

Os obstáculos regulatórios decorrentes da concepção positivista de direito autoral ao acesso ao conhecimento

The regulatory obstacles arising from the positivist conception of copyright to access to knowledge

Rogério Sganzerla*

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Thiago Bottino**

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

1. Introdução

O modelo atual previsto na Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998) efetiva o acesso ao conhecimento de forma prática tal como previsto na Constituição Federal? Há obstáculos regulatórios neste acesso? Quais suas causas? Como melhorá-lo?

Esta pergunta se justifica ao passo que a Constituição Federal de 1988 estabelece nos seus artigos 208 e 215 o dever de o Estado efetivar com a educação o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um e também a garantia a todos os cidadãos do pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

* Doutorando em Sociologia e Direito pela UFF, mestre em Direito, licenciado em Filosofia e licenciando em Ciências Sociais pela UNIRIO e bacharel em Direito pela FGV DIREITO RIO. Pesquisador. Em 2018, foi coordenador do Projeto Congresso em Números do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da FGV Direito Rio. E-mail: rogeriosganzerla@gmail.com.

** Doutor em Direito pela PUC-RIO. Pós Doutor pela Columbia Law School. Professor Adjunto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). E-mail: thiago.bottino@fgv.br.

A proposta deste trabalho não é fazer simplesmente uma reflexão teórica e discursiva sobre a Lei de Direitos Autorais (LDA), mas sim utilizar este tipo de discussão através de uma proposta pragmática. A intenção é defender a utilização de métodos pragmáticos de regulação a fim de efetivar o acesso ao conhecimento, cujo modelo hoje previsto pela LDA está pautado em grande parte numa interpretação positivista.

Este trabalho é fruto de uma pesquisa conjunta do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), sob a orientação do professor Thiago Bottino, e da Iniciação Científica, modalidade IC/UNIRIO, no curso de Filosofia da UNIRIO, sob a orientação da professora Valéria Cristina Lopes Wilke, cujo projeto abordava a “Filosofia da Informação na Contemporaneidade: temas, questões e abordagens”. Nesse sentido, tão importante quanto as críticas apresentadas durante a formulação deste trabalho, foram as observações e sugestões recebidas durante as apresentações realizadas¹ para debater os resultados da pesquisa, que permitiram seu refinamento e aprimoramento.

A análise se baseará essencialmente na mudança do paradigma do direito autoral de uma sociedade cuja estrutura de divulgação era “física” para uma baseada no sistema “digital”. Tendo todo o sistema se baseado numa lógica positivista, da sociedade industrial e do meio físico, as novas questões envolvendo a regulação do acesso a esse conhecimento merecem superar o pensamento estritamente legalista. Por mais que o assunto precise ser regulamentado, precisa haver uma readequação dos seus princípios, sua base e sua função.

Por isso, como forma de revisitar o tema, pretende-se demonstrar que há um problema essencial e fundamental no tratamento da questão, qual seja, a reafirmação de um diálogo positivista, o que impede certos avanços para o tema. No primeiro capítulo será feito um breve relato sobre o estado da arte dos direitos autorais, no intuito de contextualizar o problema e as questões a serem abordadas. Em seguida, será feita uma análise sobre a dicotomia entre o acesso ao conhecimento e a defesa da propriedade privada. Este capítulo é essencial para revelar as lacunas existentes no sistema de propriedade intelectual e quais os entraves existentes na LDA. Por fim, no

1 Foram realizadas apresentações, seguidas de debate, nos seguintes locais: i) I Seminário Internacional de Democracia nos Meios de Comunicação (UFF), em 10 de setembro de 2015; ii) IV Encontro Internacional de Direitos Culturais do PPGD (UNIFOR), em 06 de outubro de 2015.

terceiro capítulo, será abordado o problema da interpretação positivista na efetivação do acesso ao conhecimento, filosofia que alicerça todo o sistema de propriedade intelectual.

2. Estado da arte dos direitos autorais

Nesta primeira etapa, o objetivo é fazer uma análise sistêmica da propriedade intelectual e dos atores envolvidos na obra. Esse diagnóstico é importante para determinar quais os papéis de cada um dos personagens abrangidos neste processo. Tendo em mente os parâmetros de proteção e as figuras envolvidas na questão, será mais fácil adequar o papel e os propósitos de cada um nesta.

Dessa forma, apesar da história dos direitos autorais ser antiga, sua proteção é relativamente recente. Por mais que na antiguidade e na idade medieval já houvesse uma repreensão moral sobre aqueles que copiassem obras sem autorização ou que usassem as de terceiros como se fossem suas, não havia qualquer sanção explícita para quem o fizesse. Somente com a invenção da tipografia e da imprensa, no século XV, que esse problema realmente começou a assombrar a sociedade.

Era preciso resguardar os direitos dos autores, visto que eles viam suas obras serem copiadas indiscriminadamente sem lhes ser atribuídas qualquer autoria. Também era preciso proteger os direitos dos livreiros, que exerciam a atividade econômica e investiam alto na edição de obras, não raro as tendo copiadas por terceiros, que as reproduziam e imprimiam sem tomar os cuidados necessários e sem arcar com os custos da edição original.

A proteção, então, se fez necessária e diversos tratados internacionais, bem como Constituições e leis dos Estados Nacionais, começaram a prever proteção à propriedade intelectual, bem como impuseram sanções àqueles que descumprissem tais preceitos. No decorrer dos séculos XIX e XX, os direitos intelectuais encontram regulamentação em diversos Tratados e Convenções, sendo duas as principais: a) Convenção de Paris em 1833, sobre direitos industriais e b) Convenção de Berna em 1886 sobre direitos autorais. Com base nessa estruturação, propiciou-se certa uniformidade na legislação interna dos países convenientes, inclusive o Brasil, sendo revistos periodicamente no ramo internacional. A União de Paris foi revista em 1885 (Roma), 1891 (Madri), 1897 (Bruxelas), 1911 (Washington), 1925 (Haia), 1958 (Londres) e 1967 (Estocolmo). Já a União de Berna foi revista

em Paris (1896), Berlim (1908), Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971)².

No Brasil, a Constituição de 1988 previu proteção especial à propriedade intelectual, devendo ser entendida também por meio de sua função social³. Além disso, também é prevista na Constituição a proteção pelo Estado da cultura e regulado o acesso ao conhecimento, através dos artigos 208⁴ e 215⁵. Tanto o Código Civil quanto a Lei de Direitos Autorais (LDA) são infraconstitucionais, devendo ser interpretadas à luz da Constituição. No silêncio, ou na divergência, os parâmetros constitucionais devem sempre prevalecer.

A LDA que atualmente está em vigor (Lei 9.610/1998) possui a mesma finalidade que originou a proteção de direitos no século XV: garantir o direito do autor, a atividade de mercado e o acesso ao conhecimento por parte da população. Esses três fatores precisam se conciliar diante de tantos meandros envolvendo a propriedade privada e o interesse público no acesso à obra.

Por isso, em termos gerais, o que é protegido por direito autoral hoje na LDA, no seu art. 7º, são as obras exteriorizadas, minimizando a importância do meio no qual foi expresso. As ideias não são passíveis de proteção. O que é protegido pelo direito autoral é a formalização dessa ideia, tais como personagens, enredo e outras características que materializam a ideia num plano além do abstrato, protegendo-a do plágio. Logo, para que uma obra seja abarcada pelos direitos autorais, não é preciso que seja registrada, sendo facultativo seu exercício (art. 19, LDA). Porém, exceto no caso de distribuição de obra cinematográfica no qual o registro é obrigatório, este ato é importante tendo em vista a prova da anterioridade da obra no caso de algum litígio sobre a titularidade da autoria. Por mais que não seja obrigatório fazer o registro, quem o fez terá grande vantagem para alegar a sua autoria, contudo, merecendo ainda provar que esta obra pertence ao domínio das letras, das artes ou das ciências, ser original e achar-se no período de proteção fixado pela lei, que é atualmente a vida do autor, mais

2 BITTAR, 2013, p. 3.

3 Art. 5º, XXIII, CF/1988: a propriedade atenderá a sua função social;

4 Art. 208, V, CF/1988: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

5 Art. 215, CF/1988: O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

setenta (70) anos contados a partir da sua morte, como forma de abarcar a proteção autoral.

Mas, ainda assim, como garantir o acesso público das obras? Como não fazer com que os direitos autorais, ao invés de protegerem o conhecimento, acabem por inviabilizar o seu acesso?

A resposta para isso, na lei brasileira, é um artigo definindo expressamente o que não é protegido pelo direito autoral, aquilo que é plágio e o que é paródia. Primeiramente, o art. 8º da LDA, estabelece o que não é protegido por direito autoral, estando incluídas nesta lista, por exemplo, as ideias, textos legais, nomes ou títulos isolados, aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras, entre outros.

As ideias então passam a ter papel central no curso da proteção dos direitos autorais, não mais sendo a obra a questão principal dos litígios e desentendimentos. Por se tratar de algo não muito óbvio e claro, a ideia se tornou o artifício escuso para quebrar a proteção do direito autoral e usar produção alheia em benefício próprio. O problema está em até que ponto o uso de uma ideia alheia é permitido.

Não há uma definição legal sobre o que é plágio, mas cita-se o caso de “...E o vento levou” e “A bicicleta azul”⁶. A segunda obra possuía muitas semelhanças com a primeira, acabando por ser condenada como plágio pelos detentores dos direitos autorais de “...E o vento levou”. As justificativas levantadas na decisão⁷ citam o argumento utilizado, o desenvolvimento da ideia, a progressão narrativa, as características físicas e psicológicas dos personagens, a relação entre eles, personagens secundários, situações características, a composição e a expressão de inúmeras cenas e momentos dramáticos correspondentes.

Dessa forma, por ser algo elástico e que merece apreciação caso a caso, a ideia se tornou algo de extremo interesse para a ilegalidade. Ao mesmo tempo que o registro e os aspectos formais de uma ideia surgiram e se tornaram essenciais na prova da sua propriedade, definir padrões objetivos de comparação para a análise de plágio se tornou, então, necessário. Contudo, não há somente o lado ilegal em jogo. Ao passo que o plágio é

6 DEFORGES, 2009.

7 Uma breve descrição da decisão de primeira instância pode ser encontrada em: <https://www.nytimes.com/1989/12/07/books/court-finds-french-author-plagiarized-gone-with-wind.html>. Visitado em: 24/05/2018.

a transgressão da norma protetora dos direitos autorais, a paródia surge como uma imitação humorística. Diferente daquele, este possui um lado engraçado, tendo as diferenças entre os trabalhos importância maior que a extensão das suas semelhanças. Enquanto as comparações do “plágio” utilizam padrões em comum para a caracterização do seu conceito, a “paródia” se identifica nas desigualdades com a obra original, além de ter um tom cômico no seu uso.

Pode-se dizer, assim, que todas as discussões trazidas até este momento parecem (e precisam) girar em torno de um eixo comum: a propriedade. A aplicação hoje adotada não distingue muito daquela que originou a proteção dos direitos autorais: autor, proprietário do direito e consumidor. A diferença é que agora esse leque se expandiu. O autor é aquele quem criou a obra, sendo, em geral, pessoa física, haja vista que a pessoa jurídica somente poderia fazê-lo por intermédio das pessoas físicas que a compõem. Já a titularidade dos direitos autorais é de quem é o titular legitimado a exercer os direitos da obra, podendo ser uma pessoa jurídica ou física distinta do autor. No caso, é possível que um livro seja escrito por um autor, que vende à editora a titularidade dos direitos autorais para sua comercialização. Já a propriedade da obra (física ou digital) é a aquisição de um bem material ou imaterial protegido por direito autoral. É possível exercer o direito de propriedade sobre o livro, tal como guardá-lo, doá-lo, abandoná-lo e até mesmo destruí-lo, mas não é possível exercer qualquer direito sobre a autoria ou sua titularidade, até mesmo para fazer a sua cópia integral, sendo necessário a autorização do titular dos direitos.

Mas já que se trata de um direito à propriedade, tanto o titular como o autor terão direitos eternos sobre a obra? Depende. Não somente de direitos patrimoniais vive a proteção autoral, gozando também de direito moral. Esses direitos morais são a emanção da personalidade do autor e que estão intimamente ligados à relação do autor com a elaboração, a divulgação e a titulação da obra. Assim como os direitos de ordem patrimonial que ingressaram no plano legislativo, o aspecto moral dos direitos autorais foi inicialmente caracterizado como delito de contrafação (sistema alemão), depois teve aceitação na doutrina e na jurisprudência (francês), vindo a compor o Direito legislativo a partir da Convenção de Roma de 1928 como estrutura intrínseca dos direitos autorais⁸. No Brasil, a LDA,

8 BITTAR, 2013, p. 45-46.

no seu art. 24, destrincha quais são os direitos morais do autor de uma obra. Basicamente, procura-se defender a relação do autor com a própria obra, independentemente de qualquer valor econômico envolvido. Por isso, o autor sempre terá o direito de ter seu nome vinculado à obra, tem direito de circulação sobre a obra, podendo mantê-la inédita ou retirá-la de circulação e tem também o direito de alterar a obra. Esses direitos do autor são, como já dito, direitos da sua personalidade e, portanto, inalienáveis e irrenunciáveis (art. 27, LDA), além de imprescritíveis e impenhoráveis. O direito moral do autor é insuscetível de avaliação pecuniária e somente terá qualquer direito patrimonial sobre a obra caso também seja o titular do direito autoral.

Nessa esteira, o titular do direito autoral tem o direito temporal sobre a obra, em geral, o da vida do autor mais 70 anos, contados a partir do 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua morte (art. 41, LDA). Ele tem direito a prévia autorização para terceiros se valerem, por exemplo, da reprodução total ou parcial da obra (mais exemplos no art. 29, LDA), tem direito à independência das utilizações, sendo as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas independentes entre si e, por fim, tem o direito de propriedade sobre o bem, tal como já exposto anteriormente.

Assim, a discussão sobre domínio público se torna importante para que esse acesso ao conhecimento não se torne eterno. O vínculo moral entre autor e obra é, em geral, eterno, mas, no tocante aos direitos a ele decorrentes, há algumas exceções. Já quanto ao vínculo patrimonial, há um tempo limite da vida do autor mais setenta (70) anos contados da sua morte. Até lá, qualquer utilização da obra, sem autorização prévia, que se fizer dela, nos moldes do art. 29 da LDA, será ilegal. Pergunta-se: até que ponto essas proteções apresentadas (função social, plágio, proprietário, autor, titular dos direitos autorais, domínio público, etc.) dificultam ou impedem, de alguma forma, o acesso ao conhecimento por parte da sociedade?

No capítulo a seguir será iniciada a abordagem dessa indagação, apresentando uma comparação entre o acesso ao conhecimento e interesse público. Tal exame não será apenas de cunho teórico, mas sim prático, haja vista que a intenção é discutir o propósito da proteção legal e como as duas esferas de direitos se coadunam para a necessária mudança de paradigma de um sistema (positivista) baseado na LDA e no meio “físico” para uma visão também “digital” da sociedade contemporânea.

3. A dicotomia entre acesso ao conhecimento e propriedade privada

Neste capítulo pretende-se fazer uma análise sobre a dicotomia envolvendo o direito de propriedade e o acesso ao conhecimento. Partem-se dos princípios levantados no capítulo anterior a fim de questionar como o sistema baseia sua lógica e quais os limites que envolvem a proteção e o acesso ao conhecimento. O objetivo é entender como essa fundamentação influencia na elaboração do sistema de proteção hoje usado pelo Brasil (LDA) e porque/de que forma ele está defasado das necessidades contemporâneas e do acesso ao conhecimento.

O sistema principal de direitos autorais adotado em grande parte do mundo é o sistema americano de *copyright*. Ele se baseia principalmente na proteção de cópias e no aspecto objetivo da propriedade, sem focar na personalidade do autor. Por outro lado, o sistema francês, chamado *droit d'auteur*, se preocupa com questões como a criatividade da obra a ser copiada e os direitos morais do autor da obra, focando mais nos direitos de personalidade, concedendo direitos exclusivos à divulgação, o reconhecimento da autoria e a garantia da integridade da obra, inalienáveis e transmissíveis apenas com a morte do autor, como herança.

Como já abordado, o sistema de *copyright* protege o que vem desde a modernidade sendo o foco das questões envolvendo a proteção da obra: a cópia. Tanto é que a Lei de Direitos Autorais brasileira exclui a “ideia” de sua proteção, tendo várias restrições quando há a reprodução de uma obra. O que não é questionado ou abordado (de forma mais detalhada) em qualquer um dos sistemas é o acesso público (ou até privado) a essa obra.

A pretensão aqui não é expor críticas quanto a esse sistema ou defender o sistema francês como uma possível salvação a todos os problemas contemporâneos. Em qualquer lado sempre há problemas e a questão é resolvê-los e não os contornar. Por isso, partindo do princípio que esse sistema de *copyright* representa uma restrição ao acesso conhecimento em relação ao interesse público (ao passo que não é seu foco principal e dispõe de regras rígidas para a disponibilização dessa obra), questiona-se a possibilidade dos dois lados se associarem e tornarem-se mais coletivos e comunitários, prevendo proteções e ao mesmo tempo prevendo soluções aos problemas de propriedade. De que forma é possível ponderar entre acesso à informação e interesse particular na sua propriedade?

Para iniciar o debate sobre estas perguntas é importante definir o que é prioridade no mundo contemporâneo: a propriedade privada, a proteção contra cópias, o direito moral do autor ou o acesso ao conhecimento e à informação? A resposta é problemática.

De uma forma geral, do ponto de vista do mercado a proteção contra cópia e o exercício da titularidade podem ser os pontos mais importantes. Já para o autor, independentemente de ser o titular ou não dos direitos da obra, o importante poderia ser a garantia do direito moral sobre a obra e a proteção do aspecto financeiro. Contudo, para a sociedade em geral o acesso ao conhecimento poderia ser a circunstância mais relevante.

Logo, dependendo de que lado esteja, os interesses sobre as prioridades podem variar. Entretanto, tornar esse debate suscetível à subjetividade das pessoas num mundo no qual o meio físico já não exerce mais o mesmo poder que anteriormente exercia na divulgação e acesso é algo complicado.

Como, então, o acesso ao conhecimento, o autor e o mercado se associam?

Primeiramente, deve-se entender que o mercado, qualquer que seja, precisa de um limite moral. Utilizando como base o pensamento do filósofo contemporâneo Michael J. Sandel¹, caso o mercado pudesse se autorregular, sem qualquer intervenção, e o objetivo mais importante fosse a propriedade e sua manutenção, não haveria qualquer espaço para o domínio público ou a divulgação do pensamento sem o devido pagamento dos direitos autorais. Em consequência, qualquer conteúdo seria mercantilizado (o que hoje em dia de fato é), mas sem restrições ou exceções à regra: qualquer que fosse seu uso haveria de ter um preço para isso.

Por outro lado, há quem entenda que o mercado tem seu espaço, mas ele é limitado moralmente por princípios. O primeiro desses limites é o direito moral do autor, que não pode ser alienado sob qualquer hipótese. Partindo da premissa que tudo pode ser posto à venda e qualquer um pode fazer o que quiser com seu bem, obra ou propriedade, torna-se um problema o fato de qualquer pessoa poder dispor de qualquer tipo de bem. Conceitos como vida, morte e tempo poderiam ser mercantilizados facilmente sem qualquer limite moral para seus usos.

As objeções se prendem em dois argumentos primários: o primeiro afirma que há um problema de equanimidade entre os envolvidos; o segundo afirma que há um problema sobre corrupção. Quanto à equanimi-

1 SANDEL, 2012.

dade, é injusto que as empresas (ou qualquer que seja o titular do direito da obra) lucrem com o bem independente do autor ou do acesso ao conhecimento. Pessoas querem usar a obra, não necessariamente para fins comerciais, mas para fins privados (ou mesmo educacionais ou sociais); autores não seriam remunerados nem teriam garantia moral sobre a obra haja vista que puderam alienar livremente seu direito (fazendo com que, na prática, sequer fossem citados como autores). Por mais que se argumente que o autor vendeu livremente o direito (moral e material) sobre a obra e, além disso, qualquer pessoa que quiser poderá comprar o direito de uso, trata-se de um desvirtuamento do princípio da equanimidade. Em verdade, as condições nessas relações refletem uma liberdade de escolha desigual na qual o detentor do direito, normalmente um conglomerado financeiro, tem muito mais força sobre o autor e aquele que pretende usar a obra para fins educacionais e sociais. O que se esquece é que há um valor moral em jogo e o mercado, ao canalizar todos suas forças para o aspecto financeiro, está deturpando a ideia inicial da obra: a proteção do autor e o acesso ao conhecimento.

Kant² já trazia em seus pensamentos que os valores morais deveriam ser obedecidos em razão da importância do princípio defendido e não em torno da capacidade individual. Não deveria ser atribuído uma pretensão finalista para o valor, pois, nesse caso, obedecer a determinado princípio não teria um respeito próprio e intrínseco que o valor exige. Seria um meio para atingir um fim e, nesse caso, não se lidaria com a moral propriamente dita, mas um sentimento casuístico e subjetivo. Uma ação moral, ao contrário, deve emanar da razão própria e servir de aplicação para qualquer experiência exterior a ponto de tornar-se universal.

No caso do mercado, ao restringir o debate para a esfera financeira e da titularidade do direito autoral, bem como a necessidade de proteção às cópias e à propriedade privada, está se esquecendo do valor intrínseco à obra desde a sua criação, qual seja, o conhecimento. Logo, é necessário, sempre, resguardar esse bem como diretriz para qualquer discussão sobre a obra.

Além disso, o segundo argumento envolve a corrupção. A questão aqui é sobre a natureza daquilo que está sendo comprado e vendido. Quando se lida com o direito moral do autor e o acesso ao conhecimento para fins

2 KANT, 2001.

educacionais e sociais, há uma deturpação sobre a natureza do bem, que não pode ser posto à venda. Quando se fala que tudo tem seu preço, está se dizendo que todo bem pode ter seu valor previsto em termos de cálculo racional de custos e benefícios. Por mais que o incentivo monetário venha a ajudar o incentivo intrínseco (a divulgação moral da obra), o motivo pelo qual se está fazendo isso é principiologicamente preocupante em razão do bem que está envolvido: o conhecimento. Caso não haja um limite moral para o mercado haverá uma corrupção dos princípios inerentes ao bem, quais sejam, o direito moral do autor e o acesso ao conhecimento.

Dessa forma, entende-se que não é possível haver uma posição absoluta sobre o direito da propriedade, assim como seu usufruto ou exercício, pois há valores que estão por detrás da obra que impedem que haja uma mercantilização radical do bem.

Esse ponto leva exatamente à proteção que hoje é realizada pela Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Ao dizer, ao mesmo tempo, que é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII), também se afirma que a propriedade atenderá sua função social (art. 5º, XXIII). Apesar de ser um termo abrangente e de difícil conceituação, é notória a intenção do legislador para que a propriedade não fosse algo ilimitado e que o coletivo e a sociedade não ficassem à mercê do mercado.

A LDA, nesse intuito da Constituição de 1988, garantiu o acesso à informação, delimitando as obras que não constituem ofensas aos direitos autorais, ou seja, tratam-se de usos excepcionados à regra geral, qual seja, a titularidade da obra. Logo, o interesse ao conhecimento está vinculado e restringe o uso absoluto da titularidade da obra. O art. 46 excepciona a (i) – 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.

Logo, a partir da análise realizada sobre o art. 46 da LDA à luz da Constituição Federal de 1988 faz-se uma pergunta sobre a questão: é possível dizer que a função social da propriedade está sendo promovida no Brasil? É possível dizer que o acesso ao conhecimento está sendo estimulado ao mesmo tempo em que a propriedade privada ainda está sendo defendida? Analisando criticamente, após toda esta exposição sobre o conjunto de proteções contra cópias e suas exceções, é possível questionar se o acesso à informação está sendo defendido realmente pela LDA ou se esta é apenas uma forma de agradar minimamente aos interesses sociais. Há uma real proteção quando a lei trata o bem jurídico não como parte do todo, mas como algo anormal, diferente do padrão, uma exceção? Não seria essa uma forma de marginalizar o acesso ao conhecimento e trata-lo como subsidiário?

Portanto, o que interessa são as vantagens por detrás desses direitos: o conhecimento e a propriedade. É preciso, então, discutir se esse limite regulatório ao acesso à informação (gerado pela propriedade e suas proteções) é tão forte e importante a ponto de limitar a produção social do conhecimento.

O art. 46 da LDA, conforme trazido acima, possui um denominador comum em seus incisos (com exceção do III e VIII, que permitem a exploração comercial da obra nova em que se inserem trechos de obra preexistente): o uso não comercial da obra, com caráter informativo, educacional e social. Note-se que a regra é a proteção integral da propriedade e do direito moral e patrimonial do autor, dos titulares dos direitos autorais e do proprietário do bem. As exceções são restritas e taxativas, não admitindo ampliações, a não ser por lei nova.

Antigamente, o uso da propriedade era algo estritamente particular e não convinha a ninguém dizer como o proprietário deveria exercer seu direito. Porém, com a contemporaneidade, novos problemas surgiram e a mesma propriedade passou a ser usada de forma inapropriada e com excessos, tornando a intervenção na esfera privada cada vez mais constante como alternativa a equilibrar esse exagero. Logo, passou-se a entender que a propriedade privada não teria apenas uma função estritamente privada, mas também uma função pública, devendo o Estado conter os excessos e fomentar o acesso a ela. A propriedade tem, por determinação constitucional, uma função a cumprir.

Portanto, em resumo, é possível dizer que a propriedade, no direito autoral brasileiro (CRFB/1988, CC e LDA), possui uma função social (i) ao determinar que os direitos patrimoniais do titular dos direitos autorais terão um tempo limitado de proteção, qual seja, da vida do autor mais 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento e (ii) e ao delimitar as exceções ao direito autoral, tipificando no art. 46 da LDA o que não constitui ofensa a eles, tendo como denominador comum o uso não comercial da obra e seu caráter informativo, educacional e social. Porém, pergunta-se: isso é suficiente para que a função social da propriedade seja promovida?

A lei brasileira possui alguns entraves claros. Citam-se alguns exemplos: (i) não é possível fazer cópia de livro com edição comercial esgotada, ainda que esteja no prazo de proteção dos direitos autorais; (ii) não é possível a cópia para preservação da obra, inclusive por meio de digitalização; (iii) não é possível a representação e execução de qualquer obra em instituições de ensino públicas e gratuita, desde que sem fins lucrativos; (iv) autorização de cópia privada de obra legitimamente adquirida; (v) permissão de representação e execução de obras em ambiente privado.

Todos os casos citados acima são proibidos pela LDA, mas possuem uma inclinação muito a forte a promover o acesso ao conhecimento sem

prejudicar (pelo menos a princípio) o direito do patrimonial ou moral do autor.

Apesar de ter havido um avanço substancial na função social da propriedade intelectual, nota-se que há diversos problemas contemporâneos que não estão abarcados pela lei ou pelo sistema de proteção autoral. A lei deveria prover novas alternativas para esse problema de acesso ou, em verdade, trata-se de uma situação que não incumbe à lei regular?

Por isso, na seção seguinte, serão analisadas as discussões e debates acerca a disponibilização das informações numa era contemporânea e o principal problema que alicerça o conservadorismo na mudança de paradigma do sistema de propriedade intelectual: o positivismo.

4. A era da informação em meio ao cenário digital: físico e não físico

O objetivo desta seção é fazer um exame do cenário que envolve os direitos autorais. Enquanto que nos capítulos anteriores o foco era os parâmetros legais e se havia a correspondência com o mundo atual, agora a avaliação será inversa. Trata-se de investigar os cenários existentes no Brasil e no mundo no contexto de aprovação das leis. Assim, pretende-se questionar quais os problemas existentes que impedem essa efetivação da lei.

Assim, o primeiro passo desta análise é avaliar a conjuntura existente no momento da aprovação da Lei de Direitos Autorais (LDA) no Brasil. Apesar da LDA somente ter sido promulgada em 1998 no Brasil, as discussões remetem às décadas de 1970 e 1980. Nesta época, ausente ainda de computadores e tecnologias avançadas, bem como o advento da internet, não era difícil crer que o parâmetro para o direito autoral era a obra (física).

Toda a proteção se originou com o positivismo. Seu nascimento, segundo Augusto Comte, se deu com a racionalização e a aproximação do conhecimento com a realidade, através de um nexo de causalidade³. A ciência tem por objeto a experiência e limita-se à experiência, estudando unicamente os seus fenômenos sensíveis e suas leis⁴. Só a ciência dará uma base sólida para a reconstrução do real, construção que, ao contrário das

3 NADER, 2000, p. 175.

4 DINIZ, 2014, p. 29.

outras, terá um caráter definitivo, e o que pretende ser a filosofia positiva é “uma teoria geral da ciência e das ciências”⁵.

Sua ascensão se deu na Idade Moderna. Durante a Idade Antiga, o direito natural não era considerado superior ao positivo. A ideia era a de que este era especial e particular àquele, prevalecendo quando houvesse um conflito. Já na Idade Média, há uma inversão entre eles e o direito natural passa a ser considerado superior ao positivo. Contudo, com a monopolização da produção jurídica por parte do Estado com a sociedade Moderna, houve uma limitação às antigas fontes do direito que davam certa liberdade de escolha na determinação de que norma aplicar, na forma de escolher a aplicação de regras de costumes ou elaboradas por juristas ou, ainda, permitia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Na lógica tradicional e historicista na qual a ciência se baseava na sua interpretação, a “filosofia da ciência” era um círculo fechado e positivista. Na tentativa de demarcar as fronteiras da ciência e da não-ciência, entendia-se que somente a objetividade e a lógica poderiam sustentar os resultados da ciência. A tentativa é efetivamente rejeitar qualquer ideia metafísica e que se sustente em critérios nos quais a moral ou os sentidos exteriores estivessem em jogo. Nesse sentido, a ciência passou a ter um sentido próprio e particular, no qual seu próprio sistema, completo e fechado, era suficiente, não havendo lacunas para sua interpretação.

Nessa quebra de paradigmas, Hacking, Kuhn e Feyerabend foram essenciais. Suas críticas foram em torno da reformulação da Filosofia da Ciência para uma necessidade de quebra de paradigmas. Para Hacking⁶, as experiências não podem ser vistas autonomamente e meros artifícios, pois é preciso que o experimento se ligue à teoria. Não é possível que a racionalidade seja autônoma em relação à realidade, tendo vida própria e merecendo ser estudado e levado em consideração.

Para Kuhn⁷, uma disciplina se torna ciência quando há uma crise sobre as suas premissas e fundamentos, necessitando a quebra do paradigma e uma nova revolução científica. Assim, para que isso aconteça, é preciso trazer à ciência novas abordagens psicológicas, sociológicas e históricas.

5 TRUC, 1958, p. 249.

6 HACKING, 2012.

7 KUHN, 1998.

Isso, de forma alguma, retiraria a racionalidade e o caráter verdadeiro da ciência, mas, ao contrário, somente assim é que se conseguiria atingir esses atributos haja vista que não é possível ser uma racionalidade autônoma, ausente das questões imanentes da realidade. A história, nesse sentido, é essencial para que haja essa quebra de paradigmas da ciência.

Fayerabend⁸, na mesma linha que Kuhn, entende que a filosofia da ciência não se esgota na reconstrução lógica das teorias científicas sendo necessária a relação entre sociedade e ciência para que se atinja esse patamar de reflexão filosófica. O ponto principal do autor em relação a Kuhn foi no sentido de proteger outras tradições e todos terem o direito a “serem ouvidos”. Segundo ele, “a ciência e os especialistas são indispensáveis, mas não devem ser os únicos a traçar o destino de nossas vidas”.

Especificamente quanto ao positivismo jurídico, Norberto Bobbio esquematiza de forma simples e excepcional as seis características distintas entre o direito natural e o direito positivo:

- a) O primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Instituições de Justiniano – 1ª definição);
- b) O segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda (Instituições de Justiniano – 2ª definição –, Paulo⁹); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublima a universalidade do espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;
- c) O terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Instituições de Justiniano – 1ª definição –, Hugo Grócio);
- d) O quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Christian Friedrich von Glück): o direito na-

8 FAYERABEND, 2007.

9 Prudentissimus Julius Paulus, também conhecido como Paulo, foi um jurista romano que teve grande importância na elaboração do Digesto. Após a publicação do Codex, Justiniano decidiu fazer uma compilação das sentenças dos juristas clássicos da época. Dos nove mil fragmentos de quarenta juristas usados, os escritos de Paulo serviram de base para quase um quinto da obra.

tural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) O quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou mais por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Hugo Grócio);

f) A última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil¹⁰.

O positivismo jurídico¹¹ se baseia nessa ideia de que “não existe outro direito senão o positivo”. Esse “direito positivo” é aquele posto pelo

10 BOBBIO, 1995, pp. 22-23.

11 Ao nos referirmos ao positivismo jurídico, é preciso frisar que há uma diversidade de pensadores dentro da mesma corrente de filosofia do direito. Kelsen e Hart, apesar de serem alguns de seus principais expoentes, não limitam o pensamento positivista. Por isso, de uma forma geral, para efeitos deste trabalho, adotamos um conceito de positivismo com base em três características: unidade, coerência e completude. A unidade trata o modo pelo qual as normas são postas, ou seja, em obediência às fontes do direito que, segundo o positivismo jurídico, são hierarquicamente subordinadas à existência de uma única fonte de qualificação, uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente o caráter jurídico a todo o conjunto de normas, qual seja, a norma fundamental. Assim, a resposta para a pergunta “por que obedecer” é “porque a lei máxima (superior/fundamental) está mandando”. Já a coerência nega que há, no ordenamento jurídico, normas incompatíveis entre si. Assim, duas normas antinômicas não podem ser ambas válidas: somente uma delas pode fazer parte do referido ordenamento. A alternativa é a aplicação dos critérios de hierarquia, especialidade e cronologia das leis de forma a estabelecer qual delas é válida para a questão. Por fim, a completude nega a existência de lacunas. Há duas explicações para isso: a primeira afirma que, dado um fato qualquer, ou existe uma norma que o regule e, neste caso, não há evidentemente lacuna alguma, ou não existe nenhuma norma que o regule, e nem também neste caso se pode falar de lacuna, visto que o fato não regulado é juridicamente irrelevante, porque pertence ao “espaço jurídico vazio”. Já a segunda explicação afirma que não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma implicitamente nela contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última. Significa dizer que, de uma forma ou de outra, o Direito é completo e tendo ou não uma norma que regule a questão, seja ela primária ou não, há uma situação jurídica existente e somente o legislador poderá alterá-la.

soberano do Estado, nascendo do impulso histórico para a legislação, momento no qual a lei se torna exclusiva do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. Contudo, também segundo o positivismo jurídico, é possível dar prevalência à lei como fonte do direito que nasce do propósito do homem em modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento das leis, ele pode também transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem. Contudo, para isso, é preciso que seja feito conscientemente, segundo uma finalidade racional, ou seja, através da lei¹².

Com isso, pode-se concluir que o ponto dominante do positivismo (e consequentemente a filosofia da ciência) é a ideia de que a ciência é a lei (verdade). O que garante a lei (verdade) e lhe dá solidez é a invariabilidade.

No caso da LDA e das legislações mais antigas de proteção sobre direitos autorais, nota-se a clara necessidade burguesa e industrial de proteção da propriedade privada, razão pela qual a legislação se tornou o principal ponto de convergência para o direito autoral. Para que se pudesse ter uma proteção da obra contra possíveis cópias era preciso que o direito positivo se impusesse e que previsse sanções (quaisquer que fossem) àqueles que não a cumprissem.

Não se afirma que o direito positivo não seja importante, muito menos que deveria acabar. O problema é que toda a lei de direitos autorais, bem como o pensamento protecionista industrial em torno da propriedade privada, se baseia em algo que hoje não é mais o ponto central do direito autoral: o meio físico de divulgação.

Era muito fácil limitar o acesso ao conhecimento às bibliotecas públicas, às escolas e às livrarias, pois aquele que detinha a propriedade da obra não era o mesmo que detinha a titularidade dos direitos autorais e, muito menos, era o autor. O titular do direito autoral visava o lucro com o máximo de vendas possíveis da obra. O público e futuro proprietário da obra, por sua vez, também tinha seu acesso controlado pelo titular dos direitos autorais através dos lugares nos quais ia ser colocado para venda (sejam eles países, estados, bairros), na quantidade e também nas edições. O titular do direito autoral tinha todas as possibilidades de determinar quem e de que forma sua propriedade seria divulgada a público.

12 BOBBIO, 1995, pp. 119-122.

Hoje, contudo, esse sistema não consegue delimitar ou ser delimitado por essas regras. Aquele que possui a titularidade do direito autoral não necessariamente determina mais a forma nem quem acessará sua obra. Um exemplo disso é a internet. Uma vez colocada na rede, o acesso não é mais exclusivo e controlado por aquele que detém a titularidade do direito autoral. Não se afirma que não há alguém que controle esse acesso, ou que não haja estratégias de divulgação do conhecimento específicos para o meio digital, mas aqueles que antes eram os antigos controladores do acesso no meio físico não são mais os novos controladores no meio digital. Logo, trata-se de uma questão intrínseca ao problema: controle.

Isso gera diversas consequências para o sistema. A primeira é a afirmação do direito positivo. Intuitivamente, quando se vê que há uma fuga na aplicação de determinada conduta, surge a afirmação da necessidade do cumprimento da lei. A questão, contudo, é que a aplicação da lei se dá apenas no mundo jurídico e não no mundo dos fatos. Por mais que se argumente que há uma preocupação social, isto não é verdade. Todo esse silogismo é preponderantemente benéfico ao titular dos direitos autorais. Como este não possui mais o controle sobre o acesso e também não lucra (da mesma forma que antes) com o sistema vigente, uma alternativa é afirmar que o sistema está se desvirtuando das regras, levando para uma situação de caos. Com isso, segundo eles, nem o autor teria o seu direito reconhecido e protegido pelas leis, muito menos o titular dos direitos autorais teria mais o lucro, gerando um colapso sobre a propriedade intelectual. Entretanto, esta é a visão de quem detém esse direito autoral. O novo sistema digital precisa de novas regulações e normas. Porém, as regras antigas a ele aplicadas não satisfazem mais os parâmetros de regulatórios de acesso e principalmente o poder daqueles que antes determinavam o curso das águas do sistema. Nesse sentido, uma alternativa é afirmar que o direito positivo vigente, proposto para uma sociedade industrial, orientado para o meio de acesso físico, deve ser também aplicado contundentemente à sociedade de informação e de rede, orientada para o meio de acesso digital. Como aquele que detinha o poder do controle não mais o detém, o método mais simples é sustentar a aplicação e execução das regras.

Segundo, há a afirmação de plágios. Na prática, plágios são descumprimentos de regras positivadas no sistema jurídico e que refletem no uso não permitido da propriedade (intelectual). Para os leigos isso se enquadra como pirataria. Trata-se de afirmar que a propriedade alheia é (muito)

semelhante (senão igual) àquela detida pelo titular dos direitos autorais, fazendo com que a propriedade original e o autor da obra sejam desvalorizados. Logo, qualquer que seja a cópia, seja através da reprodução sem sua autorização e/ou seu ganho, seja através do plágio, o argumento utilizado é que a pirataria desestimula a produção do conhecimento ao passo de que o sistema atual incentiva a cópia pura e simples da obra e não estimula os novos autores a produzir obras e o direito intelectual. Novamente, trata-se de um desvirtuamento utilizando apenas o viés econômico.

De fato, quando não há um respeito às citações das obras e ao direito do seu nome estar vinculado a elas, se está diante de um problema sobre os direitos morais do autor. Da mesma forma, quando alguém copia diversos itens de uma obra, tais como o argumento utilizado, o desenvolvimento da ideia, a progressão narrativa, as características físicas e psicológicas dos personagens, a relação entre eles, personagens secundários, situações características, a composição e a expressão de inúmeras cenas e momentos dramáticos correspondentes, se está diante de um plágio. Além de ter havido uma violação no direito do autor, os créditos (e futuros benefícios econômicos) foram obtidos através de uma simples cópia. Tanto no meio físico quanto no meio digital as cópias irão existir, pois as ideias serão apropriadas indistintamente sem os devidos créditos (morais e materiais). A diferença é que o meio digital possibilita que o plágio aconteça com mais frequência, pois a possibilidade de controle da informação no meio físico é muito mais fácil daquela existente no meio digital. A consequência é uma defesa pela ineficácia do sistema digital (que levaria ao colapso da produção do conhecimento) ao invés do incentivo a meios de proteção ao acesso.

Portanto, a associação constante entre a pirataria e o plágio com a internet não é de todo errônea. Porém, a forma que se faz sim. Como aquele que detinha o poder de controle sobre a regulação do acesso ao conhecimento, através da titularidade do direito autoral, não possui mais esse poder, culpa-se a nova ordem social pelo problema gerado, qual seja, o aumento do plágio e da pirataria (que não é mais nada senão a violação de uma regra). A questão é que tanto o desrespeito ao direito do autor quanto o plágio podem acontecer no meio físico e digital (separadamente e concomitantemente). Ao invés de tentar arranjar uma forma de contê-la, culpa-se o sistema digital. É uma alternativa simples e fácil de, ao mesmo tempo, afirmar que as novas práticas sociais estão ausentes de regulação e que as antigas regras prescritas tinham mais efetividade no controle social.

A contenção do plágio quando o meio físico era o pressuposto fático e de existência para a divulgação da obra era mais simples. Porém, a realidade hoje é outra. Quando o meio digital se tornou preponderante no mundo, dizer que qualquer propriedade intelectual está ausente de regulação é uma afirmação equivocada. Antigas práticas nos meios físicos eram efetivamente reguladas por um sistema jurídico de direito positivo que o tornava (de certa forma) completo e fechado. Esse sistema ainda é (de várias formas) efetivo para o meio físico que ainda hoje é mercantilizado. Entretanto, o que hoje se pretende é aplicar a mesma lógica a um sistema digital que não detém as mesmas premissas e, conseqüentemente, coloca-se a culpa nas práticas sociais, afirmando que a regulação antiga era mais eficiente que atual. No fim, analogamente, a intenção é culpar o vendedor da loja de armas pelo homicídio: o sistema, ao adotar certas escolhas regulatórias, permite o acesso à arma e passa a mão na cabeça do comprador em torno do liberalismo de mercado; a(s) vítima(s) se torna(m) perda(s) inevitável(eis).

Derivado disso, a terceira consequência é a afirmação de uma sanção. Quando há regras, há uma delimitação do escopo de atuação, regulação, liberdade e, no mesmo sentido, da sanção. Uma regra, para ter efetividade, precisa de uma sanção pelo seu não cumprimento, seja civil, criminal, econômico, etc. No caso do direito autoral, o que se pretende é que as sanções civis e criminais sejam aplicadas àqueles que digitalmente violarem as regulações previstas para um sistema projetado para um mundo simplesmente “físico”. Há duas consequências para esse movimento de *law & order*¹³: i) ou a norma não terá efetividade social e não haverá sanção em razão da dificuldade de controle das violações das regras ou ii) as sanções impostas aos poucos que se conseguir “prender” serão consideradas injustas em razão da enorme quantidade de descumprimentos. A primeira hipótese é a clássica “terra de ninguém” e a “lei que não pegou”; a segunda é a injustiça social em torno da punição pedagógica de poucos em prol de uma diminuição da criminalidade.

13 Esta doutrina da Lei e Ordem ficou conhecida nos Estados Unidos a partir dos anos 1970 pela defesa da aplicação irrestrita da lei e um endurecimento das penas. Posteriormente, através de uma política de Tolerância Zero, a proposta se aprofundou num aspecto político-criminal no qual se defendia a repressão a todos os crimes, até os menores e mais simples, e de forma exemplar e rígida, como forma de diminuir a criminalidade e melhorar o convívio social.

No primeiro caso, o prejuízo para o sistema é absurdo, pois uma área na qual não há regulação remete às ideias de estado de natureza de Hobbes e Rousseau: para Hobbes¹⁴, como todos são iguais nos seus egoísmos, a ação de cada um somente será limitada pelos demais, em razão da ausência de um governo central que estabeleça uma ordem; para Rousseau¹⁵, as preocupações humanas seriam apenas básicas, vivendo em isolamento, sem necessidade de conviver com o outro e em sociedade. Apesar da divergência histórica entre ambos, o que há em comum é que o estado de natureza se apresenta como contra face do estado civil, ou seja, se o homem não está no interior da sociedade política, cai no estado de natureza. Seria o estágio pré-político e social do homem, embora este, mesmo em estado de natureza, não seja pensado como “selvagem”, sendo o mesmo que vive em sociedade¹⁶. Na sociedade, o que acontecerá (se já não acontece) será a visão de um meio digital como um lugar no qual não existe regulação capaz de promover a interação coletiva pacífica; logo, a única saída será o isolamento e o não uso da internet para divulgação de obras, com medo de que este ambiente seja hostil e sem regulação.

Já no segundo caso (injustiça social), quando há uma situação na qual poucos indivíduos são punidos por uma prática social coletiva na qual o sistema jurídico não consegue regular, o entendimento é que o aumento da sanção resulte na redução da criminalidade. Cesare Beccaria¹⁷ foi o precursor do estudo da criminologia e da prevenção dos crimes. Em resumo, entende o autor que as leis são fundamentais e influenciam diretamente o indivíduo. Para isso, é preciso que ela seja anterior, escrita e publicizada, de modo a desmotivar a atitude irracional das pessoas, pois eles saberão que cumprirão uma pena. Apesar de defender a educação no aperfeiçoamento da prevenção, o cerne do seu pensamento se baseava na associação entre crime, punição e prevenção. Porém, o aumento das penas para intimidar os sujeitos com intuito de diminuir a criminalidade se mostrou ineficaz: não inibe a criminalidade, não reeduca o infrator e estimula a reincidência, além de separar famílias e destruir indivíduos, aniquilando sua autoestima e embrutecendo-os. Sabe-se que quem sai das penitenciárias, em geral sai pior

14 HOBBS, 2008.

15 ROSSEAU, 2014.

16 STRECK, 2010, p. 30.

17 BECCARIA, 2002, pp. 135-140.

e, ao reincidir, frequentemente comete crimes mais graves, ao contrário dos infratores punidos com penas alternativas, que reincidem muito menos¹⁸.

Portanto, nota-se que o pensamento positivista e sancionatório de regulação e aplicação da lei a um ambiente no qual ela não possui efetividade social não produz os efeitos preventivos que se esperaria. Ao contrário, trata-se do colapso de todo o ordenamento jurídico de posituação legal. Enfatizar a sanção daqueles que descumprem uma regra prevista para um outro tempo histórico, de obras físicas e de acesso controlado, é lutar contra um sistema que possui as características completamente opostas às antigas e que, no final, poderá acabar desestruturando todas as bases do sistema, incluindo o direito positivo.

5. Conclusão

Neste trabalho a intenção foi demonstrar que o sistema de proteção do direito autoral atualmente em vigor no Brasil, especialmente através da Constituição de 1988, o Código Civil e a Lei de Direitos Autorais, foi construída dentro de um sistema positivista e buscava a proteção da obra “física”. Com a sociedade de rede e da informação, a internet tornou o mundo digital muito mais acessível, fazendo com que toda a sistemática anteriormente pensava fosse questionada.

Porém, ao invés de se adequar a essa nova realidade, nota-se o positivismo foi o principal entrave à popularização e a essa nova perspectiva digital implantada mundialmente com o surgimento dessa nova sociedade de rede. Nessa linha, o que se nota é uma tentativa de alteração, através do direito positivo, da realidade e dos meios de interação social. É razoavelmente tranquilo afirmar que “o direito positivo é o direito posto” e, dessa forma, dar prevalência à lei como fonte do direito e, assim, negar alterações sobre o direito positivo. Contudo, também segundo o positivismo jurídico, é possível dar prevalência à lei como fonte do direito que nasce do propósito do homem em modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento das leis, ele pode também transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem. Contudo, para isso, é preciso que seja feito conscientemente, segundo uma finalidade racional, ou seja, através da lei¹⁹.

18 LEMGRUBER, 2001, p. 28.

19 BOBBIO, 1995, pp. 119-122.

Para isso ser feito, são necessárias políticas públicas e meios de interação social. A proposta desenvolvida pelo antigo modelo de proteção autoral é o uso puro e simples da aplicação e sanção da lei, o que não resulta em consequências positivas na reestruturação de um modelo de regulação baseado na lógica anterior (iluminista, liberal e positivista).

Assim, toda esta análise sobre a alternância de paradigmas do meio físico para o meio digital reflete o surgimento da sociedade de informação. Apesar do meio físico não ter sido abolido, a ascensão do meio digital demonstra que o poder alterou a moeda mundial. A detenção de informação passou a ser o ponto central para o poder e a regulação do acesso ao conhecimento.

O nascimento da informação não só como conceito, mas também como ideologia, está intrinsicamente ligado ao desenvolvimento do computador durante os anos da guerra e no período imediatamente posterior. A sociedade industrial valorizava o trabalho muscular e a sociedade pós-industrial implantou a ideia de uma sociedade de serviços e o rápido crescimento de oportunidades de emprego para profissionais liberais e de nível técnico. Na sociedade de informação, o recurso estratégico tornou-se a detenção de informação²⁰.

Na sociedade de informação, alguns elementos particulares são essenciais na sua caracterização: programas de computador, circuitos integrados, bases de dados eletrônicas e utilização de obras por computador. A partir de 1996 que a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) começou a abordar as questões provenientes da internet e integração de obras. Porém, mesmo assim, muitos problemas surgiram em torno do viés utilizado: seria esta uma regulação preocupada apenas com o aumento de proteção a todo custo e não com a justiça intrínseca das soluções²¹?

Nesse contexto, é preciso que a informação opere em um contexto global de sociedade da informação. O ser humano não tem mais necessidade de buscá-la fisicamente, tal como em livrarias, em bibliotecas ou bancos de dados específicos. Uma rede eletrônica de bibliotecas, arquivos e bandos de dados surgiu, teoricamente acessível a qualquer pessoa, em qualquer lugar, a qualquer momento. Isso alterou a forma de produção e a fonte de criação. O que antes se baseava no produto, físico, agora se baseia na

20 KUMAR, 1997, p. 21.

21 ASCENSÃO, 2002, p. 73-74.

informação, digital. E, mais ainda, tal sociedade de informação não se resume apenas ao modo de produção, mas também como um estilo de vida completo. Dessa forma, é inevitável àqueles que perderam seus lugares na pirâmide do poder lutar para que o sistema retroaja ou se imponha com base numa era (ultra)passada. A sociedade inteira mudou e não somente os meios de produção, fazendo com que aqueles que tinham o poder de controle sejam mais (necessariamente) aqueles que antes o detinha.

Referências

- ADJUKIEWICZ, Kazimierz. *Problemas e teorias da filosofia*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada conforme a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (com as alterações da Lei 12.853/2013). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Mácio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- DEFORGES, Régine. *A bicicleta azul*. Trad. Ligia Guterres. São Paulo: Cultura, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. São Paulo: UNESP, 2007.
- HACKING, Ian. *Representar e intervir – Tópicos introdutórios de filosofia da ciência natural*. Trad. Pedro Rocha de Oliveira. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2012.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

- LEMGRUBER, Leticia. Controle da criminalidade: mitos e fatos. *Revista Think Thank*. São Paulo: 2001.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ROUSSEAU, J. J. *Contrato social*. Rio de Janeiro: RT. 2014.
- SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TRUC, Gonzague. *História da Filosofia*. Trad. Ruy Flores Lopes e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1958.

Recebido em 04 de janeiro de 2016.

Aprovado em 12 de dezembro de 2017.