de criminalizar a prática não tem dado a resposta esperada, e tampouco é eficaz. Necessita-se de um novo paradigma, porque frente à multiplicidade de abordagens, encontra-se pareado uma pluralidade de julgamentos e opiniões acerca da (i) licitude dos downloads musicais.

A música na era digital encontra-se universalizada, de maneira que a acessibilidade é ampla e o custo é baixo, porque um indivíduo que tenha adquirido uma canção pela internet pode disponibilizar de graça a outros usuários da rede, quebrando todo o controle da indústria fonográfica. Por isto, a necessidade de um novo pacto social baseado na conciliação entre o direito dos autores e do acesso universal à cultura, para que não se tenha como se contempla uma lei sem eficácia.

Em síntese, a interação cultural por meio dos downloads de conteúdo da internet, principalmente musical, apesar de configurado como crime segundo o art. 184 do Código Penal, encontra-se contraproducente, uma vez que o compartilhamento via peer-to-peer, não consegue ser controlado por órgãos fiscalizadores do governo, o que provoca uma necessidade de reinventar esse modelo, talvez um novo olhar sobre o direito autoral e o direito a cultura, de modo que se universalizem esses downloads sem se infringir os direitos dos autores.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. **Tratado de direito penal**. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 out 2012.

BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 01 out 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**: Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em 08 out 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo, FTD, 247p. 1998.

IREGUI, Felipe Sánchez. **Sistemas peer to peer para el intercambio de musica en internet :DE La ilegalidad de napster a la legalidad de kazaa, grokster, gnutella y streamcast**. Disponível em: http://www.ewnesslaw.com/documents/MUSICAENINTERNET_003.pdf. Acesso em: 01 out. 2012.

KUROSE, James F. **Redes de computadores e a internet: uma abordagem top-down**, 2006.

ESPER, Tatiana Ramires. **A tutela internacional do direito autoral**. Presidente Prudente: Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2006.

LUCAS, Barreto Vanessa. **Direito autoral e conexo no Brasil**. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2011.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Manual de direito penal, vol 2. Parte Especial, Arts. 121 a 234 do CP**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1323p. 2010.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 21ª ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Marcos de. **Os primórdios da rede. Revista FAPESP: Os 20 anos da internet no Brasil**. Fevereiro de 2011, nº 180. p 17-22.

QUEIROZ, Daniel Pessoa Campello. **As trocas de arquivos musicais por meio do sistema “peer-to-peer” – conduta permitida, ilícito civil ou crime?** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/28237>. Acesso em: 02 out. 2012.

SANTAELLA, Lúcia. O impacto das novas mídias sobre a cultura. In: VILLARES, Fábio. **Novas mídias digitais (audiovisual, games e música): impactos políticos, econômicos e sociais**. Rio de Janeiro: E-papers, 2008. p. 17-49