

## Qualificadora X Majorante

A qualificadora não se confunde com majorante.

A qualificadora ocorre quando o próprio tipo penal estabelece uma nova escala penal, quando há um preceito secundário diverso. Em termos simples, a qualificadora ocorre quando o texto da lei traz novos elementos ao tipo penal, e esses novos elementos aumentem a pena máxima e mínima.

A majorante, por outro lado, ocorre quando o dispositivo prevê uma fração de aumento da pena.

A diferença prática entre elas é que a qualificadora traz uma nova escala penal, e quando da condenação do agente, o juiz irá aplicar essa nova escala desde a primeira fase da dosimetria da pena. Já a majorante só é considerada na terceira fase da dosimetria da pena.

Vamos agora analisar as qualificadoras que o artigo 184 do CP prevê para o crime de Violação dos Direitos de Autores.

## Reprodução com o Intuito de Lucro

A primeira qualificadora encontra-se no parágrafo primeiro do artigo 184. Observe:

§ 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.

O verbo núcleo do tipo permanece o mesmo: "Violar".

Nessa qualificadora, o legislador entendeu que a violação por reprodução deve ser punida mais severamente, porque proporciona maior lesão ao bem jurídico.

Cabe destacar que "reproduzir" significa "copiar em vários exemplares".

O tipo penal também estabelece que a reprodução, nesse caso, deve ser feita visando a obtenção do lucro direto ou indireto. Esse é o especial fim de agir, ou seja, a intenção que deve ser perquirida pelo agente para o enquadramento no tipo penal.

No caso do lucro direto, a pessoa já auferiu imediatamente a atividade econômica. No lucro indireto, contrariamente, a vantagem econômica vem de forma oblíqua. Por exemplo, no caso de um comerciante que reproduza uma determinada música em seu estabelecimento, sem recolher o valor correspondente pelos direitos autorais ao Ecad (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), ele poderá ser condenado com base na qualificadora que estamos estudando se for comprovado que a sonorização do ambiente favoreceu suas vendas. Note que se trata de vantagem econômica oblíqua, indireta, porque não foi a venda da música que lhe rendeu dinheiro, mas sim favoreceu a venda de seus produtos.

Ademais, destaca-se que só há crime se a reprodução não tiver autorização expressa. Caso haja autorização para a utilização dos direitos autorais, a conduta é atípica.

## Distribuição com Intuito de Lucro

A segunda qualificadora encontra-se no parágrafo segundo do artigo 184 do CP. Vamos ao texto:

§ 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.

Trata-se de um tipo misto alternativo, porque o dispositivo traz vários verbos que podem subsistir para o cometimento do delito, ou seja, o núcleo do tipo apresenta 8 (oito) verbos (distribui, vende, expõe à venda etc.). Nesse caso, a prática, pelo agente, de um dos verbos já representa o enquadramento na figura delitiva. Se houver a prática de mais de um verbo por uma mesma pessoa, não há concurso de crimes, mas sim a pessoa responde por apenas um crime do art. 184, §2º, do CF.

Ademais, há uma discussão doutrinária sobre a forma qualificada do parágrafo segundo acerca da venda, nas ruas, de cópias de obras fonográficas, como DVDs, CDs etc. Nesse caso, a doutrina considerou que venda nesses comércios populares não deveria ser considerada crime, com base nos princípios da adequação social e da insignificância. Ambos os princípios são decorrência do princípio do Direito Penal da intervenção mínima, que estabelece que o Direito Penal só deverá ser aplicado quando as outras esferas do Direito se mostrarem insuficientes na sanção de uma determinada conduta. Nesse contexto, o princípio da adequação social diz que o Direito Penal não deve ser aplicado em relação a condutas socialmente aceitas, mesmo quando criminalizadas pela norma penal. O princípio da insignificância, por sua vez, estabelece que o Direito Penal não deve ser aplicado quando a lesão ou o perigo for irrelevante ou tolerável em relação a um determinado bem jurídico.

Diante desses princípios, o Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento na Súmula nº 502:

“Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.”

Observa-se, portanto, que o STJ rejeitou as teses defensivas doutrinárias, tendo em vista que a venda de CDs e DVDs piratas representa um prejuízo aos autores das obras, à indústria fonográfica e ao próprio Estado, decorrente do não recolhimento dos tributos devidos.

## Oferecimento ao Público com Intuito de Lucro

A terceira qualificadora está no parágrafo terceiro do artigo 184 do CP. Veja:

§ 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 verbo núcleo do tipo permanece o mesmo: "violar".

Nesse caso, percebe-se que a intenção do legislador foi incluir qualquer modalidade que possa surgir em decorrência do avanço da tecnologia. Por exemplo: downloads de música não autorizados, venda de livros pela internet de forma não autorizada, entre outros.

## Não Aplicação das Qualificadoras

O parágrafo quarto do artigo 184 traz uma situação em que as qualificadoras não serão aplicadas:

§ 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.

A doutrina considera que esse dispositivo é inócuo, ou seja, é desnecessário, porque os casos descritos nesse trecho do dispositivo não representam uma violação, não se enquadrando, portanto, no verbo núcleo do tipo penal. Porém, o legislador achou por bem reforçar esses casos de inaplicabilidade das qualificadoras.

## Exclusão da Tipicidade

A Lei n. 9.610/1998 aborda um rol exemplificativo de condutas que não representam violação aos direitos autorais. De forma geral, esse rol envolve condutas relativa à limitação ao direito de autor. Veja:

**Art. 46.** Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a

reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

**Art. 47.** São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

**Art. 48.** As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

## Ação Penal

No que se refere a ação penal que vai ser utilizada para levar a conduta à apreciação do Judiciário. Sobre isso, elucida o artigo 186 do CP:

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.