

ARTIGOS ACEITOS PARA PUBLICAÇÃO
DIREITO DIGITAL E SETOR PÚBLICO - 2020.2

ITS RIO

Pós-Graduação em Direito Digital

CEPED



ITS

PENA E PANE: ALTERNATIVAS AO ENDURECIMENTO DA LEGISLAÇÃO PENAL SOBRE VIOLAÇÕES A DIREITOS AUTORAIS NA INDÚSTRIA DA MÚSICA EM MEIOS DIGITAIS

Leticia Pereira Carneiro dos Santos

Pena e Pane: alternativas ao endurecimento da legislação penal sobre violações a direitos autorais na indústria da música em meios digitais

1) Introdução

Analisar o impacto da tecnologia sobre violações a direitos de propriedade intelectual se mostra a cada ano mais complexo, em razão de diversos fatores, entre os quais destacam-se dois.

O primeiro é voltado à distintividade dos mercados de bens abarcados pela proteção intelectual. Embora unidos pelo fato de constituírem o que se entende como propriedade intelectual¹, tais setores mercadológicos ostentam características diferentes, seja pelos bens de consumo que abarcam, perfil do público consumidor, canais de distribuição, estratégias de negócios dos agentes envolvidos, ou mesmo pelos direitos de propriedade intelectual protegidos em cada um.

Nesse sentido, devido a tais diferenças, é possível notar que o desenvolvimento da tecnologia produz efeitos igualmente diferentes entre os segmentos mercadológicos de propriedade intelectual, ainda que, em muitos casos, se observe um aumento similar nos índices de infrações aos direitos dos seus bens e agentes com o avanço tecnológico dos meios de distribuição.

Considerando esse primeiro fator de complexidade no estudo do impacto da tecnologia e como forma de melhor delimitar o objeto aqui proposto, o presente artigo terá um enfoque sobre o mercado da música e violações aos direitos autorais dessa indústria, em um contexto virtual. Ao longo de 2017, por exemplo, foram verificadas aproximadamente 300 bilhões de visitas a websites piratas, sendo 24,6% de tais visitas a plataformas de música (o que corresponderia a aproximadamente 73,9 bilhões de visitas ao longo de um ano)².

Em relação ao segundo fator mencionado de dificuldade na avaliação proposta, tem-se a necessidade de fugir da alegação comum de que a tecnologia facilitaria a ocorrência de

¹ “Intellectual property (IP) refers to creations of the mind, such as inventions; literary and artistic works; designs; and symbols, names and images used in commerce. IP is protected in law by, for example, patents, copyright and trademarks, which enable people to earn recognition or financial benefit from what they invent or create.”. World Intellectual Property Organization. Disponível em: <https://www.wipo.int/about-ip/en/>. Acesso em: 01/11/2020.

² “Throughout 2017, MUSO tracked over 300 billion visits to piracy sites globally. Music piracy accounted for 24.6% of these visits – that’s 73.9 billion visits over the course of the year. This demand for unlicensed music online was up 14.7% year-on-year. Whilst we have seen a move towards unlicensed streaming sites (with over 41% of piracy visits now going to unlicensed streaming platforms) illegal download, torrent and ripper sites still account for 59% of music piracy traffic.”. MUSIC BUSINESS WORLDWIDE. Music Piracy: It’s Time To Acknowledge The Unlicensed Elephant In The Room. 2018. Disponível em: <https://www.musicbusinessworldwide.com/music-piracy-its-time-to-acknowledge-the-unlicensed-elephant-in-the-room/>. Acesso em: 22.11.2020.

infrações à direitos autorais e, como alegada consequência/solução, seria necessária a adoção de medidas mais rígidas no âmbito penal para conter tal fenômeno. Portanto, esse artigo também buscará desconstruir tal premissa, propondo o desenvolvimento e estudo de soluções mais eficazes, não relacionadas ao Direito Penal, para conter violações a direitos autorais no setor digital da indústria musical - ou ao menos mais adequadas às características e dinâmica das novas tecnologias e do próprio mercado da música.

A expectativa é de que ajustes na própria estrutura e sistemas de tecnologia das plataformas digitais seriam estratégias mais ágeis e eficazes não somente de prevenção a violações, como também de repressão posterior a essas infrações, não sendo necessária a movimentação do aparato estatal criminal (incluindo dos seus recursos financeiros e de força humana) ou de modificações na legislação penal nesses casos.

2) Direitos autorais em obras musicais

As transformações ocorridas nos meios de distribuição e na própria forma de apresentação das obras musicais ao longo dos últimos trinta anos são notórias a todos que acompanham o setor ou que simplesmente nasceram na década de 90 e apreciam o hábito de escutar música. De fitas cassete para CDs, de CDs para MP3 até finalmente o modelo atual voltado ao *streaming*³ e vídeo *on-demand*, os impactos da tecnologia na indústria musical foram - e continuam sendo - expressivos, não somente pelo seu caráter altamente “mutante”, como também pelo impacto financeiro de tais alterações.

A respeito da questão financeira, é importante destacar de início que o que se entende informalmente como “música” abarca dois tipos independentes de obras intelectuais denominadas composições musicais⁴ e fonogramas⁵. Tal como outras criações de espírito, essas obras são protegidas por direitos autorais a partir da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), sendo aos fonogramas atribuída a proteção especificamente dos intitulados direitos conexos, pertencentes aos artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão.

³ “O *streaming* é uma tecnologia que consiste na distribuição online de dados, por meio de pacotes. Nesse caso, não há armazenamento de conteúdo por parte do destinatário dos dados, ou seja, este é reproduzido na medida em que o usuário o recebe.”. FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira. VALENTE, Mariana Giorgetti. Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil. 1ª edição. Rio de Janeiro. Beco do Azogue. 2016. Pg. 267.

⁴ “[...] A combinação peculiar de ambas, letra e melodia, obras a princípio autônomas, resultaram nas composições musicais. A obra musical, não definida pelo legislador, é a combinação de sons (melodia), ou de sons e texto (letra) feita por um ou mais compositores, destinada à interpretação por meio do uso canoro da voz humana e/ou de instrumentos de som.”. ABRÃO, Eliane Y. Direitos de Autor e Direitos Conexos. 2ª Edição. São Paulo. Migalhas. 2014. Pg. 217.

⁵ “IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;”. BRASIL. Lei 9610. 1998.

A autonomia entre a proteção jurídica de composições e fonogramas possibilita que a titularidade dos direitos autorais inerentes a cada uma dessas obras, em muitos casos, pertença a diferentes agentes⁶, que deterão prerrogativas concomitantes e independentes de autorização à exploração de tais materiais, podendo requerer contrapartidas monetárias separadas para a sua utilização.

Tal fato implica na necessidade, em princípio, de autorização prévia e compensação financeira de uma pluralidade de detentores de direitos para viabilizar a utilização de uma única obra musical. Nesse ponto, com base na prática do mercado musical brasileiro, a exploração de obras dessa natureza em qualquer meio, seja ele físico ou digital, costuma demandar, no mínimo, o consentimento e pagamento de contraprestação a editoras de música e produtoras fonográficas, que usualmente concentram a titularidade dos direitos autorais sobre composições e fonogramas, respectivamente.

Da perspectiva do indivíduo consumidor de música, ou seja, aquele(a) que adquire o produto da indústria musical para entretenimento próprio, a obtenção de autorização e pagamento da compensação pela utilização se traduzem, nos meios físicos, a partir da compra de CDs - de forma legítima - contendo as faixas musicais.

Em meio digital, tal aquisição de direitos sobre as obras musicais para utilização própria é observado pelo usufruto de serviços de *streaming* e plataformas de vídeo *on-demand*, tal como Spotify, Deezer, Tidal, YouTube e Vevo. Várias dessas plataformas adotam modelo conhecido como “*freemium*”, no qual o simples acesso e utilização dos serviços não incorre na cobrança de taxas sobre os usuários, gerando uma percepção de gratuidade e atraindo consumidores. Nesses casos, a remuneração às plataformas pelos serviços prestados - bem como a direcionada a titulares de direitos autorais pela licença para reprodução das obras musicais nas plataformas - ocorre tanto pelo pagamento das mensalidades/anuidades pelos usuários que desejam receber maiores funcionalidades e benefícios (assinaturas “*premium*”), como pelas empresas cujos anúncios publicitários são exibidos na plataforma.

Não obstante, independentemente do formato de aquisição da música, é importante destacar que, no caso do indivíduo consumidor, a licença implícita concedida pelas editoras e produtoras fonográficas ao se comprar um CD ou utilizar um serviço de *streaming*, por exemplo, se limita à reprodução das obras para uso próprio. Essa autorização não se estende a

⁶ A título de exemplo, vê-se contexto no qual um compositor compõe a letra de uma canção que será fixada em um fonograma gravado por um artista intérprete e produzido por uma produtora fonográfica. Nessa situação, observam-se, em princípio, três detentores de direitos autorais independentes entre si, tais quais o compositor da composição, o intérprete do fonograma e a produtora fonográfica, sendo os dois últimos titulares de direitos conexos aos de autor.

quaisquer atividades comerciais e/ou utilizações abrangentes, incluindo cópia dos arquivos de música, as quais demandariam uma nova autorização pelos titulares de direitos - e, em princípio, pagamento diferenciado por tal “incremento” de direitos.

Por essa razão, a distribuição não autorizada de músicas em qualquer meio, ainda que obtidas de forma lícita em um primeiro momento, configura violação aos direitos autorais de tais obras e dos seus autores e/ou detentores de direitos, punível não somente com sanções cíveis⁷, como também penais, a serem abordadas a seguir.

3) Direito penal e violações a direitos autorais

Os crimes contra a propriedade intelectual encontram-se reunidos no Capítulo I do Título III do Código Penal (“CP”), no qual a redação atual do artigo 184 dispõe que aquele que violar direitos de autor e os que lhe são conexos está sujeito a pena de detenção de três meses a 1 ano ou multa. Tal disposição constitui norma penal em branco dada ausência de definição no próprio código para o que configuraria a infração mencionada, demandando a leitura desse artigo em conjunto com o texto disposto na Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98) para fins de qualificação do crime previsto.

Os parágrafos seguintes do artigo 184⁸ apresentam outros crimes - mais específicos - baseados na premissa da violação a direitos autorais, prevendo, no caso dos parágrafos 1º e 3º, penas mais graves de reclusão de dois a quatro anos, acrescida de multa, aos infratores. Destaca-se entre esses parágrafos o crime previsto no §3º, incluído em 2003 pela Lei 10.695, que engloba websites que ofereçam serviços de reprodução de obras musicais tais como os mencionados na seção anterior, contudo, sem a autorização do detentor dos direitos - ainda que tal plataforma obtenha lucro indireto, como no modelo *freemium*.

Nesse sentido, é possível afirmar que, em princípio, o legislador entendeu em 2003 - momento também que os parágrafos 1º e 2º tiveram sua redação alterada e pena mínima elevada

⁷ Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998.

⁸ “Artigo 184. § 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: [...] § 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.[...]”. BRASIL. Código Penal. 1940.

de 1 para 2 anos - que a conduta relatada no §3º deveria constar expressamente como ato típico, antijurídico e punível pelo Código Penal. Tal movimentação em favor do endurecimento e maior esclarecimento da legislação penal no que diz respeito a violações à propriedade intelectual, especialmente direitos autorais, é apoiada por parte da doutrina, incluindo pelo Poder Legislativo que ainda discute a reforma do Código Penal e dos seus dispositivos relativos a crimes dessa natureza através do Projeto de Lei nº 236, de 2012.

Essa linha de entendimento considera as penas atuais aplicáveis a violações contra direitos de propriedade intelectual muito brandas para causarem um efeito de intimidação social sobre os infratores ou para garantir a efetiva prisão dos seus perpetradores, e defende uma majoração proporcional à alegada gravidade das ações praticadas.

Ainda, tal linha da doutrina destaca que a natureza das ações penais contra parte dos crimes dessa natureza⁹ torna a persecução penal dependente da vontade da vítima, sendo o crime do § 3º - que abarca plataformas de distribuição de músicas sem autorização - processado através de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Segundo parte da doutrina, esse fato também representaria um impeditivo à devida repressão aos crimes contra direitos autorais, na medida em que não permitiria ao Estado processar e julgar esses delitos sem a manifestação de interesse em prosseguir por parte do(s) titular(es) dos direitos violados.

Considerando o posicionamento de parte da indústria - no sentido de permitir o compartilhamento de forma mais livre das obras criadas em determinadas hipóteses - bem como a aparente preferência das vítimas de tais crimes pelos procedimentos cíveis para obtenção mais célere de indenização pelos danos causados, a natureza privada ou condicionada à representação dos crimes contra direitos autorais supostamente impediria uma atuação estatal mais ativa no combate a tais violações no âmbito penal.

No mais, o aspecto burocrático das investigações criminais envolvendo crimes contra a propriedade intelectual, incluindo a morosidade processual nesses casos, também são apontados como fatores que prejudicariam uma melhor aplicação da lei penal¹⁰.

⁹ Tais quais os tipificados no artigo 184, caput e §3º do Código Penal.

¹⁰ “Analisando a legislação que rege as lesões aos direitos de propriedade imaterial acarretadas pela pirataria, há algo marcante: as penas previstas são surpreendentemente baixas. [...] Paralelamente, via de regra, a ação penal é privada ou pública condicionada à representação, restando a instauração da persecução penal assim submetida a um efetivo movimento do titular do direito ofendido no sentido de ver processo o sujeito ativo do crime. [...] Adicionalmente, impende frisar que o procedimento penal especial relativo aos delitos crimes contra a propriedade imaterial configura-se bastante formal. [...] A cumulação desses fatores, no cotidiano forense, é responsável por prejudicar gravemente a possibilidade de ser de fato punido o agente envolvido nesse mercado negro, quedando-se o Estado paralisada em face da perpetração dos crimes de pirataria.” FERRARI, Eduardo Reale; STREBINGER, Julie. Reflexos criminais da pirataria. Rio de Janeiro. Revista da ABPI. Nº 134. 2015. Pg. 63-65.

Diante desses fatos, parte da doutrina entende ser necessária a alteração não somente das penas aplicáveis a esses delitos, como também da natureza das ações penais nos casos mencionados, como meio de alegadamente contribuir de forma ativa na diminuição dos índices de violações aos direitos supramencionados, bem como de assegurar a efetiva penalização dos seus infratores¹¹.

Contudo, dada a devida referência ao entendimento de parte da doutrina e legislador, este artigo defende a posição de que o endurecimento das penas de crimes contra a propriedade intelectual, ou, ainda, a alteração no tipo de ação penal aplicada aos mesmos, em um contexto da indústria da música nos meios virtuais, não (i) estaria em consonância com o princípio da *ultima ratio* que deveria reger o Direito Penal, uma vez que não seria a forma mais adequada e eficiente de reprimir em larga escala - ou rapidamente - a perpetuação desses atos delitivos, tal como medidas disponíveis em outras áreas do Direito; e (ii) seria compatível com posições atuais a respeito da exploração de obras autorais, no que tange à autonomia dos autores para reivindicar ou não os direitos concedidos a eles pela Lei 9.610/98¹².

3.1) Princípio da *ultima ratio*

À luz de tendências mais punitivistas, faz-se necessário reforçar periodicamente que o Direito Penal é regido por inúmeros princípios, entre eles, o princípio da *ultima ratio* (também denominado intervenção mínima). Conforme exposto por Cezar Roberto Bitencourt, tal orientação prevê que a criminalização de determinada conduta só seria justificada caso tal medida seja necessária para prevenir lesões a bens jurídicos relevantes¹³.

Ademais, o princípio da intervenção mínima dispõe que, perante outros meios de sanção ou de controle social disponíveis e suficientes para tutelar o bem jurídico em questão, a opção

¹¹ “À guisa de conclusão, frisamos que, a despeito da riqueza do arcabouço jurídico pátrio relativo à propriedade imaterial, há lacunas que devem impreterivelmente ser sanadas. Nesse passo, defendemos a necessidade de serem estatuídas penas mais severas para o crime de pirataria, bem como a conversão da ação penal privada ou pública condicionada à representação em ação penal pública incondicionada e a diminuição de formalidades no processo penal aplicável.”. Ibid.

¹² “Em resposta a isso, surgem movimentos para a implementação de um novo modelo de desenvolvimento de software, que inova a idéia de direito autoral tradicional. Por esse outro modelo, o autor, valendo-se de suas prerrogativas, simplesmente autoriza que sua obra possa ser estudada (o código fonte é sempre disponível), distribuída e copiada. [...] Essa reação iniciada com o software demonstra, de modo claro, que o avanço tecnológico leva a uma modificação profunda na propriedade intelectual, ainda que esta modificação não tenha origem em uma mudança legal. Exemplo disso é que um novo modelo de produção surge, tendo o software livre como inspiração. Esse modelo expande o conceito além do software, chegando também a outras obras intelectuais, como música e filme, valendo-se de regimes de licenciamento público como o Creative Commons.”. LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura. Rio de Janeiro. FGV Editora. 2005.

¹³ “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes.”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. 17ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

pela criminalização não seria adequada ou sequer recomendável. Com base nesse entendimento, o Direito Penal só deveria ser recorrido como meio de repressão caso os outros ramos do Direito, tal como o civil e o administrativo, se mostrassem insuficientes para a tutela pretendida¹⁴.

Associando o princípio da *ultima ratio* ao assunto discutido - tal qual medidas de repressão a violações a direitos autorais de músicas em ambiente virtual - é possível afirmar que o bem jurídico em questão (direito autoral) é relevante, uma vez que é tutelado não somente pela lei, como pela Constituição Federal¹⁵, fato pacificado pelo entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça¹⁶. Não obstante tal relevância, que justifica em parte a existência de tipo penal específico para a infração a esse direito, é questionável o endurecimento do Direito Penal perante infrações a direitos de autores de músicas em meios virtuais como medida mais adequada de repressão.

Embora sejam observadas operações bem sucedidas deflagradas por forças policiais e o Ministério Público, envolvendo websites e aplicativos que violam direitos autorais no setor musical¹⁷, essas iniciativas não são suficientes para coibir a rapidez e o volume de infrações dessa natureza em ambiente virtual.

Nesse sentido, nota-se, por outro lado, que a oferta de serviços gratuitos de *streaming* de músicas - segundo modelo *freemium* - impactou de forma significativa os índices de pirataria na indústria musical, causando uma migração dos consumidores de meios ilegais para serviços legítimos¹⁸. Por exemplo, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) entendeu que uma

¹⁴ “Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. [...] . Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social.”. Ibid.

¹⁵ “Art. 5º XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”. BRASIL. Constituição Federal. 1988.

¹⁶ Recurso Especial nº 1.193.196/MG.

¹⁷ PF faz operação contra a pirataria de música, séries, filmes e jogos. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2019/01/15/policia-federal-faz-operacao-contras-crimes-de-violacao-de-direitos-autorais-e-associacao-criminosa.ghtml>. Acesso em 15.11.2020.

PF combate violação a direitos autorais. <http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2019/11/pf-combate-violacao-a-direitos-autorais>. Acesso em 21.11.2020.

¹⁸ “A transformation that started recently in Latin America and is developing year by year is the transition from illegal services to legitimate services, especially due to the growth of the digital music market. The improvement of such usage generates a completely new perception of the music industry in this region, as illegal free services are being transferred to paid or ad-supported services. [...] In one sense legitimate streaming has revolutionized the music market and helped to reduce piracy levels.”. FUCCI, Caroline. GOYANES, Marcelo. The Value Gap:

possibilidade para a redução dos índices de pirataria no Brasil entre 2013 e 2019 teria sido a disseminação de alternativas de consumo de produtos originais a preços mais baixos (como plataformas de *streaming* de obras audiovisuais e musicais), dado o resultado de pesquisa divulgada em janeiro de 2020, que observou que, em 2019, 45% dos entrevistados teria afirmado nunca ter comprado produtos piratas, enquanto tal percentual em 2013 seria de apenas 28%¹⁹.

Nesse caso, independentemente da motivação para o surgimento de modelos *freemium*, é possível observar que a alteração que afetou a ocorrência dos delitos estudados não foi voltada à legislação penal, mas sim, ao próprio modelo de distribuição do produto desse mercado. Um esforço de alteração da estrutura do próprio setor, despendido pelos agentes dessa indústria, sem a necessidade de movimentação do aparato estatal em âmbito criminal.

Tal fato é um indicativo de que o endurecimento do Direito Penal não seria a solução mais efetiva para violações a direitos autorais no setor musical em meios virtuais, sendo mais eficiente a alteração dos mecanismos relacionados à estrutura da rede de distribuição das obras nesse mercado²⁰. Modificações na arquitetura da rede, inclusive, permitiriam maior celeridade na repressão a infrações, bem como representaria meio preventivo mais eficaz do que o aumento das penas nos crimes contra direitos autorais, por exemplo. Essas questões apontam para a necessidade de adoção de medidas alternativas de repressão às infrações estudadas, antes de se cogitar o endurecimento das penas e ações criminais, em respeito ao princípio da *ultima ratio*.

3.2) Licenças públicas

Complementarmente ao princípio da intervenção mínima, que justificaria maior ponderação antes de se reforçar medidas penais contra violações a direitos autorais, deve-se destacar também a disseminação de posições na indústria musical (bem como de outras obras autorais) em prol de licenças públicas, tal como a licença de *Creative Commons*.

Visando em muitos casos no mercado musical estimular a disseminação da cultura e à maior aproximação dos artistas (usualmente iniciantes no setor) diretamente com o seu público

Na Examination of its Origins and the Current Situation in Latin America. International Association of Entertainment Lawyers.

¹⁹ Confederação Nacional da Indústria. Retratos da Sociedade Brasileira. Perfil do Consumidor: Consumo Pela Internet. Brasília. Nº 51. 2020. Pg. 14.

²⁰ Em relação ao Direito Penal, o que se mostra necessário nesse âmbito no que tange a crimes contra a propriedade intelectual seria uma maior clareza nos dispositivos que tipificam tais infrações, a fim de desconstituir a norma penal em branco atualmente existe no caput do artigo 184 e tornar a redação do restante do dispositivo mais expressa (o que é discutido no PL nº 236/2012), bem como direcionar a aplicação do Direito Penal a situações que apresentem maior grau de lesividade ao direito autoral (ou seja, situações nas quais a violação seja expressiva e/ou contínua), a fim de justificar a movimentação do aparato estatal e condizer com o princípio da intervenção mínima.

consumidor²¹, licenças públicas representam a expressão da vontade de autores perante a exploração das suas obras por terceiros, permitindo o uso de material autoral de diferentes formas e extensões - conforme e no limite autorizado pelo detentor de direitos autorais.

Da mesma forma, o licenciamento público assegura a publicização da intenção de um autor em reivindicar os seus direitos patrimoniais, uma vez que a Lei de Direitos Autorais brasileira não caracteriza a simples inércia do autor em coibir o uso da sua obra por terceiros como renúncia dos seus direitos autorais patrimoniais²².

No meio virtual do mercado musical, tais licenças podem ser observadas, entre outros casos, em websites com bancos de dados contendo músicas sob diversas licenças de *Creative Commons*, como, por exemplo, a SoundCloud e BeatPick, que disponibilizam tais obras para diferentes usos por quaisquer terceiros, conforme as especificações dos autores. Essas plataformas de licenciamento e *streaming* não se confundem com websites ilícitos, abarcados pelo §3º do artigo 184 do CP, pois os próprios detentores de direitos manifestaram o seu interesse em ter as suas obras compartilhadas e/ou exploradas por terceiros conforme determinadas diretrizes, que podem compreender tanto a autorização para a mera distribuição gratuita como também a utilização comercial.

Os limites para o uso das obras é ditado pelos seus autores, conforme os seus interesses, não afetando de qualquer forma a eficácia da Lei 9.610/98. Nesse ponto, é favorecida a autonomia dos detentores dos direitos autorais sobre o usufruto das suas criações, sendo-lhes facultado escolher a forma como gostariam de ter as suas obras divulgadas e distribuídas ao público, bem como lhes permite optar por um sistema, segundo Sérgio Branco²³, mais propenso à disseminação da cultura.

²¹ “Esta é exatamente a inversão que se desenvolve atualmente: uma valorização de artistas, especialmente os iniciantes, com maior proximidade entre eles e os consumidores e o conseqüente abandono gradual de um sistema intermediário que escolhe qual música chegará ao consumidor final, [...] Utilizando as licenças CC-BY-NC 3.0, Coulton começou em 2005 a disponibilizar suas músicas para audição via streaming, vendendo o download de singles e álbuns inteiros a preços acessíveis (um álbum custa em média US\$ 10) – às vezes, disponibilizando a música para download gratuito. A iniciativa deu resultado: em cinco anos, Coulton conseguiu atingir impressionantes US\$ 500 mil em vendas anuais. (Masnick, 2011)”.BRANCO, Sérgio. WALTER, Brito. O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2013. Pg. 132-133.

²² “Se um autor, por um motivo qualquer (porque entende que é inútil proteger sua obra – que carece de importância econômica, ou porque prefere vê-la difundida para auferir lucros por meio de outras modalidades de negócio), deseja que sua obra seja simplesmente copiada pelos usuários da internet, não basta apenas não coibir a reprodução. Quem copia obra na íntegra, ainda que o autor nada faça para impedir a cópia, viola direitos autorais. Por isso, tornou-se necessário que o autor consinta expressamente com a reprodução de sua obra. Surgiram, assim, as licenças públicas gerais, sendo a licença Creative Commons uma das mais notórias.”. BRANCO, Sérgio. O domínio público no direito autoral brasileiro – Uma Obra em Domínio Público. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011. Pg. 234.

²³ “Ainda que o Creative Commons seja um sistema passível de críticas, possibilita o uso de obras alheias sem o risco de violação de direitos autorais. Além disso, incentiva a criação intelectual e permite que o mundo globalizado trabalhe de maneira mais solidária. Por todo o exposto neste capítulo, verifica-se que as licenças

Diante do cenário de licenciamento público acima, as iniciativas em prol do endurecimento do Direito Penal, especialmente visando à transformação do modelo das ações de violação a direitos autorais em públicas incondicionadas, não seriam inteiramente compatíveis. Tal afirmação não representa uma defesa da abolição das normas penais sobre o assunto, mas do entendimento de que o legislador adotou corretamente o modelo de ação condicionada à representação ou privada para parte da tutela dos direitos autorais na esfera penal, permitindo aos autores que escolham - ainda que não tenham optado pelo sistema de licença pública - se desejam prosseguir com uma medida no âmbito criminal ou não, não sendo esta uma decisão que deveria caber ao Estado.

Considerando o movimento pela disseminação da cultura e maior acesso à exploração de obras autorais, por iniciativa dos próprios detentores de direitos, é possível afirmar que a adoção de medidas alternativas ao endurecimento de penas, para repressão de infrações a direitos autorais, voltadas a modificações na estrutura das redes, seriam mais adequadas. Essa afirmação se justifica pelo fato de que alterações na arquitetura de uma plataforma online, por exemplo, podem ser atualizadas e aperfeiçoadas mais rapidamente ao cenário de proteção autoral vigente à época da sua formulação do que mudanças legislativas. Portanto, em princípio, seria incompatível com o desenvolvimento de uma realidade crescente de maior liberdade de exploração autoral que a modalidade da ação penal ajuizada em casos de violação autoral fosse alterada para forma que tornasse obrigatória a movimentação do Estado por aparente infração de direitos.

4) Medidas de repressão alternativas

Considerando o exposto até o momento, é possível notar que o endurecimento do sistema penal não seria a medida de repressão/prevenção a violações de direitos autorais mais recomendável ou adequada perante não somente a realidade virtual da indústria da música, como do próprio cenário ao redor da exploração de parte das obras autorais.

Alternativamente a tal medida e complementarmente ao sistema de Direito Penal já existente, este artigo defende o posicionamento de que alterações na arquitetura da rede e/ou

públicas não são um mecanismo de escape aos princípios construídos por nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário. Sua observância é necessária para não se incorrer em ato ilícito por não ter havido autorização expressa por parte do autor. A LDA continua eficaz em meio ao Creative Commons. O que se tem, no entanto, é a garantia de se poder usar a obra alheia dentro das autorizações concedidas. Pelos exemplos dados, vê-se que as licenças públicas são instrumentos jurídicos que podem ajudar a difundir a cultura e permitir a expressão nos mais diversos campos sem, contudo, ferir os direitos autorais de terceiros.”. BRANCO, Sérgio. WALTER, Brito. O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2013. Pg. 130.

sistemas de tecnologia das plataformas seria opção mais eficaz como repressão, prevenção e controle a violações dos direitos do mercado da música online.

Em consonância com esse entendimento, destaca-se artigo publicado em 2000 por B.J. Richards²⁴, que, embora escrito há 20 anos e se dedique à uma análise voltada à tecnologia MP3, apresenta ideias e propostas que se adequam à realidade atual no que tange à violação de direitos autorais no setor musical.

A autora de tal artigo propõe que a pirataria de músicas em meios online poderia ser controlada por uma combinação de medidas legais, tecnológicas e orientadas pela natureza do negócio em questão, bem como que o uso de barreiras tecnológicas seria mais efetivo como repressão e prevenção dessas violações do que meios legais, considerando que aquelas de fato impediriam a ocorrência da infração ou, ao menos, limitariam a sua realização ao máximo a infratores mais especializados²⁵.

Ainda, o artigo discorre sobre a ideia de que uma das melhores formas de prevenção da pirataria consistiria na criação de um sistema semelhante a canais de televisão, no qual o acesso ao conteúdo musical (à época MP3) aparentasse ser gratuito, embora fosse pago através da exibição de material publicitário e taxas de inscrição aos usuários²⁶ - tal como as plataformas atuais de *streaming*.

Nesse sentido, destaca-se atualmente serviço oferecido pela plataforma YouTube aos agentes da indústria da música (e demais setores autorais), denominado Content ID. Caracterizado pela empresa como ferramenta de gestão de direitos autorais em larga escala, o Content ID permite aos titulares de direitos cadastrados submeterem arquivos de áudio ou vídeo de sua propriedade, bem como metadados descrevendo tal conteúdo, a fim de permitir a comparação dessas informações com os vídeos incluídos no YouTube, identificando possíveis violações.

²⁴ RICHARDS, B.J. The Times They are A-Changin': A Legal Perspective on How the Internet is Changing the Way We Buy, Sell, and Steal Music. 7 J. Intell. Prop. L. 421. 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol7/iss2/5>. Acesso em: 21.11.2020.

²⁵ *Some fear the story of Internet music will be a shady one, simply becoming a pirate's paradise as pirates, bootleggers, and counterfeiters can hardly imagine a better medium to exploit. However, it seems more likely that piracy can be controlled by a combination of legal, technological, and business-oriented solutions [...] In addition to pursuing legislation, the music industry is fighting piracy with increasingly sophisticated copyright protection technology. In the long run, technological barriers to copyright infringement may prove much more valuable than statutory copyright protection. While statutory protection is generally only effective in punishing pirates after the fact, technological barriers can be erected to prevent piracy in the first place-or at least put it back in the realm of the technologically sophisticated hacker. Probably, the most effective strategy will be a marriage of technology and law in which statutes are used to require the use of the technological copyright barriers.* ". Ibid.

²⁶ *"Jim Griffin believes the best way to prevent piracy is to set up a system which takes the existing MP3 technology and finds a way to charge for downloads while making music "feel free." Griffin envisions a subscription model which would work a lot like network and cable television, where you turn on your TV at home and the shows "feel free" even though they are paid for by advertising or cable subscription fees.* ". Ibid.

A partir da identificação do material que reproduz a obra de terceiro cadastrado no Content ID, o sistema automaticamente aplica a opção escolhida pelo próprio titular para endereçar a situação, que pode se configurar: (i) na monetização do conteúdo do usuário que reproduz o material protegido por direitos autorais, direcionada ao detentor de direitos; (ii) em não adotar qualquer medida e apenas monitorar as estatísticas de visualizações do vídeo; ou (iii) no bloqueio do conteúdo do YouTube. Conforme dados de 2017, agentes da indústria da música teriam escolhido monetizar o conteúdo “infringente” em 95% dos casos, e o YouTube teria pago aproximadamente 3 bilhões de dólares a titulares de direitos no geral que escolheram essa opção no Content ID²⁷.

Com base em tais informações, é possível afirmar que o sistema oferecido pelo YouTube - embora permita questionamentos válidos envolvendo liberdade de expressão e poder de repressão por um ente privado - apresenta características adequadas ao cenário de exploração de obras autorais - no qual parte dos autores e titulares opta por uma gestão diferente dos seus direitos. Tais características são mais permissivas do compartilhamento e reprodução por terceiros, caso de interesse do titular, sem impedir o recebimento da remuneração devida por esse uso. Ainda, tal serviço permite aos agentes optarem pela remoção dos vídeos infringentes, sendo, portanto, uma alternativa de repressão rápida, adequada à realidade atual e eficaz à via penal, se utilizando de estrutura tecnológica implantada na plataforma do YouTube para performar.

Tal escolha por sistemas de identificação de conteúdo potencialmente violador online e associação aos titulares de direitos para que estes decidam diretamente o resultado, de forma ágil, não burocrática e facilmente adaptável aos seus interesses, poderia e deveria ser implementado em demais plataformas que se utilizam de modelo de negócio baseado no conteúdo submetido pelos usuários, como Facebook e Instagram. Essas redes sociais, inclusive, já testam ferramenta própria para analisar o *feed* dos seus usuários e identificar músicas reproduzidas, buscando aprimorar o pagamento de valores a título de execução pública ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)²⁸. Dessa forma, a implementação de sistema semelhante ao Content ID nessas plataformas representaria um investimento natural e adequado à proteção dos direitos autorais dos autores e titulares das obras utilizadas.

²⁷GOOGLE. How Google Fights Piracy. Disponível em: https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf?hl=pt-BR. Acesso em: 12.12.2020.

²⁸ União Brasileira de Compositores (UBC). Eu ganho algo se minha música toca no Instagram?. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/16022>. Acesso em: 12.12.2020.

Ademais, deve-se ressaltar iniciativa no setor audiovisual da empresa Amazon com a obtenção de patente de tecnologia que insere informações relativas aos seus usuários diretamente no conteúdo audiovisual acessado por eles²⁹. A patente busca facilitar a identificação da fonte de materiais piratas na Internet, incluindo filmes, séries e eventos ao vivo.

Embora direcionada neste primeiro momento ao conteúdo audiovisual, seria interessante acompanhar eventual evolução da patente criada pela Amazon para a indústria musical, considerando que a empresa também disponibiliza serviço de *streaming* de música. A nova tecnologia desenvolvida pela Amazon possui grande potencial para auxiliar no rastreamento do conteúdo infringente de direitos autorais, incluindo de músicas, independentemente da política a ser adotada pela companhia em relação à possível repressão à prática, estudo das atividades de pirataria e/ou monetização sobre os atos.

Em linha com o contexto acima, é importante observar que iniciativas de prevenção e repressão à pirataria ligadas a medidas voltadas à estrutura e sistema das redes são frequentemente adotadas no setor audiovisual, que se utiliza de meios tecnológicos para limitar ou impedir cópias ou reproduções não autorizadas do conteúdo veiculado nas plataformas.

Essas ações buscando o uso da tecnologia para evitar violações a direitos autorais também deveria receber maior enfoque na indústria da música, tal como realizado no passado com as alterações na estrutura de CDs, como tentativa de dificultar a reprodução indevida dos fonogramas nele contidos. As alterações no modelo de negócios desse setor tiveram grande impacto nos índices de pirataria, mas não são suficientes para impedir ou reprimir por si só o avanço das infrações aos direitos dos titulares de obras musicais e fonográficas, principalmente considerando a modernização dos meios adotados pelos “piratas digitais”, que atualizam as suas práticas juntamente à indústria.

5) Conclusão

Este artigo teve como objetivo demonstrar que o endurecimento da legislação penal a respeito de violações a direitos autorais, em um cenário da indústria da música em meios virtuais, não seria adequado sob a perspectiva do próprio Direito Penal (princípio da *ultima ratio*) ou considerando a realidade contemporânea na qual titulares de direitos possuem interesse em gerir os direitos sobre as suas obras de forma distinta do modelo tradicional existente. Nesse sentido, esse texto defendeu a adoção e investimento em medidas relacionadas

²⁹ Torrent Freak. Amazon Patents Technology to Track Down Streaming Pirates. Disponível em: <https://torrentfreak.com/amazon-patents-technology-to-track-down-streaming-pirates-201121/>. Acesso em: 12.12.2020.

à estrutura da rede e sistemas das plataformas de distribuição e exploração de música online, como forma mais eficaz e adequada de endereçar infrações aos direitos discutidos.

Embora o combate à pirataria em qualquer mídia seja um objetivo muitas vezes frustrado, dada a velocidade do desenvolvimento tecnológico que não somente auxilia o titular dos direitos a proteger as suas obras, como ao infrator a encontrar meios de atingi-las, o estudo das medidas mais adequadas e eficazes a minimizar violações – ou, inclusive, identificar formas de monetizá-las pelos detentores dos direitos – não deve ser descartado.

Considerando a importância do trabalho autoral para a sociedade, tanto culturalmente como socialmente, é importante que se disponibilizem e viabilizem meios aos autores de proteger as suas criações do que entenderem – com base na lei e pelo seu âmago – como infrações aos seus direitos. De todo modo, o endurecimento da via penal não se mostra como a escolha mais adequada para tanto, do ponto de vista do Direito e dos interesses da coletividade dos detentores de direitos autorais.

6) Referências bibliográficas

ABRÃO, Eliane Y. Direitos de Autor e Direitos Conexos. 2ª Edição. São Paulo. Migalhas. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1. 17ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

RICHARDS, B.J. The Times They are A-Changin': A Legal Perspective on How the Internet is Changing the Way We Buy, Sell, and Steal Music. 7 J. Intell. Prop. L. 421. 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol7/iss2/5>. Acesso em: 21.11.2020.

BRANCO, Sérgio. O domínio público no direito autoral brasileiro – Uma Obra em Domínio Público. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2011.

BRANCO, Sérgio. WALTER, Brito. O que é Creative Commons? Novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2013.

Confederação Nacional da Indústria. Retratos da Sociedade Brasileira. Perfil do Consumidor: Consumo Pela Internet. Brasília. Nº 51. 2020.

FUCCI, Caroline. GOYANES, Marcelo. The Value Gap: Na Examination of its Origins and the Current Situation in Latin America. International Association of Entertainment Lawyers.

BRASIL. Código Penal. 1940.

BRASIL. Constituição Federal. 1988.

BRASIL. Lei 9610. 1998.

FERRARI, Eduardo Reale. STREBINGER, Julie. Reflexos criminais da pirataria. Rio de Janeiro. Revista da ABPI. Nº 134. 2015.

FRANCISCO, Pedro Augusto Pereira. VALENTE, Mariana Giorgetti. Da rádio ao streaming: ECAD, direito autoral e música no Brasil. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Beco do Azogue. 2016.

LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura. Rio de Janeiro. FGV Editora. 2005.

GOOGLE. How Google Fights Piracy. Disponível: https://www.blog.google/documents/27/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf?hl=pt-BR. Acesso em: 12.12.2020.

MUSIC BUSINESS WORLDWIDE. Music Piracy: It's Time To Acknowledge The Unlicensed Elephant In The Room. 2018. Disponível em: <https://www.musicbusinessworldwide.com/music-piracy-its-time-to-acknowledge-the-unlicensed-elephant-in-the-room/>. Acesso em: 22.11.2020.

PF combate violação a direitos autorais. <http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2019/11/pf-combate-violacao-a-direitos-autorais>. Acesso em 21.11.2020.

PF faz operação contra a pirataria de música, séries, filmes e jogos. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2019/01/15/policia-federal-faz-operacao-contr-crimes-de-violacao-de-direitos-autorais-e-associacao-criminosa.ghtml>. Acesso em 15.11.2020.

RICHARDS, B.J. The Times They are A-Changin': A Legal Perspective on How the Internet is Changing the Way We Buy, Sell, and Steal Music. 7 J. Intell. Prop. L. 421. 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/jipl/vol7/iss2/5>. Acesso em: 21.11.2020.

Torrent Freak. Amazon Patents Technology to Track Down Streaming Pirates. Disponível em: <https://torrentfreak.com/amazon-patents-technology-to-track-down-streaming-pirates-201121/>. Acesso em: 12.12.2020.

União Brasileira de Compositores (UBC). Eu ganho algo se minha música toca no Instagram?. Disponível em: <http://www.ubc.org.br/publicacoes/noticias/16022>. Acesso em: 12.12.2020.

World Intellectual Property Organization. Disponível em: <https://www.wipo.int/about-ip/en/>. Acesso em: 01/11/2020.