

O embate entre teoria e *praxis* no campo do direito autoral

Ciro de Lopes e Barbuda

Advogado da Caixa na Bahia

Mestrando em Direito Privado pela UFBA

RESUMO

Partindo das dicotomias jurídicas entre dogmática e zetética e entre teoria e *praxis*, são apresentados, neste artigo, segundo uma perspectiva zetética, os atuais problemas da dogmática jurídica brasileira no âmbito do direito autoral, que têm conduzido a uma crise de distanciamento da validade autoralista de sua faticidade.

Palavras-Chave: Direito autoral. Ineficácia da tutela jurídica. Anacronismo legal. Propriedade intelectual.

RÉSUMÉ

En partant des dicotomies juridiques entre dogmatique et zététique et entre théorie et *praxis*, sont présentés, dans cet article, selon une perspective zététique, les actuels problèmes de la dogmatique juridique brésilienne dans le cadre du droit d'auteur, problèmes qu'ils ont conduit à une crise d'éloignement de la validité autoraliste de leur faticité.

Mots-clés: Droit d'auteur. Inefficacité de la protection juridique. Anachronisme légal. Propriété intellectuelle.

Introdução

O presente artigo tem por meta evidenciar o descompasso existente entre a teoria e a prática do direito autoral no Brasil, cuja guinada no sentido da recuperação de sua eficácia pressupõe uma reformulação do próprio papel do direito autoral.

Antes de adentrar o objeto propriamente dito desta investigação, porém, considerou-se necessário examinar dois temas considerados preliminares ao desenvolvimento deste trabalho.

O primeiro deles alude à diferença, existente no plano da teoria do direito, entre dogmática e zetética jurídicas, discriminação conceitual que serviu de premissa para a análise do problema da falta de efetividade do direito autoral.

O segundo tema concerne ao embate, situado nos campos da filosofia geral e do direito, da hermenêutica e da sociologia jurídicas, entre a teoria e a *praxis*, tensão esta residente no discurso jurídico, a qual se tem acentuado sobremaneira no campo jurídico sob comento, com o advento das novas tecnologias.

Superadas essas questões introdutórias, serão passados em revista os problemas que afligem o ordenamento jurídico-autoralista, instituído pela Lei n.º 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais - LDA). Tais inconsistências dogmáticas serão avaliadas consoante uma visão eminentemente zetética, dada a interdisciplinaridade da natureza dos *Leitmotiven* do vigente quadro de total inobservância dos preceitos relativos à proteção dos direitos dos autores e conexos sobre as obras intelectuais.

À guisa de conclusão, serão apresentadas sugestões para, em face das dificuldades elencadas no decorrer do artigo, superar a crise do direito autoral em voga, restabelecendo sua legitimidade, validade e eficácia mediante uma releitura constitucional de sua própria *ratio legis*.

1 Considerações propedêuticas para a compreensão do problema sob estudo

A título de introdução do tema que se intenta expor, são úteis as dicotomias abaixo delineadas, celebrenmente discutidas no campo das ciências e, em particular, do direito, as quais prepararão e orientarão o desenvolvimento da presente investigação.

1.1 Dogmática jurídica versus zetética jurídica

No Brasil, é Ferraz Junior quem retoma a dicotomia, proposta por Theodor Viehweg, seu mestre na Universidade de Mainz (Alemanha), entre dogmática e zetética jurídicas, com base na tônica com a qual cada uma delas orienta sua análise jurídica.

Temos, portanto, duas possibilidades de proceder à investigação de um problema: ou acentuando o aspecto *pergunta*, ou acentuando o aspecto *resposta*. Se o aspecto *pergunta* é acentuado, os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Isto é, aqueles elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno, conservam seu caráter hipotético e problemático, não perdem sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica. Esses elementos servem, pois, de um lado, para delimitar o horizonte dos problemas a serem tematizados, mas, ao mesmo tempo, ampliam esse horizonte, ao trazerem esta

problematicidade para dentro deles mesmos. No segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida, predominando o lado *resposta*. Isto é, postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, assumidos como insubstituíveis, como postos de modo absoluto. Eles dominam, assim, as demais respostas, de tal modo que estas, mesmo quando postas em dúvida em relação aos problemas, não põem em perigo as premissas de que partem; ao contrário, devem ser ajeitadas a elas de maneira aceitável.

No primeiro caso, usando uma terminologia de Viehweg, temos um enfoque *zetético*, no segundo, um enfoque *dogmático*. *Zetética* vem de *zetein*, que significa perquirir, *dogmática* vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), sua diferença é importante. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um *ser* (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um *dever-ser* (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa (sic) saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação.¹

Dessa maneira, enquanto a Dogmática ostenta uma postura mais técnica, útil, fechada e diretiva do direito, visando à decidibilidade através do estudo de critérios que obtenham uma resposta adequada aos conflitos jurídicos, a Zetética preconiza uma postura mais filosófica, crítica, aberta e informativa do direito, onde se especula acerca da gênese dos conflitos, sem se tratar de decidilos. Ou, em outras palavras, conforme aduzido pelo referenciado autor, o enfoque zetético da ciência jurídica lança *perguntas*, ao passo que o enfoque dogmático centra-se nas *respostas*.

Acerca do tema em espeque, Guerra esclarece que:

Um advogado, um juiz ou um promotor não podem especular de maneira ilimitada acerca da solução mais justa ou adequada para pacificar uma controvérsia posta ao conhecimento do Judiciário. Deverão opinar e decidir com base em uma norma válida do ordenamento,

¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**: técnica, decisão, dominação. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.40-1.

que será o ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito. A inegabilidade desses pontos de partida é, portanto, a principal característica do pensamento dogmático.

Por seu turno, o enfoque zetético suscita a dúvida, sugere *perguntas* que melhor refletem a questão analisada. Assim, na esfera do saber jurídico cumpre uma função especulativa muito importante, visando saber o que é uma coisa configurando um *ser* (o que é algo?) ao contrário da perspectiva dogmática dirige-se (sic) a “possibilitar uma decisão e orientar uma ação”.²

Trazendo para o plano concreto a classificação abstratamente formulada por Viehweg, pode-se considerar, por exemplo, o estudo do art. 41 da LDA³ de duas formas. Segundo um enfoque dogmático, cuidar-se-á de avaliar a aplicabilidade do prazo de setenta anos para a proteção dos direitos patrimoniais do autor, contado a partir de 1º de janeiro do ano do ano subsequente à sua morte. Nesse caso, essa regra jurídica será subsumida a situações concretas, para regulação de eventuais conflitos jurídicos. É dizer, o objeto de conhecimento em questão será apreendido como um dogma – um ensinamento apriorístico sobre cuja validade não se permite duvidar – e, em face do princípio da legalidade, invocado para dirigir a conduta humana em sociedade.

Já segundo um enfoque zetético, as premissas do precitado art. 41 da LDA seriam colocadas em jogo. Assim, poderiam ser aduzidas razões de natureza econômica, sociológica, política, cultural, antropológica, filosófica, psicológica, entre outras, para que o referido texto legal fosse considerado adequado ou inadequado a uma dada situação. A título de exemplo, uma análise zetética do art. 41 da LDA poderia objetar o prazo da tutela jurídica dos direitos autorais patrimoniais como excessivamente longo para atender ao interesse sociocultural de que a obra recaia em domínio público, e concluir que a referida norma privilegia o interesse pessoal em detrimento do comum.

Consoante preceitua Sampaio,⁴ classifica-se a zetética jurídica em quatro espécies, segundo dois critérios. Segundo o critério dos

² GUERRA, Gustavo Rabay. A teoria jurídica fundamental: algumas especulações acerca do conceito de Direito (em linhas propedêuticas). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 341, 13 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5329>>. Acesso em: 02 jul. 2009. p.14.

³ *In litteris*: “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.” (grifo do autor) (BRASIL, 1998. p.9)

⁴ FERRAZ JUNIOR, 2001. p.44-5.

limites da investigação, divide-a em *zetética empírica*, quando se realiza no plano concreto – da experiência; e *zetética analítica*, quando se desenvolve no plano abstrato – da lógica, da teoria do conhecimento ou da metafísica. Segundo o critério da aplicação técnica dos resultados da investigação, discrimina-a em *zetética pura*, quando tem sentido puramente especulativo; e *zetética aplicada*, quando seus resultados podem ser tecnicamente empregados na realidade. E o supramencionado professor da USP (Universidade de São Paulo) finaliza esse arranjo com as subclassificações abaixo colacionadas:

- a)
- b) *zetética analítica pura*: desse ponto de vista, o teórico ocupa-se com os pressupostos últimos e condicionantes bem como com a crítica dos fundamentos formais e materiais do fenômeno jurídico e de seu conhecimento;
- c) *zetética analítica aplicada*: desse ponto de vista, o teórico ocupa-se com a *instrumentalidade* dos pressupostos últimos e condicionantes do fenômeno jurídico e seu conhecimento, quer nos aspectos formais, quer nos materiais;
- d) *zetética empírica pura*: desse ponto de vista, o teórico ocupa-se do direito enquanto regularidades de comportamento efetivo, enquanto atitudes e expectativas generalizadas que permitam explicar os diferentes fenômenos sociais;
- e) *zetética empírica aplicada*: desse ponto de vista, o teórico ocupa-se do direito como um instrumento que atua socialmente dentro de certas condições sociais.⁵

Por seu turno, ainda o mesmo autor supra-referenciado identifica três modelos teóricos sob os quais se erige a Dogmática Jurídica: a) o *modelo analítico*, que visa à decidibilidade através da sistematização das decisões possíveis, oriundas da relação subsuntiva entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão (Ciência do Direito como Teoria da Norma); b) o *modelo hermenêutico*, que enxerga a decidibilidade à luz da relevância significativa entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão (Ciência do Direito como Teoria da Interpretação); c) e, finalmente, o *modelo empírico*, que vincula a decidibilidade à obtenção de condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético (Ciência do Direito como Teoria da Argumentação Jurídica).

Diante de tudo quanto exposto até aqui, é importante observar, nada obstante, que o enfoque dogmático e o enfoque zetético do direito não são completamente extremes e autônomos. Para a

⁵ FERRAZ JÚNIOR, 2001. p.46.

decisão equitativa de conflitos jurídicos, amiúde se conjugam ambos os enfoques, ainda que um dos aspectos, naturalmente, prepondere:

As questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, elas têm uma função diretiva explícita, pois a situação nelas captada é configurada como um dever ser. Questões desse tipo visam a possibilitar uma decisão e a orientar a ação. De modo geral, as questões propriamente jurídicas da Dogmática Jurídica são do primeiro tipo, sendo sempre restritivas, finitas e, nesse sentido, positivistas – de positividade e não de positivismo. No entanto, as questões da Dogmática não se reduzem a estas, na medida em que as opiniões postas fora de dúvida – os dogmas – podem também ser submetidos a um processo (zetético) de questionamento através do qual se exige uma fundamentação e uma justificação deles, procurando-se através do estabelecimento de novas conexões facilitar e orientar a ação. O jurista revela-se, assim, não só como especialista em questões dogmáticas, mas também em questões zetéticas.

Na verdade, os dois tipos de questão, na Dogmática Jurídica, embora separados pela *análise*, estão em correlação funcional. Apesar disso, é preciso reconhecer que os juristas, há mais de um século, tendem a atribuir maior importância às questões dogmáticas que às zetéticas. Estas últimas são mais livres, mais abertas e, por isso mesmo, muitas vezes dispensáveis, pois a pesquisa pode trocar com facilidade seus conceitos hipotéticos, enquanto a dogmática, presa a conceitos fixados, obriga-se muito mais ao trabalho de interpretação. Mesmo assim, não é difícil mostrar com certa facilidade que as questões dogmáticas não se estruturam em razão de uma opinião qualquer, mas de um dogma que deve ser de algum modo legitimado. (grifos nossos)⁶

1.2 Teoria *versus* praxis

A relação entre teoria e *praxis* é antiquíssima no campo do conhecimento científico, sobremaneira no da filosofia, remontando as suas origens ao mito da Caverna, de Platão.

A legitimidade do poder tecnocrático da República concebida por Platão residia na verdade, e não na maioria. O filósofo grego faz apologia, destarte, de uma coerção da razão, onde o poder emanaria das idéias da autoridade, e não de sua pessoa. Ao propor o governo utópico da razão na pessoa do Rei-filósofo, cuja sabedoria é acessível apenas a uma minoria, surge, porém, a perplexidade de o que fazer com a vontade da maioria. Daí se funda

⁶ FERRAZ JUNIOR, 1998, p.93-4.

o embate entre teoria e *praxis*, ilustrado pelo mito platônico, segundo Ferraz Junior:

O conhecimento especializado infunde confiança. Platão está, com isso, buscando aquela relação intersubjetiva, na qual, (sic) o elemento coercivo deve repousar na própria relação e ser anterior à efetiva emissão de ordens. Isto é importante para entender o que ele espera da razão, ou seja, o poder coercivo não deve repousar na pessoa de que comanda, nem na desigualdade entre as pessoas, mas, isto sim, nas idéias percebidas pelo governante, o que daria aos comandos a objetividade e a legitimidade requeridas. Esta tese dá ao conhecido mito da caverna um enfoque importante, o qual pode ser visto sob duas dimensões. Primeiro, uma dimensão epistemologia que é, sem dúvida, a principal, e que está na contemplação das essências. O mito da caverna procura esclarecer esta contemplação e, portanto, explicar o processo de conhecimento. Segundo uma dimensão prática, que decorre da anterior, pois mostra que o filósofo deve aprender, ao contemplar, a arte dos padrões e das medidas, o que leva à tese platônica do juízo como uma forma de subsunção.

Ora, a leitura do mito da caverna elucida assim, o dilema que Platão irá enfrentar. Sabemos que, conforme a descrição do filósofo, os homens se encontram acorrentados na caverna, de tal modo que são capazes apenas de ver o fundo: a parede onde se projetam as sombras. Aquele que consegue romper com estas cadeias se encaminha para a abertura da caverna, sendo, então, capaz de ver as verdadeiras formas e, numa última etapa, de *ver* a própria luz que tudo ilumina. Sucede, porém, que o filósofo, este ente privilegiado, ao voltar à caverna, não vê mais aquilo que os outros ainda veem. E estes, por sua vez, não veem nem as formas nem a luz que as ilumina. Que significa este contraste? Que significa esta dramática situação, na qual aquele que viu a verdade não é capaz de transmiti-la? ⁷

Logo em seguida, o próprio Ferraz Junior responde às perguntas por si levantadas:

Coloca-se aqui, a nosso ver, o problema da relação entre a teoria e a *praxis*. O problema da *praxis* política é uma questão de agir. Por sua vez, Platão nos fala do filósofo como alguém que sai da caverna para *contemplar*. Platão percebe, então, a dificuldade de traduzir a verdade que é vista, que é *contemplada*, em *norma*, que é *medida padrão da ação*.⁸

⁷ FERRAZ JUNIOR, 1998, p.19-20.

⁸ FERRAZ JUNIOR, 2001, p.20-1.

Em consonância com a tese platônica, por conseguinte, é a filosofia – e, numa interpretação extensiva, a própria ciência – que pode libertar o indivíduo dos grilhões que o mantêm cativo dentro da “caverna”. Ao sair dela, e “iluminar-se” com a realidade, o filósofo entra em choque com a pseudo-realidade onde estava imerso, com as “sombras” em que creem os que ainda se encontram presos na caverna. E é, justamente, nessa conversão do “visto” para o “praticado” – que pressupõe uma postura personalíssima de autolibertação das “correntes”, em busca da “luz” – que reside a arqueológica tensão entre teoria e prática.

Besnier, por sua vez, retoma, segundo um prisma etimológico, a diferenciação que Aristóteles constrói entre *poiêsis* e *praxis*:

“*Poiêsis*”, pelo seu parentesco etimológico com $\theta\acute{\iota}\epsilon\acute{\alpha}\acute{\alpha}\iota$ tem, aproximadamente, o mesmo leque de opções de emprego que este verbo, eu se estende a toda relação onde um agente é requisitado para desencadear um processo cujo desfecho é natural ou não-natural. Assim, o aquecimento da água pela proximidade do fogo, ou a assimilação de um alimento na digestão, ou a reprodução animal são exemplos de *poiêsis*. No que concerne ao termo *praxis*, se ele não está alinhado ao longo da gama de empregos do qual é suscetível $\theta\acute{\iota}\epsilon\acute{\alpha}\acute{\alpha}\iota$ e se é preciso admitir que a gama de $\delta\acute{\nu}\tau\omicron\upsilon\omicron\delta\acute{\alpha}\epsilon\acute{\iota}$ é menos extensa, tem-se ainda assim de dizer que ele é empregado sem nenhuma restrição para falar do comportamento dos animais e das tarefas que eles têm que desempenhar para que consigam se alimentar, se locomover, se defender e criar a sua prole.⁹

E, desenvolvendo a supramencionada caracterização, o precitado autor pontua que:

Orientadas uma e outra em vista do tipo de realizações que se podem produzir ou não, que podem acontecer de tal ou tal maneira, tendo por origem o agente e, neste, uma disposição da *dianoia* e uma disposição adquirida que qualifica uma outra parte da alma (que, no caso da *praxis*, é o desejo) *praxis* e *poiêsis* diferem entre si pela situação de seu ergon em relação ao agente e (mas isso é muito mais obscuro) pelo seu tipo de finalidade e a maneira mediante a qual se pode apreciar seu sucesso. [...] enquanto a produção tem um fim outro que ela mesma, o fim da ação é a própria *eupraxia* – que se compreendeu como uma diferença entre uma atividade transitiva e uma atividade imanente [...]: o resultado da produção seria um objeto “exterior” si-

⁹ BESNIER, Bernard. A distinção entre *práxis* e *poiêsis* em Aristóteles. **Analytica**, v. 1, n. 3, 1996. Disponível em: <[HTTP://www.analytica.inf.br/analytica/diagramos/4.pdf](http://www.analytica.inf.br/analytica/diagramos/4.pdf)>. Acesso em: 06 jul. 2009. p.129-30.

multaneamente ao agente que o produz e ao movimento (a *poiêsis* propriamente dita) pelo qual ele foi produzido, enquanto, para a ação, é o movimento mesmo, a conduta do agente, que é não apenas o fim, mas também a obra, o resultado.¹⁰

Ante o exposto, percebe-se que, do ponto de vista da procedência, o *ergon* da *poiêsis* é exterior ao movimento que o realiza, ao contrário do da *praxis*, que é interior a ele. Já no que se refere, porém, ao resultado de ambas,

A primeira [*poiêsis*] visa a (sic) fabricação de um objecto; é uma acção produtora, eminentemente reificadora, que termina quando a realização se logrou. A casa está construída, acabou a acção. A casa é, pois, o limite (peras) da acção poiética. Aristóteles chama o movimento imperfeito do imperfeito.

A *praxis*, pelo contrário, movimento perfeito do perfeito [...], não aponta directamente a um produto, nem vem imposta coactivamente desde fora; é uma acção que radica na capacidade energética do sujeito – *exis* – que não acaba quando a obra – o produto – está terminada, construído. Trata-se de uma acção imanente e transitiva que habilita o sujeito prático; é, portanto, uma acção que reverte em favor do sujeito, cujo efeito não é a produção ou a transformação de algo, mas a realização deste em termos de aperfeiçoamento ou optimização sem limites. A *praxis* é o exercício efectivo das faculdades do homem, no preciso acto de se exercitarem, pelo que a *praxis* faz crescer (não engordar); reverte em favor do sujeito como hábito.¹¹

O Renascimento resgatou e o Iluminismo consagrou o paradigma racional clássico, que a modernidade, conduzida pelo ideário iluminista, elevou ao máximo expoente. Todavia, a Revolução Industrial e a emergência da contemporaneidade presenciaram a mecanização da racionalidade, que se tornou mero instrumento para a manipulação mercadológica da produção de bens.

Em suma, com o advento do *Aufklärung*, aprofunda-se o fosso entre teoria e *praxis*, posto que o operar humano perde o seu sentido de *praxis*, sendo reduzido à técnica: a ação torna-se mera *Kinesis* e o cientificismo tecnopositivo, mera *poiesis*.¹²

¹⁰ BESNIER, 1996. p.133-4.

¹¹ CANTISTA, Maria José Pinto. Teoria e Praxis: a actual crise de desconexão entre o "saber" e o "viver". In: CONFERÊNCIA DE ABERTURA DO ANO ACADÊMICO 1983-1984, 1983, Porto. **Anais...** Porto: Faculdade de Letras do Porto, 1983. Disponível em: <<http://repositorio.up.pt/aberto/bitstream/10216/7952/2/artigo3431.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2009. p.188.

¹² HABERMAS *apud* CANTISTA, 1983. p.188-9.

Esse processo é bem identificado por conferencista portuguesa, que vislumbra os contornos de um fenômeno que denomina de “desteleologização” do mundo moderno:

A redução da racionalidade hipertrofiou a chamada razão de meios – a razão instrumental – em detrimento da razão de fins. O homem contemporâneo tem abundância de meios e ausência de fins. Com a instrumentalização do saber, a teoria passou a ser teoria da técnica-pragmática – e esta última reduziu o operar humano ao produzir. A extrapolação indevida da aplicação do conhecimento tecnicista a todo o tipo de objecto – designadamente ao sujeito livre – acarretou consequências lamentáveis, postas de relevo por filósofos sociais de distinto signo.

Ainda que a ciência natural tenha actualmente superado a imagem mecanicista do mundo, continuamos a viver num ambiente cultural baseado em tal concepção (ou nas reacções negativas frente a ela). Esta figuração mental apresenta-nos um universo isotropicamente espacializado, em que o homem se perde por falta de referências qualitativas. É que a desteleologização do mundo, a sua pura quantificação homogénea, reverte sobre a ideia que o homem tem de si mesmo. Ausente a tensão teleológica, fica a simples relação de meios com meios, num indefinido processo que não alcança verdadeiras metas. Se o homem chega a entender-se a si mesmo como meio, então consagra-se a desorientação. Entra-se na noção linear de progresso, própria de quem corre demasiado depressa mas ... sem se dirigir a parte alguma.¹³

Essa instrumentalização da racionalidade foi denunciada pelo filósofo e sociólogo alemão, co-fundador da Escola de Frankfurt, Junger Habermas. Para ele, essa razão prática deveria ser substituída por uma razão comunicativa, “no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade.”¹⁴

A finalidade dessa nova racionalidade seria, por conseguinte, provocar uma releitura do Estado Democrático de Direito que acomodou o cidadão, através da consagração da razão prática, a um ambiente predominantemente técnico e a um *locus* social de omissão. Para Habermas, portanto, esse cidadão deveria assumir um comportamento crítico e, através de ações comunicativas intersubjetivas, fazer valer o seu direito de participação. Somente a partir daí, a teoria – ou, de acordo com a terminologia haber-

¹³ CANTISTA, 1983. p.186.

¹⁴ HABERMAS, Junger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. (Biblioteca Tempo Universitário, 101). p.21.

masiana, a validade – seria reabilitada perante a prática jurídica – ou, como denominou o jusfilósofo, a faticidade.

Essas ações comunicativas reconduziriam as decisões influentes na vida social ao consenso racional, tido como condição de legitimidade do direito, em detrimento da mera legalidade.¹⁵ Destarte, vê-se que Habermas consegue superar, parcialmente, o dilema platônico, ao aliar a razão à vontade coletiva. E o problema central de sua Teoria do Agir Comunicativo é, com efeito, a superação do conflito entre faticidade e validade, que reside no discurso jurídico, por ser a linguagem o *medium* universal de incorporação da razão:

A teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade. E, ao tomar tal decisão arriscada, ela preserva, de um lado, o engate na interpretação clássica de umnexo interno entre sociedade e razão, que pode ser mediado de diferentes maneiras, portanto umnexo entre circunscrições e coerções pelas quais transcorre a reprodução da vida social; de outro lado, ela não abandona a idéia de uma condução consciente da vida.¹⁶

Importa atentar para o paralelismo conformado pelas obras de Aristóteles e de Habermas, no que tange ao tema entre ambas coincidente – o confronto teórico-prático –, argutamente assimilado por Cantista:

Es evidente que hay una profunda divergencia entre la arquitectónica habermasiana y la aristotélica. Para Aristóteles, la teoría es un saber especulativo, una sabiduría que proporciona al hombre la contemplación de verdades que le trascienden. En el *theorêin* aristotélico, la realidad contemplada es más excelente que el mismo hombre. Se trata de un saber ek-stático y desinteresado: el hombre se complace en el ver por el simple ver. La teoría es ya en sí mesma praxis –y praxis suprema–, porque la teoría no nace de ninguna necesidad vital, sino precisamente de lo contrario, de una liberación de todas las necesidades inmediatas. La primacía del saber teórico respecto de lo práctico sólo es posible, en este contexto, porque la realidad contemplada es distinta y más excelente que el mismo hombre. Es decir: el objeto de la sabiduría trasciende y fundamenta aquel que lo piensa; de ahí, la primacía de la metafísica y de la ontología. La razón es por ello fuerza ascensional, cuyo sentido (o direccionalidad) le viene causado desde la realidad contemplada en término de perfección, causa primera y fin último.

¹⁵ HABERMAS, 2003. p.52-3.

¹⁶ HABERMAS, 2003. p.25.

En el contexto habermasiano, el saber primordial corresponde a las ciencias críticas; éstas se situán en la cumbre de su arquitectónica de los saberes; el objeto de la ciencia crítica, radicalmente fundamentadora, es el interés auto-emancipativo del hombre, a través de discursos prácticos, de un diálogo racional libre de toda represión. Como se ve, hay un rechazo de la ontología como ciencia del fundamento, porque este último no puede ser puramente especulativo; según Habermas, una teoría radicalmente fundamentadora tiene que serlo desde y por la misma *praxis*.¹⁷

As distinções preconizadas pelo grande Estagirita ganham relevo, todavia, se aplicadas ao âmbito da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, do que se pode concluir que o problema da dissociação entre teoria e *praxis*, manifestado pela tecnicização do saber pelo poder, pode ser atenuado através da emancipação político-comunicativa do indivíduo:

O caráter contemplativo da teoria, (sic) faz dela um saber monológico que não se coloca a si mesma perante a *praxis*, a não ser na forma de recomendações de técnica social capazes de controlar a ação racional tendo em vista certas finalidades, neste contexto, o âmbito das teorias sociais passa a ser constituído por *questões técnicas*, que se referem à organização racional da ação quanto a fins em relação a meios, e à escolha entre meios alternativos para fins dados – valores, máximas – e por *questões práticas*, que se colocam em atenção à aceitação ou recusa de normas, especialmente de normas de ação cuja pretensão de validade pode ser apoiada ou negada com fundamentos racionais. As teorias que pretendem enfrentar questões deste teor fornecem, então, interpretações que não são, porém, imediatamente efetivas como orientação da ação, mas que atuam antes como instrumentos de controle da massa despolitizada.¹⁸

Isso porque, à medida que o Estado utiliza a ciência como uma maneira de convalidar suas manobras políticas, a racionalidade embutida nesse processo, que antes conseguia legitimar o poder, já não possui esse condão. Desenvolvida ao sabor das demandas da produção, a ciência converte-se em mera técnica, servindo ao Estado como um instrumento de manipulação dos jurisdicionados, num total desvirtuamento do governo tecnocrático idealizado por Platão:

¹⁷ CANTISTA, María José Pinto. **Ética y política, hoy**. Navarra: Universidad de Navarra, 2007. Disponível em: <<http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/101171/2187/1/01%20MAR%c3%8dA%20JOS%c3%89%20CANTISTA%2c%20Etica%20y%20pol%3c%adica%2c%20hoy.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2009. p.119-20

¹⁸ FERRAZ JUNIOR, 1998, p.22.

A ligação entre ciência e atividade estatal serve, assim, de mascaramento para as relações de domínio, as quais deixam de aparecer como processo de formação da vontade para assumir a forma de uma tecnocracia. Mas como isto explica, quer pela exclusão de questões práticas importantes, quer por uma certa erosão de tradições culturais em nome da prioridade das questões técnicas, tal situação acaba gerando, no mundo de hoje, uma necessidade crônica de legitimação.¹⁹

Enfim, o grande desafio da Ciência Jurídica, hodiernamente, consiste em recuperar a legitimidade da teoria do direito, reabilitando-a perante a *praxis*. O professor emérito da Universidade de Bielefeld, Niklas Luhmann, propõe, para tanto, que a faticidade e a validade sejam aproximadas através da projeção de um enfoque sociológico na teoria e na *praxis* jurídicas, o que não deixa de despertar o potencial comunicativo dos destinatários das normas jurídicas, tangenciando, assim, a já vista Teoria do Agir Comunicativo:

Começemos com o velho problema da faticidade da validade normativa. Não seria equivocado, nem muito produtivo, afirmar, com Kelsen, que a ciência do direito se ocupa da validade das normas e a sociologia, pelo contrário, dos fatos. A questão é como poder-se-ia (sic) tematizar esta diferença na sociologia. O que Kelsen já encontrou feito é a resposta de George Jellinek e Max Weber: a sociologia se ocupa da convicção fática da validade (legítima) das normas. Com isto a relação resulta definida ou psicologizada de forma circular (ao que Kelsen se opõe com razão). Esta situação da teoria, que paralisa toda a discussão sobre a "legitimidade" é superável, se se vê (como sociólogo) a qualidade normativa de uma comunicação na faticidade de uma expectativa contrafática.²⁰

2 Abordagem zetética dos problemas da dogmática jurídico-autoralista

Nessa parte do artigo, buscar-se-á apresentar os principais problemas do direito autoral contemporâneo, segundo uma ótica crítica.

Embora se pudessem resumir todos os problemas da Dogmática jurídico-autoralista apenas em um – a sua impressão marcadamente liberalista, conservadora e privatista –, preferiu-se dividi-los em três.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, 1998, p.23.

²⁰ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista do CCJ**, n. 28, ano 15, jun. 1994. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25156/24689>>. Acesso em: 02 jul. 2009. p.3.

Isso porque, a despeito de os dois últimos problemas estarem diretamente interligados ao primeiro, o rigor metodológico que norteia a presente investigação exigiu a realização de estudos em separado, dadas as suas especificidade e complexidade.

Por isso é que, conforme se verá na sequência, tanto a questão da função social da propriedade intelectual quanto a da erupção de um novo paradigma cultural e comunicacional, por alguns conhecido como sociedade da informação, foram abordadas em tópico separado do da crítica central que se imputa ao ordenamento autoralista brasileiro. Com essa divisão, acredita-se que os respectivos temas poderão ser mais bem caracterizados.

2.1 Feição liberal, conservadora e privatista do direito autoral brasileiro

Para se compreenderem os problemas do direito autoral brasileiro em vigor, não se pode prescindir de tecer um breve esboço histórico da consolidação desse campo da Ciência Jurídica como um ramo autônomo do Direito Civil, em nível mundial.

O marco de surgimento da proteção dos direitos autorais foi a invenção da imprensa, no século XV, atribuída ao tipógrafo alemão Johannes Gutemberg (1399-1468). A partir desse fato, a informação começou a circular de maneira mais livre – visto que, até então, os livros eram, em geral, artesanalmente manuscritos, o que lhes demandava mais tempo de confecção e custo de produção –, o que veio a fragilizar o monopólio clérico-aristocrático sobre a reprodução de livros, começando a disseminarem-se cópias ilícitas de obras intelectuais.

Portanto, o direito autoral, desde seu embrião, já se revelava um mecanismo de coibição do avanço incontrolado da informação, através da criação de regras privatísticas guarnecedoras dos direitos morais e, sobretudo, patrimoniais dos autores e corporações a eles vinculadas. Mas, não bastasse essa fundamentação objetiva do direito autoral, de fundo simultaneamente moral e econômico, há quem enxergue, porém, uma justificativa subjetiva, de natureza metafísica, para a existência dessa seara do saber jurídico:

Fundamentalmente, o trabalho criativo é de um só tipo, seja no campo das idéias abstratas, das invenções ou das obras artísticas. O que se protege é o fruto dessa atividade, quando esta resulta numa obra intelectual, ou seja, uma forma com unidade suficiente para ser reconhecida como ela mesma. O fundamento do direito sobre tais obras se explica pela própria origem da obra, do indivíduo para o mundo exterior. A obra lhe pertence originalmente pelo próprio processo de cria-

ção; só a ele compete decidir revelá-la pondo-a no mundo, e esse fato não destrói a ligação original entre obra e autor.²¹

É preciso ter em conta, porém, que a origem do direito autoral não nos mostra a co-participação do criador das obras intelectuais na normatização desse direito, mas sim o seu alijamento desse processo de positivação jurídica, que foi arrebatado pelo poder do capital:

Desde 1557, a Inglaterra dispunha de uma regulamentação da imprensa, atribuindo uma prerrogativa real (um direito exclusivo e perpétuo) a um grupo de comerciantes do ramo editorial (*Company of Stationers of London*). É importante observar que os autores não eram os detentores desse direito, que, tanto na teoria como na prática, era apenas dos editores, visto apenas como um mecanismo para proteger o investimento feito. Além do interesse econômico dos editores, é preciso ressaltar o interesse político da Coroa, pois a concessão de amplos poderes à *Company of Stationers of London* lhe permitia atuar como uma espécie de polícia da imprensa, fiscalizando e impedindo edições piratas, mas também exercendo uma censura prévia a toda informação difundida no reino. Vemos assim que a origem do *copyright* está intimamente associada à censura, pois juntamente com a invenção da imprensa surgiu a necessidade de se controlar a difusão das obras, impedindo a sedição e a heresia.²²

Em 1709, o Parlamento Britânico editou o *Statute of Anne*, que pôs fim ao monopólio perpétuo dos editores sobre a impressão das criações intelectuais, conferindo o *copyright* (direito de cópia) aos autores por certo período. Nada obstante, os editores recorreram aos Tribunais e conseguiram obter o *common law copyright*, que, embora reconhecesse a perpetuidade do direito natural do autor, admitia a sua cessão à indústria editorial.

Ainda no âmbito da história do direito comparado, Alves acrescenta que

²¹ SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p.25.

²² ALVES, Marco Antônio Sousa. Genealogia e crítica do direito autoral: colocando em questão o autor e as formas de fomento e proteção das criações intelectuais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 20 a 22 de novembro de 2008, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília: CONPEDI, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus///arquivos/anais/brasil/09_711.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2009. p.6452-68.

A história francesa também não é diferente da inglesa no essencial. Na França, até a Revolução, havia um grupo de editores parisienses que gozavam dos privilégios reais, permitindo o exercício do monopólio na área e a censura prévia (semelhante ao que ocorria na Inglaterra). Os autores, que dependiam de algum patrocínio real ou de um aristocrata, não gozavam de qualquer direito, seja porque, segundo o pensamento medieval, as idéias eram uma graça de Deus e não uma propriedade do autor, seja porque o representante de Deus na Terra era o rei, a quem cabia o exclusivo direito de dizer o que deve ser publicado, por quem, e por quanto tempo. Antes mesmo da Revolução, em 1777, a Coroa cedeu ao espírito da época (individualista e privatista) e reconheceu pela primeira vez o autor como detentor de direito, concedendo, ao lado dos *privilèges en librairie*, os *privilèges d'auteur* [...]. Nessa época, os debates sobre o tema estavam na ordem do dia, com importantes intervenções de Diderot (que em 1763 publicou a *Lettre sur le commerce des livres*, defendendo a legitimidade da propriedade do autor sobre sua obra como um direito inalienável e a mais natural das propriedades) e de Condorcet (que em 1776 publicou os *Fragments sur la liberté de la presse*, criticando a idéia individualista de que o autor é o proprietário natural de suas idéias, condenando a censura prévia e o monopólio comercial, e imaginando um mundo em que as idéias pudessem circular livremente).²³

Em 19 de julho de 1793, é aprovada, em França, uma lei que concilia as duas correntes então existentes acerca do direito de autor – a primeira, que consagrava a inviolabilidade do direito de autor, e a segunda, que postulava a sua entrada em domínio público, após certo lapso de tempo.

Vale frisar que esse *discrímen* de origem francesa, entre o direito moral (imprescritível) e o direito patrimonial (prescritível) do autor, foi aprofundada na Convenção de Berna, tratado internacional celebrado na Suíça, em 1886, e sucessivamente completado em outras convenções²⁴, no qual se constituiu União, entre os países signatários, para a tutela recíproca dos direitos autorais. Já nessa época, por exemplo, garantia-se a proteção das obras, independentemente da formalização do registro, dentre outros direitos.

²³ ALVES, 2008. p.6459.

²⁴ A Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, de 9 de setembro de 1886, foi completada em Paris, a 4 de maio de 1896; revista em Berlim, a 13 de novembro de 1908; completada em Berna, a 20 de março de 1914; revista em Roma, a 2 de junho de 1928; em Bruxelas, a 26 de junho de 1948; em Estocolmo, a 14 de julho de 1967; e em Paris, a 24 de julho de 1971.

Essa dicotomia histórica, entre o *droit d'auteur*, de origem gálica, e o *copyright*, de origem anglo-saxônica, marcará os sistemas jurídicos de proteção aos direitos de autor até hoje vigentes no mundo. Enquanto o primeiro modelo privilegia os direitos da pessoa do autor, concedendo-lhe prerrogativas na condição de sujeito criador da obra, o segundo sistema centra-se na obra em si, regulando o seu direito de reprodução, com a finalidade precípua de exploração de suas potencialidades econômicas.

O modelo francês foi o consagrado na Convenção de Berna, cujos países unionistas preocupam-se com a tutela tanto dos direitos patrimoniais quanto dos direitos morais do autor, ao passo que o modelo britânico, do *copyright*, exige prévio registro da obra para que os direitos de autor sejam reconhecidos, numa postura muito mais mercadológica. Esta concepção foi formalizada na Convenção de Genebra de 1953, organizada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Tal divisão ideológica das concepções de direitos autorais, contudo, não é absoluta no mundo hodierno, posto que a maioria dos países subscreveu a ambos os precitados acordos internacionais e que os dois modelos sofreram mitigações ao longo do tempo:

Cada vez mais os dois sistemas se confundem, sendo o *copyright* invadido pelo mito romântico e pelos argumentos do direito natural do autor, assim como o *droit d'auteur* passa a priorizar o direito dos investidores (como atesta a Diretiva Européia de 2001). Aliás, ao invés de ver nesses dois modelos algo de incompatível e excludente, não seria insensato afirmar que, embora estabeleçam certos conflitos, no fundo eles se completam, o que deixa evidente a conexão íntima entre o discurso romântico do direito natural do gênio criador e o discurso econômico da apropriação proprietária das obras e da exploração das mesmas no mercado mediante a atribuição de um monopólio temporário cedido geralmente ao editor. O autor se torna proprietário de suas obras em nome de um suposto direito natural, e aqueles que exploram economicamente a arte e o conhecimento agradecem o monopólio que lhes é cedido, geralmente através de um contrato leonino.²⁵

Os Estados Unidos, *exempli gratia*, maior exportador de produtos culturais²⁶ (ou anticulturais, a depender do prisma sob o qual

²⁵ ALVES, 2008. p.6460.

²⁶ Segundo Umberto Eco, "a informação não é mais um instrumento para produzir bens econômicos, mas tornou-se ele próprio o principal dos bens." ECO, Umberto. *Guerrilha semiológica*. In: _____. **Viagem na irrealidade cotidiana**. Trad. Aurora Hornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984. p.165-6.

se enxergue a questão) do passado século XX, passou a reconhecer os direitos morais do autor, numa jogada estratégica para, de posse de um discurso pseudo-ético, angariar vultosos lucros no mercado global. Com a criação da OMC (Organização Mundial do Comércio), em 1994, foi celebrado o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC ou, na sigla inglesa, TRIPS, *Trade Related Intellectual Property Aspects*), que, conforme relata Garzon,

é acordo comercial a partir do qual os estados comprometem-se a colocar à disposição dos titulares de direitos exclusivos as medidas judiciais e administrativas eficazes contra infrações. Além disso, prevê-se o OSD (Órgão de Solução de Diferenças), integrado por todos os membros e com competência para solucionar litígios e aplicar sanções. Ainda no TRIPS impõe-se, principalmente aos países em desenvolvimento, a ampliação de um severo sistema repressivo e de punição; isto o diferencia da Convenção de Berna, na qual se cuidou apenas de um sistema mínimo de proteção, permitindo que a própria matéria e as respectivas punições fossem tratadas pela legislação interna segundo o uso e costume de cada país.²⁷

Mais uma prova do perfil mercadológico com que os EUA encaram os direitos autorais é que os assuntos a ele pertinentes, durante o governo de George W. Bush (filho), foram relegados à OMC, em detrimento da UNESCO. Tal tendência de mercantilização da cultura – onde as criações do gênio humano transformam-se, simplesmente, num produto comercializável e, diga-se de passagem, bastante rentável –, já fora, há algum tempo, detectada por um dos mestres da Escola de Frankfurt, criador da própria expressão “indústria cultural”, para quem

as mercadorias culturais da indústria se orientam, como disseram Brecht e Suhrkamp há já trinta anos, segundo o princípio de sua comercialização e não segundo seu próprio conteúdo e sua figuração adequada. Toda a *praxis* da indústria cultural transfere, sem mais, a motivação do lucro às criações espirituais. [...] As produções do espírito no estilo da indústria cultural não são mais *também* mercadorias, mas o são integralmente.²⁸

²⁷ GARZON, Ana Rosa Lemos da Cunha. **Direitos autorais:** busca do equilíbrio. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais) – Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/EBAD-6VXGB9/1/mestrado_disserta__o.versaocompleta.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2009. p.28.

²⁸ ADORNO, Theodor Ludvig Wiesengrund. *A indústria cultural*. Trad. Amélia Cohn. In: COHN, Gabriel (org.). **Comunicação e indústria cultural**. 5.ed. São Paulo: T. A. Queiroz, 1987. p.288-9.

O risco dessa visão especulativa do direito autoral é submetê-lo à drástica redução de tornar-se mera técnica para a consecução de operações comerciais lucrativas da indústria cultural. Tanto isso é verdade que levou Ascensão a afirmar que, "Na realidade, a proteção que se realiza não é a proteção da criação intelectual: é a proteção do investimento."²⁹ Nesse sentido, urge uma guinada dos ordenamentos jurídico-autoralistas no sentido de *repersonalizar* e *despatrimonializar* os direitos de autor, isto é, recolocar o criador da obra intelectual no centro da proteção jurídica,³⁰ e não a obra, encarada como mera *commodity*.

A bem da verdade, pontue-se que, tanto o paradigma franco-germânico quanto o anglo-americano foram concebidos nos séculos XVIII e XIX, embebidos nas fontes da Ilustração, onde vicejava a ideologia do liberalismo econômico. Por conseguinte, nenhum desses dois protótipos se adequa aos fundamentos do Estado Social que emergiu após a Segunda Guerra. Atualmente, é impensável que um Estado de molde não-intervencionista – ou "neoliberal", se se preferir a nomenclatura keynesiana – consiga equalizar o conflito existente entre o interesse privado, do autor e da empresa cultural, relativo à salvaguarda da exploração econômica da propriedade intelectual, com o interesse público, relativo à livre difusão do conhecimento e da informação. E é preciso frisar que uma relação dialética entre ambos os interesses representa, unanimemente, um pressuposto para o desenvolvimento socioeconômico de qualquer povo.

A regulação dessa matéria, por parte do Estado, deve, necessariamente, implicar uma nova postura dos Poderes constituídos e dos cidadãos a eles submetidos em relação ao controvertido tema dos direitos autorais e conexos. Por isso é que tanto o *droit d'auteur* quanto o *copyright* hão de ser repensados, a fim de se compatibilizarem ao contexto cultural emergente, de relativizações e incertezas jurídicas, decorrentes da propagação de novos paradigmas sociais.

Cite-se que as vanguardas do direito autoral têm capitaneado o desenvolvimento de uma filosofia *copyleft*, em contraposição ao *copyright* estadunidense, com o intuito de criar licenças padronizadas para a gestão livre, aberta e compartilhada de conteúdos, denominadas *Creative Commons*. A força desse movimento é tal que levou o ex-ministro da Cultura, Gilberto Gil, a apelidá-lo, numa

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.131.

³⁰ MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL. Ministério da Cultura. **Direito autoral**. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. (Coleção cadernos de políticas culturais; v. 1). p.267-9.

metáfora muito sugestiva e eloquente, de “reforma agrária no campo da propriedade intelectual.”³¹

É justamente desse embate ideológico-teórico entre os dois paradigmas autorais, juntamente com o embate jurídico entre os ordenamentos positivos e a realidade social, onde os direitos autorais têm sido escamoteados, que emana a principal dificuldade do direito autoral contemporâneo: conseguir efetivar a tutela jurídica sem deixar de conciliar os interesses públicos (socioculturais) e privados (econômicos) em questão.

É compreensível que, num contexto globalizado e midiaticizado como o do mundo contemporâneo, apresentem-se, no ordenamento jurídico-autoralista brasileiro, os mesmos sintomas da “doença” que acomete, em nível internacional, o direito autoral. No caso do Brasil, nada obstante, a crise do direito autoral apresenta sinais bastante evidentes, que se buscará, doravante, identificar.

Superada, destarte, a análise histórica e internacionalista do fenômeno do direito autoral, enveredar-se-á pela espinhenta senda da crítica da Dogmática jurídico-autoralista brasileira.

São inúmeros os exemplos que nos levam à conclusão de que a vigente LDA brasileira (Lei n.º 9.610/98) ainda conserva o espírito privatista, herdado da cultura liberal e individualista que serviu de pano de fundo para a positivação original do direito autoral.

Exempli gratia, percebe-se que, no Brasil, a rigor, *qualquer reprodução não autorizada* da obra científica, artística ou literária será ilícita, salvo quando a lei dispuser em contrário. Esse ilícito é denominado “contrafação” pelo inciso VII do técnico-conceitual art. 5º da LDA. Ao ser praticado, sujeita o contrafator a indenizar as perdas e danos ocasionadas ao titular do direito de autor, sem prejuízo das sanções civis e administrativas cominadas nos arts. 102 a 110 da LDA.

As limitações à tutela autoralista são de dois tipos. Ou o objeto é expressamente excluído da proteção do direito autoral – hipótese normada no art. 8º da LDA –³² ou é excluída a antijuridicidade da conduta subjetiva. Nesse último caso, deixa de configurar-se o

³¹ ASSIS, Diego. “Reforma Agrária” no direito autoral. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 3 jun. 2004, p.E1.

³² “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

ilícito quando a reprodução inautorizada enquadra-se numa das hipóteses dos arts. 46 a 48 da LDA,³³ onde o legislador reputou haver superior interesse público ou justificável interesse privado.

A doutrina majoritária, de forma pusilânime, considera taxativas (numerus clausus) as precitadas hipóteses legais, ao argumento de que, em se tratando de restrições, deveriam ser interpretadas restritivamente. Não obstante, de acordo com uma interpretação teleológica das referidas limitações, o rol deve ser tido como so-

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras." (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 1º jun. 2009. p.3.

³³ "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 plásti-

mente exemplificativo (*numerus apertus*),³⁴ cabendo ao magistrado, em última instância, decidir se incide limitação aos direitos de autor em cada caso concreto.

Para eminente doutrinador português, as limitações aos direitos de autor ainda são muito tímidas, revelando-se inadequadas à real consecução da *ratio legis* autoralista:

O hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chamaria a “caça as exceções” (sic). Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social. [...]

As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito às condições de cada época. Agora, não só não se prevêem as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir.³⁵

Dando prosseguimento à análise dos exemplos que personificam a inconsistência do direito autoral do Brasil, toma-se como um verdadeiro símbolo do descompasso entre a teoria e a *praxis* autoralistas a polémica questão da reprodução xerográfica de livros em instituições de ensino, máxime nas universidades. A *contrario sensu*, o art. 46, inc. II da LDA só admite a reprodução, “em um só exemplar”, “de pequenos trechos” de obras impressas, e desde que “para uso privado” e “sem intuito de lucro” por parte do copista.

O que se verifica, contudo, em qualquer faculdade, é o endosso de uma *praxis contra legem*, pois os estudantes, amiúde incentivados pelos próprios professores, adquirem fotocópias integrais de livros, normalmente produzidas em série para diversos colegas, a despeito de a LDA considerar tal conduta como contrafação. Essa é uma norma completamente desprovida de eficácia, pois qualquer

cas, 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.” (BRASIL, 1998, p.9-10)

³⁴ MORAES, 2006. p.264.

³⁵ ASCENSÃO, 2002. p.135-7.

pessoa consegue obter cópias “ilícitas” de obras integrais na maioria dos estabelecimentos onde se comercializa reprografia. O advogado e professor baiano, especializado em direitos autorais, Moraes, critica essa regra veementemente:

Pode-se dizer que este dispositivo da lei autoral [o art. 46, II] já nasceu “letra morta”. Não possui exequibilidade. O seu efeito é abominável, pois gera descrédito e cinismo.

O que, precisamente, constitui “pequeno trecho” de uma obra? Apenas um capítulo? Um número determinado de páginas? E se forem extraídas várias cópias sucessivas de “pequenos trechos”, mas tiradas uma de cada vez? E a cópia da cópia como está disciplinada? E mais: como fica a problemática situação dos livros esgotados, fora de catálogo?³⁶

E a inadequação fática do art. 46, II da LDA causará ainda mais espécie, à medida que se saiba que o art. 49, inc. II da LDA derogada – a saber, a Lei n.º 5.988, de 1973, primeira lei específica de direito autoral do Brasil, pois antes se aplicava o direito comum do Código Civil de 1916 – permitia, numa postura muito mais comedida e razoável, a reprodução integral de 1 (um) exemplar da obra, desde que sua utilização não tivesse fim lucrativo. Ora, é, no mínimo, paradoxal que o pensamento jurídico de três décadas atrás seja mais vanguardista do que o do presente. Nesse particular, verifica-se que o regramento jurídico-autoralista brasileiro *involuiu*, ao tratar de maneira mais rígida e conservadora, agora, algo que se tolerara antes.

É, além disso, curioso notar que a LDA, além de prescrever restrições ao direito de uso da obra intelectual alheia, muitas vezes, acaba interferindo, indevidamente, na utilização da obra por parte de seu próprio autor. Nessas hipóteses, que serão delineadas a partir de agora, o direito autoral brasileiro, ao invés de proteger o interesse do autor, acaba por prestar-lhe um desserviço.

Precisa ser urgentemente repensado o aparato axiológico sobre o qual se sustenta a construção legislativa dos direitos morais do autor, em razão da distorção teleológica contida no art. 27 da LDA, que lhes atribui os (indesejáveis) predicados da inalienabilidade e da irrenunciabilidade. Ora, sendo uma expressão dos direitos da personalidade, os direitos morais do autor, dentre os quais, *verbi gratia*, a paternidade, a indicação da autoria, o ineditismo e a retirada, deveriam possuir, a princípio, os mesmos atributos que têm os direitos de personalidade.

³⁶ MORAES, 2006. p.9.304.

Ocorre que, sendo o direito autoral um direito civil especializado, e como o atual estágio da doutrina civilista sobre autonomia jurídica descreve a irrenunciabilidade e a inalienabilidade de certos direitos de personalidade – especialmente daqueles que podem expressar-se economicamente, a exemplo do direito à integridade física, vislumbrado na casuística dos casos de “barriga de aluguel”, por exemplo –, não há justificativa para que o Estado intervenha na fruição de direitos de personalidade que, a critério do sujeito, poderiam ser relativamente disponibilizados, seja no âmbito civil, seja no âmbito autoral.

E essa disponibilidade relativa, ao invés de afetar a dignidade da pessoa humana, como se poderia imaginar, pelo contrário, reforça-a.³⁷ Até mesmo porque, em se encarando a realidade material em que se inserem artistas, literatos e cientistas, praticamente situados à margem do capital, pode ser vantajosa para o autor da obra intelectual a alienação ou renúncia de certos direitos morais, seja a título oneroso, seja a título gratuito.

Dessa maneira, sustenta-se que o tratamento jurídico dispensado a tais situações, evidenciadoras da nova representatividade dos direitos morais do autor em face da evolução da teoria da autonomia jurídica, deveria ser idêntico àquele que é dispensado aos negócios jurídicos em geral. Logo, não havendo vícios na manifestação de vontade do autor, que pudessem vir a macular de nulidade ou anulabilidade o negócio, não subsistirá razão, *prima oculi*, para que o ordenamento jurídico repudie o pleno exercício de sua autonomia jurídica individual, facultando-lhe a renúncia ou alienação de direito de personalidade que são seus.

Afinal de contas, se o art. 23 LDA possibilita que um dos co-autores estipule a restrição de seus direitos morais e patrimoniais em favor do outro, não remanesce nenhuma justificativa para que o próprio autor seja impedido de dispor de um direito moral sobre a obra, à medida que seja exprimível patrimonialmente.

³⁷ “Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia. Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade podem, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa.” (grifos nossos) BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim; coord. Renan Lotufo). p.120-121.

E se a limitação prescrita pelo art. 27 da LDA já era inconveniente, à vista de tudo quanto exposto, absurda é a determinação do art. 38 da LDA, que imputa das características de irrenunciabilidade e inalienabilidade a um direito de natureza exclusivamente patrimonial, como é o direito de sequência³⁸ ali estabelecido.

Igualmente, considera-se descabida a restrição dos arts. 29 e 33 da LDA, que submetem à prévia autorização do autor (ou do editor, como habitualmente se verifica, na *praxis*) qualquer utilização de sua obra. Parece ponderado admitir que, uma vez que o autor busca inspiração para suas criações no amplo repositório de informações existente no mundo, não deveria haver restrição a que qualquer outro ser humano pudesse usufruir – desde que respeitando os direitos morais do autor, é lógico –, dessa criação do espírito, que também se baseara nos recursos do planeta, sem necessidade de autorização prévia.

E o parâmetro ideal para aferir a legitimidade da destinação acima propugnada da obra intelectual deveria ser, com efeito, a mera ausência de finalidade lucrativa. Assim, em se utilizando determinada obra, desde que na estrita observância dos direitos morais do autor e sem fins lucrativos, seria teleologicamente adequado à *ratio legis* do direito autoral, de índole constitucional, que a lei permitisse o uso pessoal, não-empresarial, da obra, até mesmo como uma maneira de universalizar o acesso do cidadão comum aos bens da cultura.

2.2 Desvinculação da propriedade intelectual de sua função social

A vigente Constituição Federal (CF), de 1988, conferiu ao direito de propriedade do autor o *status* de direito fundamental, no inciso XXVII de seu art. 5º, que verbera que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”³⁹ Entretanto, é preciso ter em conta que tal direito há de ser ponderado com a garantia do inciso XXIII do mesmo dispositivo constitucional supramencionado, segundo o qual “a propriedade atenderá a sua função social.”⁴⁰

³⁸ “Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado.” (BRASIL, 1998, p.8)

³⁹ BRASIL, 1988. p.4.

⁴⁰ BRASIL, 1988. p.3.

Ainda na Carta Magna, o constituinte fez constar, no art. 215, § 3º, incisos II e IV, que o Plano Nacional da Cultura deveria visar à “produção, promoção e difusão de bens culturais” e à “democratização do acesso aos bens de cultura.”⁴¹ No art. 218, ao dispor sobre a Ciência e a Tecnologia, o Diploma Maior prescreveu que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”⁴²

Até agora, ficou claro o intuito do legislador constituinte brasileiro, que foi o de incentivar o desenvolvimento e difusão da cultura e da ciência no país, democratizando e universalizando o acesso a elas. Portanto, a CF desenhou, em eloquente traço, as linhas gerais que deveriam nortear o sistema autoralista nacional, sempre almejando o equacionamento entre interesse público, de ordem cultural e científica, com o interesse privado, de cariz econômico.

Cumprir recordar que, em se tratando os direitos fundamentais em jogo – o da propriedade intelectual e o do acesso à cultura e à informação – de princípios de igual hierarquia e eficácia, o conflito entre eles, na esteira da hermenêutica alexyana, deverá ser solucionado mediante uma ponderação de valores. E não há dúvida de que o fiel dessa balança constituirá a função social da propriedade intelectual, princípio que, devidamente observado *in casu*, atende a ambas as supraqualificadas demandas fundamentais.

O Código Civil (CC), ao dispor sobre a propriedade, no art. 1.228, § 1º, de certa maneira regulamentou o inciso XXIII do art. 5º da CF, traçando o perfil da funcionalização da propriedade:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.⁴³

Diga-se, *en passant*, que, infraconstitucionalmente, o direito da propriedade intelectual brasileiro é regulado, atualmente, não apenas pela Lei n.º 9.610/98 (LDA, Lei dos Direitos Autorais), mas também pela Lei n.º 9.609/98, que regulamenta a utilização dos programas de informática; pela Lei n.º 9.279/96, que disciplina a concessão de marcas e patentes; além da Lei de Cultivares, tombada sob o n.º 9.456/97, que disciplina a manipulação biológica, sem prejuízo de toda a legislação extravagante afim à proteção dos

⁴¹ BRASIL, 1988. p.119.

⁴² BRASIL, 1988. p.121.

⁴³ BRASIL, 1988. p.478.

direitos intelectuais. Frise-se, nesse ponto, que a propriedade intelectual constitui gênero do qual são espécies a propriedade autoral e a propriedade industrial (marcas e patentes).

Conforme adverte Moraes,⁴⁴ a função social da propriedade é um conceito jurídico indeterminado, que, como tal, deve ser moldado às contingências históricas, de maneira tal que sua aplicação, no âmbito dos direitos intelectuais, não se restringe ao direito industrial, atingindo, outrossim, o direito autoral.

Studer e Oliveira também identificam a necessidade de funcionalização, princípio regulador do principal direito real, sobre a seara da propriedade intelectual:

Além da função social da propriedade imóvel ou móvel, a lei também defende a propriedade intelectual, porém, em tempos de Internet aumentou-se a necessidade das pessoas à informação, e a prontidão em se fazer cópias, sem qualquer compromisso com o autor intelectual. O acesso à informação e ao uso desta informação, que num primeiro momento poderia ser vista apenas como cópia, em contraposição a proteção dos direitos autorais, faz parte da nossa estrutura evolutiva, ante o impacto que a Internet tem sobre as nossas vidas, como ser social e integrado. Portanto vislumbra-se também o aspecto da função social da propriedade intelectual na época da Internet.⁴⁵

Como já foi sustentado alhures, o grande desafio do direito autoral contemporâneo consiste em regular, de maneira harmônica, o interesse público e o privado, de modo que o sistema autoral não seja, de um lado, excessivamente punitivo, com o alheamento da propriedade intelectual de sua função social, a ruptura da noção de solidariedade social e o monopólio especulativo da informação, a qual é pressuposto para o desenvolvimento social e econômico de qualquer povo; nem, por outro, seja retirada a atratividade econômica e desincentivada comercialmente a atividade cultural e científica, com a abertura indiscriminada do sistema de regras de proteção da obra intelectual.

Por isso, uma leitura constitucional das premissas do direito autoral, bem como sua necessária funcionalização, são imprescindíveis, não somente para equilibrar, no plano concreto, o embate dos distintos interesses em jogo, como também para atenuar a tensão, no plano abstrato, imanente ao discurso jurídico-autoralista, entre a teoria e a *praxis* do direito autoral brasileiro.

⁴⁴ MORAES, 2006. p.262-3.

⁴⁵ STUDER, Andréa Cristina Rodrigues; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Ensaio sobre função social da propriedade no Brasil**. Artigo disponibilizado pelo autor em 04 out. 2006. p.19.

2.2 Inaptidão para o tratamento de conflitos inerentes ao novo paradigma da sociedade da informação

Hoje em dia, basta possuir um computador conectado à rede mundial de computadores para que se esteja munido de todo o instrumental necessário para violar uma série de direitos autorais.

Com poucos cliques, é possível fazer o *download*, ou seja, a transferência eletrônica de dados, de todo tipo de criação do gênio humano “protegida” pelos direitos autorais: livros, músicas, imagens, vídeos, programas de computador, existe um acervo digital ilimitado de obras, disponibilizadas na Internet à revelia de seus autores, as quais é acessível, facilmente, “copiar e colar”. E, o que é pior, entre esses dois comandos, nada impede que se realize o “editar.”

Nesse contexto, as próprias noções de autor e obra metamorfoseiam-se, conforme relata Antonio:

Na Internet, por exemplo, cada indivíduo pode assumir várias identificações ao mesmo tempo: todos podem ser autores, agentes, produtores, editores, leitores, consumidores, de um modo em que a subjetividade de cada papel prevalece de acordo com o instante. Nesse sentido, os papéis se misturam e se confundem, distanciando-se de suas caracterizações tradicionais e colocando em discussão a reorganização desses temas.
[...]

A obra intelectual e artística na Internet não mais se apresenta exclusivamente como a produção íntegra de perene de autores que se pode reconhecer, mas também como obra coletiva, múltipla e, frequentemente, anônima, fragmentada, incompleta, mutante e, muitas vezes, fugaz.⁴⁶

Diante dessa realidade comunicacional, “tudo o que é sólido desmancha no ar”, como sustentado por aqueles que acreditam estarmos vivenciando a emersão de um paradigma chamado pós-modernidade. Para outros, esse novo contexto cultural, onde a informação circula livremente e é dada, em tempo real, de qualquer ponto do mundo, chama-se, simplesmente, sociedade da informação.

Sarlet⁴⁷ noticia que os direitos possuem cinco dimensões, que foram sendo assimiladas de acordo com o curso da história: a) di-

⁴⁶ ANTONIO, Irati. Autoria e cultura na pós-modernidade. **Ciência da informação**, v. 27, n. 2, Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19651998000200012&script=sci_arttext&tilng=es>. Acesso em: 03 jul. 2009. p.4.

⁴⁷ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p.123.

reitos de primeira geração: direitos civis e políticos, traduzidos em abstenções do Estado (relativos ao lema da “liberdade” na Revolução Francesa); b) direitos de segunda geração: direitos sociais, econômicos e culturais, traduzidos em prestações positivas do Estado (lema “igualdade”); c) direitos de terceira geração: direitos coletivos e difusos, traduzidos na proteção de grupos humanos (lema “fraternidade”); d) direitos de quarta geração: biodireitos, traduzidos na proteção à vida humana; e e) direitos de quinta geração: direitos da Internet.

Logo, a presente discussão ganha ainda mais relevo, posto que a doutrina vislumbra, no advento da Internet, o florescimento de questões e conflitos jurídicos até então inimaginados, fazendo-se necessário repensar a própria categoria jurídica em questão, que se trata de uma nova dimensão da Ciência Jurídica. Sobretudo se se levar em consideração que, hoje, ao redor de todo o mundo, existe um forte e organizado movimento pela “cultura livre”, normalmente identificado ao licenciamento Copyleft:

O *software* livre é baseado na ideologia do “*copyleft*”, denominação surgida de um trocadilho feito por Don Hopkins, numa carta enviada ao amigo Richard Stallman na década de oitenta: “Copyleft – All Rights Reversed” [Copyleft – Todos os direitos reversos]. A expressão foi utilizada por Stallman para batizar o novo conceito de distribuição de *softwares*. Para ele, os programas deveriam ser livres. Então, criou a licença Pública GNU. O *free* não quer dizer “grátis”, mas sim “livre”. Ou seja, não é proibido cobrar pelo *software*, mas são livres o uso, a cópia, a modificação e a redistribuição de uma versão melhorada. Essas são as quatro liberdades que caracterizam o *software* livre: usar, copiar, modificar e redistribuir.⁴⁸

A indústria fonográfica tem, consecutivamente, sofrido o impacto dessas novas tecnologias, sobretudo com a era de compartilhamento de músicas, capitaneada pela criação de *softwares* como o *Napster* e afins:

Enquanto pequenos grupos de *hackers* radicais começaram campanhas de violação dos direitos autorais, distribuindo música, vídeos, textos e programas de graça na internet sob o lema “a informação quer ser livre”, grandes movimentos espontâneos menos conscientes e menos radicais tomavam conta de um público mais amplo. Entres esses movimentos, o de maior impacto, sem dúvida, foi a formação da comunidade *Napster*. O *Napster* era um programa “ponto a ponto” desen-

⁴⁸ MORAES, 2006. p.320.

volvido em 1999 pelo estudante Shawn Fanning que buscava superar a dificuldade de encontrar música em formato MP3 na internet. Até então, as músicas em formato MP3 eram disponibilizadas principalmente por meio de servidores FTP que, em geral, ficavam no ar apenas até uma grande gravadora encontrar o servidor e enviar uma mensagem ameaçando deflagrar um processo judicial. Para superar essa dificuldade, Fanning projetou um sistema ponto a ponto, em que usuários poderiam acessar arquivos em pastas compartilhadas em computadores de outros usuários através de links recolhidos por um servidor. Assim, suprimia-se a mediação dos servidores que armazenavam arquivos. Os arquivos de música ficavam no computador de cada usuário e o servidor do Napster apenas disponibilizava os links de acesso a eles. O Napster trazia uma concepção inteligente que descentralizava o armazenamento dos arquivos. Com isso, criava uma situação legal ambígua. Não se tratava mais de um grande servidor distribuindo música, mas de uma rede de usuários trocando generosamente arquivos de música entre si.⁴⁹

Acerca da revolução paradigmática protagonizada pela hodierna sociedade da informação, merece alusão, mais uma vez, o magistério de Moraes:

A digitalização não implode a edificação do Direito Autoral, mas impõe novo paradigma e uma profunda releitura. Antes, a proteção legal era vista como necessária aos custos da reprodução e à circulação de obras. Com o gigantesco poder da Internet, torna-se desnecessário o suporte físico. O *corpus mysticum* não necessita mais do *corpus mechanicum*. Metaforicamente, o gênio foge do confinamento da garrafa; a alma, do corpo biológico. O verbo não precisa mais se fazer carne. Na digitalização, o código binário, composto de "zeros e uns", substitui o mundo físico. A desmaterialização dos suportes gera barateamento na circulação de idéias, obrigando um novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, que, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização e reprodução de obras.⁵⁰

Ainda é subestimado o impacto dessa explosão da informação, conduzida através dos novos meios de comunicação e tecnologias, sobre a subsistência do direito autoral. Acerca das possibilidades ilimitadas de infringência da legislação autoral, que podem ser concretizadas por qualquer usuário da *World Wide Web*, vale ser citada a análise perpetrada por Lawrence Lessig, professor

⁴⁹ ORTELLADO, 2002. p.7.

⁵⁰ MORAES, 2006. p.258.

de Direito da Universidade de Stanford (EUA), teórico precursor da assim chamada “cultura livre” e um dos idealizadores das *Creative Commons*:

Nós vivemos em uma cultura de “copiar e colar” possibilitada pela tecnologia. Qualquer um que tenha criado uma apresentação sabe aproveitar a liberdade extraordinária que a arquitetura “copiar e colar” da Internet criou — em um segundo você pode localizar qualquer imagem que você desejar, e no segundo seguinte você pode implantá-la em sua apresentação.⁵¹

Comungamos com as idéias de juiz federal cearense, que, ainda no século passado, já propusera a licitude da reprodução não autorizada de obras literárias, pela Internet, de acordo com a destinação dada ao produto pelo consumidor. Segundo essa orientação, nos casos em que a reprodução implicar a obtenção de lucro direto ou indireto – como nos casos das empresas que comercializam essas obras pela rede, como provedores de acesso, empresas de programação e titulares de sítios eletrônicos que cedem espaço para publicidade –, o pagamento dos direitos autorais é devido. De outra sorte, nas hipóteses em que o usuário da Internet utiliza a obra sem finalidade lucrativa, não subsiste razão para limitar a reprodução da obra.⁵²

Não parece ser a solução adequada, para resolver o embate teórico-prático sob comento, o endurecimento da legislação autoral, com o aumento de figuras ilícitas e o agravamento das sanções respectivas. A solução mais viável é, com efeito, abrir o sistema paulatinamente, criando ou reconhecendo novas hipóteses de limitação aos direitos de autor em que a reprodução não autorizada da obra não implique prejuízo para quem quer que seja. Afinal, o uso pessoal de uma faixa de música no formato MP3, “baixada” por um internauta, não significa que ele deixou de adquirir, nas lojas, o álbum inteiro, pois importantes variáveis socioeconômicas precisariam ser levadas em consideração antes de se chegar àquela precipitada conclusão.

Por isso é que nos parece temerária a tipificação de crimes eletrônicos no nosso país, que vem sendo recentemente discutida com a apresentação do Projeto de Lei de Crimes de Informática (“AI-5

⁵¹ LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**. Trad. Fábio Emilio Costa. Creative Commons 1.0, s/d, s/l. Disponível em: <<http://ebooksgratis.com.br/livros-ebooks-gratis/tecnicos-e-cientificos/direito-autoral-cultura-livre-lawrence-lessig/>>. Acesso em: 22 jun. 2009. p.113.

⁵² LIMA, George Marmelstein. A reprodução não-autorizada de obras literárias na Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1792>>. Acesso em: 15 jun. 2009. p.3-5.

Digital”) e do PL n.º 5.361/2009, de autoria do Deputado Federal de São Paulo, Bispo Ge Tenuta, que pretende alterar a LDA para a inserção de novos tipos penais e a pena “restritiva de acesso à Internet.”

Tais deliberações legislativas parecem contraproducentes, à medida que, no Brasil, a pirataria, por exemplo, é uma prática socialmente aceita, que democratiza o acesso à informação, gera trabalho e renda na informalidade e sustenta muitas famílias. Sem falar que, com os movimentos de libertação cultural em voga, muitos autores já autorizam tal reprodução, visando à ampla divulgação de sua obra. Por isso, em tese, seria até possível a alegação de erro de proibição em relação a tais crimes, visto que a noção de antijuridicidade deles encontra-se completamente dissolvida no meio social.

Diante de tamanha crise de legitimidade, validade e eficácia do direito autoral em vigor, em face da relativização da propriedade intelectual protagonizada pela Internet, impende uma análise zetética dessa modalidade de discurso jurídico, que se tornou tão distanciada do “mundo circundante”, parafraseando a terminologia heideggeriana.

Para finalizar, a lúcida exposição de Ortellado, sobre as perspectivas do direito autoral após o boom da informação na rede mundial de computadores, merece transcrição integral:

Hoje, o movimento pelo copyleft, pela livre circulação da cultura e do saber ampliou-se muito além do universo dos programadores. O conceito de copyleft é aplicado na produção literária, científica, artística e jornalística. Há ainda muito trabalho de divulgação e esclarecimento a ser feito e é preciso que discutamos politicamente os prós e os contras dos diferentes tipos de licença. Precisamos discutir se queremos conciliar a exploração comercial com a utilização não comercial livre ou se devemos simplesmente nos livrar dos mecanismos de difusão comercial de uma vez por todas; precisamos também discutir questões relativas à autoria e à integridade da obra, principalmente numa época em que o sampleamento e a colagem constituem formas de manifestação artística importantes; temos, finalmente, que discutir as inúmeras peculiaridades de cada tipo de produção adequando a licença ao que estamos fazendo (a ênfase na possibilidade de modificação de um programa de computador tem pouco cabimento quando aplicado à produção científica, etc.) Esse trabalho não é o trabalho de imaginar um mundo possível, mas de passar a construí-lo, aqui e agora.⁵³

⁵³ ORTELLADO, 2002. p.9.

Conclusão

A crise que o direito autoral vivencia, largamente demonstrada no transcorrer deste trabalho, não significa que o direito autoral perdeu sua razão de ser ou chegou ao fim.

No entanto, é inegável o distanciamento entre faticidade e validade no âmbito do direito autoral, sendo que as normas jurídicas autorais somente recuperarão sua legitimidade caso seu discurso jurídico seja profundamente reformulado, a partir da revisão das próprias premissas que alimentam os direitos de autor.

O mundo globalizado, na década final do século passado e no início desta, tem passado por uma verdadeira revolução no campo da comunicação, alavancada pelo surgimento da Internet e pela disseminação das novas mídias e tecnologias.

Portanto, a Dogmática jurídico-autoralista não pode ficar presa a modelos ultrapassados, excessivamente preocupados com a salvaguarda do sacrossanto direito individual de propriedade.

Hoje, o direito autoral, para não ser "letra morta", pressupõe uma abertura axiológica para as demandas de uma sociedade *online* que, cada vez mais, se inter-relaciona intersubjetivamente em função dos processos da informática.

A fim de que as regras autorais sejam providas de alguma eficácia social, é mister que os problemas atuais desse campo da Ciência Jurídica sejam trazidos para o diálogo entre autores, financiadores e consumidores, para que, encarados zeticamente, possam ser superados de modo democrático e conciliador.

Referências

- ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund. A indústria cultural. Trad. Amélia Cohn. In: COHN, Gabriel (org.). **Comunicação e indústria cultural**. 5.ed. São Paulo: T. A. Queiroz, 1987.
- ALVES, Marco Antônio Sousa. Genealogia e crítica do direito autoral: colocando em questão o autor e as formas de fomento e proteção das criações intelectuais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 20 a 22 de novembro de 2008, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília: CONPEDI, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/III/arquivos/anais/brasil/09_711.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2009. p.6452-68.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. **Antologia poética**. Organizada pelo autor. 43.ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- ANTONIO, Irati. Autoria e cultura na pós-modernidade. **Ciência da informação**, v. 27, n. 2, Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19651998000200012&script=sci_arttext&tilng=es>. Acesso em: 03 jul. 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASSIS, Diego. "Reforma Agrária" no direito autoral. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 3 jun. 2004, p.E1.

BESNIER, Bernard. A distinção entre práxis e *poiésis* em Aristóteles. **Analytica**, v. 1, n. 3, 1996. Disponível em: <HTTP://www.analytica.inf.br/analytica/diagrados/4.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim; coord. Renan Lotufo).

BRASIL. **Código Civil** (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Institui o Código Civil. Publicada no D.O.U. de 11.1.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10406.htm>. Acesso em: 1º jun. 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 1º jun. 2009. p.159 .

_____. **Lei dos Direitos Autorais** (Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998). Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Publicada no D.O.U. de 20.2.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em: 1º jun. 2009. p.21.

CANTISTA, Maria José Pinto. **Ética y política, hoy**. Navarra: Universidad de Navarra, 2007. Disponível em: <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/2187/1/01%20MAR%2c%20JOS%2c%20CANTISTA%2c%20Etica%20y%20pol%3c%20adica%2c%20hoy.pdf> Acesso em: 06 jul. 2009.

_____. *Teoria e Praxis: a actual crise de desconexão entre o "saber" e o "viver"*. In: CONFERÊNCIA DE ABERTURA DO ANO ACADÊMICO 1983-1984, 1983, Porto. **Anais...** Porto: Faculdade de Letras do Porto, 1983. Disponível em: <http://repositorio.up.pt/aberto/bitstream/10216/7952/2/artigo3431.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2009.

ECO, Umberto. *Guerrilha semiológica*. In: _____. **Viagem na irrealidade cotidiana**. Trad. Aurora Hornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARZON, Ana Rosa Lemos da Cunha. **Direitos autorais: busca do equilíbrio**. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais) – Escola de Belas Artes da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/EBAD-6VXGB9/1/mestrado_disserta__o.versaocompleta.pdf >. Acesso em: 20 jun. 2009.

GUERRA, Gustavo Rabay. *A teoria jurídica fundamental: algumas especulações acerca do conceito de Direito (em linhas propedêuticas)*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 341, 13 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5329>. Acesso em: 02 jul. 2009.

HABERMAS, Junger. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler.

- Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1. (Biblioteca Tempo Universitário, 101).
- JEFFERSON, Thomas. **The writings of Thomas Jefferson**. Washington: Thomas Jefferson Memorial Association, 1905. v. 13, p.333-5.
- LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**. Trad. Fábio Emilio Costa. Creative Commons 1.0, s/d, s/l. Disponível em: <<http://ebooksgratis.com.br/livros-ebooks-gratis/tecnicos-e-cientificos/direito-autoral-cultura-livre-lawrence-lessig/>>. Acesso em: 22 jun. 2009.
- LIMA, George Marmelstein. A reprodução não-autorizada de obras literárias na Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1792>>. Acesso em: 15 jun. 2009.
- LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista do CCJ**, n. 28, ano 15, jun. 1994. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/25156/24689>>. Acesso em: 02 jul. 2009.
- MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL. Ministério da Cultura. **Direito autoral**. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. (Coleção cadernos de políticas culturais; v. 1).
- ORTELLADO, Pablo. **Por que somos contra a propriedade intelectual?** Copyleft, 2002. Disponível em: <<http://planetarium.com.br/planetarium/noticias/2002/7/1026837123>>. Acesso em: 02 jul. 2009.
- SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.
- STUDER, Andréa Cristina Rodrigues; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Ensaio sobre função social da propriedade no Brasil**. Artigo disponibilizado pelo autor em 04 out. 2006.