

PEDRO NICOLETTI MIZUKAMI

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL:
COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS E DIREITOS
AUTORAIS NA CF/88

Mestrado em Direito

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2007

PEDRO NICOLETTI MIZUKAMI

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL:
COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS E DIREITOS
AUTORAIS NA CF/88

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito do Estado, área de
concentração Direito Constitucional, sob a
orientação da Professora Doutora Maria Garcia.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2007



Atribuição-Uso Não-Comercial-Não a obras derivadas 2.5 Brasil

Você pode:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra

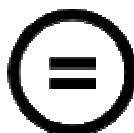
Sob as seguintes condições:



Atribuição. Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



Uso Não-Comercial. Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



Vedada a Criação de Obras Derivadas. Você não pode alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta.

- Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outros os termos da licença desta obra.
- Qualquer uma destas condições pode ser renunciada, desde que Você obtenha permissão do autor.

Os termos integrais da licença encontram-se disponíveis no seguinte endereço:
<<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/br/legalcode>>. Acesso em: 08.02.07.

Em caso de dúvidas quanto ao licenciamento da obra, escrever para: mizukami@gmail.com.

Dedicado, novamente, a:

**Maria da Graça,
Maria do Carmo
e
Maria Aparecida**

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Maria Garcia, não só pela orientação segura deste trabalho, mas por todas as idéias, pontos de partida e espírito crítico distribuídos com generosidade em diversas aulas e reuniões de grupos de estudo.

Agradeço, ainda, aos amigos Adriana Salgado Peters, Amauri Gavião, André Lima, Aydil da Fonseca Prudente, Camilo Augusto Amadio Guerrero, Bruna Casais Cambeiro, Cristiane Geraldine Ferreira, Dario Lima, Eduardo Molan Gaban, João Lucas Carvalho, Joaquim Ghirotti, Vital Castro, Lúcio de Souza Coelho, Marcelo Soares Souza, Marcus Pessoa, Marília Simão Seixas, Mascarenhas Castro (*in memoriam*), Mauricio Bumba, Paulo Varella Veronese (*in memoriam*), Sergio Roberto Zoppellari Iori e Tiago Terenzi. Alguns de vocês eu nunca conheci pessoalmente. Mas amizades que já duram mais de dez anos – à distância, que sejam – não apenas contribuíram muito para a minha compreensão de alguns dos temas tratados na presente dissertação, mas também servem como prova de que limitações geográficas costumam ser superestimadas, e que proximidade intelectual e afinidade espiritual independem de um espaço efetivamente existente.

Agradeço, por fim, mais uma vez, a Eduardo Molan Gaban pela leitura de uma versão anterior deste trabalho, e por valiosas discussões a respeito dele.

RESUMO

Notando que na literatura jurídica brasileira as discussões em torno das dimensões constitucionais dos direitos autorais são raras e insuficientes, ainda mais em se tratando de temas ligados à atual crise da propriedade intelectual, a presente dissertação procurou investigar quais as respostas que Constituição brasileira poderia oferecer ao fenômeno do compartilhamento de arquivos na Internet, partindo da hipótese de que a delimitação do conteúdo da função social da propriedade, inserida no art. 5º, inciso XXIII da CF/88, poderia oferecer soluções adequadas para o problema. Com fundamentação na teoria das quatro modalidades de regulação de Lawrence Lessig, adotou-se uma abordagem de análise interdisciplinar que não ignora problemas de dogmática jurídica, mas os insere em um plano teórico que privilegia a discussão em torno de quais políticas públicas seriam as mais desejáveis em relação a um regime ideal de exceções aos direitos autorais. Concluiu-se que há espaço para uma interpretação da Constituição que autorizaria a prática do compartilhamento de arquivos, bem como outras condutas afins, argumentando-se, por outro lado, que uma política maximalista de propriedade intelectual extrapola qualquer interpretação razoável da dimensão constitucional dos direitos autorais, e que as limitações implementadas infraconstitucionalmente pela Lei n.º 9.610/98 são insuficientes para suprir o que é exigido pela função social da propriedade intelectual e, conseqüentemente, inconstitucionais se interpretadas restritivamente. No tocante aos aspectos teórico-metodológicos específicos de ciência do direito, optou-se por uma perspectiva kelseniana em um nível metateórico, e a aplicação separada de abordagens distintas no plano teórico: a teoria estruturante de Friedrich Müller, e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, cada qual com suas particulares conseqüências metodológicas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS AUTORAIS; DIREITO DE AUTOR; FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE; PROPRIEDADE INTELECTUAL; LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS; COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS; POLÍTICAS PÚBLICAS; INTERNET; DIREITO DIGITAL; DIREITO À EDUCAÇÃO; DIREITO À CULTURA; *COMMONS*.

ABSTRACT

Noticing that debates concerning the constitutional aspects of copyright are either rare or insufficient in Brazilian legal literature – especially when it comes to dealing with themes regarding the current crisis of intellectual property rights – we sought out to investigate which answers could be found in the Brazilian Constitution for the problem of file sharing. Starting out from the hypothesis that adequate solutions could be found by understanding the meaning and the extent of the social function of property clause established under art. 5º, XXIII of the Constitution, we adopted Lawrence Lessig’s model of four modalities of constraint to frame an interdisciplinary approach to the problem. We chose not to ignore legal dogmatics, but to deal with it in a theoretical environment that prioritizes policy considerations, with the goal of developing an optimal regime of copyright exceptions. We conclude that there is room for an interpretation of the Brazilian Constitution under which file sharing would be legal, along with other practices that are currently considered to constitute copyright infringement. On the other hand, we also conclude that any reasonable interpretation of the Brazilian Constitution would disallow maximalist implementations of copyright law, and that the copyright exception regime established by the Brazilian Copyright Statute (Lei n.º 9.610/98) is not wide enough to meet the demands of the social function of intellectual property, as required by the Constitution. If construed restrictively, the Brazilian Copyright Statute is unconstitutional as far as exceptions are concerned. The theoretical framework that guided our interpretation of the Constitution is based on a Kelsenian approach on a metatheoretical level, under which two different approaches were used on a theoretical level, applied separately and not together, and with different methodological consequences: Friedrich Müller’s *Strukturiende Rechtslehre* and Robert Alexy’s theory of fundamental rights.

KEYWORDS: COPYRIGHT; *DROIT D’AUTEUR*; SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY; INTELLECTUAL PROPERTY; COPYRIGHT EXCEPTIONS; FILE SHARING; INFORMATION POLICY; INTERNET; INTERNET LAW; RIGHT TO EDUCATION; ACCESS TO CULTURE; *COMMONS*.

"Would you go into a CD store and steal a CD? It's the same thing – people going into their computers and logging on and stealing our music"

Britney Spears, cantora¹

“[A respeito de direitos autorais sobre seus filmes, Godard] me respondeu: *‘Tome o que você quiser. Não existem direitos autorais, apenas deveres’*”.

Bernardo Bertolucci, cineasta²

¹ MPAA; JUNIOR ACHIEVEMENT. *What's the diff*: a guide to digital citizenship for volunteers and teachers. Disponível em: <http://www.respectcopyrights.org/CG_FINAL.pdf>. Acesso em: 08.02.07.

² Folha de São Paulo, Ilustrada, 07 de setembro de 2003, grifamos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1. A INTERNET ENQUANTO ESPAÇO REGULÁVEL E ENQUANTO ESPAÇO REGULADOR: PROBLEMAS DE CONTEXTO, MOLDURA TEÓRICA E PRINCÍPIOS DE ARQUITETURA DE REDE	8
1.1 Três problemas prioritários de contexto.....	10
1.1.1 Direito e Internet.....	10
1.1.2 Crescente politização do discurso em torno do compartilhamento de arquivos	14
1.1.3 Normatividades paralelas	17
1.2 A teoria das quatro modalidades de regulação de Lawrence Lessig	22
1.2.1 A New Chicago School	22
1.2.2 Direito, mercado, normas sociais e arquitetura.....	24
1.2.3. Regulação por código	27
1.3 Desenvolvimento histórico da Internet: arquitetura e normas sociais.....	31
1.3.1 Origem e propósitos da Internet.....	31
1.3.2 Comutação de circuitos e comutação de pacotes.....	33
1.3.3 Formação do Internet Standards Process	35
1.3.4 Internet e World Wide Web	37
1.3.5 Valores e arquitetura	40
1.3.6 Princípios arquitetônicos da Internet.....	43
CAPÍTULO 2. COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS: ARQUITETURA E NORMAS SOCIAIS ...	48
2.1 Aspectos técnicos (arquitetura)	50
2.1.1 Panorama: estudo em camadas	50
2.1.1.1 Camada física.....	51
2.1.1.2 Camada lógica.....	52
2.1.1.3 Camada do conteúdo	53
2.1.1.3.1 Acervo	54
2.1.1.3.2 Fontes	57
2.1.2 Infra-estrutura de compartilhamento.....	62
2.1.2.1 Redes p2p (<i>peer-to-peer</i>).....	63
2.1.2.1.1 Primeira geração	65
2.1.2.1.2 Segunda geração.....	68
2.1.2.1.3 Terceira geração	71
2.1.2.2 Newsgroups (Usenet).....	79
2.1.2.3 IRC (<i>Internet Relay Chat</i>)	81
2.1.2.4 Servidores FTP e serviços de armazenamento Web, associados a fóruns e <i>blogs</i>	82
2.2 Aspectos sociais (normas sociais).....	83
2.2.1 Código e normas sociais.....	83
2.2.2 Perspectivas macro e micro: normas gerais e normas específicas.....	84
2.2.3 Normas gerais da comunidade (perspectiva macro)	86
2.2.3.1 Norma de compartilhamento.....	87
2.2.3.2 Norma de vedação ao <i>leeching</i>	88

2.2.3.3 Norma de retribuição ao autor.....	89
2.2.4 Normas específicas e estruturas de comando (perspectiva micro)	91
2.2.4.1 Estrutura de comando distribuída.....	91
2.2.4.2 Estrutura de comando centralizada	93
2.3 Ação e reação: evolução dos sistemas de compartilhamento de arquivos.....	99
CAPÍTULO 3. A REAÇÃO DA INDÚSTRIA DO CONTEÚDO.....	101
3.1 Motivação para a reação: impacto nas vendas e estruturas da indústria	103
3.2 Ofensiva jurídica	110
3.2.1 <i>Lobby</i>	110
3.2.2 Processos e ações policiais	117
3.2.2.1 Processos contra os detentores de tecnologia	117
3.2.2.2 Processos contra os usuários das redes de compartilhamento	126
3.2.2.3 Contra administradores de <i>trackers</i> de <i>torrent</i> e indexadores de <i>links</i> ed2k	129
3.3 Ofensiva tecnológica	133
3.3.1 TPMs, sistemas de DRM e <i>trusted computing</i>	133
3.3.1.1 Problemas técnicos de implementação.....	140
3.3.1.2 Problemas jurídicos de implementação.....	144
3.3.2 Sabotagem.....	147
3.3.3 Ataques à neutralidade da rede.....	149
3.4 Ofensiva propagandística	152
3.4.1 Primeira estratégia: estigmatizar	152
3.4.2 Segunda estratégia: aterrorizar	154
3.4.3 Terceira estratégia: doutrinar	155
3.5 Ofensiva comercial.....	157
3.5.1 Lojas de mídia digital	160
3.5.2 Lojas p2p.....	162
3.6 Conseqüências.....	164
CAPÍTULO 4. A PROPRIEDADE INTELECTUAL EM CRISE	167
4.1 Crise conceitual.....	169
4.1.1 Abrangência do rótulo.....	171
4.1.2 Contradições internas	174
4.1.3 Natureza jurídica.....	178
4.2 Crise de modelos de negócio	181
4.2.1 O desenvolvimento de uma economia de informação industrial e sua transição para uma economia de informação em rede (Benkler)	184
4.2.2 Inovação tecnológica e a mutação do perfil de consumidor (Benkler).....	187
4.2.3 Estratégias de produção de informação (Benkler)	192
4.2.4 <i>Commons-based peer production</i> (Benkler).....	196
4.2.4.1 <i>Commons</i>	197
4.2.4.2 <i>Peer production</i>	200
4.2.4.3 Aplicações	202
4.2.5 Racionalização empresarial das alterações estruturais em curso	204
4.2.5.1 A Long Tail (Anderson)	205
4.2.5.2 Web 2.0 (O'Reilly)	210
4.2.6 Reconstruindo modelos de negócios e concepções de propriedade autoral ..	212
4.3 Crise de eficácia.....	214

4.4 Crise de legitimidade.....	217
4.5 Os problemas suscitados pela crise e seu enfrentamento.....	221
CAPÍTULO 5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DE DIREITO	
AUTORAL	224
5.1 Formação dos direitos de autor	229
5.1.1 Ambiente cultural e direitos de autor.....	232
5.1.2 A invenção da imprensa, o comércio do livro e o sistema de privilégios.....	236
5.1.3 A concepção romântica de autor/autoria e a fundamentação de uma propriedade literária autoral.....	240
5.1.3.1 Matrizes alemãs para a fundamentação da propriedade literária autoral.....	243
5.1.3.2 Matrizes inglesas para a fundamentação da propriedade literária autoral	245
5.1.3.3 Matrizes francesas para fundamentação da propriedade literária	247
5.1.3.4 Articulação posterior da base de fundamentação	250
5.1.4 A Stationers' Company e o <i>stationer's copyright</i>	250
5.1.4.1 A incorporação dos <i>stationers</i> e o desenvolvimento de um monopólio no comércio do livro.....	251
5.1.4.2 Das <i>printing patents</i> ao <i>stationer's copyright</i>	253
5.1.4.3 Das leis de censura ao Statute of Anne.....	256
5.2 Consolidação dos direitos de autor	258
5.2.1 Inglaterra: o Statute of Anne e a Battle of the Booksellers	259
5.2.2 Estados Unidos: entre propriedade autoral e monopólio limitado.....	263
5.2.3 França e Alemanha: desenvolvimento da tradição do <i>droit d'auteur</i>	266
5.3 Expansão dos direitos de autor	271
5.3.1 Expansão territorial.....	272
5.3.2 Expansão substancial.....	276
5.3.3 A introdução dos direitos autorais no direito Brasil.....	286
5.4 Reestruturação dos direitos de autor	291
5.4.1 Reformulação industrial do direito internacional de propriedade intelectual	292
5.4.2 Reformulação contra-industrial do direito internacional de propriedade intelectual.....	299
CAPÍTULO 6. FUNDAMENTAÇÃO CLÁSSICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE	
DIREITOS DE AUTOR E DISCURSOS CONTEMPORÂNEOS.....	302
6.1 Discursos e pré-compreensão do intérprete.....	302
6.1.1 Preconceitos e pré-compreensão (Gadamer)	304
6.1.2 Discursos dominantes e senso-comum (Fairclough)	306
6.2 Discursos clássicos de fundamentação.....	312
6.2.1 Fundamentação utilitarista	313
6.2.2 Fundamentação jusnaturalista.....	316
6.3 Discursos contemporâneos.....	321
6.3.1 O discurso da indústria do conteúdo	321
6.3.1.1 Propriedade enquanto valor absoluto.....	322
6.3.1.2 Recurso a vocabulário auxiliar.....	325
6.3.1.3 A fundamentação utilitarista clássica e sua releitura.....	326
6.3.1.4 Deslegitimação de estratégias alternativas de produção de informação	331
6.3.1.5 Produção normativa extra-estatal.....	332

6.3.2 O discurso da literatura acadêmica e doutrinária	336
6.3.2.1 Os autoralistas brasileiros	336
6.3.2.2 Literatura estrangeira	340
6.3.3 O discurso dos autores	343
6.3.4 O discurso do movimento do <i>software</i> livre	348
6.4 Transição para um estudo jurídico-dogmático	353
CAPÍTULO 7. PERSPECTIVAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS DE CIÊNCIA DO DIREITO	358
7.1 Positivismo(s) e pós-positivismo(s): afirmações precoces de ruptura paradigmática	360
7.1.1 Positivismos	362
7.1.2 “Pós-positivismos”, “neoconstitucionalismo” e diversidade teórica.....	363
7.1.3 Positivismo, “teoria da razão” e auto-descrição do direito (Luhmann)	366
7.2 Kelsenianismo moderado como posição metateórica	369
7.3 A teoria estruturante de Friedrich Müller	375
7.3.1 Texto de norma, norma e concretização	377
7.3.2 Interpretação e elementos de concretização	382
7.4 A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.....	387
7.4.1 Normas jurídicas: princípios e regras	389
7.4.2 Regra da proporcionalidade	396
7.4.3 Direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos	398
7.5 Aplicações.....	401
CAPÍTULO 8. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: DIREITOS AUTORAIS E COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS NA CF/88.....	402
8.1 Orientações gerais	403
8.2 Direitos autorais e compartilhamento de arquivos na CF/88 a partir da metódica estruturante de Friedrich Müller.....	406
8.2.1 Conjunto de fatos	408
8.2.2 Hipóteses de textos	408
8.2.3 Delimitação do âmbito factual e do âmbito do caso	413
8.2.4 Extração do programa normativo.....	416
8.2.4.1 Textos diretamente referentes a direitos autorais.....	417
8.2.4.1.1 Direitos patrimoniais.....	417
8.2.4.1.2 Direitos morais	421
8.2.4.2 Vinculação a um direito de propriedade funcionalmente condicionado	422
8.2.4.3 Disposições de contexto	428
8.2.4.3.1 Direitos individuais.....	430
8.2.4.3.2 Princípios e objetivos estatais.....	438
8.2.5 Âmbito normativo.....	444
8.2.5.1 Cópia privada.....	446
8.2.5.2 Reprodução/distribuição não-autorizada para o mercado	447
8.2.5.3 Compartilhamento de arquivos.....	447
8.2.5.4 Reprodução não-autorizada, sem pagamento, para uso próprio.....	452
8.2.6 Norma jurídica.....	452
8.3 Direitos autorais e compartilhamento de arquivos na CF/88 a partir da dogmática de direitos fundamentais de Robert Alexy.....	454
8.3.1 Adequação.....	456
8.3.2 Necessidade.....	458
8.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	460

8.4 Análise no plano metateórico	462
CAPÍTULO 9. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O REGIME	
INFRANCONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS	464
9.1 Direito infraconstitucional.....	465
9.1.1 Direito civil.....	465
9.1.1.1 Erros, dificuldades e obstáculos de interpretação	466
9.1.1.2 Regime atual de limitações.....	471
9.1.1.3 Inconstitucionalidade.....	476
9.1.2 Direito penal.....	477
9.2 Direito internacional.....	481
9.3 Função social da propriedade intelectual: viabilidade e conveniência	484
CONCLUSÕES.....	492
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	510

INTRODUÇÃO

A partir de 1999, um período de grandes transformações culturais teve início. Um estudante norte-americano chamado Shawn Fanning criou uma rede de trocas de arquivos musicais de nome Napster, que desencadearia um processo de mudanças radicais nos hábitos de consumo, produção e distribuição de bens culturais. Esse processo, ainda em andamento, sobreviveu à extinção do Napster original em 2001, após decisão judicial em processo movido pela indústria fonográfica.

A comunidade de usuários do sistema, que havia crescido em números assustadores entre 1999 e 2001, dispersou-se em novas redes de compartilhamento de arquivos. E uma prática que, no início, apenas se limitava à troca de conteúdo musical, expandiu-se de modo a incluir filmes, programas de TV, livros, revistas em quadrinhos, partidas esportivas, aplicativos e jogos de computador – qualquer conteúdo, enfim, que pudesse ser convertido em formato digital. A comunidade, além disso, cresceu ainda mais em tamanho, adquiriu um *ethos* e uma pauta normativa comuns, desenvolveu sistemas de compartilhamento muito mais elaborados, e fragmentou-se em comunidades setorizadas.

O termo comunidade não é utilizado à toa. O Napster original, além de uma ferramenta para busca e compartilhamento de arquivos de música, vinha acompanhado de instrumental para comunicação direta entre usuários, tanto em base individual quanto em base coletiva. Havia salas de bate-papo divididas por gêneros musicais, e a possibilidade sempre presente de se comunicar diretamente com outros usuários e discutir a respeito de qualquer assunto – música, principalmente. Não se tratava, apenas, de um sistema que facilitava e intermediava a troca direta de arquivos MP3 armazenados nos computadores dos usuários. O Napster também servia como plataforma para que pessoas de todos os lugares do mundo se conhecessem, conversassem a respeito de música, compartilhassem

cultura, e pudessem desfrutar de um acervo musical ao qual nunca teriam acesso no rádio e nas lojas de música.

Surgiu, assim, dentre a comunidade, o espírito de que o compartilhamento gratuito de bens culturais em larga escala era algo benéfico, e que *deveria* ocorrer não obstante as legislações de direitos autorais. Esse espírito, nascido tanto do ato do compartilhamento quanto da comunicação entre os usuários, não era algo exatamente novo: as pessoas costumam emprestar bens culturais umas às outras há décadas. O que o Napster fez foi apenas oferecer algo que, na época, nunca havia existido: uma plataforma para a construção de um acervo musical global e universal, construído pelos próprios usuários. Houve uma exponenciação, assim, de uma prática que já existia na era pré-Napster. O principal diferencial é que se compartilhava com estranhos, e que o número de estranhos passava dos milhões.

Os setores industriais não apreciaram a idéia. Como reação, a indústria do conteúdo, litigiosa desde o princípio, além de recorrer ao direito, adotaria diversas outras estratégias, com o intuito de coibir a prática emergente do compartilhamento. Desta maneira, além dos tradicionais *lobby* e processos/ações policiais (contra usuários e empresas), a indústria faria uso de travas tecnológicas para coibir reproduções digitais; produziria propaganda para assustar, doutrinar e estigmatizar os usuários das redes; e abriria lojas virtuais, em uma tentativa tímida de experimentação com novos modelos de negócios, que em essência apenas reproduzem os antigos no espaço da Internet.

As estratégias não surtiram efeito. As ações da indústria do conteúdo têm sido cada vez mais agressivas, mas a comunidade persiste, cresce e evolui. O estado atual do compartilhamento de arquivos, se comparado aos anos Napster, demonstra uma sofisticação que era pouco provável na época, até nos prognósticos mais otimistas. É indiscutível que as ofensivas jurídicas, tecnológicas e propagandísticas da indústria do conteúdo acabaram causando perturbações aos sistemas de compartilhamento. Essas perturbações, contudo, impulsionaram a evolução, fortalecimento e imunização dos sistemas, e aumentaram a coesão social das comunidades de usuários das redes. A situação pode vir a se alterar, mas é discutível até que ponto as transformações são reversíveis, e em que medida. O fato é que mudanças drásticas não ocorrerão do dia para a noite, e já se

passam quase oito anos de constantes ataques aos sistemas de compartilhamento sem que eles dêem sinal de derrota. A discussão, além disso, tem se politizado cada vez mais, e a situação de países como a Suécia, França e Canadá dá a impressão de que os debates no plano político apenas começaram.

Alguns comentadores lamentam o estado das coisas, tomando o compartilhamento de arquivos como nocivo simplesmente por violar as normas de direito autoral. Trata-se de uma visão simplista e irrefletida do problema. Diante da aparente ilegalidade, há que *pelo menos* se questionar se haveria uma homogeneidade na prática do compartilhamento de arquivos que justifique tomá-la como ilegal em *todos* os casos. Dito de outra forma, há que se questionar se a interpretação das normas de direitos autorais não autorizaria o compartilhamento ao menos em *algumas* hipóteses. Mas essa não é a única pergunta a ser feita. Uma outra, mais importante, é a seguinte: até que ponto a prática do compartilhamento não se encontraria em sintonia com texto constitucional? E essa pergunta leva a outras: seria constitucional o sistema de limitações aos direitos autorais, positivado infraconstitucionalmente? Uma vez que a CF/88 prevê que a propriedade deverá atender sua função social, não se poderia falar de uma função social da propriedade intelectual? Que papel teria a função social da propriedade intelectual no caso em questão? Por que a doutrina brasileira de direitos autorais costuma deixar em segundo plano a análise do direito constitucional, dando como certo que a legislação infraconstitucional se encontra inteiramente em conformidade ao texto da Constituição? Existiriam possíveis interpretações das normas infraconstitucionais de direitos autorais que não costumam ser explicitadas pela doutrina nacional? Por que motivo isso ocorreria? Por que, afinal, o direito constitucional costuma ser negligenciado em questões de direito autoral?

Em uma época em que a doutrina civilista já se encontra mais aberta a uma interpretação/aplicação do direito que se preocupe com as normas constitucionais,³ a doutrina autoralista apenas faz referências superficiais ao direito constitucional, e toma as tensões entre interesses que são da própria essência dos direitos autorais como resolvidas de forma correta, equilibrada e balanceada pelo legislador. Ocorre, no que concerne à

³ Se a partir de pressupostos teóricos corretos, essa é uma outra questão. Ver, para uma avaliação crítica: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

produção doutrinária a respeito de direitos autorais feita no Brasil – e outros países de tradição romano-germânica – um fenômeno de “preclusão constitucional”. Bloqueia-se qualquer possibilidade de análise dos fundamentos constitucionais dos direitos autorais a partir da presunção de que eles já foram resolvidos. Há, ademais, uma densa trama discursiva, construída desde o século XVIII, que herdamos com alterações nos dias de hoje, que inviabiliza discussões de base sobre a fundamentação dos direitos autorais, e se encontra internalizada acriticamente por intérpretes legislativos, jurisprudenciais e doutrinários. Como resultado, uma abordagem séria de uma pluralidade de questões constitucionais fica prejudicada.

Longe de ser um fenômeno simples, o compartilhamento de arquivos envolve uma série de problemas de difícil solução, muitos dos quais envolvem o direito constitucional. Tais problemas não têm recebido a devida atenção: ou se opta por deslocar o debate inteiramente para o plano político, de modo que todas as controvérsias se transformam em discussões *de lege ferenda*, ou simplesmente se decreta de forma totalizante que o compartilhamento de arquivos é, em qualquer hipótese, ilegal, ignorando-se um número considerável de questões que não poderiam, de forma alguma, ser deixadas de lado.

Há uma carência muito grande de uma análise adequada de direito constitucional, que aborde a questão do compartilhamento de arquivos sob uma ótica que não opte por apenas uma das alternativas acima indicadas. **É necessária uma terceira ordem de análise, que procure encontrar no texto da CF/88 respostas para o problema do compartilhamento de arquivos, para devolvê-las então ao plano político.** A questão que se coloca em investigação na presente dissertação é, desta forma, a seguinte: “Que respostas a CF/88 pode oferecer para o problema do compartilhamento de arquivos?”. Parte-se da hipótese de que uma compreensão do conteúdo da função social da propriedade intelectual (CF/88, art. 5º, incisos XXII e XXIII; art. 170, incisos II e III) seria o caminho ideal para se conseguir tais respostas.

Alguns problemas relacionados a questões de fato e de direito, entretanto, fazem-se notar imediatamente:

- a) Em primeiro lugar, as configurações técnicas e sociais dos sistemas de compartilhamento de arquivos são extremamente complexas, e exigem profunda

investigação antes que se possa sequer pensar em um estudo jurídico. Não há como se avaliar, em termos jurídicos, um fenômeno como o compartilhamento de arquivos sem levar em consideração as dimensões técnicas dos sistemas, bem como as práticas sociais fortemente enraizadas – e altamente normatizadas – das comunidades de compartilhamento. Para que se considere o compartilhamento de arquivos de forma séria, não há como partir diretamente para um estudo jurídico-dogmático.

- b) Em segundo lugar, as interações entre direito e Internet, a crescente politização em torno dos debates a respeito de sistemas ideais de propriedade intelectual, com aumento de participação da sociedade civil em um campo que era antes exclusivamente dominado por atores industriais, bem como a pluralidade de normatividades paralelas em competição com o direito estatal, também acabam por inviabilizar a mera execução de uma dogmática mecânica.

Inserida no plano maior da situação de crise em que se encontra inserida a propriedade intelectual nos dias de hoje, a questão do compartilhamento demanda, como diz Lessig, **explicações que demoram “mais de dez segundos para serem entendidas”**,⁴ de modo que um estudo como o presente *necessariamente* tem um longo caminho a percorrer, e não pode se limitar, estritamente, ao plano da dogmática jurídica. Uma abordagem dogmática de um tema como o proposto é impossível de ser sustentada isoladamente.⁵

Partindo da divisão entre zetética e dogmática jurídica, tal como exposta por Ferraz Jr.,⁶ a presente investigação tem caráter não apenas dogmático, mas sobretudo zetético. Dentro de um todo zetético é que se apreciará um núcleo dogmático, no interior do qual será realizado um esforço de interpretação da CF/88. Concluído o estudo dogmático, este será então devolvido ao todo zetético do trabalho. Desta maneira, antes que se possa sequer

⁴ LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Vintage, 2002, p. xvii.

⁵ Sobre a necessidade de ancorar dogmática jurídica a estudos interdisciplinares em se tratando de temas relacionados a direito, tecnologia e cultura, ver: LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 7-14.

⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 39-43.

consultar o texto da Constituição, é preciso resolver uma série de problemas que têm precedência no plano previsto para a investigação.

Para lidar com esses problemas de forma ordenada, estruturou-se a dissertação em três blocos de análise, cada qual composto por três capítulos, reunidos em torno de uma preocupação específica:

- a) O primeiro bloco cuida da contextualização do problema, apresentando o modelo teórico que orientará o estudo como um todo: a teoria das quatro modalidades de regulação proposta por Lessig.⁷ Nos três primeiros capítulos que compreendem o primeiro bloco, além de uma exposição do referido modelo teórico e da evolução estrutural da Internet (**capítulo 1**), o problema do compartilhamento de arquivos será detalhado em suas dimensões técnicas e sociais (**capítulo 2**), e as respostas da indústria do conteúdo analisadas em quatro ofensivas distintas: jurídica, tecnológica, propagandística e comercial (**capítulo 3**);
- b) O bloco seguinte de capítulos tem por objetivo fazer uma análise crítica da crise da propriedade intelectual, pano de fundo do problema do compartilhamento de arquivos. Primeiramente, será realizado um panorama da crise, decomposta em quatro dimensões, (**capítulo 4**), abordando-se em seguida a evolução histórica dos direitos autorais, em termos não meramente descritivos, mas orientados por uma investigação da evolução estrutural e conceitual das tradições do *copyright* e do direito de autor (**capítulo 5**). Finalmente, será realizado um estudo dos planos discursivos clássico e contemporâneo relativos à *fundamentação* da propriedade intelectual, o que é feito como um esforço de filtragem e controle de argumentos e formas de manifestação discursiva, considerado aqui como um pressuposto essencial para uma interpretação adequada da Constituição (**capítulo 6**);
- c) O terceiro bloco de capítulos, por fim, tem por objetivo a investigação dogmática da questão proposta. O principal referencial teórico do trabalho como um todo, a teoria das quatro modalidades de regulação de Lessig, aponta quatro focos de produção normativa que podem exercer funções intercambiáveis, e que ao mesmo

⁷ LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999; LESSIG, Lawrence. The New Chicago School. *The Journal of Legal Studies*, v. XXVII (2) (pt. 2), 1998, p. 661-691.

tempo podem ser objeto de regulação recíproca. Uma dessas modalidades é o direito, e é a ele que evidentemente se dedicará o núcleo dogmático da dissertação. A análise dogmática interagirá, todavia, com o todo do trabalho, levando em conta, além do direito, as outras três modalidades de regulação apontadas por Lessig: *arquitetura, mercado e normas sociais*. Como no contexto da análise dogmática é necessário um posicionamento teórico e metodológico quanto a referenciais especificamente relacionados à ciência do direito, esclarece-se de início quais as perspectivas teóricas e metodológicas direito adotadas (**capítulo 7**). Como ponto de vista conglobante, partiremos da Teoria Pura do Direito kelseniana, principalmente em razão das considerações feitas por Kelsen a respeito da interpretação do direito, e pela Teoria Pura delimitar em espaços nítidos de atuação para ciência e política do direito, distinção bastante importante para o presente trabalho. A perspectiva kelseniana é empregada, todavia, em um plano estritamente *metateórico*, profundo. No plano teórico serão aplicadas ao problema, *separadamente* (porquanto incompatíveis), a teoria estruturante de Friedrich Müller e a dogmática de direitos fundamentais de Robert Alexy. Esclarecidos os pressupostos teóricos, partimos então para um esforço de interpretação da CF/88 tendo-se em vista o problema, extraíndo-se do texto constitucional uma proposta viável de interpretação da função social da propriedade intelectual, vinculada a um regime ideal de *limitações/exceções* aos direitos autorais proposto (**capítulo 8**). A partir dos resultados da interpretação empreendida, far-se-á uma análise do sistema infraconstitucional de limitações aos direitos autorais, e enquadrar-se-á a proposta feita no contexto do direito internacional (**capítulo 9**), avaliando-se, no interior do quadro traçado a questão do compartilhamento de arquivos.

CAPÍTULO 1. A INTERNET ENQUANTO ESPAÇO REGULÁVEL E ENQUANTO ESPAÇO REGULADOR: PROBLEMAS DE CONTEXTO, MOLDURA TEÓRICA E PRINCÍPIOS DE ARQUITETURA DE REDE

Ao se indagar quais seriam as respostas que a CF/88 poderia fornecer ao problema do compartilhamento de arquivos na Internet – partindo-se da hipótese de que é necessária, para a obtenção dessas respostas, uma investigação do papel e significado, na interpretação das normas constitucionais, da função social da propriedade intelectual –, não se pode ignorar uma série de outros problemas que surgem conjuntamente à questão de pesquisa, fazendo-se presentes pelo contexto. É possível apontar duas ordens de **problemas contextuais**:

- 1) Há problemas que derivam da própria questão de pesquisa, que lhes são acessórios, e cujas respostas necessariamente devem ser perquiridas *no decorrer* da investigação. Exemplificando, podemos apontar, dentre outros, problemas como: Qual a natureza jurídica da função social da propriedade intelectual no direito brasileiro?; Em relação a quais direitos o direito à propriedade intelectual encontra-se em tensão, e como essa tensão deve ser solucionada?; Em que consiste, em suas dimensões técnicas e sociais, o fenômeno do compartilhamento de arquivos? etc.
- 2) Há, por outro lado, problemas que devem ser resolvidos não ao decorrer do estudo, mas logo de início, pela escolha de um referencial teórico adequado, que permita o próprio desenvolvimento regular da investigação como um todo. Para o presente estudo, é possível isolar três dessas questões:
 - a) Como lidar com a tormentosa relação entre direito e Internet, em razão dos problemas de eficácia normativa que ela suscita, em relação às normas que disciplinam o regime jurídico da propriedade intelectual?

- b) Como lidar com preocupações relacionadas a opções de ordem política, que inevitavelmente são canalizadas ao discurso jurídico-dogmático, principalmente em relação a um tema que tem sido alvo de disputas cada vez mais acirradas?;
- c) Como lidar com normatividades paralelas ao direito, mas que não deixam de influenciar nas possibilidades de sua realização, e que existem em abundância no panorama da propriedade intelectual e no seio de comunidades que se organizam no espaço da Internet?.

Questões como as apontadas em (2) inviabilizam o andamento do trabalho como um exercício exclusivamente dogmático, porquanto conduzem a indagações que extrapolam o âmbito de atuação da ciência do direito.⁸ Em outras palavras, nos termos da dicotomia popularizada no Brasil por Ferraz Jr., inspirado em Viehweg, trata-se aqui de um trabalho que exige, como pressuposto à investigação de dogmática jurídica, incursões de ordem zetética.⁹ A duplicidade de campos de investigação acaba por impor a necessidade de se escolher um referencial teórico seguro, que sirva como moldura para o trabalho de pesquisa como um todo. Optou-se, aqui, pela teoria das quatro modalidades de regulação elaborada por Lessig,¹⁰ um modelo jus-sociológico relativamente simples, mas bastante eficiente em suas capacidades ordenadoras, principalmente em questões envolvendo direito e tecnologias da informação e comunicação.

O presente capítulo procura esclarecer os motivos pelos quais as três questões acima indicadas se impõem como problemas conducentes à opção pelo referencial teórico adotado. Inicia, por assim dizer, um processo de justificação teórica que apenas vai restar claramente definido ao término do capítulo sete, que marca o final do componente zetético

⁸ Ou “jurisprudência”, no sentido de *conhecimento produzido pelos juristas na atividade de interpretação do ordenamento jurídico*, caso se considere o termo “ciência” discutível.

⁹ Uma investigação zetética tem como principal característica uma abertura constante para a problematização de seu objeto em todas as direções, tendo o potencial de conduzir, por este motivo, a questões infinitas (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 44). Uma investigação dogmática, ao contrário, implica, necessariamente, questões *finitas* regidas pelo *princípio da proibição da negação* (não-negação dos pontos de partida): em outras palavras, o saber estritamente jurídico ao qual se voltam os juristas procura sempre compreender e tornar aplicável o direito *dentro dos marcos da ordem vigente*, que serve como o ponto de partida do qual se origina a totalidade das investigações de dogmática jurídica (Ibidem, p. 48). Não se nega o sistema como um todo; trabalha-se dentro de seus limites, tendo em vista decisões sustentadas por um referencial normativo não questionável, em termos gerais, quanto à sua imperatividade.

¹⁰ Descrita em *infra*, item 1.2.

da dissertação.¹¹ Ao mesmo tempo, já se começa aqui a resolver alguns dos problemas de ordem zetética necessários para a delimitação do tema proposto. As origens e arquitetura da Internet, bem como seu papel enquanto espaço regulável e espaço regulador¹² serão, com este propósito em mente, destacados no primeiro capítulo, com o segundo dedicado aos aspectos técnicos e sociais do fenômeno do compartilhamento de arquivos, e o terceiro às respostas provocadas por este fenômeno à indústria do conteúdo.¹³ Os capítulos 1, 2 e 3 da dissertação têm o propósito, assim, de demarcar o tema proposto, ao mesmo tempo fazendo dele uma exposição aprofundada.

1.1 Três problemas prioritários de contexto

Antes de começar a discorrer sobre as origens e arquitetura da Internet, é necessário tecer algumas considerações sobre as três questões acima colocadas, que se apresentam como prioritárias porquanto determinantes do referencial teórico adotado. O mesmo vale para uma apresentação e descrição deste referencial, o que é feito em seqüência.¹⁴

1.1.1 Direito e Internet

Que há enormes problemas de eficácia normativa, em escala internacional, em razão da atual configuração e estrutura da Internet, principalmente em questões relacionadas à propriedade intelectual, não é possível negar. Se por um lado a opinião hoje em dia

¹¹ Os capítulos oito e nove são predominantemente, embora não exclusivamente, dogmáticos. Uma vez resolvido este núcleo dogmático, ele será devolvido ao todo zetético para as conclusões da dissertação.

¹² Esclarecendo: em que medida a Internet serve como espaço conformador do comportamento, e em que medida ela própria é conformada por forças normativas externas.

¹³ Emprega-se aqui o termo *indústria do conteúdo* como referência a uma variedade de empresas dedicadas à comercialização de bens intelectuais. Gravadoras, produtoras e estúdios de cinema, editoras, empresas de *software*, etc., todas fazem parte da indústria do conteúdo. A opção pelo termo – de uso corrente em língua inglesa – se justifica na medida em que uma das principais mudanças trazidas pelo advento da Internet e outras recentes tecnologias da informação foi a popularização e fortalecimento de estratégias de produção de informação que ocorrem fora do mercado, paralelamente à economia de informação industrial, e que podem ser agrupadas sob a designação *commons-based peer production* (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006, p. 35-90). Deste modo o termo “indústria do conteúdo” é apropriado, por corresponder exatamente ao conjunto de empresas que operam na economia de informação industrial, desestruturadas em grande medida pela *commons-based peer production*. Ver item 4.1, *infra*.

¹⁴ Observe-se que o núcleo dogmático do trabalho obedece a referenciais teórico-metodológicos próprios, explicitados *infra*, capítulo 7.

dominante já não é mais a de que a Internet é um meio de comunicação que escapa ao controle do direito e do poder estatal, imune a qualquer tentativa de regulação e espaço livre para toda sorte de conduta,¹⁵ certas dificuldades impostas pela Internet, outrora afirmadas como intransponíveis aos estados e seus ordenamentos jurídicos, ainda persistem em grande medida, desafiando o poder estatal.

Por mais que se procure ridicularizar o emblemático manifesto de John Perry Barlow, *A declaration of the independence of cyberspace*, passados dez anos de sua publicação ele continua muito relevante e indica um caminho ainda possível para o desenvolvimento da rede.¹⁶ Se esse caminho será trilhado, e qual a probabilidade disto acontecer, são questões que permanecem em aberto, mas tudo parece indicar que ele é menos utópico do que se costuma imaginar. Tentativas extremamente agressivas de modificação da estrutura atual da Internet, por meio de sofisticadas ofensivas tecnológicas, econômicas e jurídicas, não têm reduzido a escala com que as violações de direito autoral por meio da Internet têm ocorrido.¹⁷ Muito pelo contrário, a escala tem aumentado.¹⁸ O fato é que, longe de ser um

¹⁵ Ver GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who controls the Internet: illusions of a borderless world*. New York: Oxford University Press, p. 65-85, para uma demonstração das possibilidades de regulação, com base no direito estatal, de comportamentos praticados no espaço da rede.

¹⁶ “Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind”, começa Barlow. “On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.” Evidentemente, é um exagero negar a existência da soberania estatal, ainda mais quando basta abrir os jornais para verificar que ela se faz presente, cotidianamente, quanto a condutas praticadas na Internet, ou por intermédio da Internet. Mas a intenção de Barlow não é negar que, factualmente, estados soberanos possam controlar a Internet. Muito pelo contrário, o manifesto incita os usuários da rede a se organizarem contra os poderes estatais, vistos como uma real ameaça à forma de ser da Internet. Ainda que a crença quanto à existência de uma “new home of Mind” onde a soberania estatal não tenha validade seja muito questionável, quando Barlow todavia afirma: “Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here”, pode-se tanto acusar o exagero, quanto reconhecer que a declaração esconde uma certa verdade, e que expressa uma atitude ainda muito presente no dia-a-dia da Internet e de seus usuários. Ver BARLOW, John Perry. *A declaration of the indepenence of cyberspace*. Disponível em: <<http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Acesso em: 01.12.06.

¹⁷ Faz-se aqui uma concessão, apenas para a exposição do problema, ao falar-se em “violações de direito autoral”. É muito discutível se cada vez que se acusa alguém de “violar direitos autorais” quando baixa, por exemplo, um filme na Internet, faz-se uma interpretação correta das normas de limitação aos direitos autorais. Também é discutível, caso tenha-se por correta a interpretação das limitações a direitos autorais constantes de nossa legislação, se essas mesmas limitações são constitucionais. Respostas conclusivas a ambas essas objeções serão dadas *infra*, 9.

¹⁸ *Infra*, capítulo 3.

espaço incontrollável, a Internet continua sendo um espaço *difícil de ser controlado*, em relação a determinadas condutas.¹⁹

O problema do compartilhamento de arquivos talvez seja o mais nítido exemplo de como a Internet pode servir como plataforma para mudanças radicais nas estruturas e processos de produção, distribuição e consumo de bens culturais, não obstante reformas legislativas em escala internacional, milhares de ações judiciais contra empresas e usuários de sistemas de compartilhamento, e desenvolvimento de tecnologias que procuram inviabilizar, na origem, a prática da livre troca de conteúdo protegido por normas de direito autoral. Quase oito anos após o surgimento do Napster original, o compartilhamento de arquivos persiste com espantosa robustez, e como grande provocação não apenas à indústria do conteúdo, mas também àqueles que cometem o mesmo erro dos que afirmam que a Internet é impossível de ser controlada, ao dizer que o contrário é sempre verdadeiro.²⁰ Não

¹⁹ A menos, é claro, que se passe por cima das instituições democráticas firmemente estabelecidas em boa parte do planeta, e opte-se pelo caminho da China e outros estados totalitários, que sustentam políticas draconianas de acesso e uso da Internet, ancoradas em monitoramento constante, invasões sistemáticas à privacidade dos cidadãos, e cerceamento dos direitos à liberdade de expressão e acesso à cultura, viabilizados por meio da imposição de sanções extremamente rígidas e violentas. Ver, para exemplos concretos além do chinês, a lista de 13 estados “inimigos da Internet” publicada pela ONG francesa Reporters sans Frontières, disponível em: <http://www.rs.f.org/article.php3?id_article=19603>. Acesso em: 05.12.06.

A reação popular ao caso YouTube/Daniela Cicarelli, que resultou no início de 2007 no bloqueio integral de acesso ao *site* norte-americano para clientes da Brasil Telecom e Telefônica no Brasil por um breve período de tempo, é sinal de que a população brasileira de usuários da Internet não aceitaria com facilidade uma iniciativa de restrição à liberdade de expressão à moda chinesa. Não há clima político para tanto. Ver ZIMMERMAN, Patrícia; CRANCIANINOV, Fernanda. Brasil Telecom acata nova decisão da Justiça e desbloqueia acesso a YouTube. *Folha Online*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fofha/informatica/ult124u21336.shtml>>. Acesso em: 16.01.07.

²⁰ Alguns autores se vêem forçados a diminuir a força e presença demonstradas pelo compartilhamento de arquivos, a fim de sustentar este argumento. Goldsmith e Wu, por exemplo, seguindo uma conjectura de Janelle Brown, chegam a afirmar que, devido a pressões do direito e do aparato estatal, o compartilhamento de arquivos tem se dispersado em comunidades menores, secretas e de difícil alcance a usuários comuns, o que “[...] in turn, means that fewer and fewer filesharers will be interested in smaller collections of free music that are harder to find [...] A service for mass filesharing has the greatest effect on national copyright law if it is easy to find and use. But if it is easy to find and use, it is pretty easy for governments to control, if they want” (GOLDSMITH, Jack; WU, Timothy. *Who controls the Internet: illusions of a borderless world*, p. 123). Ocorre que uma simples busca Google pelos termos “p2p”, “torrents”, “emule”, “mp3” e outras palavras-chave da cultura do compartilhamento já nega a afirmação. O compartilhamento de arquivos ainda ocorre às escâncaras, publica e abertamente, e qualquer interessado encontra com facilidade qualquer coisa que procure nos diversos sistemas disponíveis. Uma visita aos *sites* Mininova e Pirate Bay pode ser instrutiva, neste sentido (ver <<http://www.mininova.org/>> e <<http://thepiratebay.org/>>. Acesso, para ambos, em: 01.12.06). Uma previsão feita por Biddle e co-autores (ver *infra*, item 3.6), ademais, tem se mostrado correta: quando há redes menores e exclusivas, estas acabam *conectando-se entre si* a partir de usuários comuns, o que enseja tráfego eficiente de informação. Goldsmith e Wu apresentam, no livro citado, exemplos muito bons de como estados podem controlar e efetivamente controlam a Internet, mas chegam a um impasse e não conseguem sustentar a tese da obra quando o tema é o compartilhamento de arquivos.

é prudente sustentar qualquer um desses extremos, no presente momento. Alguma medida de controle com certeza haverá; controle total, com plena e eficaz submissão da Internet à produção normativa estatal, contudo, parece ser ingênuo afirmar.²¹

A questão que se impõe, por conseguinte, é esta: como lidar com as potencialidades do direito enquanto foco regulador, em face da atual estrutura da Internet, e em face de algumas projeções de modificação desta estrutura para o futuro? Como, e em que medida, pode o direito atuar sobre uma estrutura que viabiliza ataques sistemáticos a um dos principais sustentáculos da normatividade estatal: uma possibilidade de execução do direito que garanta um padrão mínimo de eficácia normativa?²²

Já se inviabiliza, como é possível perceber, uma investigação estritamente jurídico-dogmática do problema do compartilhamento de arquivos, surgindo como inevitável a escolha de um referencial teórico adequado para a realização do estudo.²³ Adequado, no sentido de que consiga acomodar as tormentosas relações entre (a) a possibilidade de regulação, pelo direito, de certas condutas praticadas na e por meio da Internet, e (b) os limites traçados, pela configuração técnica da Internet, a essa possibilidade de regulação. Porque a própria configuração técnica da Internet, como se verá, também é reguladora de condutas.

²¹ O mesmo pode ser afirmado em relação à predominância de outras modalidades de regulação que não o direito, seguindo o modelo de Lawrence Lessig, conforme explicitado *infra*, item 1.2.

²² Se a colocação soar kelseniana demais, é porque ela de fato é. Ver *infra*, capítulo 7, para os referenciais teóricos de ciência do direito adotados.

²³ Uma investigação estritamente dogmática do fenômeno do compartilhamento de arquivos pode conduzir a dois caminhos. Pode-se, em primeiro lugar, simplesmente tomar as condutas dos compartilhadores de arquivos como ofensivas ao ordenamento jurídico, e evitar qualquer outro posicionamento quanto ao assunto, como se ele fosse se resolver do dia para a noite, de alguma forma misteriosa. Pode-se, em segundo lugar, tentar chegar a uma solução para o problema procurando-se no ordenamento jurídico uma forma de acomodar o fenômeno a uma interpretação diferenciada das normas afetadas. Todavia, a segunda alternativa, para não conduzir a um estado de aporia determinado por uma série de insuficiências no atual discurso jurídico, acaba por demandar, necessariamente, uma investigação de ordem zetética. O fenômeno do compartilhamento de arquivos, para ser compreendido, exige conhecimento técnico específico estranho ao discurso jurídico contemporâneo, bem como se encontra inserido no contexto de disputas ideológicas de fundamentação de políticas públicas de propriedade intelectual. Estas disputas exigem um estudo do discurso contemporâneo em torno da propriedade intelectual, por parte de uma pluralidade de atores, o que a seu turno exige uma compreensão crítica e não meramente descritiva do desenvolvimento histórico da propriedade intelectual, de suas origens até o dia de hoje, extrapolando-se assim o alcance de um estudo que se limite à dimensão dogmática do problema.

1.1.2 Crescente politização do discurso em torno do compartilhamento de arquivos

Outra questão que é inevitável, em se tratando do tema abordado, é o confronto de diversos posicionamentos de ordem política quanto ao compartilhamento de arquivos ser ou não ser uma prática desejável. Amplamente praticado, o compartilhamento sem dúvida alguma é. Seria, entretanto, algo defensável ou haveria motivos para que se pregasse a sua proibição?

A controvérsia, na verdade, não é restrita ao compartilhamento de arquivos. O compartilhamento de arquivos é apenas uma ilustração do panorama de crise em que se insere atualmente a propriedade intelectual.²⁴ É inseparável, por este motivo, das controvérsias relacionadas ao próprio *status* da propriedade intelectual enquanto instrumento jurídico e econômico de regulação da produção cultural. A discussão remete, por consequência, a embates de ordem política, nos quais uma pluralidade de visões de mundo e orientações ideológicas entram em choque.

Não se trata, por evidente, de um ambiente estável para a tarefa de interpretação do direito. O intérprete – doutrinário, legislativo, judicial, administrativo, não importa –, inevitavelmente se encontra na encruzilhada de uma considerável variedade de discursos, e é algo bastante preocupante a falta de cuidado com que estudos jurídicos relacionados a problemas de propriedade intelectual, particularmente na modalidade dos direitos autorais, adotam em face ao ambiente turbulento em que se situam.²⁵

Não obstante a questão do compartilhamento de arquivos e, por ordem de ascendência, a da propriedade intelectual, serem politicamente turbulentas, a própria situação político-institucional geral encontra-se em um estado de instabilidade. Fala-se, com razão, em crise do estado, com seus três componentes clássicos, povo, território e soberania sendo questionados, e com os princípios da legalidade, publicidade e separação dos poderes,

²⁴ Crise, em realidade, que se desdobra em quatro planos, sendo mais correto referir-se a *crises*, no plural. Há uma (a) *crise conceitual*, que se revela sempre que se tenta encontrar, na pluralidade de institutos que são abrigados pelo rótulo, uma unidade de fundamento; (b) *crise de modelos de negócio*, proporcionada pela criação e proliferação de uma série de tecnologias de ruptura, dentre as quais se insere a própria Internet; (c) *crise de eficácia*, dependendo da interpretação que se dê às normas de direito autoral; e (d) *crise de legitimidade*, quando consideramos a intensidade da crise de eficácia observada, visto que, se as pessoas, em grande escala, têm desobedecido as normas, é hora de começar a considerar se elas são ou não legítimas. Ver *infra*, capítulo 4.

²⁵ Ver *infra*, capítulo 6.

elementos constitutivos do estado liberal de direito, sofrendo ataques estruturais e sendo relegados a “áreas restritas e superficiais da atuação do Estado”.²⁶ Como esclarece Campilongo, a regra da maioria, mais importante instrumento da democracia formal, acaba neste contexto cedendo espaço a outras formas de agregação de interesses, como pactos entre corporações e decisões tomadas no interior dos chamados “novos movimentos sociais”.²⁷ Em outras palavras, decisões com efeitos de grave repercussão social acabam sendo tomadas por meio de processos outros que os da democracia legalmente instituída.²⁸

Quando o assunto é propriedade intelectual, decisões extremamente importantes costumam ser tomadas (e implementadas), primeiramente, por processos inter-corporativos para depois serem positivadas, por *lobby* agressivo, nos planos nacional e internacional, tendo em vista a impressão de um débil lastro de legitimidade às normas instituídas.²⁹

A história da propriedade intelectual revela um padrão que despontou nos séculos XVII-XVIII, e foi crescendo em escala até os dias de hoje, de disputas políticas de bastidores que acabam por provocar a formação de normas jurídicas que protegem unilateralmente certos interesses, em total detrimento de outros. Normas às quais são subsequente submetidos o restante – leia-se, a maioria – dos cidadãos, que não tiveram seus interesses propriamente representados no percurso de positivação do direito.³⁰

Já desde a década de 80, entretanto, alguma reação, ainda que ao final ineficaz, esboçou-se no plano internacional pelos chamados “países em desenvolvimento”, diante de avanços maximalistas em sede de proteção à propriedade intelectual, por parte de países desenvolvidos.³¹ Derrotados os países em desenvolvimento nas negociações que resultaram na criação do acordo TRIPs (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), sobreviveu, entretanto, o posicionamento ideológico destes países, ao menos

²⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 114.

²⁷ Ibidem, p. 121.

²⁸ Ver, para uma ilustração, no contexto da regulação da Internet no Brasil: LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV Editora, p. 101.

²⁹ Ver, para o direito americano, LITMAN, Jessica. *Digital copyright*. Amherst: Prometheus Books, 2001, e para o direito internacional DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: The New Press, 2003.

³⁰ Ver *infra*, capítulo 5.

³¹ Ver, para um relato, politicamente contextualizado, dos processos de formação do TRIPs: DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: The New Press, 2003.

como doutrina. No plano nacional, a era pós-Internet introduziu nas discussões que haviam ocorrido no plano internacional uma pluralidade de atores que anteriormente pouco tinham a dizer em relação à política da propriedade intelectual, conduzindo à organização política destes atores em campanhas, ONGs, movimentos e comunidades informais.³² A facilidade da reprodução e distribuição global de materiais protegidos por normas de direitos autorais em meio digital reforçou antigas e tradicionais normas sociais de troca cultural informal,³³ de modo que o que antes ocorria apenas entre vizinhos e conhecidos passou a ocorrer em escala mundial.³⁴ O aumento em escala das trocas, a seu turno, provocou contra-reação extremamente agressiva por parte da indústria do conteúdo,³⁵ de modo a subitamente inserir indivíduos que transitavam às margens das discussões em torno da fundamentação da propriedade intelectual – ou seja, fora dos setores industriais e dos escritórios de advocacia – em controvérsias que antes não eram tão transparentes: afinal, justifica-se ou não o regime atual de direitos autorais? A retórica habitual insiste que sim – ninguém nega a importância do autor, como agente produtor cultural –, mas até que ponto o regime instituído está a serviço do autor, até que ponto está a serviço da indústria, e até que ponto está a serviço dos consumidores de obras intelectuais? Se a necessidade de proteção é fundamentada, em que medida se examina criticamente a fundamentação e os meios eleitos para a proteção? A fundamentação é consistente e coerente? Os meios são adequados à proteção desejada, e não interferem injustificadamente no exercício de outros direitos? Essas questões, dentre outras, reacenderam-se após o advento da Internet e da livre distribuição de conteúdo protegido.

Ao mesmo tempo em que despertou o interesse da sociedade civil em questões relativas à propriedade intelectual, a popularização da Internet também motivou um aumento considerável na produção intelectual acadêmica em torno do assunto,

³² “[...] the rise of international civil society has meant that regulators everywhere have to deal with much more interest group activity than in the past” (DRAHOS, Peter; MAHER, Imelda. *Innovation, competition, standards and intellectual property: policy perspectives from economics and law. Information economics and policy*, v. 16, n. 1, p. 5).

³³ Informal no sentido de “fora dos canais oficiais de distribuição de conteúdo”. Fora do mercado, em outras palavras. Como exemplo, podemos mencionar o empréstimo de livros e discos e a comunicação de cópias privadas destes a pessoas próximas, por pessoas próximas.

³⁴ Ver o seminal artigo de Biddle e co-autores: BIDDLE, Peter et alii. *The darknet and the future of content distribution*, p. 3-6. Disponível em: <<http://msl1.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁵ Ver *infra*, capítulo 3.

fundamentando um ativismo anti-maximalista extremamente organizado.³⁶ O que se pode observar, em conclusão, é uma *crescente politização* dos discursos em torno da propriedade intelectual que tende a se intensificar no futuro próximo, com perspectivas bastante contraditórias e multifacetadas em torno do problema.³⁷ Não é possível, desta maneira, uma investigação que siga por um viés exclusivamente dogmático, surgindo novamente a necessidade de uma moldura teórica que permita saltar da perspectiva estreita da dogmática jurídica, para uma perspectiva mais ampla que faça jus às peculiaridades do objeto de estudo. Não se deixará de lado, por evidente, questões de ordem dogmática. O que se quer dizer é que estas serão problematizadas em relação às dimensões zetéticas do tema eleito.

1.1.3 Normatividades paralelas

A inserção, mencionada no item anterior, de atores anteriormente alheios às controvérsias em torno da fundamentação e conteúdo das normas de propriedade intelectual, tem ocorrido de forma extremamente curiosa. A estrutura da Internet, como meio de comunicação, tem sido base para a composição de uma diversidade espantosa de *comunidades*. A despeito dos exageros e insuficiências de algumas das considerações iniciais a respeito deste fenômeno,³⁸ ele existe, é palpável, e bastante complexo.

³⁶ Ver *infra*, itens 5.4.2 e 6.3.2.2.

³⁷ Ver *infra*, capítulo 6.

³⁸ Delanty identifica três principais teorias a respeito de comunidades na Internet: a de Howard Rheingold, a de Manuel Castells e a de Craig Calhoun. Em relação a Rheingold, Delanty afirma que seu posicionamento seria utópico, insistindo demais em uma separação discutível entre real/virtual. Castells evitaria esse problema a partir do conceito de “virtualidade real”, mas teceria suas considerações a respeito das comunidades virtuais a partir da idéia, já presente em Rheingold, de que a Internet teria uma capacidade libertadora, que promoveria uma reconstituição de relações sociais. Essa seria a principal divergência entre a teoria de Castells e a de Craig Calhoun, mais rigorosamente sociológica e cautelosa em suas conclusões. Comunidades virtuais, na visão de Calhoun, não representariam uma ruptura com os paradigmas de antes, mas sim uma continuidade em que, todavia, formas indiretas de relações sociais ganhariam relevo, de forma a suplementar o contato presencial, mas nunca suprimi-lo. Uma discordância fundamental com o pensamento de Castells se daria no fato de que para Calhoun, a Internet não necessariamente criaria ou promoveria a constituição de redes, mas facilitaria ou modificaria relações sociais pré-existentes (um exemplo seria o uso de e-mails entre amigos e parentes). Calhoun também aponta alguns problemas em relação à concepção que entende a Internet como um agente de democratização, uma vez que comunidades tendem a se formar em torno de interesses fragmentados, muito específicos, não sendo construído um efetivo espaço público (DELANTY, Gerard. Community. London: Routledge, 2003. p. 173-181).

Comunidades³⁹ podem ser caracterizadas, no espaço da rede,⁴⁰ como agrupamentos de relações interpessoais baseadas em interesses comuns, com graus variados de coesão social e tempo de vida igualmente variável. Representam um fenômeno que se manifesta de forma discursiva, dependendo de uma infra-estrutura técnica para sua criação e persistência. Como núcleos de agregação de interesses, reunindo uma pluralidade de pessoas em constante produção textual, também atuam como foco gerador de normas sociais. Podemos desenvolver as características apontadas da seguinte maneira:⁴¹

- a) **agrupamentos de relações interpessoais:** comunidades reúnem *pessoas*, em constante *interação* – no caso da Internet, por meio de seus computadores, conectados em rede;
- b) **baseados em interesses comuns:** comunidades sempre surgem a partir de um interesse em comum, motivador da interação entre as pessoas nelas envolvidas (por exemplo: comunidades de usuários de iPods;⁴² comunidades de fãs das histórias em quadrinho de Bill Willingham;⁴³ comunidades de estudantes de grego clássico e latim⁴⁴). Apesar da motivação inicial ser um interesse comum, ressalte-se que nada impede que as interações voltem-se a interesses outros, ou até desbordem para outras comunidades ou relações extra-comunitárias;

³⁹ Evitamos aqui os problemáticos termos “comunidade virtual” e “comunidade online”. O fenômeno aqui em consideração não é exclusivo à realidade da Internet. Imagine-se um grupo de aeromodelistas que se reúne todo sábado para atividades relacionadas ao aeromodelismo. Este grupo já poderia ser classificado como uma comunidade, com base nos critérios apresentados no presente capítulo. O que ocorre freqüentemente nos dias de hoje é que, mesmo comunidades antes presentes apenas fora do espaço das redes, via de regra adquirem sólida presença na Internet, pela força da infra-estrutura técnica disponível para o desenvolvimento das atividades comunitárias. O fenômeno então acaba sendo, muitas vezes, identificado como exclusivamente relativo à realidade da Internet, quando na verdade a pré-data e transcende. No âmbito deste trabalho, como se verá em seguida, *comunidades* são entendidas, *grosso modo*, como qualquer agrupamento relativamente persistente de interações pessoais com base em um interesse comum. Sentido próximo, portanto, de uma das acepções apontadas pelo dicionário comum, de comunidade no sentido de “conjunto de indivíduos organizados num todo ou que manifestam, ger. de maneira consciente, algum traço de união” (*Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, verbete “comunidade”).

⁴⁰ Mais corretamente, “redes”, no plural. Ver *infra*, item 1.3.1.

⁴¹ Observe-se que não adotamos, aqui, qualquer das teorias apontadas na nota 37, e optamos por construir um outro modelo a partir de considerações de Lessig e Benkler, (LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999; BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006).

⁴² Por exemplo: <<http://forums.ilounge.com/>>. Acesso em 14.12.06

⁴³ Por exemplo: <http://community.livejournal.com/fables_comic/>. Acesso em 14.12.06.

⁴⁴ Por exemplo: <<http://www.textkit.com/greek-latin-forum/>>. Acesso em 14.12.06.

- c) **com graus variados de coesão social:** pode haver um forte ou fraco “senso de comunidade” entre os participantes de determinada comunidade, dependendo do grau de participação investido por seus membros, utilidade geral da comunidade e percepção de uma identidade coletiva;
- d) **tempo de vida variável:** comunidades podem durar anos, ou desaparecer da noite para o dia. Da mesma forma que a Internet proporciona o espaço e ferramentas para a fácil construção de comunidades,⁴⁵ dependendo do grau de coesão social elas podem persistir ou se desintegrar com a mesma facilidade com que foram formadas. Podem, ainda fragmentar-se em outras comunidades, com potencial de crescimento para além do tamanho da comunidade original;⁴⁶
- e) **fenômeno discursivo:** a interação entre os membros da comunidade se dá, primordialmente, pela produção de texto, em escalas não uniformes. Pode haver pouca produção de texto sem que se descaracterize uma comunidade enquanto tal, mas via de regra comunidades nascem a partir do acúmulo das discussões travadas entre seus participantes. Essas discussões podem ser arquivadas, construindo-se uma base de dados que funciona como uma memória coletiva e como uma história da comunidade, ou podem ficar sem qualquer registro, uma vez que comunidades também podem se manifestar em uma série de momentos e espaços diferentes e esparsos, em “explosões discursivas” (manifestações discursivas *ad hoc*);
- f) **vinculado a uma infra-estrutura técnica:** assim como as comunidades que se organizam no espaço físico,⁴⁷ as comunidades da Internet dependem de uma infra-estrutura técnica por meio da qual as interações possam ocorrer. A infra-estrutura técnica básica costuma ser um espaço de discussões, via de regra, mas não exclusivamente, na forma de *newsgroups*, fóruns Web, listas de e-mails, sistemas de mensagens instantâneas, etc., onde a comunidade se reúne e interage

⁴⁵ O chamado *software social*: *software* que fomenta e dá sustentação a interação grupal.

⁴⁶ Caso da comunidade do compartilhamento de arquivos. Ver *infra*, 2.2.

⁴⁷ Por exemplo: os bancos e mesas de xadrez são parte da infra-estrutura das comunidades de enxadristas que se reúnem em praças. Formam o *espaço* em que a comunidade se reúne, onde seus membros discutem e praticam um interesse comum. Outro exemplo: uma biblioteca, uma sala de aulas, cadeiras, lousa e mural de mensagens podem servir como parte da infra-estrutura técnica de um grupo de estudos de literatura. Da mesma forma, estabelecem um espaço do qual o grupo depende para existir.

discursivamente. Dependendo da comunidade, esses espaços de discussão podem ser concentrados em um local, ou esparsos pela Internet;⁴⁸

- g) **focos de produção normativa:** a partir do momento em que diversas pessoas se vêem em uma situação de interação constante, normas sociais surgem espontaneamente para a regulação do comportamento dos membros do grupo. Estas normas podem ser impostas unilateralmente, por lideranças temporárias ou permanentes, positivadas democraticamente por consenso, ou pela repetição de comportamentos, por via costumeira. Também pode ocorrer a formação de comunidades cujo interesse agregador é, ele mesmo, um grupo de normas e práticas sociais (como é o caso das comunidades de compartilhadores de arquivos);

Observe-se que as comunidades que se manifestam na Internet podem ser encaradas mediante uma **perspectiva geral e abrangente (macro)**, ou mediante uma **perspectiva específica e estreita (micro)**. Pode-se falar, por exemplo, na *comunidade do software livre*, em termos gerais e pouco específicos, como a comunidade formada por todos os desenvolvedores, usuários, pesquisadores, empresários, etc., que tenham alguma vinculação discursiva com o fenômeno, em termos genéricos, do *software* livre. Pode-se falar, por outro lado, na comunidade dos desenvolvedores do *kernel* de sistema operacional Linux, liderada por Linus Torvalds, cuja presença na Web é localizada no *site kernel.org*. Quando passamos da comunidade do *software* livre, em termos gerais, para a comunidade do *kernel* Linux, estreitamos em muito o universo de pessoas a que nos referimos, identificamos lideranças e normas sociais específicas, um interesse mais concreto, e espaços bem delimitados de reunião e interação. Ao falarmos da comunidade do *software* livre em termos gerais, entretanto, não deixamos de falar a respeito de uma comunidade, com todas as características acima apontadas, mas com alcance bem mais abrangente, menor concentração e maior dispersão. As diferenças são, principalmente, de escala e concretude,

⁴⁸ Tome-se como exemplo o caso de um *site* de notícias que tenha um espaço para manifestação de seus leitores, e que publique a crítica de um romance de um escritor popular. Diversos fãs do escritor, pertencentes à comunidade de fãs do escritor globalmente considerada, manifestam-se em resposta à crítica, em um momento de explosão discursiva. Logo após, dispersam-se em outros espaços, que podem muito bem ser espaços fixos de reunião de comunidades derivadas da comunidade maior (por exemplo, um de vários fóruns dedicados especialmente ao escritor, ou uma lista de e-mails relativa ao gênero literário do qual o escritor é um dos representantes).

mas as pautas normativas e interesses específicos podem ser abstraídos até o isolamento de um conjunto de normas e interesses comuns.

As comunidades da Internet não dependem de personalidade jurídica, ainda que possam ensejar a formação de pessoas jurídicas.⁴⁹ Não atuam, necessariamente, de forma a interferir organizadamente no mercado, ou na produção de normas jurídicas. Costumam ser informais, manifestando-se muitas vezes apenas por meio de explosões discursivas *ad hoc*, mas exercem, entretanto, influência direta no direito e no mercado, justamente por representarem focos de produção normativa e consolidação de interesses.

A comunidade dos compartilhadores de arquivo, vista sob uma perspectiva abrangente, é um bom exemplo. A partir da dispersão da comunidade que havia se formado a partir do uso de um sistema compartilhamento específico, o Napster, houve sucessivos reagrupamentos da comunidade em comunidades menores, desenvolvimento de infraestrutura técnica específica à prática do compartilhamento, e exponenciação da própria atividade de troca de arquivos, com conseqüente aumento da população geral de compartilhadores de arquivo e fortalecimento de coesão social. A partir da própria prática do compartilhamento, e do discurso sobre o compartilhamento, fixou-se um grupo de normas sociais que incentivou as atividades e a expansão da comunidade, que agora representa, sem organização formal, um grande desafio aos sistemas instituídos de direitos autorais. Por mais que se tente atacar a infra-estrutura técnica da comunidade, o que persiste como principal obstáculo à indústria do conteúdo são as normas sociais que orientam as atividades de seus membros.⁵⁰

Não é possível, em uma investigação como a presente, deixar de considerar a existência de relevantes normas sociais de base comunitária, tendo-as simplesmente como contrárias ao direito, e nos satisfazermos com esta resposta. Uma afirmação da normatividade estatal é, em certa medida, inevitável em se tratando de um estudo de direito constitucional. Mas ela não precisa nem deve ser acrítica: conforme houver possibilidade de uma interpretação do direito constitucional com potencial para transformações sociais, normatividades paralelas ao direito estatal não devem ser simplesmente ignoradas: devem

⁴⁹ Fundações, por exemplo, são bastante comuns no universo do *software* livre (The Free Software Foundation, Mozilla Foundation, GNOME Foundation, Blender Foundation, etc.).

⁵⁰ Ver *infra*, capítulo 2.

ser contrastadas ao discurso da constituição para reflexões *de lege lata* e *de lege ferenda*. Além disso, dependendo dos percursos seguidos pela atividade de interpretação do direito, talvez normatividades vistas como paralelas não sejam tão paralelas assim, e sejam em alguma medida compatíveis com o constitucionalmente disposto. Não se pode, desta maneira, deixar de voltar os olhos ao fenômeno, sendo imperativo incluí-lo na pauta dos problemas a serem abordados.

É impossível, todavia, por meio de uma abordagem que se limite à mera mecânica das normas constitucionais afetadas pelas normas sociais, considerar de forma adequada a dimensão do problema de pesquisa correspondente às normatividades paralelas: exige-se um modelo teórico por meio do qual seja possível contrastá-las ao discurso jurídico e estabelecer algumas correlações. Vemo-nos aqui, portanto, mais uma vez conduzidos a um posicionamento de ordem teórica, por um problema de contexto relacionado ao tema escolhido.

1.2 A teoria das quatro modalidades de regulação de Lawrence Lessig

A melhor opção, no presente momento, para um manejo seguro dos problemas de contexto acima colocados, parece ser a teoria das quatro modalidades de regulação desenvolvida pelo constitucionalista norte-americano Lawrence Lessig.

1.2.1 A New Chicago School

Lessig apresentou pela primeira vez de forma sistematizada sua teoria em artigo de 1998, publicado pelo *Journal of legal studies*,⁵¹ no qual defendeu a necessidade da fundação de uma New Chicago School, em oposição à velha Chicago School (of Economics) – mais especificamente, em oposição à disciplina, fundada no interior da Chicago School, da *análise econômica do direito* (*law and economics*).

Reconhecendo, em concordância com a Chicago School, que o direito é apenas uma de diversas forças que atuam na regulação da conduta humana, o objetivo do artigo de

⁵¹ LESSIG, Lawrence. The New Chicago School. *The Journal of Legal Studies*, v. XXVII (2) (pt. 2), 1998, p. 661-691.

Lessig é contrariar a idéia, defendida pela velha escola, de que o direito deva ser *substituído* por outras modalidades de regulação toda vez que estas se mostrarem mais eficazes.⁵² Conforme a Chicago School, nas hipóteses em que o mercado seja mais eficiente para regular determinada conduta, o direito deve evitar iniciativas regulatórias, porquanto seus esforços tenderiam inevitavelmente à debilidade, com conseqüências adversas para a sociedade. O objetivo da New Chicago School, ao contrário, é afirmar a *força* do direito como modalidade de regulação, para o bem ou para o mal.⁵³

Lessig estabelece, como modalidades de regulação que atuam sobre a conduta humana, além do **direito (a)**, o **mercado (b)**, **normas sociais (c)** e **arquitetura (d)**. A partir de um jogo de influências recíprocas entre essas modalidades, e das idéias de regulação *direta* e regulação *indireta*, desenvolve então uma proposta de modelo teórico para a New Chicago School. Posteriormente, especialmente em *Code and other laws of cyberspace*,⁵⁴ Lessig aplicaria este modelo a questões relativas à interação entre direito e Internet, com ênfase na análise dos componentes arquitetônicos da Internet: como eles influenciam a regulação pelo direito, e como são regulados pelo direito. A abordagem de Lessig em *Code* tornar-se-ia tão influente que é atualmente difícil pensar em problemas relativos ao direito e Internet sem ao menos fazer referência a ela.

⁵² “Both the old school and the new share an approach to regulation that focuses on regulators other than the law. Both, that is, aim to understand structures of regulation outside law’s direct effect. Where they differ is in the lessons that they draw from such alternative structures. From the fact that forces outside law regulate, and regulate better than law, the old school concludes that law should step aside. This is not the conclusion of the new school. The old school identifies alternative regulators as reasons for less activism. The new school identifies alternatives as additional tools for a more effective activism. The moral of the old school is that the state should do less. The hope of the new is that the state can do more” (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*. p. 661).

⁵³ “I have offered a picture of the New Chicago School in spirit of positive analysis. This should not obscure its darker side – indeed, the dark character of the whole project. The regulation of this school is totalizing. It is the effort to make culture serve power, a ‘colonization of the lifeworld’. Every space is subject to a wide range of control; the potential to control every space is the aim of the school.

There are good reasons to resist this enterprise. There are good reasons to limit its scope. I offer the description here in its complete sense, however, not to deny these good reasons, but instead to make their salience all the more real” (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 691).

⁵⁴ LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999 (a obra foi revista em 2006, mas não mudou substancialmente: LESSIG, Lawrence. *Code*: version 2.0. New York: Basic Books, 2006). Os livros subsequentes de Lessig, publicados originalmente em 2001 e 2004, também partiriam do mesmo modelo teórico, e continuariam a desenvolver os problemas inicialmente apontados em *Code*: LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Vintage, 2002. LESSIG, Lawrence. *Free culture: the nature and future of creativity*. New York: Penguin Books, 2005.

1.2.2 Direito, mercado, normas sociais e arquitetura

A estrutura do modelo de Lessig é a seguinte: como principais, mas não exclusivas, modalidades de regulação, impondo limites à conduta humana, pode-se apontar o direito, o mercado, normas sociais e a arquitetura. Elaborando:

- a) o **direito** é compreendido, em conformidade com o conceito de Austin,⁵⁵ como o conjunto dos comandos emanados pelas autoridades estatais, cuja observância é garantida por meio de sanções,⁵⁶ aplicadas *ex post*, mas cuja existência pode coibir comportamentos *ex ante*, pela ameaça de sanção;
- b) o **mercado** é compreendido no sentido econômico usual, e regula condutas por meio do mecanismo do *preço*, independentemente da posterior aplicação de uma sanção, regulando condutas *ex ante*;⁵⁷
- c) **normas sociais** correspondem a ordens normativas externas ao sistema do direito positivo estatal, originadas em comunidades específicas, cuja observância é garantida por sanções coletivamente executadas pelas próprias comunidades. Assim como no caso do direito, as sanções são aplicadas *ex post*, mas sua existência pode coibir comportamentos *ex ante*;⁵⁸

⁵⁵ Ver AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Amherst: Prometheus Books, p. 9-33. Trata-se de um conceito de direito em larga medida compatível com o kelseniano.

⁵⁶ Lessig não desconhece que o fenômeno do direito é mais complexo do que um simples grupo de comandos sustentados por meio de uma sanção, mas para os efeitos da New Chicago School, o conceito apresentado já basta: “Obviously law is much more than a set of commands and threats. Law not only commands certain behaviors but expresses the values of a community (when, for example, it sets aside a day to celebrate the birth of Martin Luther King Jr.); constitutes or regulates structures of government (when the Constitution, for example, establishes in Article I a House of Representatives distinct from a Senate); and establishes rights that individuals can invoke against their own government (the Bill of Rights). All these are examples of law; by focusing on just one kind of law, I do not mean to diminish the significance of these other kinds. Still, this particular aspect of law provides a well-defined constraint on individuals within the jurisdiction of the law giver, or sovereign. That constraint – objectively – is the threat of punishment” (LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*, p. 235).

⁵⁷ “Markets regulate through the device of price. The market constrains my ability to trade hours of teaching for potatoes, or my children’s lemonade for tickets to the movies. This constraint functions differently from a sanction; so too is its meaning distinct from the meaning of a sanction. It is distinct from law and norms, even though parasitic on law (property and contract) and constrained by norms (again, one does not ‘buy’ a ‘friend’). But given a set of norms, and scarcity, and law, the market presents a distinct set of constraints on individual and collective behavior.” (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 663).

⁵⁸ “Social norms regulate as well. They are a second sort of constraint. Norms say I can buy a newspaper, but cannot buy a ‘friend’. They frown on the racist’s jokes; they tell the stranger to tip a waiter at a highway diner;

- d) **arquitetura** é qualquer limitação estrutural, não necessariamente corpórea, ao comportamento humano. As limitações impostas pela arquitetura independem de sancionamento posterior, ocorrendo automaticamente por sua própria natureza, representando, como o mercado, um foco de regulação *ex ante*,⁵⁹

As quatro modalidades de regulação são funcionalmente equivalentes, na medida em que atuam, todas, como limitações ao comportamento humano.⁶⁰ Mas não atuam sozinhas, de forma isolada. Ao contrário, operam em conjunto e sofrem influências recíprocas,⁶¹ atuando sobre condutas de modo direto e indireto. Pode-se, por exemplo, fixar pelo direito uma alíquota majorada para impostos referentes a cigarros e bebidas alcoólicas, afetando diretamente o mercado e, por meio do mercado, indiretamente, as possibilidades de conduta de consumidores de cigarros e bebidas. Também é possível, por meio do direito,

they are unsure about whether a man should hold a door for a woman. Norms constrain an individual's behavior, but not through the centralized enforcement of a state. If the constrain, they constrain because of the enforcement of a community. Through this community, they regulate" (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 662). A idéia de comunidade presente nos escritos de Lessig é, justamente, a de um grupo capaz de executar suas próprias normas em relação a seus membros (LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*, p. 82).

⁵⁹ "And finally, there is a constraint that will sound much like 'nature', but which I will call 'architecture'. I mean by 'architecture' the world as I find it, understanding that as I find it, much of this world has been made. That I cannot see through walls is a constraint on my ability to snoop. That I cannot read your mind is a constraint on my ability to know whether you are telling me the truth. That it takes 24 hours to drive to the closes abortion clinic is a constraint on a woman's ability to have an abortion. That there is a highway or train tracks separating this neighborhood from that is a constraint on citizens to integrate. These features of the world – whether made, or found – restrict and enable in a way that directs or affects behavior. They are features of this world's architecture, and they, in this sense, regulate" (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 663).

⁶⁰ Apesar de as quatro modalidades não regularem sempre com a mesma força, reconhecer que todas elas atuam sobre o comportamento humano abre espaço para que se estude possíveis substituições, e nessa medida elas são funcionalmente idênticas, ainda que sua força seja muito contingente e vinculada ao contexto e à espécie de comportamento que se queira regular: "(...) these four modalities do not regulate to the same degree – in some contexts, the most significant constraint may be law (an appeals court); in others, it is plainly not (a squash court). Nor do they regulate in the same way – law and norms, for example, typically regulate after the fact, while the market or architecture regulate more directly. The modalities differ both among themselves and within any particular modality. But however they differ, we can view them from this common perspective – from a single view from which we might account for (1) the different constraints that regulate an individual and (2) the substitutions among these constraints that might be possible" (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 664).

⁶¹ "These four constraints, or *modalities* of regulation, operate together. Together, they constitute a sum of forces that guide an individual to behave, or act, in a given way (...)" (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 663). "Change any one, and you change the constraint that it presents. Change any one, and you change its 'regulation'. More laws, less norms, different architecture, lower prices: Each changes the constraint on that regulated entity, and changing each constraint changes the behavior of that entity being regulated" (Ibidem, p. 664).

impor a colocação de lombadas nas estradas, estabelecendo-se assim um limite arquitetônico à velocidade com a qual dirigem os motoristas seus carros. Para evitar o consumo de cocaína é possível, além de proibir o comércio da droga, investir-se em campanhas publicitárias procurando estigmatizar o usuário da substância, incentivando-se a criação e execução de normas sociais que desencorajem o uso da droga por medo de retaliação social.⁶² O direito, desta forma, pode regular comportamentos indiretamente, por meio de uma regulação direta de outras modalidades de regulação.⁶³

Isso não implica, entretanto, que o direito não possa ser objeto de regulação por outras modalidades reguladoras.⁶⁴ Todas as modalidades de regulação podem regular direta e indiretamente, atuando imediatamente sobre a conduta humana ou mediatamente, por meio de uma outra modalidade de regulação que atua por via direta. O projeto da New Chicago School é, justamente, levar em consideração as possíveis interações e trocas entre as modalidades de regulação, vistas como técnicas colocadas à disposição de sistemas reguladores variados.⁶⁵

⁶² LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 669-670.

⁶³ “Regulation, in this view, always has two aspects – a direct and an indirect. In its direct aspect, the law uses its traditional means to direct an object of regulation (whether the individual regulated, norms, the market, or architecture); in its indirect aspect, it regulates these other regulators so that they regulate the individual differently. In this, the law uses or co-opts their regulatory power to law’s own ends” (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 667).

⁶⁴ Ibidem, p. 667, nota 22.

⁶⁵ “These techniques of direct and indirect regulation are the tools of any modern regulatory regime. The aim of the New Chicago School is to speak comprehensively about these tools – about how they function together, about how they interact, and about how law might affect their influence. These alternative constraints beyond law do not exist independent of the law. Thus the question is never ‘law or something else’. The question instead is always to what extent is a particular constraint a function of the law, and more importantly, to what extent can the law effectively change that constraint.

At its core, then this is the project of the New Chicago School. Its aim is not only to understand the ways in which alternatives to law regulate, but to understand how law might be used to make selections among these alternatives. How law, that is, functions as regulator and meta-regulator, how it might direct itself, or might also co-opt, use, or regulate, these alternative modalities of regulation so that they each regulate to law’s own end” (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 672).

1.2.3. Regulação por código

Em *Code and other laws of cyberspace*, dando continuidade ao projeto da New Chicago School, Lessig estuda as possibilidades e impossibilidades de regulação do espaço da Internet⁶⁶ pelo direito, por meio da vinculação da modalidade de regulação *arquitetura* à idéia de *código*. Código, no sentido empregado por Lessig, não é apenas o código utilizado para a programação do *software* que sustenta a existência da Internet, mas também o próprio *hardware*, o *software* contido no *hardware* de forma fixa (*firmware*), e os padrões (*standards*) que regem o funcionamento da rede (protocolos, por exemplo).⁶⁷ Todo o conjunto de estruturas que viabiliza o funcionamento da Internet forma seu código, atuando assim como limitação arquitetônica ao comportamento no espaço da rede. Para dar um exemplo grosseiro, é possível enviar um e-mail a um amigo contendo o texto de um livro ou um arquivo de música. Não é possível, todavia, enviar um e-mail contendo um elefante. As limitações arquitetônicas da Internet impedem o envio de objetos físicos por meio de suas estruturas.

⁶⁶ É comum fazer-se referência à Internet como um *espaço*. O uso desta metáfora não é livre de críticas. Nos EUA, onde seu uso é corrente, argumentos que partem de um paralelismo entre a Internet e espaço têm sido objeto de um número considerável de objeções, e movimentado intensa produção acadêmica (para uma avaliação bastante completa da literatura corrente, ver COHEN, Julie E. Cyberspace as/and space. *Columbia law review*, v. 107, n. 1, p. 210-256).

Originariamente, a equiparação Internet/espaço deriva da absorção, pela literatura jurídica norte-americana, do termo *ciberespaço* (*cyberspace*), extraído da literatura de ficção científica, cunhado por William Gibson em *Neuromancer* (COHEN, Julie E., op. cit.) A principal obra de Lawrence Lessig, à qual fazemos referência, chama-se, com efeito, *Code and other laws of cyberspace*. Para muitos, a metáfora do ciberespaço enquanto espaço não é adequada, ou tem o potencial de ensejar conseqüências pouco desejáveis. Lemley, por exemplo, afirma que ela tem sido incorretamente internalizada pelo Judiciário dos EUA, de modo que institutos e raciocínios de direito de propriedade que têm aplicação devida apenas em se tratando de bens materiais acabam sendo transportados de forma imprópria à realidade da Internet, seguindo um paralelismo incoerente. Para Lemley, ainda é possível valer-se da metáfora como ponto de partida, mas não se deve levá-la às últimas conseqüências (LEMLEY, Mark A. Place and cyberspace. *California law review*, v. 91, n. 2, p. 521).

⁶⁷ “(...) an analog for architecture regulates behavior in cyberspace – *code*. The software and hardware that make cyberspace what it is constitute a set of constraints on how you can behave. The substance of these constraints may vary, but they are experienced as conditions on your access to cyberspace. In some places (online services such as AOL, for instance) you must enter a password before you gain access; in other places you can enter whether identified or not. In some places the transactions you engage in produce traces that link the transactions (the ‘mouse droppings’) back to you; in other places this link is achieved only if you want it to be. In some places you can choose to speak a language that only the recipient can hear (through encryption); in other places encryption is not an option. The code or software or architecture or protocols set these features; they are features selected by code writers; they constrain some behavior by making other behavior possible, or impossible. The code embeds certain values or makes certain values impossible. In this sense, it too is regulation, just as the architectures of real-space codes are regulations” (LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*, p. 89).

Contrariando o entendimento, comum na época da publicação de *Code*, de que a Internet formava um espaço de regulação quase impossível, Lessig demonstra que é perfeitamente possível restringir as possibilidades de conduta na Internet por meio de *regulação indireta*, pelo direito, e a partir da *regulação direta*, pela arquitetura da rede. Dito de outra forma: se por um lado a arquitetura da Internet permite uma série de condutas que acabam por colocar em xeque a soberania dos estados e a execução das sanções que sustentam o direito estatal, por outro, a própria arquitetura da Internet não é imune a regulação e é, ela mesma, uma modalidade de regulação. É plenamente possível para o direito, por meio de regulação direta da arquitetura da Internet, exercer influência indireta no comportamento dos usuários da rede. Modificando-se a arquitetura da Internet, é possível limitar ou ampliar o leque de condutas disponível aos seus usuários. Não é, em outras palavras, porque a estrutura atual da Internet permite uma série de comportamentos desestabilizadores da autoridade estatal, que esses comportamentos continuarão a ocorrer. Tudo depende de *como* a estrutura da Internet será regulada, no que surge o justificado temor de Lessig de que a contra-reação regulatória, por código ou direito, seja prejudicial tanto aos processos de produção e distribuição cultural, quanto a uma série de direitos fundamentais (como, por exemplo, liberdade de expressão e privacidade).

A idéia básica defendida em *Code* é a seguinte: modificações no código da Internet, promovidas principalmente para assegurar interesses de ordem comercial, passam a ser endossadas pelo estado, por meio de produção legislativa que sustente as modificações, tendo em vista uma regulação indireta de comportamento pelo direito, via arquitetura. Nesse processo, não se questiona se essa regulação indireta é constitucional,⁶⁸ não se faz a identificação de quais os valores envolvidos e privilegiados, e não se imprime à regulação indireta a devida transparência (leia-se: não se reconhece a regulação indireta enquanto tal). Questões essenciais de ordem política acabam, assim, ficando ocultas na regulação pelo código.⁶⁹

⁶⁸ “(...) if a constraint effected directly through law would be unconstitutional, we need a better understanding of whether that same constraint, effected indirectly through the market, norms, or architecture, should also be reckoned as unconstitutional” (LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 688).

⁶⁹ LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*, p. 59.

Arquiteturas muitas vezes expressam valores, e no caso da Internet, pode-se falar em uma “constituição” da rede,⁷⁰ que tem como base determinados ideais de liberdade intelectual, compartilhamento de recursos e propagação/produção de conhecimento, radicados no *ethos* da comunidade científica, responsável pelo desenvolvimento da Internet.⁷¹ A partir de 1995, entretanto, com a abertura da Internet ao comércio, uma série de mudanças estruturais teve início de modo a viabilizar a existência de um comércio eletrônico, inserindo-se na rede uma série de arquiteturas de controle.⁷² Ao mesmo tempo, a tendência maximalista de proteção à propriedade intelectual – que havia se fortalecido durante anos 80 e ganhado grande impulso durante a primeira metade dos anos 90 com a assinatura do acordo TRIPs, com a publicação, nos EUA, do Lehman Report, e com os tratados da OMPI de direitos autorais e de direitos conexos⁷³ – também motivou o desenvolvimento e defesa de arquiteturas de controle.⁷⁴

⁷⁰ Não no sentido de um documento legal, mas de uma *arquitetura* que é orientada por um determinado conjunto de valores: “Liberty in cyberspace will not come from the absence of the state. Liberty there, as anywhere, will come from a state of a certain kind. We build a world where freedom can flourish not by removing from society any self-conscious control; we build a world where freedom can flourish by setting it in a place where a particular kind of self-conscious control survives. We build liberty, that is, as our founders did, by setting society upon a certain *constitution*.”

But by “constitution” I don’t mean a legal text. Unlike my countrymen in Eastern Europe, I am not trying to sell a document that our framers wrote in 1787. Rather, as the British understand when they speak of their constitution, I mean an *architecture* – not just a legal text but a way of life – that structures and constrains social and legal power, to the end of protecting fundamental *values* – principles and ideals that reach beyond the compromises of ordinary politics.

Constitutions in this sense are built, they are not found. Foundations get laid, they don’t magically appear. Just as the founders of our nation learned from the anarchy that followed the revolution (remember: our first constitution, the Articles of Confederation, was a miserable failure of do-nothingness), so too are we beginning to see in cyberspace that this building, or laying, is not the work of an invisible hand. There is no reason to believe that the grounding for liberty in cyberspace will simply emerge” (LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*, p. 5). A abordagem sugere, como as questões fundamentais relativas à constituição da Internet, as seguintes: “What values are protected there? What values will we build into the space to encourage certain forms of life?” (Ibidem, p. 6). Lessig identifica duas espécies de valores: substanciais e estruturais. Tendo como modelo a constituição de um estado, pode-se exemplificar como um valor estrutural a forma de governo constitucionalmente fixada. Como valores substanciais, servem como exemplo as liberdades públicas reconhecidas pela constituição. No caso da Internet, as mesmas idéias podem ser aplicadas, conduzindo a uma série de questões constitucionais: substancialmente, pode-se perguntar se a Internet é um espaço onde acesso à informação, privacidade e liberdade de expressão são valores privilegiados. Estruturalmente, por outro lado, pode-se perguntar se há na estrutura da Internet um sistema de freios e contrapesos que coloque entraves a regulação arbitrária, por meio do direito ou do código (Ibidem, p. 7).

⁷¹ Ver *infra*, item 1.3.5.

⁷² Ancoradas, via de regra, em tecnologia criptográfica. Ver LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*, p. 39-42.

⁷³ Ver *infra*, itens 3.2.1 e 5.4.

⁷⁴ TPMs, DRM e *trusted computing*. Ver *infra*, item 3.3.1.

O redirecionamento da arquitetura da Internet para um ambiente rigidamente controlado pelo código, amparado quando necessário por normas jurídicas, entretanto, apenas é possível na medida em que o código seja fechado. Enquanto houver **código aberto** – *software* livre⁷⁵ e *open standards*⁷⁶ –, e as estruturas da Internet tenham a abertura como característica, o estabelecimento de uma arquitetura de pleno controle fica obstada: pode haver controle, mas há transparência e consciência de controle, o que não ocorre com código fechado.⁷⁷ O código aberto surge como freio e contrapeso ao poder estatal na regulação do espaço da Internet.⁷⁸ Esta colocação, feita por Lessig em 1999, tem-se

⁷⁵ *Software* livre é uma expressão multifacetada, que pode ser encarada a partir de diversos pontos de vista, conforme a ênfase que se dê aos seus diferentes aspectos de (a) modelo de contrato de licença; e (b) modelo de produção por pares baseado em um *commons* (ver *infra*, item 4.2.4). O termo pode se referir tanto aos programas de computador desenvolvidos sob o modelo (b) e licenciados conforme o modelo (a), como também remete a uma ideologia e um movimento social (ver *infra*, item 6.3.4). Apesar da complexidade da expressão, uma boa e confiável definição de *software* livre é a mantida pela Free Software Foundation (FSF), uma das principais entidades do movimento do *software* livre. Conforme a FSF, *software* livre é todo programa que assegura quatro liberdades a *qualquer usuário*: “The freedom to run the program, for any purpose (freedom 0); The freedom to study how the program works, and adapt it to your needs (freedom 1). Access to the source code is a precondition for this; The freedom to redistribute copies so you can help your neighbor (freedom 2); The freedom to improve the program, and release your improvements to the public, so that the whole community benefits (freedom 3). Access to the source code is a precondition for this” (FREE SOFTWARE FOUNDATION, *The Free Software Definition*. Disponível em: <<http://www.fsf.org/licensing/essays/free-sw.html>>. Acesso em: 30.01.06).

O oposto de *software* livre é *software proprietário* (anglicismo de *proprietary software*). O termo “proprietário” será, algumas vezes, utilizado no sentido contrário ao de “livre” ou “aberto”, nesta dissertação.

⁷⁶ *Open standards* são especificações abertas, que podem ser implementadas de diferentes maneiras, e que têm a dupla função de (a) evitar que consumidores fiquem presos a formatos proprietários, controlados por determinados fornecedores, e (b) proporcionar maiores possibilidades de compatibilidade, por padronização, entre *software/software*, *software/hardware* e *hardware/hardware*. Ver, para uma definição, PERENS, Bruce. *Open standards: principles and practices*. Disponível em: <<http://perens.com/OpenStandards/Definition.html>>. Acesso em: 09.01.06.

Além de preservarem a abertura da Internet, os *open standards*, têm reflexos muito positivos na esfera competitiva, trazendo claros benefícios aos consumidores de *software* e *hardware*: “The terms ‘standard’ and ‘open standard’ are not synonymous. The Internet model for development is characterized by openness, which refers to the ability of multiple vendors to independently construct products that work with one another. Openness means that customers can mix products from one vendor with products from another (e.g., use one vendor’s client software with another vendor’s server) and that applications from one vendor operate over infrastructure provided by another. Openness relies crucially on the development and adoption of standards. An interface designed with only one vendor’s products in mind can be readily implemented only in that single vendor’s environment. From this perspective, privately designed interfaces that are publicly published are not open interfaces. Standardization processes enable multiple vendors to cooperate on the development of new elements that will allow them to develop new markets – markets that are much larger than would be the case if each developed its own competing technology. Then the vendors compete by providing competitive products that build on the standardized elements. When this process works well, it results in greater benefits for both vendors and customers” (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The Internet’s coming of age*. Washington, D.C.: National Academy Press, 2001, p. 125-126).

⁷⁷ LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*, p. 107.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 100.

demonstrado correta nos últimos anos, e a história do compartilhamento de arquivos serve como prova nítida das dificuldades que o código aberto coloca face a diversas tentativas de regulação direta e indireta do comportamento dos usuários da Internet.⁷⁹

1.3 Desenvolvimento histórico da Internet: arquitetura e normas sociais

Para que realmente se entenda o significado da afirmação de Lessig, mostra-se necessário um breve exame de como a Internet desenvolveu-se em um espaço de código aberto, e transformou-se em um espaço indiscutivelmente regulável, mas sobretudo regulador, incorporando ao seu próprio *design* ideais de livre circulação de informação, reforçados por normas sociais profundamente enraizadas.

1.3.1 Origem e propósitos da Internet

A Internet pode ser definida como um conjunto de redes de computadores que opera de modo a oferecer ao usuário a ilusão de uma rede una, monolítica (daí o nome *internet*).⁸⁰ Quando um usuário conecta-se à Internet por meio de um provedor de acesso, na verdade está se conectando a uma rede, que a seu turno encontra-se conectada a outras redes, que operam conjuntamente, conectadas entre si. Estudar a história da Internet implica descobrir como redes isoladas de computadores puderam chegar ao estado atual de ilusão de unidade, o que por sua vez equivale a estudar como a arquitetura da Internet se desenvolveu e evoluiu de modo a sustentar esta ilusão.

Antes de existir uma pluralidade de redes que se uniram para formar a Internet, houve uma rede original de computadores,⁸¹ a ARPANET, a partir da qual teve início o

⁷⁹ Ver *infra*, capítulo 2. Observe-se que as dificuldades de regulação da atividade de compartilhamento de arquivos não são, unicamente, questões de arquitetura. Normas sociais também devem ser lembradas.

⁸⁰ NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *The Internet's coming of age*, p. 3.

⁸¹ Há que se diferenciar uma *rede de computadores* de um *sistema distribuído*, fenômenos distintos que costumam ser confundidos: “Existe na literatura uma considerável confusão entre uma rede de computadores e um **sistema distribuído**. A principal diferença entre eles é que, em um sistema distribuído, um conjunto de computadores independentes parece ser, para seus usuários, um único sistema coerente. Em geral, ele tem um único modelo ou paradigma que apresenta aos usuários. Com frequência, uma camada de software sobre o sistema operacional, chamada **middleware**, é responsável pela implementação desse modelo. Um exemplo bem conhecido de sistema distribuído é a **World Wide Web**, na qual tudo tem a aparência de um documento (uma página Web).

processo de desenvolvimento tecnológico que resultou na formação da Internet. Para que redes de computadores possam se unir de modo a provocar a ilusão de uma grande e única rede, é preciso que exista um aparato técnico – uma arquitetura – que permita essa união, e dê ensejo à ilusão. A história da Internet, portanto, é a história do próprio desenvolvimento de sua arquitetura.

Além disso, como já afirmado, arquiteturas muitas vezes não são neutras. No caso da arquitetura da Internet isso fica bastante evidente, porquanto determinados valores direcionaram sua construção em direção a estruturas que poderiam ter sido muito diferentes, caso os valores direcionadores fossem outros. Feita essa consideração, estudar a história da Internet também implica estudar como um grupo específico de valores conduziu à conformação atual da rede.

A ARPANET foi concebida como um projeto da ARPA (Advanced Research Projects Agency, posteriormente DARPA, com o D significando “Defense”), agência de pesquisas vinculada ao Department of Defense dos EUA. A preocupação principal por trás do projeto ARPANET não era a de construir uma rede de computadores como um fim em si mesmo, mas providenciar solução a um problema que dificultava, na época, o progresso de pesquisas no campo da ciência da computação: duplicação desnecessária de esforços em razão de isolamento e falta de comunicação entre núcleos de pesquisa. Computadores, na década de 60, costumavam ser grandes, extremamente caros, e radicalmente diferentes entre si, ao contrário dos PCs baratos, pequenos, padronizados e de propósitos múltiplos que temos nos dias de hoje. Centros de estudos concentravam-se em torno de máquinas específicas, em locais isolados, com conseqüente duplicação de esforços de pesquisa e desperdício de recursos computacionais e financeiros. Uma solução para o problema, antevista por Robert Taylor na ARPA, era a de estabelecer conexões entre os computadores

Em uma rede de computadores, essa coerência, esse modelo e esse software estão ausentes. Os usuários ficam expostos às máquinas reais, sem qualquer tentativa por parte do sistema de fazer as máquinas parecerem e atuarem de modo coerente. Se as máquinas tiverem hardware diferente e sistemas operacionais distintos, isso será totalmente visível para os usuários. Se quiser executar um programa em uma máquina remota, o usuário terá de efetuar o logon nessa máquina e executar o programa lá.

Na prática, um sistema distribuído é um sistema de software instalado em uma rede. O software dá ao sistema um alto grau de coesão e transparência. Conseqüentemente, é o software (e em particular o sistema operacional) que determina a diferença entre uma rede e um sistema distribuído, não o hardware” (TANENBAUM, Andrew. *Redes de computadores*, 4ª ed. Campinas: Editora Campus, 2003, p. 2, grifos no original).

dos centros de pesquisa, de modo a formar uma rede em que se pudessem compartilhar recursos computacionais.⁸²

1.3.2 Comutação de circuitos e comutação de pacotes

Uma das decisões mais importantes tomadas durante o projeto ARPANET foi a de se investir em um novo paradigma de comunicação por redes: a **comutação de pacotes** (*packet switching*). O paradigma dominante na época, a **comutação de circuitos** (*circuit switching*), utilizado nos sistemas de telefonia fixa, depende do prévio estabelecimento de um caminho exclusivo entre os pontos de origem e destino da comunicação, por meio do qual o fluxo de dados segue continuamente.⁸³ O paradigma da comutação de pacotes difere radicalmente do da comutação de circuito e, implementado, transformar-se-ia em um dos mais cruciais componentes arquitetônicos da Internet, vetor de sua desconcentração e distribuição.

A idéia foi alvo de desenvolvimento paralelo, por parte de Donald Davies, na Inglaterra, e Paul Baran, nos EUA. A preocupação de Baran, ao desenvolver seu sistema de comutação de pacotes, era a de fornecer uma alternativa robusta aos sistemas de comutação de circuito, cuja segurança é mais precária. Em época de plena Guerra Fria, havia a projeção de que, caso os EUA fossem alvo de um ataque militar, a eliminação de alguns centros de comunicação da rede de telefonia do país acabaria por derrubar a rede como um todo, impedindo manobras retaliatórias.

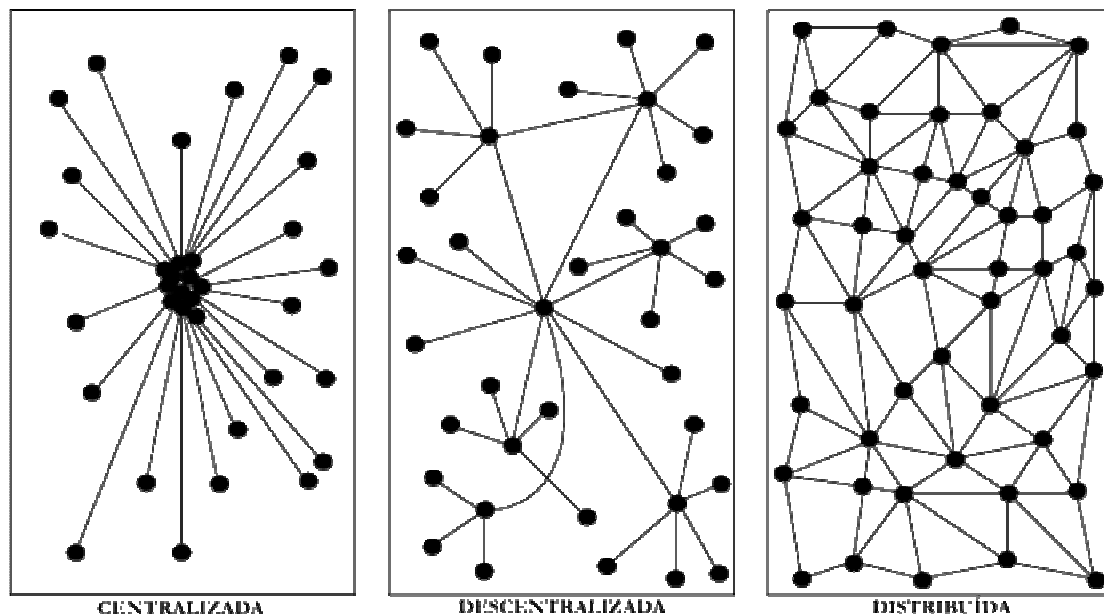
⁸² “Building a network as an end in itself wasn’t Taylor’s principal objective. He was trying to solve a problem he had seen grow worse with each round of funding. Researchers were duplicating, and isolating, costly computing resources. Not only were the scientists at each site engaging in more, and more diverse, computer research, but their demands for computer resources were growing faster than Taylor’s budget. Every new project required setting up a new and costly computing operation. Depending on the computer being used and the number of graduate students being supported, IPTO’s individual grants ranged from \$500,000 to \$3 million.

And none of the resources or results were easily shared. If these scientists doing graphics in Salt Lake City wanted to use the programs developed by the people at Lincoln Lab, they had to fly to Boston. Still more frustrating, if after a trip to Boston people in Utah wanted to start a similar project on their own machine, they would need to spend a considerable time and money duplicating what they had just seen. In those days, software programs were one-of-a-kind, like original works of art, and not easily transferred from one machine to another. Taylor was convinced of the technical feasibility of sharing such resources over a computer network, though it had never been done.” (HAFNER, Katie; LYON, Matthew. *Where wizards stay up late: the origins of the internet*. New York: Touchstone, 1998, p. 43-44).

⁸³ TANENBAUM, Andrew. *Redes de computadores*, 4ª ed., p. 156-161.

Com esse problema em mente, o modelo de Baran classifica redes de comunicação, quanto ao *design*, em três espécies: redes centralizadas, descentralizadas e distribuídas.

Figura 1 - Modelos de rede⁸⁴



Redes **centralizadas** têm pontos concentrados de controle, hierarquicamente superiores aos demais pontos de sua estrutura, e cuja eliminação torna o sistema, como um todo, inoperante. Redes **descentralizadas** são estruturadas em torno de diversos pontos de controle, mas também não atingem um nível adequado de robustez, porquanto a eliminação de um número suficiente de pontos de controle também enseja a inoperância da rede. Redes **distribuídas**, conforme Baran, proporcionariam um modelo de arquitetura de rede desejável por serem, ao contrário de redes centralizadas e descentralizadas, mais robustas pelo alto nível de redundância de cada um de seus *nós* (*nodes*). Por nível de redundância, Baran refere-se ao número de conexões diretas a outros nós mantido por cada nó.⁸⁵ Diante de um ataque inimigo, redes distribuídas teriam, pelo nível de redundância de seus nós, maiores possibilidades de resistência: o canal de comunicação não é dedicado, exclusivo, como na comutação de circuito. É disperso.

⁸⁴ Figura adaptada de BARAN, Paul. *On distributed communications: I. Introduction to distributed communications networks*, p. 2. Disponível em: <http://www.rand.org/pubs/research_memoranda/2006/RM3420.pdf>. Acesso em 20.05.06.

⁸⁵ HAFNER, Katie; LYON, Matthew. *Where wizards stay up late: the origins of the internet*, p. 59.

Mas como manter comunicação entre os pontos da rede, sem o estabelecimento de um canal exclusivo? Por meio de **pacotes** (*packets*): os dados originais são fracionados em uma série de unidades menores, que são então enviadas através da rede, e replicadas e armazenadas em cada nó antes de serem transmitidas a um nó adjacente (transmissão *store-and-forward*). Devido ao alto nível de redundância dos nós, sempre há um caminho para um pacote de sua origem ao seu destino. Não importa que uma bomba, por exemplo, venha a destruir uma grande quantidade de nós. A rede persiste por sua natureza distribuída. Conforme necessário, os pacotes percorrem rotas diferentes, chegando ao nó de destino não necessariamente na ordem de partida, e são então montados, assumindo a forma original.⁸⁶ A dificuldade de se regular o espaço da Internet, justifica-se, em parte, em razão da opção por uma rede de comutação de pacotes, distribuída e não centralizada.

Observe-se que, além de ser marcada por distribuição, a rede também tem uma *estrutura aberta*. A abertura existe porque, desde o início da construção da Internet, os trabalhos de engenharia de redes foram conduzidos por um processo colaborativo e transparente de fixação de *standards*.

1.3.3 Formação do Internet Standards Process

Como o projeto ARPANET envolvia a conexão de máquinas muito diferentes, houve a necessidade de se criar uma sub-rede por sobre a qual a rede propriamente dita seria estabelecida, motivo pelo qual foram criados computadores específicos, que seriam conectados aos computadores principais da rede (*hosts*), intermediando as comunicações. Para a criação dos computadores da sub-rede – os IMPs (Interface Message Processors) –, foi contratada a empresa Bolt, Beranek and Newman (BBN), de Cambridge, Massachussets,⁸⁷ e em 1969, os primeiros IMPs foram conectados a computadores em centros de pesquisa na UCLA (University of Califórnia, Los Angeles), SRI (Stanford Research Institute), UC Santa Barbara e University of Utah.⁸⁸

⁸⁶ BOEHM, Sharla; BARAN, Paul. *On distributed communications: II. Digital simulation of hot-potato routing in a broadband distributed communications network*. Disponível em: <http://www.rand.org/pubs/research_memoranda/2006/RM3103.pdf>. Acesso em 20.05.06.

⁸⁷ HAFNER, Katie; LYON, Matthew. *Where wizards stay up late: the origins of the Internet*, p. 82-136

⁸⁸ *Ibidem*, p. 143.

As ferramentas necessárias para a comunicação entre os IMPs haviam sido desenvolvidas pela BBN, bem como as especificações para a comunicação entre os IMPs e os outros computadores (interface IMP-host). Mas os *protocolos*⁸⁹ para a comunicação entre os hosts (*host-to-host communication*) não faziam parte do contrato, e coube aos estudantes de pós-graduação instalados nos centros de pesquisa incluídos no projeto todo o trabalho de elaborá-los. Computadores eram criados, na época, de modo a relacionarem-se com outros aparelhos seguindo um padrão de comunicação mestre/escravo (*master-slave communication*); era preciso agora estabelecer entre essas máquinas um modo de comunicação par-a-par (*peer-to-peer communication*),⁹⁰ e faltavam os protocolos para que isso pudesse ocorrer.

Os estudantes dos centros de pesquisas que receberam os IMPs organizaram-se de modo a desenvolver os padrões de comunicações host-to-host, e teve início a história do *Internet Standards Process*: “the process used by the Internet community for the standardization of protocols and procedure”.⁹¹ Reunidos em um grupo informal, o Network Working Group, os estudantes passaram a discutir o problema em reuniões presenciais e em documentos denominados RFCs (*request for comments*), distribuídos inicialmente por correspondência física. O primeiro RFC foi escrito por Steve Crocker, da UCLA, e pelo tom polido e diplomático, aberto a participação coletiva, transformou-se no principal veículo para o processo de padronização e engenharia de redes,⁹² persistindo até os

⁸⁹ “Basicamente, um **protocolo** é um acordo entre as partes que se comunicam, estabelecendo como se dará a comunicação” (TANENBAUM, Andrew. *Redes de computadores*, 4ª ed., p. 29, grifo no original).

⁹⁰ “The computer themselves were extremely egocentric devices. The typical mainframe of the period behaved as if it were the only computer in the universe. There was no obvious or easy way to engage two diverse machines in even the minimal communication needed to move bits back and forth. You could connect machines, but once connected what would they say to each other? In those days a computer interacted with the devices that were attached to it, like a monarch communicating with his subjects. Everything connected to the main computer performed a specific task, and each peripheral device was presumed to be ready at all times for a fetch-my-slippers type of command. (In computer parlance, this relationship is known as a master-slave communication.) Computers were strictly designed for this kind of interaction; they send instructions to subordinate card readers, terminals, and tape units, and they initiate all dialogues. But if another device in effect tapped the computer on the shoulder with a signal that said, ‘Hi, I’m a computer, too,’ the receiving machine would be stumped. The goal in devising the host-to-host protocol was to get the mainframe machines talking as peers, so that either side could initiate a simple dialogue and the other would be ready to respond with at least an acknowledgment of the other machine’s existence” (HAFNER, Katie; LYON, Matthew. *Where wizards stay up late: the origins of the Internet*, p. 146-147).

⁹¹ RFC 2026 (BCP 9). Disponível em: < <http://www.ietf.org/rfc/rfc2026.txt>>. Acesso em 13.12.06.

⁹² HAFNER, Katie; LYON, Matthew. *Where wizards stay up late: the origins of the Internet*, p. 144-145.

dias de hoje na Internet Engineering Task Force (IETF),⁹³ ISOC (Internet Society)⁹⁴ e IAB (Internet Architecture Board).⁹⁵ O processo⁹⁶ é aberto à participação de qualquer interessado, transparente, meritocrático, e conforme Froomkin talvez seja um bom exemplo da ética discursiva habermasiana posta em prática.⁹⁷

Em 1970, o Network Working Group finalmente chegaria a um protocolo para a comunicação host-to-host, cuja implementação receberia o nome de Network Control Program (NCP).⁹⁸ O NCP, hoje obsoleto, seria posteriormente substituído pelos protocolos TCP e IP, desenvolvidos por Vint Cerf e Bob Kahn, como solução para um problema que viria a surgir na evolução da ARPANET e outras redes de comutação de pacotes: como estabelecer *standards* para que essas redes pudessem se comunicar entre si? Isso implicaria o abandono do NCP, sua substituição pelos protocolos TCP e IP (dentre outros), e daria origem à Internet tal como ela é atualmente.

1.3.4 Internet e World Wide Web

Os *nodes* da ARPANET foram aumentando em número. Em 1969 eram 4; em 1972, eram 29;⁹⁹ entre 1973 e 1975, a velocidade de crescimento da rede era de um *node* ao mês.¹⁰⁰ Outras redes, também baseadas no modelo da comutação de pacotes, foram se desenvolvendo paralelamente, surgindo a idéia de se estabelecer meios para que essas redes se comunicassem entre si, seguindo-se fielmente o espírito original da ARPANET, de compartilhamento de recursos computacionais. Tendo-se em vista este objetivo, Vint Cerf e Bob Kahn propuseram um novo protocolo, o TCP (Transmission Control Protocol) em

⁹³ < <http://www.ietf.org/>>. Acesso em 13.12.06.

⁹⁴ < <http://www.isoc.org/>>. Acesso em 13.12.06.

⁹⁵ < <http://www.iab.org/>>. Acesso em 13.12.06.

⁹⁶ Para um panorama do processo, além do já citado RFC 2026 (BCP 9), ver NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *The Internet's coming of age*, p. 134-135. Ainda: BRADNER, Scott. The Internet Engineering Task Force. In: DiBONA, Chris; OCKMAN, Sam; STONE, Mark. *Open sources: voices from the revolution*. Sebastopol, 1999.

⁹⁷ FROOMKIN, Michael A. Habermas@discourse.net: toward a critical theory of cyberspace. *Harvard Law Review*, v. 116, n. 3.

⁹⁸ Ver o relato contido no RFC 1000 (The Request for Comments Reference Guide). Disponível em: <<http://rfc.sunsite.dk/rfc/rfc1000.html>>. Acesso em 13.12.06.

⁹⁹ HAFNER, Katie; LYON, Matthew. *Where wizards stay up late: the origins of the Internet*, p. 178.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 228.

artigo de 1974,¹⁰¹ ao qual posteriormente se acrescentaria o protocolo IP (Internet Protocol), em 1978.¹⁰² Feita a transição do protocolo NCP para os protocolos TCP e IP em 1983,¹⁰³ outros elementos arquitetônicos de destaque seriam implementados, como o protocolo SMTP (Simple Mail Transfer Protocol), para e-mails, e estabelecimento do sistema de nomes de domínio, o DNS (Domain Name System),¹⁰⁴ sempre a partir do processo aberto de fixação de *standards* estabelecido a partir dos primeiros trabalhos do Network Working Group. Outras redes como a CSNET, USENET, UUNET, BITNET e NSFNET viriam a se juntar à ARPANET, graças aos protocolos criados por Cerf e Kahn, dando origem a uma efetiva internet, cujo acesso ainda, predominantemente, limitava-se aos membros da comunidade acadêmica. A ARPANET cessaria suas atividades em 1989, com a NSFNET se estabelecendo como o principal *backbone* da Internet.¹⁰⁵

Não muito tempo depois, no início dos anos 90, Tim Berners-Lee criaria um sistema distribuído, sustentado pela estrutura da Internet, que se tornaria um dos principais propulsores da comercialização e popularização da rede: a World Wide Web (WWW). Com o objetivo de formar um “espaço global de informação” em que toda a informação guardada em computadores ao redor do mundo pudesse ser conectada, inter-relacionada, e acessada com facilidade,¹⁰⁶ Berners-Lee elaborou uma linguagem de hipertexto¹⁰⁷ (HTML, *hypertext markup language*), um protocolo (HTTP, *hypertext transfer protocol*), e *software* para edição/navegação de páginas Web. O sistema foi sendo aos poucos adotado pela comunidade da Internet, e popularizou-se principalmente em razão de um sistema rival, o *gopher*, ter contrariado a lógica da Internet e não ter adotado um posicionamento que privilegiasse a abertura: a mantenedora do *gopher*, a University of Minnesota, decidiu tornar

¹⁰¹ CERF, Vinton G.; KAHN, Robert E. *A protocol for packet network communication*. Disponível em: <<http://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall06/cos561/papers/cerf74.pdf>>. Acesso em 13.12.06.

¹⁰² HAFNER, Katie; LYON, Matthew. *Where wizards stay up late: the origins of the Internet*, p. 237.

¹⁰³ Ibidem, p. 248.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 252-253.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 256.

¹⁰⁶ BERNERS-LEE, Tim; FISCHETTI, Mark. *Weaving the web: the original design and ultimate destiny of the World Wide Web*. New York: Harper Business, 2000, p. 4.

¹⁰⁷ *Hipertexto* é texto que pode ser lido em sequência não-linear, ramificando-se em outros textos, que a seu turno ramificam-se em outros, formando um emaranhado de informação inter-relacionada. O nome foi cunhado por Ted Nelson, criador de um sistema até certo ponto similar à WWW, embora não implementado, mas a idéia já é antiga, e geralmente atribuída a Vannevar Bush (BERNERS-LEE, Tim; FISCHETTI, Mark. *Weaving the web: the original design and ultimate destiny of the World Wide Web*, p. 4).

os padrões do sistema fechados e proprietários,¹⁰⁸ e cobrar uma quantia em dinheiro por seu licenciamento. A comunidade acadêmica, conforme relata Berners-Lee, tomou a decisão como um ato de traição, e o *gopher* foi aos poucos sendo abandonado, até cair em desuso.¹⁰⁹ Abriu-se espaço, então, para a adoção da WWW, um sistema mais fiel ao espírito de abertura da Internet.¹¹⁰

A partir de 1995, teve início a era da Internet comercial, que persiste até hoje, com o desenvolvimento do comércio eletrônico, acesso generalizado (não restrito à comunidade acadêmica e centros de pesquisa), e o conflito entre pautas valorativas diametralmente opostas quanto a questões de propriedade intelectual.¹¹¹ A tensão entre comercialização e livre fluxo de informação, marcada por ofensivas de fechamento da arquitetura da Internet a serviço do comércio, acompanhadas de resistência da arquitetura original da rede, permeada por intensa produção normativa de ordem arquitetônica, jurídica e social, provocaria modificações estruturais radicais dos modelos de negócios tradicionais da indústria do conteúdo, a criação de novos modelos de negócios e, principalmente, um aumento da participação popular nos processos de produção e distribuição de bens culturais, independentemente de barreiras jurídicas, como veremos adiante no capítulo 4.

¹⁰⁸ No sentido de não-livres, ver nota 74, *supra*.

¹⁰⁹ BERNERS-LEE, Tim; FISCHETTI, Mark. *Weaving the web: the original design and ultimate destiny of the World Wide Web*, p. 72-73

¹¹⁰ Os *standards* relacionados à WWW também são estabelecidos conforme um processo marcado pela abertura, por meio do World Wide Web Consortium, e disponibilizados sem a cobrança de *royalties*. Ver < <http://www.w3.org/>>. Acesso em 13.12.06.

¹¹¹ Como ilustra Benkler, utilizando como exemplo a WWW: "The World Wide Web protocols and authoring conventions HTTP and HTML were created, and over the course of their lives, shepherded by Tim Berners Lee, who has chosen to dedicate his efforts to making the Web a public good rather than cashing in on his innovation. The sheer technical necessity of these basic protocols and the cultural stature of their achievement within the engineering community have given these open processes and their commonslike institutional structure a strong gravitational pull on the design of other components of the logical layer, at least insofar as it relates to the communication side of the Internet.

This basic open model has been in constant tension with the proprietary models that have come to use and focus on the Internet in the past decade. By the mid-1990s, the development of graphical-user interfaces to the Web drove Internet use out of universities and into homes. Commercial actors began to look for ways to capture the commercial value of the human potential of the World Wide Web and the Internet, while Hollywood and the recording industry saw the threat of one giant worldwide copying machine looming large. At the same time, the Clinton administration's search of "third-way" liberal agenda manifested in these areas as a commitment to "let the private sector lead" in deployment of the Internet, and an "intellectual property" policy based on extreme protectionism for the exclusive-rights-dependent industries aimed, in the metaphors of that time, to get cars on the information superhighway or help the Internet become a celestial jukebox. The result was a series of moves designed to make the institutional ecology of the Internet more conducive to the proprietary model." (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*, p. 412-413).

Para compreender o problema do compartilhamento de arquivos, é fundamental compreender os conflitos arquitetônico-ideológicos que marcam as discussões em torno de políticas públicas referentes à Internet hoje em dia. Para tanto, é necessário explicitar com maior clareza os valores que orientaram a construção da arquitetura original da Internet, agora em risco, e como esses valores resultaram em um grupo de princípios de *design* que resistem, normativamente, contra os princípios opostos da era pós-comercialização da Internet.

1.3.5 Valores e arquitetura

Como a exposição precedente pôde ilustrar, desde suas origens remotas a Internet foi um empreendimento acadêmico, conduzido por cientistas, para cientistas, a serviço da ciência:¹¹² a própria finalidade da ARPANET, o compartilhamento de recursos computacionais e informação entre centros de pesquisa, já revela o caráter nitidamente acadêmico e científico do projeto. A “comunidade da Internet”, como se autodenominava o coletivo dos participantes do projeto ARPANET nos RFCs, nada mais era do que uma instância específica da comunidade acadêmica, da comunidade científica. Nos termos utilizados pelo presente estudo, tratava-se da comunidade acadêmica vista sob uma perspectiva micro, uma das várias possíveis manifestações concretas e específicas da comunidade científica em perspectiva macro. Inicialmente, a comunidade da Internet era apenas uma comunidade de cientistas dedicados ao estudo e implementação de redes de computadores. Aos poucos, entretanto, conforme a ARPANET foi crescendo e outras redes foram a ela sendo agregadas, outras comunidades de cientistas, em sentido micro, foram se juntando à “comunidade da Internet”, de modo que esta passou a incluir a totalidade da comunidade científica.

¹¹² "The Internet was built according to cynical principles – borderlerness, unregulability, peer-to-peer openness, and peer-review accountability – which also belong to the realms of science and the academy. This is no coincidence. The folks who built the essential protocols of the Internet, from the e-mail programs to the server software to the language we use to code Web pages, were by and large academics and hackers, immersed in an ethical environment that rewarded virtue and virtuosity. They were Diogenic cynics" (VAIDHYANATHAN, Siva. *The anarchist in the library*. New York: Basic Books, 2004, p. 29).

A comunidade científica é uma comunidade no sentido acima delimitado, apresentando as principais características listadas no item 1.1.3. É formada por agrupamentos de relações interpessoais (cientistas em interação com cientistas), em torno de um interesse comum (desenvolvimento da ciência), manifesta-se discursivamente (oralmente em aulas, conferências, congressos; por escrito na produção de artigos e livros), depende de infra-estruturas específicas (universidades, salas de aula, laboratórios), seus integrantes possuem um forte senso de comunidade (as alusões à “comunidade científica” são freqüentes por parte de cientistas), e pode ser vista a partir de um ponto de vista geral e abrangente (no que se inclui a totalidade da comunidade acadêmica) ou específico e estreito (a comunidade dos neurologistas, a comunidade dos sociólogos, a comunidade dos filósofos, etc.). Mais importante, contudo, para que se caracterize a comunidade científica como uma comunidade no sentido aqui demarcado, é o fato de que ela é um notório foco produtor de normas sociais: há um *ethos* que é peculiar à comunidade científica, um ideal de como os cientistas devem se comportar. Não é acidente que os processos de padronização da Internet tenham sido marcados por um espírito de abertura e de cooperação, em certa medida avesso à idéia de propriedade intelectual. Para chegar a essa conclusão, basta observarmos as normas que orientam as atividades da comunidade científica.

Merton¹¹³ reduz o *ethos* da comunidade científica a quatro normas:

- a) **universalismo**: o conhecimento científico é universal, independe de atributos pessoais ou sociais;
- b) **comunismo** (não no sentido específico de doutrina política): os produtos da investigação científica são de propriedade de todos;
- c) **desinteresse**: imparcialidade e objetividade são posturas esperadas de todos os cientistas;
- d) **ceticismo organizado**: o conhecimento científico está sujeito a exame e teste por parte do restante da comunidade científica, para que seja reconhecido como tal.

¹¹³ MERTON, Robert K. The normative structure of science. In: MERTON, Robert K. *The sociology of science: theoretical and empirical investigations*. Chicado/London: The University of Chicago Press, 1974, p. 270-278.

A segunda norma (comunismo) merece atenção especial. Conforme ela, os produtos da investigação científica são *comunitários*. Cientistas individualmente considerados, conforme a ética científica, não têm um direito de propriedade sobre a ciência,¹¹⁴ no que disputas sobre a prioridade das descobertas acabam ganhando destaque na atribuição de mérito e reputação a pesquisadores,¹¹⁵ ocasionando, por vezes, acirradas disputas (Galileu vs. Baldessar Capra, Newton vs. Leibniz, Watson e Crick vs. Rosalind Franklin, etc.). Colocando a questão em termos jurídicos, trata-se de uma idéia muito mais compatível com a do direito moral de paternidade, do que com a de direitos patrimoniais,¹¹⁶ para citar os dois componentes dos sistemas de direito de autor.¹¹⁷ É claro que a norma do comunismo não implica a inexistência de direitos de propriedade intelectual, nem que cientistas não costumem avocá-los para si. A adoção de uma postura protecionista quanto a direitos autorais sobre publicações¹¹⁸ e portfolios de patentes são comuns na comunidade acadêmica. Revelam, contudo, um paradoxo normativo, considerado o *ethos* da comunidade científica. Afinal, ao lado de pesquisadores afoitos por patentes também existem figuras como Jonas Salk, que uma vez perguntado por Edward R. Murrow a quem

¹¹⁴ “The substantive findings of science are a product of social collaboration and are assigned to the community. They constitute a common heritage in which the equity of the individual producer is severely limited. An eponymous law or theory does not enter into the exclusive possession of the discoverer and his heirs, nor do the mores bestow upon them special rights of use and disposition. Property rights in science are whittled down to a bare minimum by the rationale of the scientific ethic. The scientist’s claim to ‘his’ intellectual ‘property’ is limited to that of recognition and esteem which, if the institution functions with a modicum of efficiency, is roughly commensurate with the significance of the increments brought to the common fund of knowledge” (MERTON, Robert K. *The normative structure of science*, p. 273).

¹¹⁵ MERTON, Robert K. Priorities in scientific discovery. In: MERTON, Robert K. *The sociology of science: theoretical and empirical investigations*, p. 286-324.

¹¹⁶ “The communism of the scientific ethos is incompatible with the definition of technology as ‘private property’ in a capitalistic economy’ (...) Scientists have been urged to become promoters of new economic enterprises. Others seek to resolve the conflict by advocating socialism. These proposals – both those which demand economic returns for scientific discoveries and those which demand a change in the social system to let science get on with the job – reflect discrepancies in the conception of intellectual property” (MERTON, Robert K. *The normative structure of science*, p. 275).

¹¹⁷ Em oposição aos sistemas de *copyright*, nos quais tem prevalência o componente patrimonial. Ver *infra*, capítulo 6.

¹¹⁸ Vide autores da comunidade acadêmica que lutam contra a reprografia de seus livros (mas provavelmente dependeram da reprografia dos livros de outros autores para as próprias pesquisas).

pertencia sua vacina antipólio respondeu: "Well, the people. There is no patent. Could you patent the sun?".¹¹⁹

Fixados os valores que originaram a estrutura da Internet, convém resumi-los em termos mais ou menos técnicos, para que se tenha alguma idéia de como eles podem vir a ser modificados para servirem a valores distintos.

1.3.6 Princípios arquitetônicos da Internet

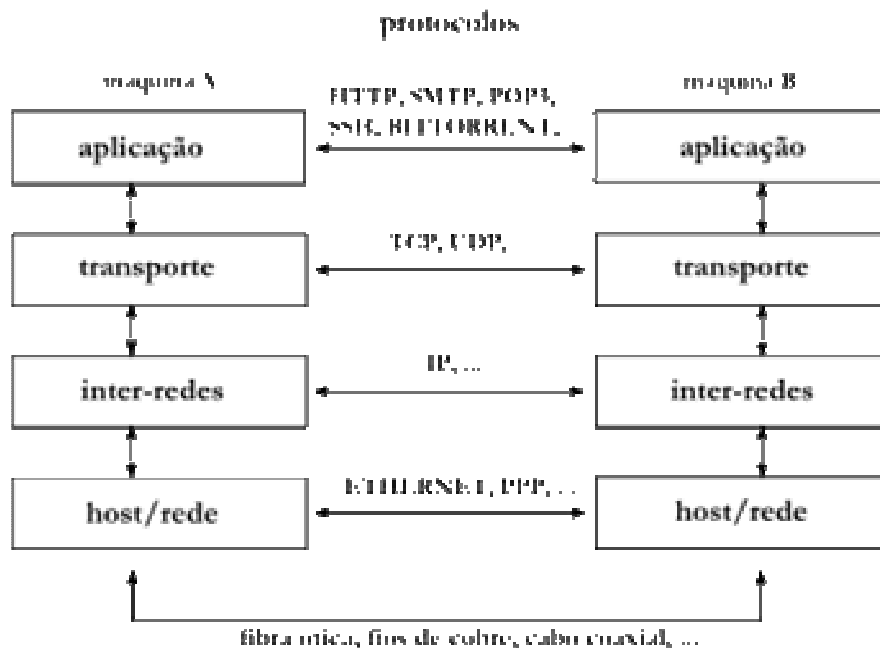
Ao se estudar a arquitetura de uma rede de computadores, em sentido técnico, faz-se alusão a modelos de referência estruturados em pilhas de **camadas**, **protocolos** e **serviços**.¹²⁰ Cada camada exerce uma função específica e fornece serviços à camada superior. Entre as camadas, **interfaces** fazem a intermediação entre os serviços fornecidos por uma camada a um usuário na camada de cima, sendo possível trabalhar com cada camada sem se preocupar com detalhes de implementação relacionados às camadas inferiores.¹²¹ Há mais de um modelo de referência para de redes de computador, e o número de camadas varia de modelo para modelo. O modelo OSI (Open Systems Interconnection), da ISO (International Standards Organization), por exemplo, tem sete camadas; o modelo TCP/IP, apresentado a seguir, tem quatro: aplicação, transporte, inter-redes e host/rede.

¹¹⁹ BOLLIER, David. *Preserving the academic commons*. Disponível em: <<http://www.learcenter.org/pdf/BollierAAUP.pdf>>. Acesso em 13.12.06.

¹²⁰ TANENBAUM, Andrew. *Redes de computadores*, 4ª ed., p. 29.

¹²¹ "Um *serviço* é um conjunto de primitivas (operações) que uma camada oferece à camada situada acima dela. O serviço define as operações que a camada está preparada para executar em nome de seus usuários, mas não informa absolutamente nada sobre como essas operações são implementadas. Um serviço se relaciona a uma interface entre duas camadas, sendo a camada inferior o fornecedor do serviço e a camada superior o usuário do serviço.

Já o *protocolo* é um conjunto de regras que controla o formato e o significado dos pacotes ou mensagens que são trocadas pelas entidades pares contidas em uma camada. As entidades utilizam protocolos com a finalidade de implementar suas definições de serviço. Elas têm a liberdade de trocar seus protocolos, desde que não alterem o serviço visível para seus usuários. Portanto, o serviço e o protocolo são independentes um do outro" (TANENBAUM, Andrew. *Redes de computadores*, 4ª ed., p. 39).

Figura 2 - Modelo de referência TCP/IP¹²²

Cada camada é ocupada por um conjunto de entidades, chamadas pares (*peers*), relativas a processos, dispositivos de *hardware*, ou ainda seres humanos, que se comunicam com entidades presentes nas camadas correspondentes em outras pilhas, a partir de um protocolo: um conjunto de regras que garante que a informação emitida por um par possa ser recebida e compreendida por outro, e que se estabeleça comunicação entre ambos.¹²³

Uma breve e simplificada descrição da função exercida por cada camada no modelo TCP/IP é necessária. Em termos grosseiros: a camada inferior, **host/rede**, cuida de como se dá a transmissão física de dados, em conexão com a base que atua como canal de comunicação da rede (por exemplo: fibra ótica, fios de cobre, cabo coaxial, etc.); a camada superior, **inter-redes**, cuida do roteamento de pacotes entre origem e destino; logo acima, a camada de **transporte** dedica-se ao fracionamento dos dados a ela enviados pela camada superior em unidades menores, pacotes que são então encaminhados à camada abaixo, **inter-redes**; a camada mais alta da pilha, **aplicação**, é aquela com a qual interage o usuário final das redes.¹²⁴

Exemplificando: o usuário da máquina A, na figura 2, decide enviar um e-mail ao usuário da máquina B. Por meio um programa executado na máquina A, o usuário escreve

¹²² Adaptado de TANENBAUM, Andrew. *Redes de computadores*, 4ª ed., p. 30.

¹²³ Ibidem, p. 29.

¹²⁴ Ibidem, p. 41-49.

sua mensagem e envia o e-mail. Os dados são encaminhados à camada de transporte, fracionados em pacotes e enviados à camada inter-redes, onde é realizado seu roteamento. A camada inter-redes passa os dados à camada host/rede, por meio da qual os dados são fisicamente enviados, pela base física de conexão da rede, até a máquina B. A camada host/rede na máquina B transfere os dados à camada superior, inter-redes, que os passa à camada de cima, transporte, que finalmente os remete à camada de aplicação, onde o usuário da máquina B poderá ler o e-mail enviado pelo usuário da máquina A, valendo-se de um programa específico. Cada camada da máquina A se comunica com a camada correspondente na camada B a partir de regras estabelecidas por protocolos específicos, que asseguram que o processamento de dados em cada camada ocorrerá de forma correta, conforme padrões comuns.

Essa descrição é importante para compreensão dos princípios de arquitetura que orientaram a construção da Internet, e têm poder regulador, conforme o modelo teórico de Lessig, acima descrito. De acordo com estudo do National Research Council,¹²⁵ esses princípios são (a) arquitetura em ampulheta; (b) arquitetura ponta-a-ponta; (c) possibilidade de crescimento; (d) *design* distribuído e controle descentralizado:

- a) **arquitetura em ampulheta:** A criação de aplicações que atuam na camada superior da rede independe do conhecimento dos detalhes da configuração das camadas inferiores. O mesmo vale para o desenvolvimento das tecnologias de comunicação da base física – o substrato da rede (fibra ótica, rádio, cobre, modems, etc.), quanto às camadas superiores;¹²⁶
- b) **arquitetura ponta-a-ponta (*end-to-end*):** A “vida inteligente” da rede é situada nas máquinas que ficam em suas extremidades. As máquinas que se encontram no

¹²⁵ NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *The Internet's coming of age*, p. 3-4.

¹²⁶ “This critical separation between network technology and the higher-level services through which users actually interact with the Internet can be visualized as an hourglass, in which the narrow waist represents the basic network service provided by the Internet and the wider regions above and below represents the applications and underlying communications technologies respectively” (NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *The Internet's coming of age*, p. 4).

interior das bordas da rede são responsáveis por um serviço simples, de transporte de dados;¹²⁷

- c) **possibilidade de crescimento (*scalability*)**: A Internet foi arquitetada de modo a acomodar números crescentes de usuários e máquinas. Isso não significa que não existam obstáculos para o crescimento da rede, mas este princípio arquitetônico dirige processos de padronização e design de tecnologia visando a possibilitar aumentos de escala da rede (como, por exemplo, na transição entre IPv4 e IPv6, para suprir problemas de escassez de endereços IP);¹²⁸
- d) **design distribuído e controle descentralizado**: O roteamento de pacotes pela rede é distribuído, com exceção de algumas funções (alocação de blocos de endereços IP e administração do DNS, Domain Name System). Como consequência, *não há entidade que detenha o controle da Internet como um todo*;¹²⁹

Não fosse a existência destes princípios, conformando a estrutura da Internet, não haveria compartilhamento de arquivos, por dois motivos:

- (1) os sistemas de compartilhamento de arquivos, elaborados no nível da camada de aplicação, sequer teriam sido inventados: a arquitetura em ampulheta e ponta-a-ponta asseguram múltiplas possibilidades de inovação nas bordas da rede,¹³⁰ e as

¹²⁷ “Edge-based innovation derives from an early fundamental design decision that the Internet should have an end-to-end architecture. The network, which provides a communications fabric connecting the many computer at its ends, offers a very basic level of service, data transport, while the intelligence, the information processing needed to provide applications, is located in or close to the devices attached to the edge of the network” (NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *The Internet’s coming of age*, p. 4).

¹²⁸ Ibidem, p. 77-81

¹²⁹ Para que isso ocorra, é preciso seguir uma política de controle da Internet como a dos países indicados na nota 19, *supra*, inviável em democracias ocidentais.

¹³⁰ “This design has important consequences for innovation – indeed, we can count three:

- First, because applications run on computers at the edge of the network, innovators with new applications need only connect their computers to the network to let their application run. No change to the computers within the network is required. If you are a developer, for example, who wants to use the Internet to make telephone calls, you need only develop that application and get users to adopt it for the Internet to be capable of making ‘telephone’ calls. You can write the application and send it to the person on the other end of the network. Both of you install it and start talking. That’s it.
- Second, because the design is not optimized for any particular existing application, the network is open to innovation not originally imagined. All the Internet protocol (IP) does is figure a way to package and route data; it doesn’t route or process certain kinds of data better than others. That

tecnologias de compartilhamento de arquivos apenas puderam se desenvolver graças a esses fatores arquitetônicos;

- (2) os sistemas de compartilhamento de arquivos dependem, em grande medida, do crescimento da rede (quanto maior o número de pares, mais eficiente o sistema), e não são fáceis de se aniquilar, por regulação jurídica direta, em razão do design distribuído e controle descentralizado da Internet.

Para compreender a fundo os pontos (1) e (2), precisamos estudar o fenômeno do compartilhamento de arquivos em suas dimensões técnicas e sociais. É este o objetivo do próximo capítulo.

creates a problem for some applications (...) but it creates an opportunity for a wide range of other applications too. It means that the network is open to adopting applications not originally foreseen by the designers;

- Third, because the design effects a neutral platform – neutral in the sense that the network owner can't discriminate against some packets while favoring others – the network *can't* discriminate against a new innovator's design. If a new application threatens a dominant application, there's nothing the network can do about that. The network will remain neutral regardless of the application" (LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. 36-37).

CAPÍTULO 2. COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS: ARQUITETURA E NORMAS SOCIAIS

Pode-se definir o fenômeno do compartilhamento de arquivos como uma prática social de distribuição livre e gratuita de bens culturais – no que se faz referência não apenas a entretenimento e arte, mas também à produção dos círculos acadêmicos –, viabilizada por meio de uma infra-estrutura tecnológica que depende da Internet para seu funcionamento. Em outras palavras, trata-se da reprodução e conseqüente distribuição de arquivos de computador contendo dados referentes a uma pluralidade de bens culturais (livros, filmes, música, etc.), em formato digital, independentemente de permissão para reproduzi-los e distribuí-los, feita a título gratuito, a partir de meios diversos.

Sistemas de compartilhamento de arquivos funcionam, via de regra, por meio da conjugação de dois elementos: (a) uma infra-estrutura técnica, basicamente composta por computadores comunicando-se entre si a partir de uma variedade de protocolos, quase sempre *especialmente* criados para a prática do compartilhamento;¹³¹ (b) uma comunidade, composta por indivíduos atuando colaborativamente na distribuição e consumo de bens culturais, por meio da infra estrutura técnica apontada em (a).

Qualquer sistema de distribuição coletiva/cooperativa e gratuita de informação pode ser considerado um sistema de compartilhamento de arquivos **em sentido amplo**. Um sistema de distribuição e empréstimos de livros como o do projeto Book Crossing,¹³² por

¹³¹ Na maior parte dos casos, a infra-estrutura tecnológica dos sistemas de compartilhamento de arquivos que coexistem na Internet será uma rede *peer-to-peer* (p2p), ou, mais corretamente, um *sistema distribuído* peer-to-peer (valeremo-nos do termo *rede*, entretanto, por ser o mais utilizado). Apesar da popularidade das redes p2p, todavia, nem sempre um sistema de compartilhamento valer-se-á delas, como restará claro até o final deste capítulo.

¹³² Originalmente, o projeto Book Crossing era dedicado apenas ao ato de deixar livros em espaços públicos (restaurantes, rodoviárias, bancos de praça, etc.), para a apropriação de qualquer pessoa que se interessasse em levá-los consigo. Cada livro traz uma etiqueta, com um número de registro único, e caso a pessoa que encontre queira, pode inscrever no site a captura do livro, indicando seu número de registro e as circunstâncias em que ele foi encontrado. O projeto incentiva que, uma vez lidos, os livros sejam novamente lançados *"in the wild"*, para que possam ser encontrados por outras pessoas, e sejam novamente registrados no site, que passa a acompanhar as viagens de cada livro, às vezes ao redor do mundo. A iniciativa teve sucesso, e

exemplo, pode ser entendido como um sistema de compartilhamento de arquivos em sentido amplo. O mesmo vale para sistemas de comutação bibliográfica como o Comut,¹³³ por meio dos quais bibliotecas cooperam entre si no envio recíproco de cópias de artigos de periódicos, capítulos de trabalhos monográficos, relatórios técnicos, anais de eventos etc., para atender necessidades de pesquisadores diante das carências dos acervos locais. *Sites* de compartilhamento de vídeos em *streaming* como o YouTube¹³⁴ e similares, ainda, também podem ser vistos como exemplos de compartilhamento de arquivos em sentido amplo.

Nesta dissertação, contudo, faremos referência a sistemas de compartilhamento de arquivos **em sentido estrito**, ou seja, qualquer conjugação de uma infra-estrutura técnica a uma comunidade dedicada à prática da distribuição livre, gratuita e colaborativa de bens culturais, em formato digital, em arquivos que possam ser destacados do próprio sistema, inseridos em outros, e processados/editados/transformados autonomamente pelo usuário caso este assim decida.¹³⁵

O presente capítulo é dividido em duas partes, a primeira oferecendo uma descrição da infra-estrutura técnica dos sistemas de compartilhamento de arquivos, e a segunda cuidando das comunidades que formam seu segundo elemento constitutivo. Com isto, espera-se traçar um quadro que esclareça o fenômeno tanto em seus aspectos arquitetônicos, quanto em seus aspectos sociais-normativos, seguindo o modelo de Lessig apresentado no capítulo anterior. Trata-se, em outras palavras, de explicar como código e normas sociais combinam-se para a formação dos sistemas de compartilhamento de arquivos. O terceiro capítulo da dissertação cuidará das reações tomadas pela indústria do conteúdo face ao fenômeno ora apresentado.

hoje o site conta com 472.804 membros e 3.099.944 livros registrados (<<http://www.bookcrossing.com/>>. Acesso em 13.06.06).

A comunidade de usuários do Book Crossing também tem como hábito, entretanto, fazer correntes de empréstimos de livros. Uma pessoa adquire um exemplar de um livro qualquer, e o oferece à comunidade. Uma lista de interessados é construída, e o livro é enviado para a primeira pessoa, que depois o envia para a segunda, e assim por diante. Na terminologia da comunidade, esses são *bookrings* e *bookrays*, distinguindo-se os primeiros dos segundos pelo fato de que nos *rings* o livro volta ao dono original, e nos *rays* não (<<http://www.bookcrossing.com/forum/20>>. Acesso em 13.06.06>. Acesso em 13.06.06>). Neste sentido, o Book Crossing pode ser considerado um sistema de compartilhamento em sentido amplo; a dependência em relação à base física do material compartilhado descaracteriza o Book Crossing, todavia, como um sistema de compartilhamento no sentido mais estrito utilizado nesta dissertação.

¹³³ <<http://www.ibict.br/secao.php?cat=COMUT>>. Acesso em: 13.06.06.

¹³⁴ <www.youtube.com>. Acesso em: 16.01.07.

¹³⁵ O termo “sistema de compartilhamento”, em alguns momentos, será utilizado como sinônimo de “infra-estrutura técnica de compartilhamento”. O contexto indicará o uso.

2.1 Aspectos técnicos (arquitetura)

Antes que se possa passar ao estudo das infra-estruturas técnicas específicas de sistemas de compartilhamento de arquivos, convém fazer um panorama de seus aspectos técnicos gerais. Para estruturar a exposição, faremos uso do modelo em três camadas elaborado por Benkler para análises jurídicas, políticas e econômicas de sistemas de comunicação.¹³⁶

2.1.1 Panorama: estudo em camadas

Em um dado **sistema de comunicação**, três camadas representam os grupos de elementos e funções que operam conjuntamente para o seu funcionamento. Há uma **camada física**, ocupando a posição mais inferior, composta de elementos materiais, como computadores, aparelhos periféricos, telefones, linhas telefônicas, fibra ótica, etc. Sobre ela, há uma **camada lógica**, na qual se encontram o instrumental e coordenadas necessários para a para a transmissão de informação – no caso da Internet, uma série de algoritmos, *standards*, linguagens, programas de computador, protocolos, etc. No topo das duas camadas anteriores, encontra-se a **camada do conteúdo**, que é constituída por tudo o que é transmitido sobre as bases físicas e lógicas do sistema de comunicação: em termos gerais, informação.

Esse modelo em três camadas é útil para uma primeira apresentação da dimensão arquitetônica dos sistemas de compartilhamento, revelando os elementos que compõem sua estrutura técnica.

¹³⁶ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 391-393; BENKLER, Yochai. From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access. *Federal Communications Law Journal*, n. 52, v. 3, p. 561-579. Divisões por camadas são usuais na estruturação de sistemas de comunicação, e o modelo de Benkler é inspirado nos modelos de arquitetura de redes em camadas aos quais se fez referência *supra*, item 1.3.6. Não se trata, entretanto, de um modelo de arquitetura de redes, mas de uma abstração voltada a qualquer sistema de comunicação.

2.1.1.1 Camada física

Os componentes da camada física de um sistema de compartilhamento de arquivos são os seguintes:

- a) **Os componentes materiais necessários para o próprio funcionamento da Internet**, como computadores, fios de cobre, cabos coaxiais, modems, roteadores, etc. Como o compartilhamento de arquivos depende da Internet para existir, pressupõe-se na camada física todos os elementos que integram a camada física referente à própria Internet enquanto um sistema de comunicação;
- b) **A base física dos bens culturais a serem compartilhados**. O compartilhamento de arquivos envolve a distribuição de conteúdo digital que, na maior parte das vezes, precisa seguir um percurso que vai da vinculação a um objeto corpóreo a um estado não-tangencial antes de ser compartilhado. Na grande maioria dos casos, o que termina sendo compartilhado nos sistemas de compartilhamento teve, uma vez, uma base física:¹³⁷ papel, fitas magnéticas, vinil, CDs e DVDs, etc., são exemplos de veículos, bases físicas, para conteúdo. Para circulação em rede e inclusão na camada do conteúdo, a informação contida nessas bases físicas precisa ser delas destacada. Isso ocorre por um processo de digitalização (por exemplo: passar as páginas de um livro por um *scanner*), ou extração de conteúdo já existente em formato digital (por exemplo: fazer o *rip*¹³⁸ do conteúdo de um CD);
- c) **Os instrumentos materiais necessários para a extração e digitalização de conteúdo**. *Scanners*, câmeras de vídeo, câmeras fotográficas, CD/DVD-ROMs, gravadores de som, DVRs (*digital video recorders*), etc.;
- d) **Mídia de armazenamento**. Em sistemas de compartilhamento de arquivos, a informação que trafega na camada do conteúdo tende a voltar para uma base física

¹³⁷ Importante observar que *nem todo* conteúdo que termina nas redes de compartilhamento teve um dia uma base física. Muitas vezes o material compartilhado já é desenvolvido digitalmente para distribuição direta em rede, sem fixação em mídia física para distribuição, o que preclui a necessidade de extração de conteúdo enclausurado em meio físico. Em algumas situações, além disso, o conteúdo já é captado digitalmente, como no caso de uma gravação feita por câmera digital, no interior de uma sessão de cinema, ou da captação de uma transmissão de TV por um DVR (*digital video recorder*).

¹³⁸ De “to rip”, no sentido de “arrancar de”.

(além dos discos rígidos dos computadores envolvidos), para armazenamento e/ou reprodução. Podemos mencionar os DAPs (*digital audio players*, como por exemplo o iPod da Apple), CDs e DVDs virgens, memória *flash*, etc. Devido à enorme quantidade de dados que trafega pelos sistemas de compartilhamento, o conteúdo tende a ser armazenado/arquivado nas bordas das redes, *fora dos computadores dos usuários*, e reintroduzido nos sistemas conforme necessário.

2.1.1.2 Camada lógica

Compõem a camada lógica dos sistemas de compartilhamento de arquivos:

- a) **Os protocolos, programas, linguagens, etc., necessários para o funcionamento de computadores e redes de computadores, independentemente do sistema de compartilhamento de arquivos.** Como exemplos, podemos indicar os protocolos TCP e IP mencionados no capítulo anterior e o sistema operacional dos computadores, sem os quais não se pode sequer cogitar de um sistema de compartilhamento de arquivos;
- b) **Protocolos e programas elaborados *especificamente* para a prática do compartilhamento.** Como exemplo, podemos mencionar o aparato lógico das redes p2p – sistemas distribuídos implementados a partir de protocolos e programas voltados especialmente ao compartilhamento de arquivos.¹³⁹ Boa parte das descrições de infra-estruturas técnicas que compõem o presente capítulo se restringe a esses elementos.
- c) ***Software* voltado ao processamento dos dados extraídos de bases físicas: *software* para edição e compressão de áudio e vídeo,¹⁴⁰ legendagem de filmes,¹⁴¹ exibição e reprodução de conteúdo,¹⁴² compõem importante *arsenal técnico auxiliar* para o**

¹³⁹ As redes p2p serão descritas com maiores detalhes *infra*, item 2.1.2.1.

¹⁴⁰Exemplos: VirtualDub <<http://www.virtualdub.org/>>; Audacity: <<http://sourceforge.net/projects/audacity/>>; FLAC: <<http://flac.sourceforge.net/>>; XviD: <<http://www.xvid.org/>>. Acesso, para todos, em: 16.01.07.

¹⁴¹ Exemplo: Subtitle Workshop: <<http://www.urusoft.net/products.php?cat=sw&lang=1>>. Acesso em: 16.01.07.

¹⁴² Exemplo: VLC Media Player: <<http://www.videolan.org/vlc/>>. Acesso em: 16.01.07.

compartilhamento de arquivos, e integram a camada lógica do sistema, quando considerada da forma mais ampla o possível;

- d) O *software* social utilizado para a estruturação de comunidades, por fim, é um elemento crucial na camada lógica de sistemas de compartilhamento de arquivos. *Software* para construção e manutenção de fóruns,¹⁴³ *wikis*,¹⁴⁴ e *blogs*,¹⁴⁵ CMSs (*Content Management Systems*),¹⁴⁶ programas de IM (*Instant Messaging*),¹⁴⁷ clientes de IRC (*Internet Relay Chat*)¹⁴⁸ etc., servem como ambientes/instrumentos para a reunião de comunidades de compartilhadores e discussão de seus assuntos internos, e como plataformas para os esforços colaborativos nelas empreendidos.

Praticamente todo o instrumental necessário para o funcionamento dos sistemas de compartilhamento de arquivos na camada lógica é composto por *software* livre ou *standards* abertos, o que transfere as ferramentas indispensáveis para a sustentação da prática do compartilhamento a um *commons* ao qual todos podem recorrer.¹⁴⁹ Os componentes lógicos são em boa parte construídos pela própria comunidade do compartilhamento de arquivos ou pela comunidade do *software* livre, em processos de produção colaborativa.¹⁵⁰ De todo modo, quando *software* proprietário é indispensável para alguma tarefa ou o equivalente livre é pouco eficiente, sempre pode ser encontrado para *download* na camada de conteúdo.

2.1.1.3 Camada do conteúdo

Tudo o que é compartilhado nos sistemas de compartilhamento faz parte de sua camada do conteúdo. Para que a explicação seja completa, há que se dividir aqui a exposição e diferenciar o **acervo** que compõe a camada do conteúdo, dos meios usuais em que este acervo chega às redes de compartilhamento, ou seja, de suas **fontes**.

¹⁴³ Exemplo: phpBB: <<http://www.phpbb.com/>>. Acesso em: 16.01.07.

¹⁴⁴ Exemplo: MediaWiki: <<http://www.mediawiki.org/wiki/MediaWiki>>. Acesso em: 16.01.07.

¹⁴⁵ Exemplo: WordPress: <<http://wordpress.org/>>. Acesso em: 16.01.07.

¹⁴⁶ Exemplo: Drupal: <<http://drupal.org/>>. Acesso em: 16.01.07.

¹⁴⁷ Exemplo: Gaim: <<http://gaim.sourceforge.net/>>. Acesso em: 16.01.07.

¹⁴⁸ Exemplo: mIRC: <<http://www.mirc.co.uk/>>. Acesso em: 16.01.07.

¹⁴⁹ Sobre o conceito de *commons*, ver *infra*, item 4.2.4.1.

¹⁵⁰ *Commons-based peer production*, na terminologia de Benkler. Ver *infra*, item 4.2.4.

2.1.1.3.1 Acervo

Um acervo cultural bastante diversificado é atualmente distribuído nos sistemas de compartilhamento. São compartilhados desde material impresso, como livros e revistas em quadrinhos, até música, filme e vídeo, passando por programas e jogos de computador. Um mapeamento não exaustivo do conteúdo que é atualmente compartilhado revela o seguinte:

- a) **Música.** Se houver um exemplar em CD em qualquer lugar do mundo, a regra é a de que o conteúdo é imediatamente digitalizado e disponibilizado em rede. Em outras palavras: praticamente *todo* o conteúdo musical do mundo em CD encontra-se disponível para *download* nas redes de compartilhamento. Música apenas disponível em vinil e fitas magnéticas também é disponibilizada com frequência, e o que não for encontrado pode ser solicitado e acaba sendo digitalizado. O repertório musical do Napster original é bastante limitado em relação ao que é compartilhado hoje em dia: o Napster, em razão da largura média de banda disponível na época, era um sistema focalizado em músicas singulares; atualmente a regra é o compartilhamento de discos inteiros. Estilos musicais diversos, de nacionalidades diversas, são extramamente bem representados, sendo difícil não se encontrar o que se procura, dependendo da rede utilizada. A regra é, além disso, que discos "vazem" (do inglês, *to leak*) para os sistemas de compartilhamento antes da data de lançamento oficial, em razão da prática usual de distribuição de cópias de avaliação para a crítica e estações de rádio;¹⁵¹

¹⁵¹ Um dos mais célebres casos de vazamento de um disco para a Internet é o do álbum *Kid A*, da banda inglesa Radiohead, em 2000. Na época, o vazamento de discos antes da data de circulação comercial era raríssimo, e um disco de vulto como o do Radiohead, vazado meses antes da data oficial, virou motivo para matérias em jornais e preocupação da EMI quanto às futuras vendas do disco – que eventualmente estreou em primeiro lugar na Billboard estadunidense. Hoje em dia o vazamento de discos é regra, e não exceção, e dificilmente vira manchete na mídia de massa. Ver: ROSEN, Craig. Radiohead scores chart high with inaccessible 'Kid A'. *Y! Music*. Disponível em: <<http://music.yahoo.com/read/news/12049551>>. Acesso em: 16.01.07; COHEN, Jonathan. New Radiohead album floods the Internet. *Billboard.com*. Disponível em: <http://www.billboard.com/bbcom/news/article_display.jsp?vnu_content_id=1852617>. Acesso em: 16.01.07.

- b) **Filmes.** Em relação a filmes, vale a mesma regra: se houver um exemplar em DVD de algum filme em qualquer lugar no mundo, é praticamente certo que ele se encontra disponível nos sistemas de compartilhamento. Isso inclui o cinema não apenas de Hollywood, mas também o de Bollywood, o cinema sul-coreano, iraniano, francês, japonês, alemão, etc. Filmes em exibição nos cinemas e que ainda não foram lançados em DVD no circuito comercial, também podem ser encontrados, disponibilizados por captação via câmera em salas de cinema ou telecinagem. Filmes disponíveis em cópias de avaliação em DVD, antes do lançamento comercial, também inevitavelmente acabam sendo compartilhados. Filmes apenas disponíveis em VHS, igualmente, são de conversão possível, e sempre em demanda em razão de sua raridade. A legendagem é promovida pela própria comunidade, quando necessária;¹⁵²
- c) **Televisão.** Nem tudo o que é transmitido pelas emissoras de televisão termina em rede. Seriados, documentários e filmes feitos para a televisão têm captação e distribuição garantida, caso sejam minimamente populares e se encontrem em língua inglesa.¹⁵³ A distribuição costuma ocorrer poucas horas depois da exibição original em TV. Novelas asiáticas também costumam ser distribuídas em larga escala,¹⁵⁴ e partidas esportivas são captadas e distribuídas, dependendo do esporte, liga, time e nacionalidade (as partidas da Copa do Mundo de 2006, por exemplo, foram todas distribuídas). A comunidade, assim como no caso dos filmes, também oferece legendas para conteúdo captado da televisão. No Brasil, alguns seriados de TV norte-americanos já contam com legendas em português horas após a exibição original;¹⁵⁵
- d) **Software.** Aplicativos e jogos de computador têm distribuição em larga escala. Praticamente tudo o que é comercializado acaba nas redes, às vezes com pequenos atrasos em razão da necessidade de violação de TPMs (*Technical Protection*

¹⁵² O *site* Kloofy, por exemplo, tem um acervo gigantesco de legendas para filmes asiáticos: <<http://www.kloofy.net/>>. Acesso em: 16.01.07.

¹⁵³ O conteúdo do tracker de torrents BitMeTV é ilustrativo. <<http://www.bitmetv.org/>>. Acesso em 13.06.06. Comunidade fechada, registros sob posse do autor.

¹⁵⁴ Ver, por exemplo: <<http://www.d-addicts.com/forum/torrents.php>>. Acesso em 13.06.06.

¹⁵⁵ Por exemplo: <<http://www.soseries.tv/>>. Acesso em 16.01.07.

Measures) e sistemas de DRM (*Digital Rights Management*)¹⁵⁶ – muito mais fortes em relação a *software* do que em relação a audio e video, dependendo de conhecimento técnico especializado para remoção. Além de *software* proprietário, *software* livre também costuma ser distribuído em redes de compartilhamento, preferencialmente via tecnologia BitTorrent.¹⁵⁷ Jogos de computador e de consoles de videogame fora de comércio mas ainda sujeitos a proteção por normas de propriedade intelectual, conhecidos pelo nome *abandonware*¹⁵⁸ nas comunidades de jogadores, são usualmente distribuídos de forma eficiente, com acervo abrangente;

- e) **Livros.** Literatura, em geral, costuma ser compartilhada de forma errática. Material em domínio público tem sido colocado à disposição fora dos sistemas de compartilhamento graças a iniciativas como o Project Gutenberg,¹⁵⁹ mas obras em domínio público em traduções que ainda não têm o mesmo *status* são facilmente encontráveis nas redes, em conjunto com material efetivamente em domínio público. Independentemente da presença ou não em domínio público, a distribuição de livros em rede depende principalmente de sua popularidade e utilidade. Autores de renome encontram-se maciçamente presentes, e livros técnicos, livros-texto e obras acadêmicas têm distribuição consistente e abrangente. Não se cobre, contudo, ao contrário dos bens anteriores, a totalidade ou quase totalidade do material disponível fora da Internet. Desnecessário dizer que, se o livro for comercializado digitalmente em versão *e-book*, é inevitável que também se encontre nas redes de compartilhamento, independentemente de TPMs e sistemas de DRM, sempre ineficazes.
- f) **Quadrinhos.** Muito do que é publicado em língua inglesa é distribuído, via de regra em formato .cbr ou .cbz (arquivos compactados de imagens, lidos por meio do programa *freeware* CDisplay e semelhantes¹⁶⁰). Nas redes BitTorrent, os quadrinhos são distribuídos em grandes pacotes, contendo todos os lançamentos de um período

¹⁵⁶ Sobre TPMs e sistemas de DRM, ver *infra*, item 3.3.1.

¹⁵⁷ Sobre o sistema BitTorrent, ver *infra*, item 2.1.2.1.3.

¹⁵⁸ Sobre *abandonware*, ver *infra*, item 2.1.1.3.2.

¹⁵⁹ <<http://www.gutenberg.org/>>. Acesso em 13.06.06.

¹⁶⁰ <<http://www.geocities.com/davidayton/CDisplay>>. Acesso em 13.06.06.

de dias equivalente a mais ou menos uma semana.¹⁶¹ Traduções feitas pelos próprios leitores são freqüentes, e inevitáveis dependendo do título. Quadrinhos em língua não inglesa também têm distribuição usual, e traduções comunitárias também emergem, principalmente em se tratando de quadrinhos asiáticos – as chamadas “*scanlations*” (“*scan*” + “*translation*”).¹⁶²

A amostragem realizada dá uma idéia da dimensão do acervo de bens culturais que é atualmente compartilhado, e que cresce diariamente. É necessário esclarecer, contudo, como exatamente esse conteúdo chega às redes.

2.1.1.3.2 Fontes

São duas as maneiras usuais por meio das quais conteúdo chega à rede:

- a) pelo esforço individual de usuários das redes de compartilhamento;
- b) pelo esforço coletivo de comunidades afins à do compartilhamento de arquivos, como aquelas que formam a subcultura denominada *The Scene*, bem como as comunidades dos *scanlators*, dos *fansubbers*, e arquivistas de *abandonware*.

Boa parte do conteúdo que trafega pelos sistemas de compartilhamento de arquivos chega às redes por iniciativa de usuários singulares (a), atuando separadamente e sem coordenação. Muitas vezes é questão de um usuário comprar um CD, DVD ou material impresso, notar que o conteúdo não se encontra na rede (ou que nela se encontra em formato ou qualidade em sua opinião indesejável), para que proceda à extração do conteúdo, seu processamento (edição, compressão e empacotamento conforme necessário),

¹⁶¹ Ver, por exemplo, os pacotes do grupo DCP, distribuídos em trackers públicos de torrents como o The Pirate Bay: <<http://thepiratebay.org/search.php?q=dcp>>. Acesso em 13.06.06.

¹⁶² Sobre *scanlations*, ver *infra*, item 2.1.1.3.2. Para acesso a um sistema de distribuição de *scanlations* via tecnologia BitTorrent, acessar o MangaTracker: <<http://mangatracker.kicks-ass.net:6969/index.html>>. Acesso em 13.06.06.

e disponibilização. Isto é feito sem qualquer contrapartida pecuniária, seguindo-se a lógica de gratuidade absoluta do compartilhamento de arquivos.¹⁶³

Por outro lado, parcela considerável do acervo presente na camada de conteúdo é colocada em rede a partir da ação coordenada de comunidades que não pertencem à comunidade do compartilhamento de arquivos (b). Faz-se referência, aqui, a uma série de *comunidades afins* às do compartilhamento,¹⁶⁴ responsáveis pela disponibilização de parte considerável do acervo disponível em rede.

O conjunto mais significativo de comunidades afins às do compartilhamento é o formado pelos grupos altamente fechados e competitivos que fazem parte da sub-cultura conhecida pela alcunha *The Scene*.¹⁶⁵

A Scene não é, em si, uma entidade formal ou informal, mas sim uma denominação que é aplicada coletivamente a um grande número de comunidades, de tamanhos variáveis, dedicadas à distribuição de conteúdo digital. A distribuição se limita, inicialmente, aos grupos que compõem a Scene, e posteriormente acaba descendo às redes de compartilhamento de arquivos. Note-se que os integrantes da Scene não se vêem como parte do fenômeno do compartilhamento, e tendem a olhar as redes p2p, por exemplo, com certo desdém.

As comunidades da Scene dividem-se em grupos com denominação própria, e são setorizadas. Os grupos LOL, Crimson e XOR, por exemplo, voltam-se à captura de programas de televisão. Os grupos DEVIANCE e RELOADED cuidam de jogos de computador. SAPHIRE, DIAMOND, ALLIANCE e VISA, oferecem filmes.¹⁶⁶ E assim por diante, com a ressalva de que mesmo em seus segmentos específicos, os grupos se sub-

¹⁶³ Ver *infra*, item 2.2.3.1.

¹⁶⁴ “Afins” porque há sobreposições entre as comunidades quanto a seus integrantes e pautas valorativas.

¹⁶⁵ As informações sobre a Scene aqui relatadas são baseadas principalmente em HOWE, Jeff. *The shadow Internet*. *Wired*. Disponível em <<http://www.wired.com/wired/archive/13.01/topsite.html>>. Acesso em 14.06.06. Informações adicionais foram extraídas de LASICA, J. D. *Darknet: Hollywood's war against the digital generation*. Hoboken: Wiley, 2005, p. 47-65. Um amplo arquivo de notícias, artigos, documentos e imagens relativos à Scene pode ser encontrado em <<http://www.defacto2.net/>>; acesso em 14.06.06. Outra boa fonte para documentos e artigos sobre o tema é o *site* <<http://www.abouthescene.com/>>; acesso em 19.12.06. Observe-se que historicamente, a Scene pré-data a popularização da Internet, e funcionava por meio de BBSs (*Bulletin Board Systems*), com distribuição limitada principalmente a programas e jogos de computador.

¹⁶⁶ <<http://nforce.nl/>>. Acesso em 12.12.06.

segmentam conforme formatos de distribuição, gênero e até proveniência do conteúdo.¹⁶⁷ O que une todos esses grupos é uma série de normas sociais escritas e não-escritas, que conferem controle de qualidade¹⁶⁸ ao material distribuído e determinam a organização interna dos grupos individuais e da comunidade da Scene como um todo, que envolve, além dos grupos que disponibilizam o conteúdo, agentes distribuidores.

A estrutura da Scene é escalonada. Dentre os grupos, há duas classes de integrantes, seguindo-se uma divisão por função. Há pessoas responsáveis pelo fornecimento/captação de conteúdo, muitas vezes funcionários de empresas que compõem as cadeias de produção e distribuição da indústria do conteúdo (empregados de cinemas, produtoras, fábricas, lojas, locadoras, etc.); estes são os *fornecedores* (*suppliers*). Além deles, há *empacotadores* (*packagers*), que se dedicam ao processamento do conteúdo, fazendo um trabalho de edição, compressão, violação de TPMs e sistemas de DRM¹⁶⁹ e empacotamento, até que um arquivo ou conjunto de arquivos possa ser distribuído como uma unidade, o *lançamento* (*release*).¹⁷⁰

Uma vez empacotado o lançamento, começa o trabalho dos *distribuidores*, que se encontram espalhados em diversos níveis. No topo, há distribuidores com acesso a *topsites* – servidores FTP secretos e de acesso exclusivo. Os *topsites* mantêm conexões diretas com os grupos que fazem os lançamentos, que são primeiramente enviados a um número reduzido

¹⁶⁷ Em 2002, o número de grupos atuando na Scene era em torno de 32. Em 2005, estima-se que cerca de 140 grupos encontravam-se em atividade, compostos por uma média de 15 indivíduos cada. (LASICA, J. D. *Darknet: Hollywood's war against the digital generation*, p. 53). Os grupos se concentram nos EUA, Europa e Ásia. (Ibidem, p. 55). Sobre os perfis de membros típicos da Scene, um de seus integrantes, entrevistado por Lasica, diz: "Most members are guys in their late teens to early twenties. A third are college students, another third are recent graduates living in some rat-hole apartment with a high-speed T1 line, and a third are careerist geeks – typically a young, underpaid network administrator for a university or corporation. But I know one guy in his sixties who does this, and I know a thirteen-year-old in junior high school who's one of the best coders I've ever seen. On the IRC channels you see a lot of adolescent interplay, with guys talking about girls and breast size, but when they start talking technology, they sound like Stephen Hawking" (ibidem, p. 56).

¹⁶⁸ Para as normas de qualidade da Scene, consultar lista disponível em <<http://d0pe0r.1go.dk/dp.htm>>. Acesso em 14.06.06. Ou ainda: <<http://www.aboutthescene.com/thescene/scenerules.html>>. Acesso em 19.12.06.

¹⁶⁹ Ver *infra*, item 3.3.1.

¹⁷⁰ Qualquer lançamento, independentemente de espécie, é etiquetado conforme padrões especificados nas normas da Scene, indicando detalhes como formato do arquivo, fonte e o nome do grupo. Por exemplo: a etiqueta *Oldboy.2003.DVDRip.DivX.DTS-MoNG* nos diz que estamos diante da extração direta de uma fonte em DVD do filme *Oldboy*, de 2003, comprimido a partir do *codec* DivX, com som DTS, pelo grupo MoNG. Esse padrão se repete para todos os lançamentos, com as peculiaridades pertinentes ao tipo de conteúdo (vale dizer, etiquetas diferentes são utilizadas para lançamentos de música, TV, programas de computador, etc., mas a estrutura da etiquetagem é a mesma).

de servidores, às vezes em obediência a acordos de parceria (determinado *topsite* tem acesso a lançamentos de determinado grupo, em regime de exclusividade). Abaixo dos *topsites*, há outro nível de servidores FTP, denominados *dumps*, protegidos por um grau menor de segurança, e cujo acesso é mais abrangente. Alguns distribuidores são especificamente encarregados da intermediação de conteúdo entre *topsites* e *dumps*, "deixando cair" (*dropping*) os lançamentos nos *dumps*. Somente após transitar para os *dumps* o conteúdo passa às redes de compartilhamento de arquivos. Comunicação entre os integrantes de todos os níveis da Scene ocorre por meio de servidores IRC¹⁷¹ privados.

A motivação para o comportamento dos integrantes da Scene é ganho de reputação e acesso antecipado ao conteúdo distribuído. Os grupos são extremamente competitivos, e lançamentos que violem normas de qualidade coletivamente estabelecidas causam decréscimo de reputação. Fazer um lançamento antes de grupos rivais, ao contrário, melhora a reputação do grupo. Os distribuidores, por sua vez, também competem entre si, e ganham créditos para executar rapidamente o serviço de intermediação entre *topsites* e *dumps*. Os créditos são posteriormente trocados por acesso privilegiado a conteúdo, antecipadamente a outros distribuidores. Fluxo de dinheiro é exceção, e não regra: relacionamentos espúrios com piratas chineses ensejam perda de reputação.¹⁷² O equipamento necessário para captação e processamento de conteúdo costuma ser doado por ex-integrantes dos grupos, que ainda mantêm relações afetivas com a Scene, ou é adquirido diretamente por seus membros. Trata-se de uma comunidade extremamente fechada e elitista.

¹⁷¹ Ver *infra*, item 2.1.2.3.

¹⁷² "Release group members are well aware that their activities are illegal, and they take pains to hide their identities. But most film crackers, as they are sometimes called, don't consider themselves pirates ('we are not conniving little thieves,' beneaththecobweb says), and many are scornful of traffickers in bootleg DVDs and CDs who are in it for the money. 'Profiting from a nonprofit scene is ridiculous,' says Ninja, who recently moved on to pursue a business career. Commercial piracy typically involves factories in Asia and Eastern Europe stamping out vast numbers of bootleg CDs, DVDs, or VCDs (low-quality video compact discs) that turn up on urban street corners or in the dusky bins of Hong Kong video stores for a fraction of their legitimate price.

By contrast, the release group Centropy publishes this disclaimer on all its movie rips: 'Remember: we do this for FUN. We do not make money off this whole business...We do not condone people selling illegal copies of movies for profit. In fact, all of us go to the movies regularly and pay for our tickets just like everyone else. If everyone only watched illegal copies, there would be no money to make new movies.'" (LASICA, J. D. *Darknet*: Hollywood's war against the digital generation, p. 57).

A Scene, entretanto, também tem uma face pública, revelada por meio de um sistema de comunicação que se vale de *arquivos NFO*, empacotados junto a cada lançamento. Arquivos NFO são arquivos de texto contendo dados técnicos sobre o lançamento, comunicados para seus destinatários e, não raramente, críticas e zombaria dirigidas a grupos rivais. É comum que os grupos entrem em discussões e troca de insultos, o que dá ensejo às chamadas *.nfo wars*.¹⁷³

Ao lado da Scene, mas não fazendo parte dela, há outras comunidades que operam na disponibilização de material, que acaba sendo absorvido posteriormente pelos sistemas de compartilhamento. Importante aqui mencionar o trabalho dos *fansubbers*¹⁷⁴ e *scanlators*,¹⁷⁵ fãs de animação e quadrinhos asiáticos (principalmente japoneses, mas não exclusivamente), que captam, processam e traduzem material de difícil acesso ao público ocidental, com a finalidade precípua de divulgação do material distribuído, seguindo uma pauta normativa que tem como principal valor a difusão da cultura asiática em locais onde o mercado não costuma privilegiá-la. Uma das normas básicas de conduta dessas comunidades é a de que se o conteúdo for licenciado para distribuição por uma empresa em determinados mercados, o trabalho de captação, processamento e tradução é interrompido, e o conteúdo não mais distribuído.¹⁷⁶ Isso não impede, é claro, que algumas comunidades dedicadas à mesma atividade prossigam na tradução e distribuição de conteúdo, mesmo após licenciado, seguindo-se a pauta normativa do compartilhamento de arquivos, e não a das comunidades de *fansubbers* e *scanlators*.

Por último, também cabe mencionar a comunidade dos *arquivistas de abandonware*. Assim como no caso da Scene e dos *fansubbers/scanlators*, não se trata de uma comunidade que pertence à comunidade maior do compartilhamento de arquivos, e sim de uma comunidade afim, que mantém algumas relações de sobreposição com a comunidade do

¹⁷³ Como exemplo de uma *.nfo war*, acompanhar a discussão travada no fórum NForce sobre uma disputa recente entre os grupos de distribuição de jogos de computador RELOADED e DEVIANCE: <<http://www.nforce.nl/forum/viewtopic.php?t=23333>>. Acesso em 14.06.06.

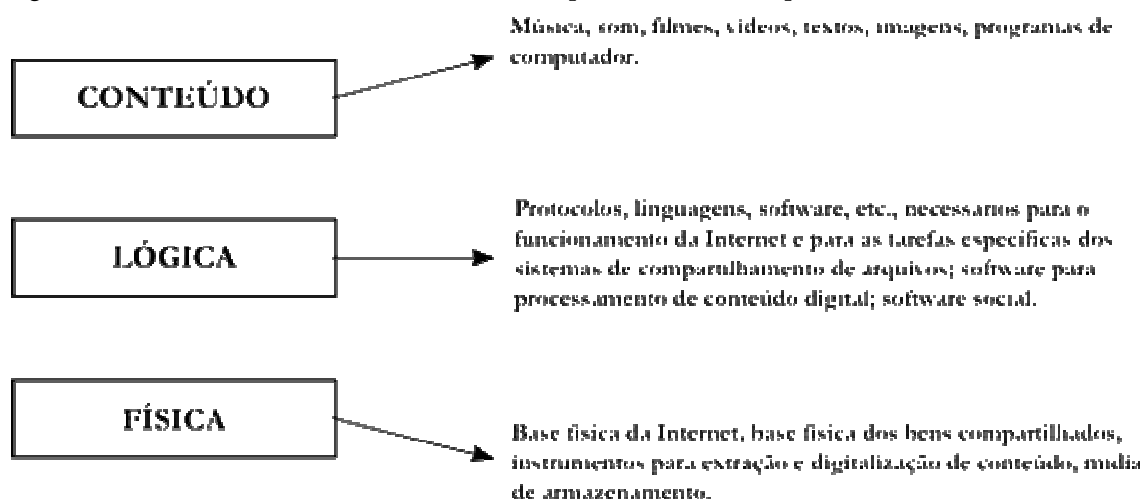
¹⁷⁴ Para uma base de dados referente ao trabalho e comunidades de *fansubbers*, conferir a *wiki* <<http://www.fansubbers.org/>>. Acesso em 19.12.06.

¹⁷⁵ Para um histórico e panorama, ver DEPPEY, Dirk. Scanlation nation: amateur manga translators tell their stories. *The comics journal*, n. 269. Disponível em: <http://www.tcj.com/269/n_scan.html>. Acesso em: 16.01.07. Para um bom repositório de *abandonware*, acessar Home of the Underdogs: <<http://www.the-underdogs.info/>>. Acesso em: 16.01.07.

¹⁷⁶ <<http://www.animesuki.com/doc.php/licensed/>>. Acesso em 19.12.06.

compartilhamento de arquivos. *Abandonware*, como o nome indica, é *software* ainda protegido por normas de propriedade intelectual, mas que pela idade e obsolescência não é mais vendido ou não recebe mais suporte das empresas proprietárias. Trata-se de uma comunidade também pautada por um conjunto de normas bastante específicas, que procura determinar os critérios pelos quais um determinado programa pode ser julgando *abandonware*.¹⁷⁷ Uma vez identificados como *abandonware*, os programas são transportados para o espaço da rede para arquivamento e deleite da comunidade, e costumeiramente acabam sendo transferidos para sistemas de compartilhamento de arquivos.

Figura 3 - Estrutura em camadas dos sistemas de compartilhamento de arquivos



2.1.2 Infra-estrutura de compartilhamento

No que concerne a infra-estrutura técnica dos sistemas de compartilhamento, pode-se identificar como as principais: (a) as redes p2p (Peer-to-Peer); (b) os grupos de notícias (*newsgroups*); (c) o sistema IRC (Internet Relay Chat); e (d) servidores FTP (File Transfer Protocol) e *sites* Web de armazenamento, usualmente, mas não necessariamente, em conjunto com *software* social para construção e manutenção de fóruns e blogs. Ênfase maior será dada às redes p2p, diante de sua popularidade: elas constituem, por excelência, a infra-estrutura técnica básica para o compartilhamento de arquivos.

¹⁷⁷ Ver detalhado documento F.A.Q. disponível em <<http://www.abandonwarering.com/?Page=FAQ>>. Acesso em: 19.12.06.

2.1.2.1 Redes p2p (*peer-to-peer*)

Redes *peer-to-peer* ou p2p correspondem a um modelo de arquitetura de redes¹⁷⁸ que se popularizou após o advento do Napster original,¹⁷⁹ mas em realidade se confunde com o modelo predominante na Internet pré-WWW. Fazendo-se uma simplificação, pode-se dizer que uma rede p2p é qualquer rede estruturada em torno da idéia de que todos os seus integrantes (*peers*, pares) são iguais. Essa era a situação usual dos computadores conectados à Internet, antes do advento da WWW. Após a ampla difusão do protocolo HTTP e da linguagem HTML, desenvolvidos por Tim Berners-Lee, a WWW, estruturada em torno do modelo servidor/cliente, passou a ser um dos principais sistemas sobrepostos à Internet. A criação de Berners-Lee acabou forçando uma mudança drástica no modelo de arquitetura predominante na Internet: aos poucos foi se tornando mais saliente o modelo servidor/cliente, que pressupõe uma hierarquia entre os computadores integrantes da rede, em detrimento do modelo p2p.¹⁸⁰

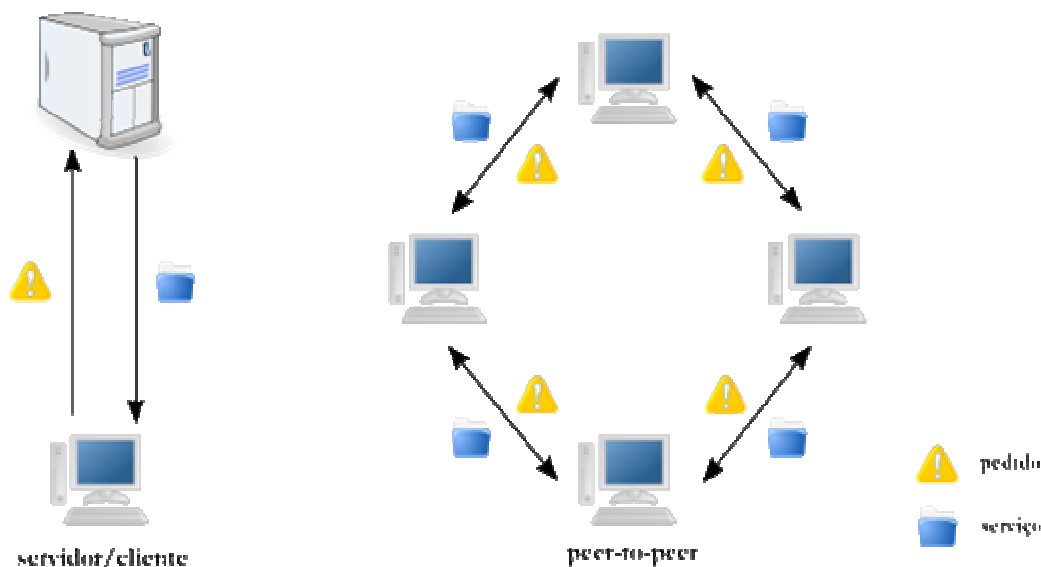
No modelo servidor/cliente, o computador servidor *serve* informação ao computador cliente, quando este a solicita. Servidores são passivos, esperam solicitações, e enviam conteúdo. Clientes são ativos, fazem solicitações e recebem o conteúdo enviado pelo servidor. A estrutura da Internet a partir da disseminação e crescimento da WWW fez com que a maior parte dos computadores conectados à rede exercesse, predominantemente, a exclusiva função de cliente. Com o retorno à arquitetura *peer-to-peer*, computadores que seriam na maior parte das hipóteses apenas clientes passaram a exercer também a função de servidores, enviando e recebendo conteúdo, respondendo a solicitações e fazendo solicitações em posição de igualdade em relação aos outros computadores.

¹⁷⁸ Não no sentido mais técnico exposto *supra*, 1.3.6. Redes p2p são na verdade *sistemas distribuídos* que operam no topo de redes de computadores, e não um modelo de arquitetura de rede propriamente dito. Como, entretanto, é extremamente corriqueiro o termo “redes p2p”, ele será aqui utilizado.

¹⁷⁹ Redes p2p não são dedicadas exclusivamente ao compartilhamento de arquivos. A tecnologia tem diversos usos, podendo-se apontar como um bom exemplo o sistema de VoIP (*voice over IP*) Skype: <<http://www.skype.com/>>. Acesso em 15.12.06.

¹⁸⁰ LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. 134-135.

Figura 4 - Modelos servidor/cliente e peer-to-peer



Posto de uma forma mais simples, a transição de um modelo predominantemente servidor/cliente para um modelo p2p representa, na camada do conteúdo, uma transição de "conteúdo no centro" para "conteúdo nas bordas".¹⁸¹ Em relação às possibilidades de controle do conteúdo que trafega na rede, é possível afirmar que essa mudança implica o deslocamento de um eficiente "controle no centro" para um difícil "controle nas bordas".

O ponto decisivo na história recente do modelo p2p foi a criação do sistema de compartilhamento de arquivos de música em formato MP3 Napster, em 1999.¹⁸²

O Napster original não era, argumenta-se, uma rede puramente p2p. O motivo da controvérsia é o fato de que o sistema Napster dependia de um servidor central, que fazia a indexação do conteúdo presente nos demais computadores da rede. Nesta dissertação, contudo, incluiremos na categoria das redes p2p o Napster original, como principal exemplo da primeira geração de redes p2p contemporâneas. O sistema de buscas do Napster era centralizado, mas o compartilhamento de arquivos em si, não.¹⁸³ Já é o bastante para que se considere o Napster original uma rede p2p, ainda que não pura. Fora isso, como argumenta Shirky, uma "abordagem literal" do fenômeno p2p acaba ocultando seu principal traço distintivo, que é o de conferir algum grau de independência – total ou

¹⁸¹ SHIRKY, Clay. Listening to Napster. In: ORAM, Andy. *Peer-to-peer: harnessing the benefits of a disruptive technology*. Sebastopol: O'Reilly, 2001, p. 29.

¹⁸² Ver *infra*, 3.2.2.1.

¹⁸³ MINAR, Nelson. *Distributed systems topologies: part 1*. Disponível em: <http://www.openp2p.com/pub/a/p2p/2001/12/14/topologies_one.html>; acesso em 16.06.06.

parcial, não importa –, em relação a servidores centrais, para o compartilhamento de recursos tão diversificados quanto poder de processamento, conteúdo, espaço de armazenamento e presença humana, abundantes nas "bordas da Internet", mas que restariam desperdiçados seguindo-se um modelo servidor/cliente puro.¹⁸⁴

Dividiremos as redes p2p em três gerações, descrevendo suas características e exemplificando com redes específicas.¹⁸⁵ Observe-se que redes de todas essas gerações coexistem atualmente no espaço da Internet, e questões de superioridade técnica são extremamente discutíveis. Não é porque uma rede é de primeira geração que é necessariamente inferior a uma rede de terceira. O que se pode dizer é apenas que uma rede de primeira geração é consideravelmente mais *vulnerável* a ataques técnicos e jurídicos, em razão de sua natureza centralizada. Além disso, tenha-se em mente que o desenvolvimento das três gerações de redes p2p se sobrepõe no tempo, de modo que não se deve entender a divisão como representativa de períodos sucessivos bem delimitados cronologicamente. Quando redes de primeira geração ainda eram predominantes, a segunda e terceira gerações já desenvolviam-se paralelamente.

2.1.2.1.1 Primeira geração

A primeira geração de redes p2p é marcada por um *nível acentuado de centralização*. É necessário um servidor ou um núcleo de servidores que executem algumas funções

¹⁸⁴ "Peer-to-peer is a class of applications that takes advantage of resources – storage, cycles, content, human presence – available at the edges of the Internet. Because accessing these decentralized resources means operating in an environment of unstable connectivity and unpredictable IP addresses, peer-to-peer nodes must operate outside the DNS and have significant or total autonomy from central servers.

That's it. That's what makes peer-to-peer distinctive.

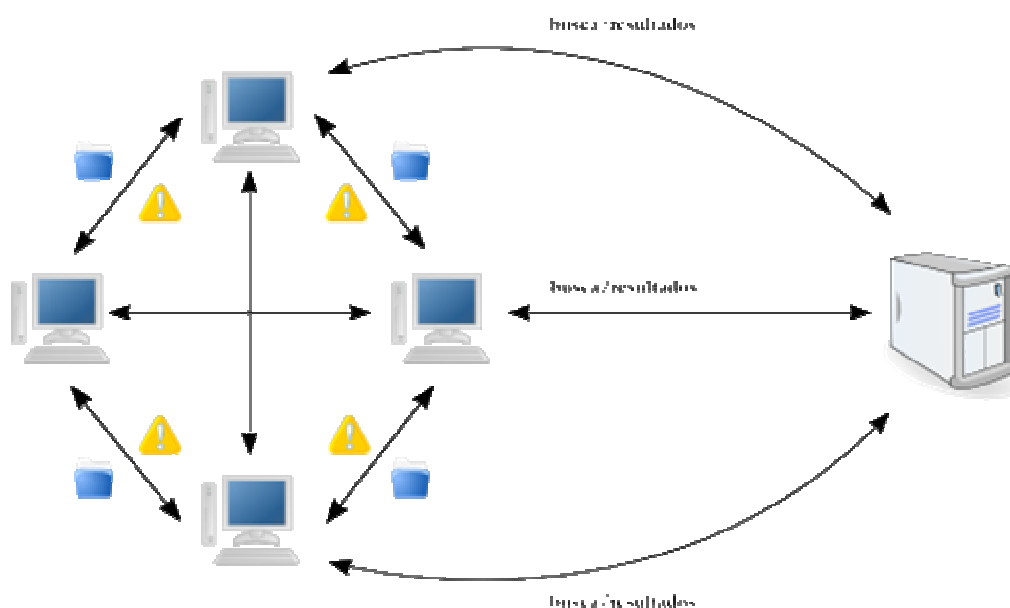
Note that this isn't what makes peer-to-peer important. It's not the problem designers of peer-to-peer systems set out to solve, like aggregating CPU cycles, sharing files, or chatting. But it's a problem they all had to solve to get where they wanted to go.

What makes Napster and Popular Power and Freenet and AIMster and Groove similar is that they are all leveraging previously unused resources, by tolerating and even working with variable connectivity. This lets them make new, powerful use of the hundreds of millions of devices that have been connected to the edges of the Internet in the last few years" (SHIRKY, Clay. *Listening to Napster*, p. 22).

¹⁸⁵ Adotamos, com adaptações, a classificação feita pela CacheLogic, uma empresa prestadora de serviços de mensuração e administração de tráfego na Internet. A divisão da CacheLogic acrescenta uma quarta geração que, em realidade, não é uma geração autônoma, mas simplesmente destaca algumas das últimas inovações implementadas em redes de terceira geração, como seleção dinâmica de portas e fluxo bidirecional de arquivos. Ver <<http://www.cachelogic.com/p2p/p2punderstanding.php>>. Acesso em: 16.06.06.

essenciais para o funcionamento da rede como um todo. No modelo do Napster original, os servidores da Napster, Inc. eram responsáveis pela indexação de metadados (dados sobre os dados) do conteúdo compartilhado. Explicando melhor: o conteúdo em questão (música em formato .mp3) encontrava-se nos computadores de cada um dos usuários da rede, e nunca passava pelos servidores da empresa. Quando um usuário conectava-se à rede por meio do cliente Napster – um programa distribuído gratuitamente –, o servidor recolhia dados sobre os dados presentes no computador do usuário (que escolhia exatamente o que iria compartilhar). Esses metadados referiam-se à qualidade sonora e tamanho do arquivo, o nome do artista e do disco a que pertencia a música, ano do lançamento etc. Dados sobre cada arquivo de música, em conjunto com o endereço IP do computador onde eles se encontravam, eram integrados a uma base de dados hospedada nos servidores da Napster, Inc. Os usuários, valendo-se de um mecanismo de busca integrado ao cliente, enviavam ao servidor nomes de músicas ou artistas que lhes interessassem, e o servidor, após consultar a base de dados, enviava ao usuário uma lista de arquivos de música armazenados em computadores de outros usuários, que o primeiro usuário poderia então optar por baixar para seu computador. Uma vez escolhidos os arquivos de interesse, uma conexão direta entre as máquinas dos usuários envolvidos era estabelecida, e o *download* realizado. Uma vez transferido o arquivo, a conexão era encerrada.

Figura 5 - Rede p2p de primeira geração



Paralelamente ao Napster, e ainda na época de sua existência, outras redes p2p foram se desenvolvendo. Um dos desenvolvedores da equipe original do Napster, Nir Arbel, criou um sistema denominado Soulseek,¹⁸⁶ baseado no mesmo modelo, que persiste até hoje. Usuários que não tiveram oportunidade de viver a era Napster podem hoje em dia conectar-se ao Soulseek e passar por uma experiência muito semelhante, ainda que não exatamente idêntica: o Soulseek dispõe de uma série de ferramentas que não se encontravam disponíveis no Napster original, como a possibilidade de se fazer o *download* de pastas completas, fazer buscas nos acervos de arquivos dos usuários presentes apenas em uma determinada sala de bate-papo, e um mecanismo de busca automática em que o usuário acrescenta nomes a uma lista pessoal e é notificado assim que o sistema nota a presença dos arquivos desejados no acervo de um outro usuário. Trata-se, portanto, de um sistema mais sofisticado que o do primeiro Napster, e ainda em desenvolvimento regular.

Durante os anos Napster também foi criado o sistema OpenNap, que se valia do mesmo cliente utilizado para o acesso à rede Napster para a conexão a servidores outros, mantidos pelos próprios usuários.¹⁸⁷ Cada servidor dava origem a uma rede diferente, e qualquer pessoa podia montar um servidor para a comunidade, que passou a não depender exclusivamente dos servidores Napster. O desenvolvimento das redes OpenNap daria origem ao programa WinMX, inicialmente um clone do Napster, mas que futuramente viria a formar uma rede distinta, a partir de um protocolo próprio.¹⁸⁸

Além das iniciativas mencionadas, deve-se destacar a rede AudioGalaxy,¹⁸⁹ que valia-se de um modelo que muito divergia do modelo Napster, mas ainda dependia de servidores centralizados. O sistema era baseado no uso conjunto de um programa, AudioGalaxy Satellite, e de uma interface Web por meio da qual os usuários da rede podiam fazer buscas, acessar informações, artigos e discussões sobre artistas e preferências musicais de outros usuários. A interface Web conferia ao AudioGalaxy a possibilidade de

¹⁸⁶ <<http://www.slsknet.org/>>. Acesso em 19.12.06.

¹⁸⁷ Isso ocorreu em razão da engenharia reversa do protocolo Napster pelos desenvolvedores da rede OpenNap. Ver MENNECKE, Thomas. *WinMX – the beginning, the middle, the end*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=940>>. Acesso em 14.06.06.

¹⁸⁸ Para uma história da rede OpenNap e WinMX, ver MENNECKE, Thomas. *WinMX – the beginning, the middle, the end*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=940>>. Acesso em 14.06.06.

¹⁸⁹ Um relato sobre a história e aspectos técnicos do AudioGalaxy, de autoria de um dos seus desenvolvedores, pode ser encontrado em: KENNON. RIP, Audiogalaxy. *Kuro5hin*. Disponível em: <<http://www.kuro5hin.org/story/2002/6/21/171321/675>>. Acesso em: 14.06.06.

facilmente implementar uma série de recursos que não seriam possíveis em um sistema como o do Napster, sem mudanças radicais de design. Escolhendo, via Web, que arquivos seriam baixados, o usuário clicava nos nomes correspondentes e enviava uma série de solicitações para o AudioGalaxy Satellite, que cuidava então de administrar as conexões entre o computador do usuário e os computadores que armazenavam os arquivos desejados.

Por fim, cabe também mencionar o sistema Direct Connect, que não dá origem a uma rede apenas, mas a diversas redes extremamente centralizadas, revolvendo em torno de *hubs*, servidores aos quais se conectam computadores de forma semelhante ao primeiro Napster. O Direct Connect é relevante pela popularidade de que goza atualmente, principalmente após o advento do cliente alternativo livre DC++ (o Direct Connect original era *software* proprietário).¹⁹⁰

2.1.2.1.2 Segunda geração

Antes do encerramento dos serviços do Napster original em razão de um processo,¹⁹¹ a segunda geração de redes p2p já começava a se desenvolver, principalmente a partir dos protocolos Gnutella¹⁹² e Freenet.¹⁹³ A segunda geração de redes p2p diverge radicalmente da primeira por ser *inteiramente* descentralizada. Por opção de *design*, abandonou-se completamente a idéia de servidores centrais, em razão das óbvias vulnerabilidades (tecnológicas em certa medida, mas sobretudo jurídicas) a que se encontravam sujeitos os sistemas de primeira geração. O modelo adotado pela segunda geração foi o de redes p2p *puras*.

Pode-se exemplificar uma rede típica de segunda geração a partir do sistema Gnutella, o que não indica, entretanto, que os sistemas não divirjam entre si, às vezes até drasticamente, conforme demonstram os contrastes entre os sistemas Gnutella e Freenet.

O protocolo Gnutella é livre, e garante interoperabilidade entre uma dezenas de aplicativos diferentes, desenvolvidos de modo a cumprir os *standards* estabelecidos pelo

¹⁹⁰ <<http://www.dcpp.net/>>. Acesso em 19.12.06.

¹⁹¹ Ver *infra*, 3.2.2.1.

¹⁹² KAN, Gene. Gnutella. In: ORAM, Andy. *Peer-to-peer: harnessing the power of a disruptive technology*, p. 121. Para mais informações sobre o projeto Gnutella, ver a *wiki* a respeito do desenvolvimento do protocolo disponível em: <<http://www.the-gdf.org>>. Acesso em: 16.06.06.

¹⁹³ <<http://www.freenetproject.org/>>. Acesso em: 16.06.06.

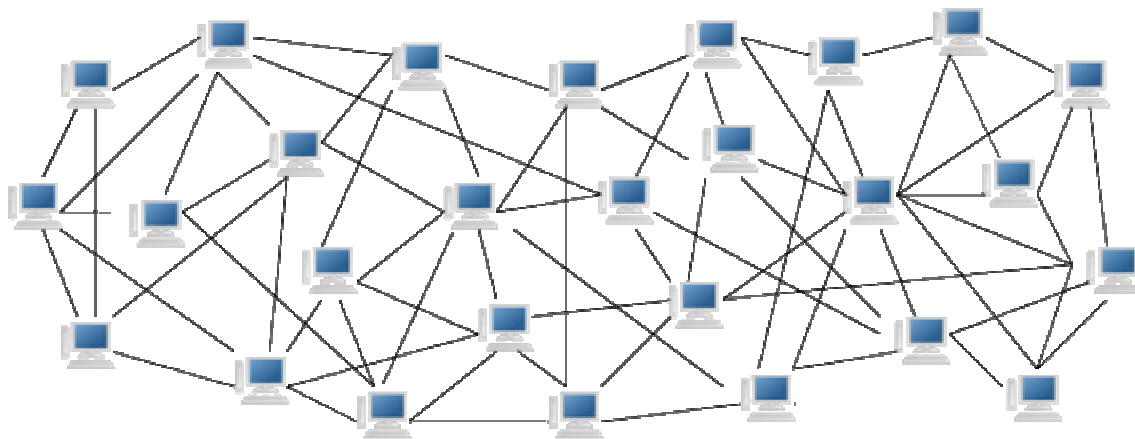
protocolo.¹⁹⁴ Um usuário que deseje fazer parte da rede Gnutella não precisa conectar-se a um servidor central. Basta o endereço IP de um outro computador conectado à rede, para que um processo de inclusão do usuário à rede tenha início.¹⁹⁵ Incluído na rede Gnutella, o usuário manda uma solicitação de busca, que é transmitida de computador a computador, aos demais integrantes da rede. Resultados de buscas são, da mesma forma, enviados de volta ao solicitante por meio da rede, sem passar obrigatoriamente por qualquer rota. Se o solicitante encontra o que procura e decide baixar o arquivo, uma conexão direta é estabelecida entre os dois computadores, e a transmissão é iniciada. Terminada a transferência do arquivo, a conexão é encerrada. Metaforicamente, pode-se dizer que a rede Gnutella funciona com base em uma estratégia de comunicação "boca a boca".¹⁹⁶

¹⁹⁴ Como exemplos de programas utilizados para conexão à rede Gnutella, pode-se mencionar os proprietários Morpheus, BearShare e XoloX, e os livres LimeWire, FrostWire, Gnucleus, dentre outros. Ver <<http://www.gnutelliums.com/>> para uma lista. Acesso em 16.06.06. Esses programas podem ser bastante diferentes, dado à natureza altamente plástica da rede Gnutella, que oferece um bom número de oportunidades para inovação: "Each flavor of Gnutella software interprets the search queries differently. Some Gnutella software looks inside the files you are sharing. Others look only at the filename. Others look at the names of the parent directories in which the file is contained. Some Gnutella software interprets multiword queries as conjunctions, while others look at multiword queries as disjunctions. Even the results returned by Gnutella file-sharing software are wildly different. Some return the full path of the file. Yet others return a short description extracted from the file. Advertisers and spammers took advantage of this by returning URLs to web sites completely unrelated to the search. Creative and annoying, yet demonstrative of Gnutella's power to aggregate a collective intelligence from distributed sources". (KAN, Gene. *Gnutella*, p. 100-101).

¹⁹⁵ No início da rede Gnutella, conseguir um endereço para conexão poderia causar alguma dificuldade a usuários com pouca familiaridade com o sistema. Isso mudou a partir da criação de *host caches*, servidores dedicados à reunião de endereços de computadores, e que podiam ser acessados por usuários que desejassem juntar-se à rede, para obtenção de pontos de entrada. Os *host caches* acabaram por mudar a configuração da rede Gnutella, que na verdade constituía uma série de *células*, pequenas redes que podiam ou não eventualmente conectar-se entre si. Os *host caches* vieram a transformar as redes Gnutella em rede Gnutella, com uma grande célula superpopulacionada. Isso pode interferir na eficiência da rede (KAN, Gene. *Gnutella*, p. 113-114). Note-se que o sistema Gnutella existe independentemente dos *host caches*, que não podem ser considerados pontos de centralização.

¹⁹⁶ KAN, Gene. *Gnutella*, p. 97.

Figura 6 - Rede de segunda geração (Gnutella, Freenet, etc.)



A rede Gnutella persiste enquanto houver computadores a ela conectados, sem a necessidade de *qualquer* computador em posição hierarquicamente superior aos demais. É, portanto, extremamente distribuída e de eliminação pouquíssimo provável. O sistema Gnutella persiste sem que exista qualquer ponto central onde se possa controlar a rede como um todo. Em termos de robustez, as redes de p2p de segunda geração estão um passo à frente das redes de primeira geração. Como a história do Napster demonstra,¹⁹⁷ sistemas com um grau alto de centralização são muito mais fáceis de serem derrubados, tanto por ataques técnicos quanto jurídicos. Para derrubar a rede Gnutella, contudo, seria necessário eliminar todos ou quase todos os milhares de computadores a ela conectados em um dado momento, e mesmo assim nada impede que a rede se reconstrua a partir de outros computadores.

Desde sua criação em março de 2000, a rede Gnutella cresceu e desenvolveu-se consideravelmente,¹⁹⁸ e é uma das redes mais populares atualmente, junto às rede ed2k, FastTrack, e as milhares de mini-redes que operam com base nos protocolos BitTorrent e Direct Connect. Há, ademais, uma segunda versão do protocolo, Gnutella2.¹⁹⁹

Outra rede de segunda geração relevante é a do sistema Freenet, que apesar de partilhar da mesma estrutura de design descentralizado da Gnutella, foi construída a partir de uma pauta ideológica distinta, o que resultou em uma implementação totalmente

¹⁹⁷ Ver *infra*, item 3.2.2.1.

¹⁹⁸ *Downloads* a partir de fontes múltiplas são hoje em dia possíveis, por exemplo. A rede Gnutella, ademais, funciona hoje com base em um sistema de *ultrapeers* e *leaves*, que remete a um sistema de terceira geração como o da rede FastTrack (*infra*, 2.1.2.1.3).

¹⁹⁹ <http://www.gnutella2.com/index.php/Main_Page>. Acesso em: 15.06.06.

diferente da mesma idéia de descentralização. A Freenet procura, radicalmente, viabilizar por meio de sua arquitetura um grau máximo de liberdade de expressão. O sistema Freenet incorpora a decisão deliberada de seus criadores de valer-se de código para a regulação de liberdade de expressão. A descentralização, no caso do sistema Freenet, tem como objetivo:

- a) prevenir a censura de documentos;
- b) conferir anonimato aos usuários da rede;
- c) remover qualquer ponto central para evitar falhas técnicas e controle;
- d) eficientemente armazenar e distribuir documentos;
- e) conferir "plausible deniability" aos integrantes do sistema, para evitar a responsabilização destes pelo conteúdo que trafega no sistema.²⁰⁰ É um bom exemplo de arquitetura ideologicamente conformada.

2.1.2.1.3 Terceira geração

Se os sistemas de primeira geração ainda eram excessivamente centralizados, mais próximos da arquitetura servidor/cliente do que de uma arquitetura p2p pura, e os sistemas de segunda geração seguiram o caminho diametralmente oposto, privilegiando a total descentralização, o que marca a terceira geração é uma combinação de ambas as estratégias. Os sistemas de terceira geração são sistemas híbridos, centralizados em certa medida, descentralizados em outra. Três redes de terceira geração são extremamente populares no momento: (a) FastTrack, (b) ed2k e (c) BitTorrent (na verdade, um protocolo que dá origem a milhares de pequenas redes).

²⁰⁰ LANGLEY, Adam. Freenet. In: ORAM, Andy. *Peer-to-peer: harnessing the power of disruptive technologies*, p. 123. Os objetivos diferentes dos criadores das redes Gnutella e Freenet resultaram em sistemas igualmente diferentes no plano do *design*. Ambos são sistemas de segunda geração, ambos são descentralizados, mas têm arquiteturas bastante diferenciadas: "Freenet can really be described as a bandwidth- and disk space-sharing concept with the goal of promoting free speech. Gnutella is a searching and discovery network that promotes free interpretation and response to queries. With Freenet, one allocates a certain amount of one's hard drive to the task of carrying files which are in the Freenet. One shares bandwidth with others to facilitate the transport of files to their optimal localities in the Freenet. In a sense, Freenet creates a very large and geographically distributed hard drive with anonymous access. The network is optimized for computerized access to those files rather than human interaction. Each file is assigned a complex unique identification that is obscure in its interpretation. The only way to search for files is by searching via that unique identification code.

In contrast, Gnutella is a distributed searching system with obvious applications for humans and less obvious applications for automatons. Each Gnutella node is free to interpret the query as it wants, allowing Gnutella nodes to give hits in the form of filenames, advertising messages, URLs, graphics, and other arbitrary content. There is no such flexibility in the Freenet system" (KAN, Gene. *Gnutella*, p. 104).

a) **Rede FastTrack.** A rede FastTrack é uma rede proprietária, atualmente pertencente à empresa australiana Sharman Networks. Os pares conectados à rede não se encontram, todos, em situação de igualdade. Há duas classes de pares: *nodes* e *supernodes*. A maior parte dos computadores conectados à rede são simples *nodes*, que mantêm, em relação aos *supernodes*, um vínculo semelhante ao que era estabelecido entre os computadores da rede Napster original e os servidores da Napster, Inc. Solicitações de busca são enviadas pelos *nodes* aos *supernodes*, e dos *supernodes* a outros *supernodes*. Os *supernodes*, entretanto, não funcionam exclusivamente como servidores, como sucedia no caso dos servidores da Napster, Inc.: são computadores de usuários comuns da rede, aos quais o status de *supernode* é atribuído *ad hoc*, com base em qualidades técnicas (largura de banda e poder de processamento). Os *supernodes* organizam-se, entre si, de forma tão descentralizada quanto os pares que compõem a rede Gnutella.²⁰¹

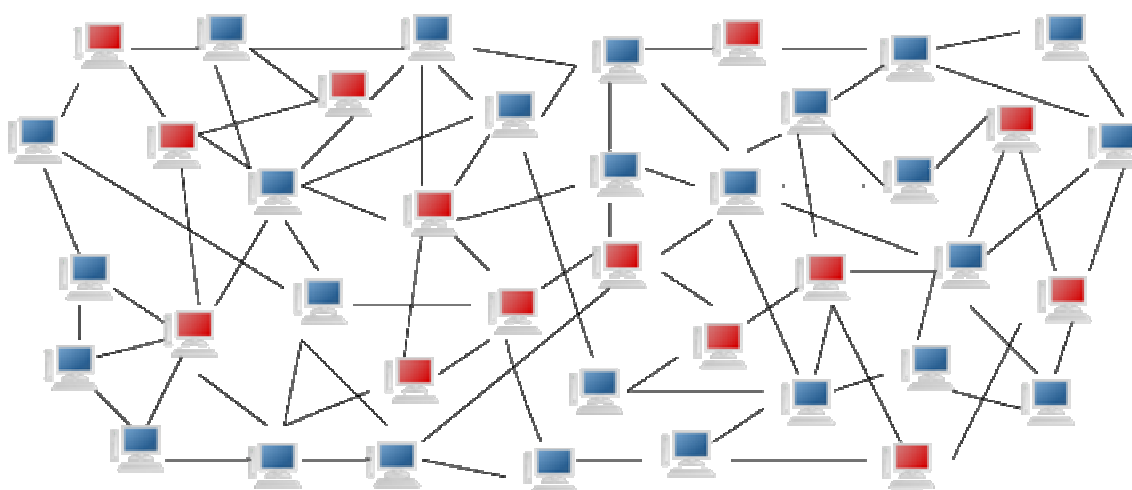
O suporte a *downloads* a partir de fontes múltiplas também é um traço distintivo da rede FastTrack, e dos outros dois sistemas de terceira geração aqui descritos. Nos sistemas de primeira e segunda geração, *downloads* são feitos a partir de fontes únicas.²⁰² Um usuário faz o *download* de um arquivo presente no disco rígido de um computador de outro usuário, em conexão *one-to-one*. Os sistemas de terceira geração, por outro lado, pressupõem que um mesmo arquivo encontre-se armazenado nos computadores de diversos usuários da rede, estabelecendo-se conexões *many-to-many*.

Da mesma forma como no sistema Gnutella, uma série de programas diferentes conectam-se à rede FastTrack. Isso ocorria primeiramente apenas sob um regime de licenciamento de tecnologia, em razão da natureza proprietária da rede (KaZaA é o cliente oficial da Sharman; o Grokster é um exemplo célebre de cliente licenciado), o que não impediu, entretanto, que o protocolo de comunicação entre *nodes* e *supernodes* fosse decifrado por engenharia reversa (o protocolo para comunicação entre *supernodes* permanece desconhecido). Por este motivo, há uma série de programas livres que proporcionam conexão à rede FastTrack.

²⁰¹MINAR, Nelson. *Distributed systems topologies: part 1*. Disponível em: <http://www.openp2p.com/pub/a/p2p/2001/12/14/topologies_one.html>; acesso em 16.06.06.

²⁰² Nos primeiros anos, ressalte-se. Hoje em dia é possível fazer *download* de múltiplas fontes no sistema Gnutella, dependendo do cliente utilizado. O cliente Limewire serve como exemplo: <<http://www.limewire.com/english/content/features.shtml>>. Acesso em 19.12.06.

Figura 7 - Rede de terceira geração (FastTrack/ed2k)²⁰³



b) **Rede ed2k.**²⁰⁴ A rede eDonkey2000 (ed2k) representa um outro modelo de rede p2p de terceira geração. Ao invés da atribuição *ad hoc* do *status* de *supernode* a computadores caso cumpridos determinados requisitos, o *design* da rede ed2k se vale de servidores dedicados que exercem funções semelhantes às de um *supernode* na rede FastTrack. Os servidores da rede ed2k são, primariamente, responsáveis pela indexação do conteúdo compartilhado pelos clientes a eles conectados. Mantêm, assim, listas de arquivos e clientes. Ao contrário de um sistema como o Direct Connect, em que *hubs*²⁰⁵ permanecem isolados, os servidores da rede ed2k comunicam-se entre si, trocando listas de servidores. Ao mesmo tempo, cada cliente também mantém uma lista de servidores, constantemente atualizada e alimentada pelos próprios servidores. No evento de uma desconexão, há possibilidade de conexão automática a outros servidores.

Os *downloads* funcionam a partir de fontes múltiplas, com um sistema de filas: os usuários adicionam os arquivos desejados a uma lista, e o programa administra os *downloads* a partir de diversas fontes, com os usuários entrando no final da fila de *uploads* de todos os usuários que disponham de um mesmo arquivo, progredindo conforme o tempo, baixando

²⁰³ Na figura, os computadores azuis representam pares ordinários nas redes FastTrack e ed2k, e os vermelhos *supernodes* (FastTrack) ou *servidores dedicados* (ed2k).

²⁰⁴ TUTSCHKU, Kurt. *A measurement-based traffic profile of the eDonkey filesharing service*. Disponível em: <<http://www.pam2004.org/papers/159.pdf>>; acesso em 18.06.06.

²⁰⁵ “Servidores”, no jargão específico da rede.

o mesmo arquivo de fontes distintas simultaneamente. O fluxo de arquivos é bidirecional: vale dizer, ao mesmo tempo em que um usuário faz o *download* de um arquivo, *coloca-se à disposição* para fazer o *upload* das partes que já tenha baixado.

Inicialmente, a rede era exclusivamente proprietária, desenvolvida pela empresa MetaMachine. O único programa utilizado para conexão era o eDonkey (posteriormente eDonkey2000), de propriedade da MetaMachine. A partir de maio de 2002, contudo, iniciou-se o projeto de *software* livre eMule,²⁰⁶ com a criação de um protocolo compatível com o desenvolvido pela MetaMachine, porém mais sofisticado, e com funções adicionais.²⁰⁷ O projeto teve enorme sucesso, e hoje em dia o uso do eMule suplantou o uso do eDonkey2000 para conexão à rede ed2k.²⁰⁸ Por se tratar de *software* livre e seu código-fonte encontrar-se portanto disponível para o uso de qualquer interessado, diversos outros programas foram e são desenvolvidos a partir da base de código do programa oficial, o que dá origem a uma série de *mods* (modificações) experimentais, que acabam contribuindo para a evolução técnica do eMule como um todo. Além do eMule, pode-se mencionar outros programas bastante utilizados no acesso à rede ed2k, como o aMule²⁰⁹ e o MLDonkey.²¹⁰

Dentre as inovações trazidas pelo eMule, pode-se mencionar a possibilidade de buscas localizadas nos servidores aos quais se encontra conectado o usuário, ou buscas globais envolvendo todos os servidores da rede. Também relevante é o sistema de créditos instituído pelo projeto eMule, em que um usuário ganha pontos conforme envia dados para outros usuários, subindo de posição na fila dos usuários em relação aos quais dispõe de crédito conforme o número de pontos que possua.²¹¹ Um sistema de comentários por arquivo, por fim, assegura controle sobre a qualidade do conteúdo. Arquivos falsos ou de

²⁰⁶ Site oficial disponível em: <<http://www.emule-project.net/>>. Acesso em 18.06.06. Conferir também a seguinte entrevista com os desenvolvedores do eMule: MENNECKE, Thomas. eMule interview. *Slyck*. <<http://www.slyck.com/news.php?story=93>>. Acesso em: 18.06.06.

²⁰⁷ KULBAK, Yoram; BICKSON, Danny. *The eMule protocol specification*. Disponível em <<http://www.cs.huji.ac.il/labs/danss/p2p/resources/emule.pdf>>. Acesso em: 18.06.06.

²⁰⁸ A MetaMachine sequer opera atualmente. Ver *infra*, item 3.2.2.1.

²⁰⁹ Site oficial disponível em: <<http://www.amule.org/>>. Acesso em: 18.06.06.

²¹⁰ Site oficial disponível em: <http://mldonkey.sourceforge.net/Main_Page>. Acesso em: 18.06.06.

²¹¹ Detalhes podem ser encontrados no site oficial do projeto eMule. Disponível em: <http://www.emule-project.net/home/perl/help.cgi?l=1&topic_id=310&rm=show_topic>. Acesso em: 18.06.06.

baixa qualidade costumam ser marcados como tal para que outros usuários possam evitá-los.²¹²

Paralelamente, tanto a MetaMachine quanto o projeto eMule decidiram por implementar redes inteiramente descentralizadas – de segunda geração – para operação conjunta à rede ed2k. Partiram, para tanto, do mesmo algoritmo, o Kademlia,²¹³ dando origem às redes Overnet (MetaMachine) e Kad (projeto eMule). Ambas estão atualmente integradas aos respectivos programas (eDonkey2000 e eMule), e buscas são realizadas simultaneamente nas redes ed2k e Overnet ou Kad. Tem-se, assim, sistemas de terceira geração que se encontram acoplados a sistemas de segunda geração, formando sistemas complexos de robustez considerável, não obstante focos de centralização.

Note-se que além da função de busca encontrar-se disponível no interior de cada programa utilizado para conexão à rede ed2k, o sistema também funciona a partir de *links ed2k*, que podem ser publicados via qualquer meio. Há *sites* da WWW dedicados exclusivamente à indexação de *links ed2k*,²¹⁴ mas estes também podem ser transmitidos por *e-mail*, por exemplo. Clicando em um *link ed2k*, ou transcrevendo-o para o campo pertinente no programa utilizado, um usuário coloca o arquivo a que se reporta o *link* na lista de *downloads* do cliente. É possível transmitir um *link ed2k* por sua mera transcrição em um guardanapo, apesar deste ser um meio obviamente ineficiente de transmissão. O importante, entretanto, é destacar aqui que ao contrário das redes até agora apresentadas, com exceção da rede Gnutella, que dispõe atualmente de um sistema semelhante,²¹⁵ há uma possibilidade enorme para a gestão de dados sobre os arquivos compartilhados, e oferecimento de pontos de acesso a estes, independentemente da rede propriamente dita. Isso era impensável nos sistemas de primeira geração, como o Napster, em que o usuário necessariamente precisava efetuar buscas no interior de um programa para encontrar o que desejasse baixar.

²¹² <http://www.emule-project.net/home/perl/help.cgi?l=1&rm=show_topic&topic_id=311#rating>. Acesso em: 18.06.06.

²¹³ Ver MAYMOUNKOV, Peter; MAZIÈRES, David. *Kademlia: a peer-to-peer information system based on the XOR metric*. Disponível em <<http://www.cs.rice.edu/Conferences/IPTPS02/109.pdf>>. Acesso em 19.12.06.

²¹⁴ Ver, por exemplo, dentre outros vários, os *sites* Share Virus <<http://www.sharevirus.com/>> e Share Connector <<http://www.shareconnector.com/>>. Acesso, para ambos, em 10.01.07.

²¹⁵ O sistema de *links* Magnet. Ver <<http://magnet-uri.sourceforge.net/>>. Acesso em 18.06.06.

O sistema de *links* ed2k acabou por ensejar a formação de comunidades específicas de compartilhadores no interior da comunidade maior de usuários da rede ed2k, e a construção de sistemas sofisticados de gestão de metadados, via Web. O funcionamento dos *sites* de indexação de *links* ed2k lembra, em certa medida, o antigo sistema AudioGalaxy, com o diferencial de que qualquer pessoa pode, em princípio, montar sua própria interface Web para o sistema, pulverizando assim os pontos de acesso a conteúdo.

c) **Redes BitTorrent.**²¹⁶ Criado por Bram Cohen,²¹⁷ o protocolo BitTorrent não dá origem a uma rede apenas; antes, dá origem a uma enorme pluralidade de redes. Tampouco dá origem a redes como aquelas criadas a partir do protocolo Direct Connect, que são semelhantes em estrutura à rede Napster original. O protocolo BitTorrent inaugura um sistema de compartilhamento de arquivos que diverge drasticamente dos até agora apresentados, apesar de ainda poder ser classificado como um sistema de terceira geração em razão do traço distintivo da mistura de componentes centralizados e descentralizados.

Ao invés de ser um sistema estabelecido para o compartilhamento de acervos inteiros de arquivos, como os sistemas anteriores, o sistema BitTorrent funciona a partir da criação de redes distintas para arquivos isolados. Há uma mudança de foco, assim, de sistemas que buscam instituir um ambiente que admita a inclusão ou exclusão de arquivos na rede como um todo, conforme a vontade dos pares a ela conectados, para um sistema que procura construir redes em torno de arquivos específicos.

Como exemplificação, digamos que um usuário queira efetuar o *download* do filme *Syriana* (2005), de Stephen Gaghan. Se o usuário opta pela rede ed2k, precisa inicializar um programa que dê acesso à rede e fazer uma busca por "*Syriana*", ou encontrar um *link* ed2k que conduza ao arquivo. Se, ao contrário, opta pelo sistema Direct Connect, precisa em primeiro lugar encontrar um *hub* que possivelmente tenha o filme,²¹⁸ conectar-se a ele, e fazer uma busca por "*Syriana*". Caso decida pelo sistema BitTorrent, precisa encontrar um arquivo, que não contém o filme em si, mas enseja conexão aos usuários que dele disponham. Estes arquivos possuem extensão *.torrent*, e são chamados, justamente, *arquivos*

²¹⁶ COHEN, Bram. *Incentives build robustness in BitTorrent*. Disponível em: <<http://www.bittorrent.org/bittorrentecon.pdf>>. Acesso em 18.06.06. Ver, também, para outras informações técnicas a respeito do protocolo BitTorrent: <<http://www.bittorrent.org/protocol.html>>. Acesso em 18.06.06.

²¹⁷ Para um histórico, ver: THOMPSON, Clive. The BitTorrent effect. *Wired Magazine*. Disponível em: <<http://www.wired.com/wired/archive/13.01/bittorrent.html>>. Acesso em: 16.01.07.

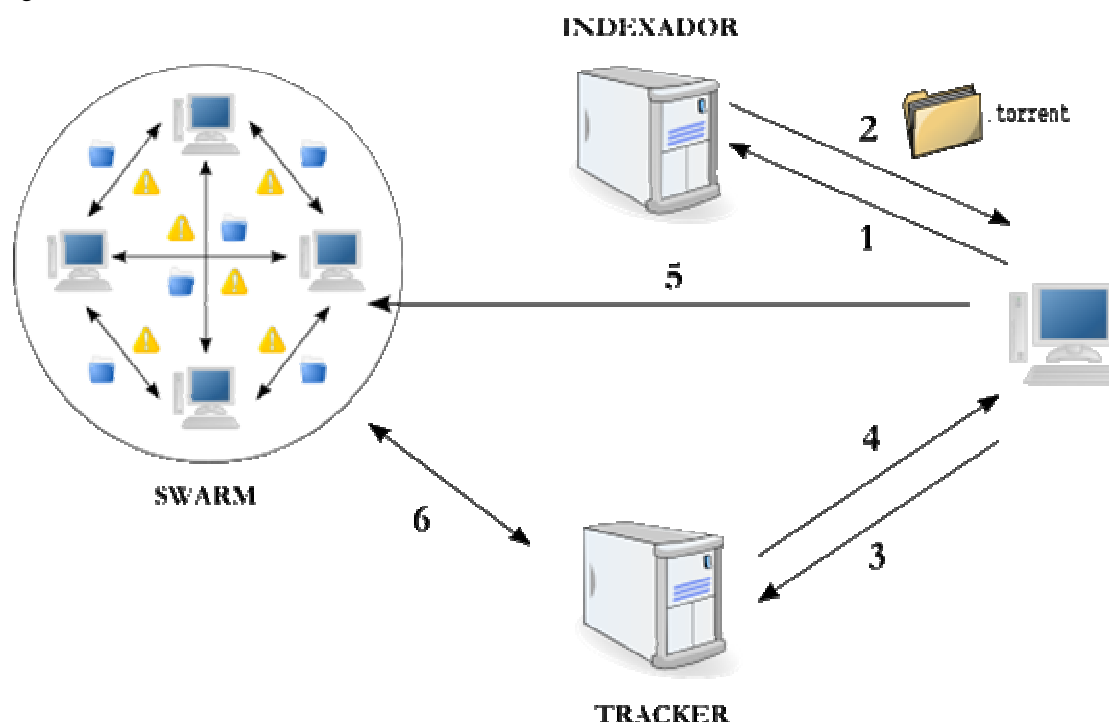
²¹⁸ Uma simples busca Google é o que basta para se localizar um *hub*.

torrent. Não se confundem com os arquivos a serem compartilhados: são pequenos arquivos que apenas contêm os dados necessários para que o compartilhamento ocorra. Os arquivos *.torrent* são, via de regra, hospedados e indexados em servidores Web. Mas podem ser compartilhados em outras redes, como a ed2k, ou até enviados por *e-mail*.

Uma vez encontrando o arquivo *.torrent*, que poderia muito bem ter um nome como *Syriana.DVDRip.XviD-DoNE.torrent*, o usuário o abre com um programa que consiga entender as informações nele contidas e administrar o *download*. Esses programas são chamados *clientes torrent* e são bastante numerosos, boa parte deles constituindo *software* livre.²¹⁹ Abrindo o arquivo *.torrent* com um cliente *torrent*, tem-se início a sessão de *download*. O cliente *.torrent* comunica-se com um servidor denominado *tracker*, dedicado à administração dos pares que integram a denominada *swarm* (termo usualmente traduzido como *multidão*), ou seja, o conjunto de pares que têm interesse em compartilhar um determinado arquivo. Obtendo autorização do *tracker*, o usuário recebe informações sobre os outros pares da *swarm*, e é integrado à rede. Passa, assim, a receber e enviar simultaneamente o arquivo objeto de compartilhamento. Terminado o *download*, permanece na *swarm* o tempo que desejar, agora como uma *seed* (semente) do arquivo, ou seja, como uma fonte completa. Os arquivos *.torrent* são criados pelo usuário responsável pela *seed* original, via de regra por meio de um cliente *torrent*.

O protocolo BitTorrent exige, assim, além dos pares conectados entre si para o compartilhamento de arquivos específicos, um servidor *tracker*, para administrar o compartilhamento. Cada arquivo é fracionado em diversas partes, e essas partes são transmitidas a cada um dos pares de modo otimizado, evitando-se, durante a primeira transmissão do arquivo, o envio de uma mesma parte aos outros pares. O par que detenha a primeira fonte completa do arquivo, a *seed* original, envia diversas partes do arquivo simultaneamente a pares diferentes, e estes pares fazem o mesmo em relação a outros pares. A distribuição, desta forma, é extremamente eficiente e rápida, dependendo do número de pares. Estabelecida a conexão entre os pares, não é mais necessária a atuação do *tracker*. Se este vier a se tornar indisponível, o compartilhamento procede, apesar da entrada de novos pares restar prejudicada.

²¹⁹ Dentre os mais populares atualmente, pode-se mencionar o Azureus (livre) e µtorrent (proprietário, porém gratuito). Ver <<http://azureus.sourceforge.net/>> e <<http://utorrent.com/>>. Acesso em: 18.06.06.

Figura 8 - Sistema BitTorrent²²⁰

O sistema também funciona com um elemento adicional de descentralização a partir de DHTs (Distributed Hash Tables), geralmente com base no algoritmo Kademlia, que permite em alguns casos a existência ou persistência de redes BitTorrent sem *trackers*. Mas a regra, contudo, é a da necessidade de um *tracker*, pelo menos para o início da *swarm*.²²¹

Os *trackers* de arquivos *.torrent* costumam operar conjuntamente a uma interface Web, e exigem em muitos casos a autenticação de seus usuários antes que estes possam ser admitidos nas *swarms*. As interfaces proporcionam indexação e via de acesso a arquivos *.torrent*, bem como informações sobre os arquivos compartilhados, estatísticas sobre o envio e recebimento de dados de cada usuário, plataformas para discussão da qualidade dos

²²⁰ A figura representa o processo de inclusão de um candidato a par em uma *swarm* BitTorrent: (1) O candidato a par acessa um indexador, faz uma busca e identifica o conteúdo que deseja baixar; (2) em seguida, faz o *download* de um arquivo *.torrent* contendo informações sobre o tracker e o conteúdo desejado; (3) abre o arquivo *.torrent* em um cliente *torrent*, que entra em contato com o *tracker* administrador da *swarm*. (4) O *tracker* comunica-se com o cliente *torrent* instalado no computador do candidato a par e (5) inclui o candidato na *swarm*, como par. A partir deste momento o *tracker* não é mais necessário para a transferência de arquivos que ocorre entre os pares presentes na *swarm*, mas estes periodicamente comunicam-se com o *tracker* (6) para envio de estatísticas. Note-se que, apesar de não representado na figura, é possível que *tracker* e indexador sejam administrados na mesma máquina.

²²¹ Conferir, no *site* oficial: <http://www.bittorrent.org/Draft_DHT_protocol.html>. Acesso em 18.06.06.

arquivos e de seu conteúdo, sistemas para atribuição de notas aos arquivos, salas de bate-papo e fóruns. Misturam, desta maneira, ferramentas de *software* social e de organização de metadados. Podem ser públicos, acessíveis a qualquer pessoa independentemente de registro, ou privados, exigindo registro de usuários, freqüentemente apenas mediante convite e chancela de outros usuários.²²²

Observe-se que existem serviços via Web que apenas indexam arquivos *.torrent* hospedados em outros locais, funcionando como grandes ferramentas de busca dedicadas exclusivamente a arquivos *.torrent*.²²³ Em qualquer caso, todavia, tanto em relação aos indexadores quanto a *sites* que armazenam os arquivos *.torrent* propriamente ditos, os arquivos compartilhados encontram-se sempre exclusivamente armazenados nos computadores dos usuários que integram a *swarm*.

2.1.2.2 Newsgroups (Usenet)

Além de redes p2p, *newsgroups* ou grupos de notícia/discussão costumam ser empregados com freqüência para compartilhamento de arquivos. Apesar de não ser o único sistema de grupos de notícia existente, a Usenet é o mais antigo e de maior dimensão, e concentra um enorme volume de arquivos compartilhados.

O sistema dos *newsgroups* foi originalmente desenvolvido para a criação de ambientes para a discussão, em texto, de tópicos variados, estruturados por grupos temáticos,²²⁴ no interior dos quais as discussões se ramificam em árvores a partir de tópicos-raízes. Funciona a partir de um protocolo específico, NNTP,²²⁵ seguindo um modelo servidor/cliente. *News servers* hospedam as discussões, que são acessíveis por meio de *news clients* (mais comumente conhecidos por *newsreaders*), que também permitem aos leitores dos grupos de discussão o envio de mensagens, denominadas *artigos de notícia*. Também é possível acessar grupos de discussão via interface Web.²²⁶ A rede de grupos de notícias mais

²²² Ver *infra*, item 2.2.4.2.

²²³ Um exemplo célebre é o Mininova: <<http://www.mininova.org/>>. Acesso em 19.12.06.

²²⁴ O grupo *alt.bittorrent* na Usenet, por exemplo, é dedicado a discussões a respeito do sistema BitTorrent de compartilhamento de arquivos.

²²⁵ RFC 977. Disponível em: <<http://www.ietf.org/rfc/rfc977.txt>>; acesso em 18.06.06.

²²⁶ Para acessar o grupo *alt.bittorrent* via a interface Web do Google, por exemplo, basta visitar <<http://groups.google.com/group/alt.bittorrent>>. Acesso em 18.06.06.

conhecida e utilizada ao redor do mundo é a Usenet, e provedores de acesso costumam manter servidores Usenet para o uso de seus assinantes. Acesso à Usenet eficiente o bastante para a prática do compartilhamento de arquivos, entretanto, costuma ser pago.²²⁷

Apesar do acesso dos usuários seguir o modelo servidor/cliente, o sistema em si é descentralizado, no sentido admite a operação coordenada de vários servidores (caso da Usenet). Os pontos de controle não se encontram, desta maneira, concentrados. Em relação à participação dos usuários, contudo, não há aqui que se falar em arquitetura p2p. O conteúdo fica inteiramente no centro, em servidores, e não nas bordas. É necessário conectar-se a um servidor para o *download* dos arquivos, e não há a presença de pares cooperando entre si para a distribuição de conteúdo.

Para o compartilhamento de arquivos via Usenet, é necessário que um usuário da rede faça o *upload* do arquivo a ser compartilhado para um *newsgroup* – que pode ser armazenado em diversos servidores. Em razão do tamanho dos arquivos, estes são fracionados em partes menores, que precisam ser baixadas e juntadas posteriormente pelos usuários interessados.

Um sistema auxiliar, baseado em arquivos denominados NZB, foi criado pelos mantenedores do Newzbin,²²⁸ um serviço de indexação de grupos de discussão Usenet. Ao invés de procurar pelos arquivos que deseja visitando diretamente os grupos de notícias e fazendo o *download* de todas as partes necessárias para a obtenção do arquivo, basta que o usuário faça o *download* de um arquivo NZB, que posteriormente é aberto em um *newsreader*. O *download* de todas as partes do arquivo são então administradas pelo *newsreader*, o que facilita sobremaneira o *download* de arquivos da Usenet.²²⁹

A tecnologia desenvolvida pelo Newzbin não é proprietária, o que ensejou sua ampla adoção e a criação de um número razoável de *sites* indexadores de arquivos NZB,²³⁰ que exercem funções similares aos *sites* indexadores de arquivos *torrent* ou *links* ed2k.

²²⁷ Ver o guia elaborado pelo site Slyck para o compartilhamento via Usenet, disponível em <<http://www.slyck.com/ng.php>>. Acesso em 18.06.06.

²²⁸ Ver o guia disponível em: <http://docs.newzbin.com/Newzbin:NZB_Guide>. Acesso em 18.06.06.

²²⁹ MENNECKE, Thomas. Making Usenet easy with NZB files. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=604>>. Acesso em: 18.06.06.

²³⁰ Por exemplo, <<http://www.binaries.nl>>. Acesso em: 18.06.06.

2.1.2.3 IRC (*Internet Relay Chat*)

O IRC (*Internet Relay Chat*) é um sistema dedicado à criação de ambientes para comunicação em tempo real entre uma pluralidade de indivíduos – apesar de ser possível comunicação entre dois usuários apenas, o traço distintivo do IRC é comunicação *many-to-many*, não *one-to-one*. Redes de servidores IRC operam coordenadamente, e são acessíveis a partir de clientes IRC. No interior dos servidores, diversos *canais* são estabelecidos, aos quais os usuários podem se juntar e conversar, via texto, em tempo real.²³¹

Para o compartilhamento de arquivos, usuários estabelecem servidores em suas próprias máquinas para a transferência de dados (os chamados *Fserve* – *file servers*), e valem-se de canais específicos de IRC para anunciar a existência do acervo disponível. A partir dos protocolos DCC e CTCP, conexões são estabelecidas entre o *Fserve* e os computadores dos interessados, que podem então fazer o *download* dos arquivos disponíveis, ou o *upload* de arquivos solicitados pelo mantenedor do *Fserve* (às vezes em troca de crédito para *download*). Usualmente, há uma limitação do número de usuários que podem conectar-se simultaneamente a um *Fserve* e, conseqüentemente filas para admissão.

O usuário precisa, assim, saber a rede e o canal de IRC onde procurar os arquivos de interesse, e observar os anúncios, publicados em texto no canal, de *Fserve*s disponíveis.²³² Isso torna o compartilhamento via IRC menos eficiente do que os outros meios mencionados, mas não por isso pouco popular.²³³ Há vantagens óbvias para os que conhecem os canais adequados e sabem trafegar pela rede, como acesso antecipado a determinados tipos de arquivos, uma vez que o IRC é um canal de distribuição bastante empregado para arquivos recém extraídos dos locais de armazenamento oficiais da Scene.²³⁴

²³¹ RFC 1459. Disponível em: <<http://www.ietf.org/rfc/rfc1459.txt>>. Acesso em: 18.06.06. RFC 2810. Disponível em: <<http://www.ietf.org/rfc/rfc2810.txt>>. Acesso em: 18.06.06

²³² Por exemplo, caso esteja interessado em música, o usuário poderia conectar-se à rede EFNet, e uma vez na rede, aos canais *#mp3addicts* ou *#mp3everything*, dentre vários outros. Nos canais, terá acesso a diversos *Fserve*s, aos quais poderá conectar-se para eventualmente obter arquivos que lhe interessem.

²³³ Sistemas de busca especializados como o Packetnews, todavia, facilitam bastante o uso do sistema IRC para o compartilhamento de arquivos. Ver: <<http://packetnews.com/>>. Acesso em: 18.06.01.

²³⁴ Conferir o guia do *site* Slyck para compartilhamento via IRC disponível em: <<http://www.slyck.com/irc.php>>. Acesso em: 18.06.06.

2.1.2.4 Servidores FTP e serviços de armazenamento Web, associados a fóruns e *blogs*

Também são exemplos de infra-estruturas técnicas aptas ao compartilhamento de arquivos os servidores FTP e serviços de armazenamento Web. Servidores FTP são montados por indivíduos como repositórios de arquivos, com acesso via de regra concedido mediante senha. Costumam ser usados, assim, por comunidades extremamente fechadas de compartilhadores, cujos membros se conhecem mutuamente e confiam entre si. Servidores públicos de FTP são difíceis de serem encontrados, e altamente vulneráveis a ataques técnicos e jurídicos, por sua natureza centralizada.

Além de servidores FTP, ultimamente têm sido muito utilizados para o compartilhamento de arquivos serviços Web de armazenamento de dados como o YouSendIt,²³⁵ MegaUpload,²³⁶ RapidShare²³⁷ e Sendspace,²³⁸ dentre outros. Esses serviços, sustentados por publicidade e planos de assinatura, oferecem espaço para armazenamento de arquivos enviados por seus usuários, que ao término da transmissão recebem um *link*, posteriormente utilizado para o *download* direto do arquivo. Alguns serviços mantêm os arquivos em seus servidores por tempo indeterminado, limitando a quantidade de dados que usuários podem baixar por dia, oferecendo ao mesmo tempo planos de assinatura para os que quiserem ter acesso ilimitado ao conteúdo armazenado (caso do RapidShare). Outros serviços mantêm os arquivos em acervo enquanto houver *downloads*, dentro de prazo determinado (é o modelo seguido pelo YouSendIt).

Servidores FTP e, principalmente, serviços de armazenamento, costumam ser utilizados conjuntamente a fóruns Web e *blogs*. Fóruns Web servem como ambientes para que comunidades se organizem em torno da prática do compartilhamento, divulgando *links* a *sites* de armazenamento, ou mantendo servidores FTP privados.²³⁹ *Blogs*, da mesma forma, servem como ponto de encontro para indivíduos interessados em obter conteúdo, e

²³⁵ <<http://www.yousendit.com/>>. Acesso em: 18.06.06.

²³⁶ <<http://www.megaupload.com/>>. Acesso em: 18.06.06.

²³⁷ <<http://rapidshare.de/>>. Acesso em: 18.06.06.

²³⁸ <<http://www.sendspace.com/>>. Acesso em: 18.06.06.

²³⁹ Conferir, como exemplo, o seguinte tópico do fórum web Hipinion: <<http://forums.hipinion.com/viewtopic.php?t=110076>>. Acesso em 18.06.06. Nele, usuários do fórum anunciam o vazamento do novo disco da banda The Dears, Gang of Losers, e compartilham *links* para download direto do disco via *torrent* e *sites* de armazenamento.

costumam oferecer *links* para serviços de armazenamento, associados a conteúdo editorial (resenhas, críticas, comentários) a respeito dos arquivos compartilhados. É o caso dos .mp3 *blogs*,²⁴⁰ que unem comentários a respeito de música a *links* para o *download* do conteúdo comentado, não raramente discos inteiros.²⁴¹ Com toda atenção voltada às redes p2p, esses *blogs* têm sobrevivido sem enfrentar grandes problemas jurídicos, apesar de corriqueiras notificações solicitando a retirada do conteúdo.

Também merecem menção, por fim, os serviços de indexação voltados a *links* para *sites* de armazenamento, como o Rapidshared,²⁴² dedicado a *links* do RapidShare. Observe-se que serviços de e-mail com amplo espaço de armazenamento, como o Gmail da Google, também costumam ser usados para compartilhamento, mediante publicação da senha para um número reduzido de usuários, ou uso de um programa como Peer2Mail para permitir acesso público sem revelação da senha.²⁴³

2.2 Aspectos sociais (normas sociais)

Descrito o fenômeno do compartilhamento em sua dimensão técnica, ou seja, detalhado o fenômeno em sua arquitetura (código), voltamo-nos agora a sua dimensão social. Cuidamos, em outras palavras, das normas sociais que se formaram no interior das comunidades do compartilhamento de arquivos, e que regem o comportamento dos compartilhadores.

2.2.1 Código e normas sociais

A análise será feita a partir de algumas das características apontadas no item 1.1.3, *supra*, porquanto os aspectos sociais do compartilhamento de arquivos implicam

²⁴⁰ Sobre a explosão dos .mp3 blogs, ver ALDEN, Chris. The Internet DJ. *Guardian Unlimited*. Disponível em: <<http://arts.guardian.co.uk/features/story/0,11710,1458706,00.html>>. Acesso em: 18.06.06.

²⁴¹ Alguns blogs costumam compartilhar arquivos MP3 singulares, como o pioneiro Fluxblog: <<http://www.fluxblog.org>>. Acesso em 18.06.06. Ultimamente, entretanto, são cada vez mais comuns blogs dedicados ao compartilhamento de discos inteiros. Ver, por exemplo, os blogs Schrikdraad <<http://schrikdraad.blogspot.com/>>; The Unknown Files: <<http://theunknownfiles.blogspot.com/>>; Chocoreve: <<http://chocoreve.blogspot.com/>>; Cheese Onion: <<http://cheeseonion.blogspot.com/>>; e De Musica Alterque: <<http://demusicaalterque.blogspot.com/>>. Acesso, para todos, em: 18.06.06.

²⁴² <<http://rapidshared.org/>>. Acesso em: 18.06.06.

²⁴³ <<http://www.peer2mail.com/>>. Acesso em: 18.06.06.

regramento por normas de base comunitária. Observe-se, contudo, que código e normas sociais regulam-se mutuamente e complementam-se na prática do compartilhamento de arquivos. Há uma relação muito forte entre a arquitetura dos sistemas de compartilhamento – sua infra-estrutura técnica –, e as normas sociais que vigoram nos espaços de compartilhamento.

Todos os sistemas analisados acima, sem exceção, procuram o estabelecimento de ambientes em que a prática do compartilhamento possa florescer. São exemplos nítidos de arquitetura ideologicamente conformada: independentemente das opiniões de autores e indústria, e independentemente do *status* jurídico da prática do compartilhamento, os sistemas analisados têm em comum o fato de que foram elaborados justamente para a construção de espaços de livre partilha de informação, facilitando a qualquer interessado dividir o que disponha com os demais.

Preocupações com a eficiência das redes têm por trás de si a direção da norma social de que o compartilhamento é uma prática com a qual é desejável engajar-se. Seguindo a mesma linha de raciocínio, a tecnologia constantemente desenvolvida com o intuito de provocar condutas cooperativas por parte dos usuários como o sistema de créditos do eMule,²⁴⁴ o sistema de *ratio* das comunidades privadas de *torrents*²⁴⁵ e as quotas de arquivos que alguns *hubs* de Direct Connect exigem para admissão de usuários – também é dirigida por uma norma social, que preceitua a necessidade de cooperação entre pares.

Código e normas sociais encontram-se, portanto, intimamente relacionados: um conduz ao outro. Procuraremos aqui ressaltar os aspectos sociais do fenômeno do compartilhamento de arquivos, sem deixar de lado, contudo, quando necessário, referências à arquitetura dos sistemas.

2.2.2 Perspectivas macro e micro: normas gerais e normas específicas

Pode-se afirmar que existe uma grande comunidade da qual participam todos os compartilhadores, e pequenas comunidades específicas de compartilhadores, geralmente baseadas em infra-estruturas técnicas diferentes. Há uma comunidade de usuários do

²⁴⁴ Ver *supra*, item 2.1.2.1.3.

²⁴⁵ Ver *infra*, item 2.2.4.

sistema Soulseek, por exemplo, inserida no interior da comunidade maior do compartilhamento. Da mesma forma, há diversas comunidades centradas em torno do protocolo BitTorrent, no interior da comunidade do compartilhamento de arquivos, vista sob o ponto de vista macro.

As origens da comunidade maior do compartilhamento de arquivos se encontram no sistema de compartilhamento Napster. Como o Napster não era apenas uma rede de trocas de arquivos MP3, mas também uma plataforma para produção discursiva *sobre* a música compartilhada, formou-se uma comunidade em torno do uso do sistema. Havia salas de bate-papo divididas por estilos musicais, onde os usuários do Napster reuniam-se para discussões, e havia a possibilidade de contato direto entre os usuários, com a formação de listas de amigos.²⁴⁶ Durante os meses em que o serviço permaneceu *online* em sua forma original, houve tempo o suficiente para que se desenvolvesse uma cultura de compartilhamento, e para que a comunidade adquirisse uma identidade própria.

Quando a persistência do Napster já parecia pouco provável, em razão do processo sofrido pela Napster, Inc., os usuários começaram a procurar alternativas, e foram migrando para outros sistemas de compartilhamento. A comunidade aos poucos foi se dispersando ao redor dos sistemas FastTrack, OpenNap, WinMX, Soulseek, Gnutella, ed2k, Direct Connect e BitTorrent, e ao passar dos anos foi crescendo e consolidando pautas normativas específicas, exclusivas às comunidades menores, tendo como base a pauta normativa da comunidade maior.²⁴⁷

Há que se levar em consideração, portanto, **duas ordens de normas sociais**: (a) aquelas referentes à comunidade do compartilhamento de arquivos como um todo (perspectiva macro), e (b) aquelas referentes a comunidades específicas dentro da comunidade maior (perspectiva micro).

²⁴⁶ Para as especificações do Napster original (e *download* do programa, hoje obsoleto), conferir: <<http://www.oldversion.com/program.php?n=napster>>. Acesso em 14.12.06.

²⁴⁷ Atualmente, em relação à infra-estrutura técnica, os sistemas mais usados são dois: ed2k e BitTorrent, cada um dando origem a uma pluralidade de comunidades, em razão de sua arquitetura. Não se quer dizer com isto, contanto, que outros sistemas sejam menos importantes: há muito tráfego de dados nos sistemas Gnutella, Soulseek e Direct Connect, plataformas para comunidades não menos relevantes.

2.2.3 Normas gerais da comunidade (perspectiva macro)

A partir dos valores refletidos pela arquitetura das infra-estruturas técnicas que viabilizam o compartilhamento, bem como pelas discussões promovidas coletivamente nas comunidades,²⁴⁸ é possível extrair três normas fundamentais que orientam a ação coordenada dos compartilhadores de arquivo, quando tidos como uma única grande comunidade:

- 1) O compartilhamento de arquivos é uma prática social a ser preservada, o que deve ser feito a partir da colocação gratuita de qualquer conteúdo porventura possuído por determinado compartilhador à disposição dos demais. Trata-se de um dever de solidariedade e cooperação em relação à coletividade, que converte-se em benefícios individuais: quanto mais conteúdo é compartilhado, mais conteúdo encontra-se disponível. Por conveniência, daremos a esta norma o nome de **norma de compartilhamento**;
- 2) Deve-se devolver à comunidade pelo menos aquilo que dela foi retirado. Se um indivíduo faz o *download* de um filme, deve fazer *uploads* de forma a cobrir pelo menos a quantidade de dados baixados. Ao indivíduo pouco cooperativo, que extrai mais do que acrescenta aos sistemas de compartilhamento, convencionou-se chamar de *leecher*.²⁴⁹ A norma em exame, portanto, é uma **norma de vedação ao leeching**;
- 3) Alguma recompensa pecuniária é devida ao autor da obra, caso ele seja julgado merecedor, com base nos méritos da própria obra. Essa recompensa pode ser passada ao autor por meio da aquisição da obra de uma fonte de distribuição oficial, aquisição de *merchandising*, doações, ou compra de ingressos para apresentações musicais presenciais ou exibições cinematográficas pagas. Trata-se da **norma de retribuição ao autor**.

²⁴⁸ Como exemplos de locais de reunião da comunidade como um todo, podemos mencionar, de forma não exaustiva, os seguintes fóruns: Filesharingtalk: <<http://filesharingtalk.com/vb3/?>>. Slyck Forums <<http://www.slyck.com/forums/index.php>>; FileSoup: <<http://filesoup.co.uk/forum/>>; e The Peer Group: <<http://www.thepeergroup.net/>>.

²⁴⁹ De “*leech*” (sanguessuga, parasita).

2.2.3.1 Norma de compartilhamento

A primeira das normas apontadas acima, a norma de compartilhamento, surgiu em sua feição atual como uma exponenciação de uma norma social bastante antiga e corriqueira, que pauta o comportamento de indivíduos e comunidades *fora* do espaço da Internet. Emprestar um livro a um conhecido; passar adiante a cópia, em CD ou fita cassete, de um disco; fazer exhibições coletivas de um filme a amigos; distribuir um texto xerocopiado a alunos; etc., são práticas que surgem como manifestações de uma norma social, bastante enraizada, que propela as pessoas ao compartilhamento gratuito de informação e cultura com os demais.²⁵⁰ Sob determinado ponto de vista, trata-se de uma extensão da lógica que orienta a norma científica do comunismo mencionada *supra*, 1.3.5. A norma de compartilhamento, desta maneira, revela-se como a simples manifestação de uma tendência à comunicação própria ao ser humano: de nada adianta apenas consumir informação, é importante passá-la adiante.²⁵¹

A norma de compartilhamento, já consolidada antes do advento da Internet, ganhou grande impulso após a popularização da rede, com a facilidade da digitalização de conteúdo – já não mais necessariamente preso a uma base física –, e com as possibilidades de distribuição barata, em escala global, do conteúdo digitalizado. A própria arquitetura da rede, conformada valorativamente pelo *ethos* da comunidade científica,²⁵² voltava-se à distribuição de informação e compartilhamento de recursos computacionais. Pode-se dizer, com base na arquitetura da Internet, que o surgimento do compartilhamento de arquivos era inevitável. Não fosse o Napster de Shawn Fanning, outro sistema semelhante teria surgido.

Conforme os meios de compartilhamento eficaz despontaram, uma atividade de troca de bens culturais que antes era restrita apenas a grupos limitados de indivíduos,

²⁵⁰ Produção e consumo de cultura, afinal, são práticas eminentemente coletivas. Como diz Geertz, “A cultura é pública porque o significado o é” (GEERTZ, Clifford. Uma descrição densa: por uma teoria interpretativa da cultura. In: GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 9).

²⁵¹ Observe-se que esta norma *sempre* esteve em tensão com os regimes de proteção à propriedade intelectual, o que não obistou seu alto grau de aceitação social – até porque ela pré-data os sistemas modernos de propriedade intelectual. De certa forma, ao prescrever a proibição da reprodução de uma obra protegida, o direito contraria uma tendência comunicativa humana natural.

²⁵² Ver *supra*, item 1.3.5.

próximos entre si, via de regra conhecidos, passou a ser realizada entre desconhecidos, anônimos, distantes, em separação física.²⁵³ O acervo de compartilhamento, que antes era bastante limitado, aumentou consideravelmente em tamanho e diversidade, surgindo a lógica de que quanto mais conteúdo compartilhado, mais proveito teriam os participantes da atividade de troca. Conforme evoluiu no espaço da Internet, a norma de compartilhamento hoje em dia demanda a inclusão de **todo** conteúdo cultural possível nos sistemas de troca, para o benefício da comunidade. O ideal dominante, aqui, é o de um **acesso irrestrito à cultura**.

2.2.3.2 Norma de vedação ao *leeching*

A segunda norma acima apontada, de vedação ao *leeching*, surgiu como decorrência da consolidação e fortalecimento da norma de compartilhamento no espaço da rede, e da popularização dos sistemas de compartilhamento. Adentrou o repertório de normas da comunidade, entretanto, principalmente por via arquitetônica, apesar da idéia de cooperação e solidariedade já encontrar-se presente na norma de compartilhamento.

Nem todo indivíduo que participa de um sistema de compartilhamento é cooperativo, e os sistemas demandam, principalmente em se tratando de redes p2p, mobilização coletiva coordenada. Não se refere aqui, necessariamente a um impulso altruísta de compartilhamento, embora possa argumentar-se em favor de sua existência. A eficácia das redes pode muito bem ser sustentada a partir de uma concepção de participação plenamente egoísta: quanto maior a participação dos outros membros da comunidade no compartilhamento de arquivos, maiores os benefícios hauridos por qualquer membro individualmente considerado, em razão da ampliação do acervo, sendo vantajoso, assim, incentivar colaboração colaborando.²⁵⁴ Ocorre que a expectativa de que usuários venham a

²⁵³ BIDDLE, Peter et alii. *The darknet and the future of content distribution*, p. 3-6. Disponível em: <<http://msl1.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf>>. Acesso em: 12.01.07.

²⁵⁴ Há recompensas para a cooperação, todavia, que extrapolam a mera ampliação do acervo disponível. Um modelo comumente utilizado para se explicar os motivos pelos quais pessoas disponibilizam conteúdo na Internet gratuitamente é o da sociedade de dádivas, inspirado no famoso ensaio de Marcel Mauss (MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva. In: MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003). O recurso a Mauss é popular principalmente por seu freqüente emprego em estudos que visam a investigar os motivos para a cooperação de indivíduos na produção de *software* livre, problema em certa medida semelhante (o estudo paradigmático é RAYMOND, Eric S. Homesteading the noosphere. In:

tomar consciência de que sua cooperação possa reverter-se em benefícios futuros não é, por si só, bastante para garantir a eficácia de um sistema de compartilhamento. A partir do ponto de vista dos desenvolvedores dos sistemas, conseqüentemente, o incentivo à cooperação entre os usuários surge como um problema a ser enfrentado.

Foi assim que, após a explosão do compartilhamento pós-Napster, intensificou-se o desenvolvimento de meios técnicos eficientes para compartilhamento, com crescente sofisticação dos sistemas de distribuição coletiva de conteúdo, e incorporação, à arquitetura desses sistemas, de normas voltadas ao aumento de cooperação entre seus usuários. É o que Strahilevitz denomina “código carismático”.²⁵⁵ Intensificada a implementação de código carismático, necessário ao funcionamento dos sistemas a partir de um ponto de vista estritamente técnico, a norma veio a se converter e consolidar como norma orientadora da comunidade como um todo: *leechers* costumam ser muito mal vistos.²⁵⁶ Em algumas comunidades, como se verá *infra*, 3.2.4.2, podem ser alvo de sanções razoavelmente drásticas.

2.2.3.3 Norma de retribuição ao autor

Ao contrário do que propaga a indústria do conteúdo,²⁵⁷ há uma forte noção, na comunidade dos compartilhadores de arquivo, de que o autor merece uma contraprestação

RAYMOND, Eric S. *The cathedral & the bazaar*. Sebastopol: O'Reilly, 2001). Como, afinal, explicar a participação de programadores em projetos de desenvolvimento de *software* livre, feitos em grande medida fora do mercado, sem perspectiva de recompensa imediata? Uma das explicações, inspiradas no ensaio Mauss, é justamente a de afirmar que o presente dado à comunidade converte-se em retribuição e outros benefícios. O ciclo aparentemente voluntário de dar, receber e retribuir, na verdade esconde obrigações e interesses pessoais. Essa mesma explicação se encaixa muito bem na descrição de algumas comunidades de compartilhadores de arquivos, principalmente quando a pessoa a disponibilizar os arquivos é identificada e há espaço para a demonstração, pelos demais membros da comunidade, de agradecimento pelo conteúdo compartilhado (é o caso das comunidades dos *trackers* privados de *torrents*; ver item 2.2.4.2, *infra*). Reputação e apreço da comunidade, assim, são recebidos em retribuição, e podem conduzir à obtenção de vantagens outras. Ver, como exemplo de um estudo que procura identificar na idéia de sociedade de dádivas a motivação para a participação de usuários no sistema Napster original: GIESLER, Markus; POHLMANN, Mali. *The anthropology of file sharing: consuming Napster as a gift*. Disponível em: <<http://www.napsterresearch.com/pdf/NapsterGiftGieslerPohlmann.pdf>>. Acesso em 15.12.06.

²⁵⁵ STRAHILEVITZ, Lior. Charismatic code, social norms, and the emergence of cooperation on file-swapping networks. *Virginia law review*, v. 89, n. 3, p. 505-595.

²⁵⁶ Acompanhar, como ilustração, a discussão travada em <<http://filesharingtalk.com/vb3/bittorrent/t-are-you-leecher-104701/>>. Acesso em 19.12.06.

²⁵⁷ Ver *infra*, item 6.3.1.

pecuniária pela obra criada. A lógica, todavia, é inversa à habitual do mercado. Ao invés de se pagar para fruir da obra, frui-se sem pagar, e depois, tendo-se em vista uma apreciação subjetiva do mérito da obra, procura-se recompensar o autor por meio da aquisição de um exemplar da obra pelos canais oficiais de distribuição, presença em *shows* e espetáculos, compra de ingressos de cinema e *merchandising*, etc.

Essa norma pode ser observada nos diversos arquivos NFO distribuídos em lançamentos da Scene, e manifestações de usuários de sistemas de compartilhamento em fóruns comunitários: “*Buy it if you like it!!*”, costumam dizer certos arquivos NFO,²⁵⁸ e é freqüente ver comentários no mesmo sentido nos *sites* de *trackers* privados de *torrents* e fóruns dedicados à reunião de membros da comunidade. A lógica do compartilhamento de arquivos não é uma lógica de apropriação, mas de distribuição e consumo livres, com eventual pagamento posterior, a partir de critérios subjetivos de mérito. O fato de que algumas gravadoras independentes têm se beneficiado com o fenômeno do compartilhamento de arquivos é sinal de que a norma tem vigor,²⁵⁹ bem como o freqüente argumento pró-compartilhamento de que os autores costumam receber um percentual mínimo sobre cada venda, e por este motivo a distribuição livre, como boicote à indústria fonográfica, seria defensável.²⁶⁰ Não se costuma afirmar, na comunidade, que os autores mereçam absolutamente nada.

Isso não implica, evidentemente, que a norma de retribuição seja seguida por todos os compartilhadores, apenas que está presente no *ethos* da comunidade, considerada globalmente. Há usuários de sistemas de compartilhamento que atuam de modo contrário às três normas aqui apontadas, o que não quer dizer que elas não existam. Por um viés kelseniano, pode-se dizer que todas elas têm pelo menos um nível mínimo de eficácia normativa, e orientam as atividades da comunidade considerada como um coletivo, ao mesmo tempo sustentando, conformando e estruturando a arquitetura dos sistemas de compartilhamento.

²⁵⁸ É o que diz, por exemplo, diz o .nfo da distribuição do disco *Waiting for the Time to Be Right*, da banda *Brother Kite*, feita pelo grupo SSR: <[http://www.nfodb.com/get_192898_The.Brother.Kite-Waiting.For.The.Time.To.Be.Right-\(Advance\)-2006_music_free_wav_album_midi.html](http://www.nfodb.com/get_192898_The.Brother.Kite-Waiting.For.The.Time.To.Be.Right-(Advance)-2006_music_free_wav_album_midi.html)>. Acesso em 15.12.06.

²⁵⁹ Ver *infra*, item 3.1.

²⁶⁰ Ver <<http://www.boycott-riaa.com/why>>. Acesso em 15.12.06.

2.2.4 Normas específicas e estruturas de comando (perspectiva micro)

Cada comunidade de compartilhadores, em perspectiva micro, encontra-se pautada não apenas pelas normas gerais acima indicadas, mas também em outros conjuntos de normas, voltadas a objetivos específicos. Essas normas são freqüentemente positivadas unilateralmente, em ato consciente, ao invés de brotar espontaneamente das atividades da comunidade, por via costumeira. Em algumas comunidades, são textualmente consolidadas em documentos, que devem ser lidos e obedecidos por todos os membros. O sancionamento é viabilizado por medidas técnicas, aplicadas pelos diretores da comunidade ou por membros individualmente considerados.

As normas específicas da comunidade dependem, em grande medida, de sua **estrutura de comando**. Pode-se dividir as estruturas de comando das comunidades específicas dos compartilhadores de arquivo em duas classes:

- a) **distribuída**: cada membro da comunidade é autoridade legiferante, judicante e administrativa com referência ao acervo por ele compartilhado (ex: redes Soulseek e ed2k);
- b) **centralizada**: todo o poder decisório relativo às normas que afetam a comunidade está concentrado nas mãos de um grupo determinado de pessoas, que atua de forma legiferante, judicante e administrativa (ex.: *trackers* privados de *torrents*, *hubs* do sistema Direct Connect).

2.2.4.1 Estrutura de comando distribuída

Uma boa ilustração de estrutura de comando distribuída é a da rede Soulseek. O sistema Soulseek transfere inteiramente aos usuários a responsabilidade de impor regras de acesso ao conteúdo individualmente compartilhado. Os usuários costumam ser explícitos quanto ao que consideram práticas aceitáveis ou não, relativas ao acesso a seu acervo, por meio de arquivos de texto contendo regras por vezes bastante específicas. Estes arquivos de texto são colocados junto às pastas de arquivos que o usuário disponibiliza, e é norma costumeira da comunidade consultá-los antes de iniciar qualquer *download*. Na ausência de

explicações em texto, o comportamento indicado é entrar em contato com o usuário e perguntar. Um guia de etiqueta afixado no fórum oficial da comunidade Soulseek²⁶¹ reconhece a norma e sugere o procedimento de consulta prévia ao usuário de cujo acervo se deseja acesso.²⁶² Para sancionamento em caso de violação às normas impostas, os usuários têm a possibilidade de pessoalmente bloquear acesso a seus acervos.

Situação semelhante ocorre na rede ed2k, com um diferencial importante. Os usuários têm a possibilidade, assim como na rede Soulseek, de estabelecer regras individuais do que consideram aceitável em se tratando do comportamento de outros usuários. Da mesma forma, estão sujeitos às disposições normativas dos demais. A comunicação entre usuários na rede ed2k, contudo, costuma ocorrer predominantemente via espaços de discussão em indexadores Web de *links* ed2k, que são, em si, comunidades autônomas – especificações da comunidade maior de usuários da rede ed2k. As comunidades que se organizam em torno de indexadores específicos são sujeitas a uma estrutura de comando centralizada, e não distribuída. Em ambos os casos, todavia – tanto em relação ao sistema ed2k quanto às “camadas comunitárias” que se sobrepõem a ele –, por motivos arquitetônicos, as estruturas de comando têm menor poder na fixação de normas sociais.

Ao contrário da rede Soulseek, o sistema ed2k admite *downloads* a partir de múltiplas fontes, caso em que a autoridade do usuário individual é atenuada, a menos que seja a única fonte disponível para o arquivo. Ademais, apesar da indexação de arquivos ed2k ser um recurso poderoso de organização do conteúdo compartilhado, os clientes que acessam a rede ed2k costumam ter um sistema de busca eficiente, bem como um sistema de comentários por arquivo para controle de qualidade do conteúdo. Em razão destas ferramentas, a rede ed2k independe de um indexador para seu funcionamento adequado, e por consequência a autoridade dos líderes das comunidades de indexadores também fica

²⁶¹ Observe-se que as regras de participação no fórum – que é um espaço de discussões vinculado à comunidade Soulseek –, independem das regras de acesso a acervo impostas por cada usuário, e são impostas por meio de uma estrutura de liderança centralizada e não distribuída. O que importa aqui, entretanto, é analisar a comunidade Soulseek como um todo, e não seu fórum oficial. Comunicação entre usuários, na rede Soulseek, costuma ocorrer por meio do próprio cliente Soulseek, e não via Web. É uma situação semelhante à do Napster original, com salas de bate-papo e canais de comunicação direta incorporados à própria arquitetura do cliente.

²⁶² "Only download 1-2 albums at a time from each user, and always read user info. Some people have quirky rules. 1 album (or 10 individual files) is pretty much always safe, two is fine with most but not all, and if you want more than that be sure to ask first" (Guia etiqueta redigido pelo usuário DanteAmor. Disponível em: <http://forums.slsknet.org/ipb/index.php?showtopic=6676>. Acesso em 06.06.2006).

reduzida. A facilidade com que usuários podem substituir um indexador, ou inclusive deixar de usar *qualquer* indexador, ocasiona uma flexibilidade maior nas regras impostas. A produção normativa dessas comunidades, desta maneira, não assume ares muito grandes de complexidade.

2.2.4.2 Estrutura de comando centralizada

Uma boa forma de compreender como funciona a produção normativa específica em comunidades de compartilhadores de arquivo é voltar os olhos para os *trackers* privados de *torrents*.

No universo do sistema BitTorrent, a tecnologia *torrent* serve como plataforma para a formação de uma pluralidade de comunidades, que se agrupam, em maiores e menores graus de coesão social, em torno de *trackers* públicos ou privados, abertos ou fechados. *Trackers* públicos são sempre abertos, mas *trackers* privados podem ser abertos ou fechados. A estrutura de comando é apenas centralizada em se tratando de *trackers* privados.

Trackers públicos são *trackers* cujo acesso é permitido a qualquer pessoa, e cuja utilização independe de registro. O exemplo mais célebre no momento, mais por motivos políticos do que de qualidade de conteúdo, é o Pirate Bay.²⁶³ Não é preciso registro no Pirate Bay para o *download* de um arquivo *torrent* vinculado ao *tracker*. Qualquer pessoa pode simplesmente acessar o indexador do Pirate Bay, escolher o conteúdo desejado, baixar um arquivo *torrent*, e ganhar acesso aos arquivos disponibilizados nas *swarms*.

Trackers privados, por outro lado, exigem registro de seus usuários, e obediência incondicional a um grupo consideravelmente complexo de normas, com risco de sancionamento e exclusão da comunidade em certas hipóteses de infração. Além disso, as comunidades mais célebres – com boa gestão, acervo de qualidade, boas velocidades e usuários cooperativos – não raramente funcionam *exclusivamente* a partir de um sistema de convites, sem inscrições abertas, ou com inscrições abertas em períodos limitados de tempo. Em casos como esses, além de privados, os *trackers* são **fechados**.

²⁶³ <<http://thepiratebay.org/>>. Acesso em 15.12.06. Ver *infra*, item 3.2.2.3, para uma análise do contexto político e jurídico em que se insere o Pirate Bay.

Para conseguir inscrição em uma comunidade baseada em um sistema de convites, uma pessoa precisa primeiro ser convidada por um membro da comunidade. Convites são distribuídos a um número limitado de integrantes das comunidades, com base em critérios variáveis, e são então enviados por esses membros a outras pessoas, via de regra amigos ou conhecidos, fortalecendo-se desta forma o grau de coesão social da comunidade. Fazer parte de uma comunidade fechada é bem diferente de fazer parte de uma comunidade aberta, principalmente quando a comunidade é vista como uma das melhores no universo dos *torrents*: é motivo para bravata e reconhecimento em certos círculos.²⁶⁴ Evidentemente, o sistema de convites não é, por si só, garantidor de um grau maior de coesão em determinada comunidade. Mas, principalmente quando ancorado em sanções eficazes – que podem ensejar o desligamento de um membro da comunidade caso convide um indivíduo indesejável segundo os critérios do grupo –, os convites garantem um nível de coesão que não é característico das comunidades centradas em *trackers* públicos ou *trackers* privados abertos, muito mais dispersas e informais.

A admissão em uma comunidade fechada, ressalte-se, nem sempre é baseada em convites. Há sistemas baseados em formulários de inscrição, mediante os quais candidatos a uma vaga na comunidade podem pleitear participação. Um exemplo bastante ilustrativo é o da comunidade do *tracker* Karagarga,²⁶⁵ dedicado a filmes obscuros e de circuito alternativo (filmes comerciais recentes são proibidos, e de anos pretéritos apenas se pertencerem a nichos específicos e não forem populares demais). Para ser membro do Karagarga, um candidato deve preencher um formulário detalhando seu gosto cinematográfico, musical e literário, experiência com computadores e manejo de clientes *torrent*. O formulário então é enviado à deliberação dos membros honorários da comunidade, que votam na admissão ou não do candidato. Desta maneira, a comunidade consegue identificar de forma relativamente precisa se determinada pessoa teria ou não lugar na comunidade, assemelhando-se ou não aos seus demais membros quanto ao gosto cinematográfico, de modo a garantir que a comunidade cumpra seu objetivo: a disponibilização de um bom

²⁶⁴ Ver, como ilustração, as discussões travadas em <<http://filessharingtalk.com/vb3/bittorrent/t-whats-your-favorite-private-tracker-141904>>. Acesso em 15.12.06

²⁶⁵ <<http://karagarga.net>>. Acesso em 15.12.06.

acervo de filmes obscuros, fora do circuito comercial contemporâneo.²⁶⁶ O mesmo sistema de formulários também é empregado pelo *tracker* de música BTmusic, com base em perguntas diferentes.²⁶⁷

A estrutura de comando das comunidades de *trackers* privados tende a ser oligárquica ou mesmo autocrática, com centralização acentuada.²⁶⁸ Em um *tracker* privado, cada membro da comunidade encontra-se plenamente submisso ao poder dos administradores e moderadores. Costuma haver possibilidade de promoção de um usuário à equipe de moderadores, mas os administradores, que cuidam da base técnica do *tracker* e mantêm os servidores com o próprio dinheiro e doações da comunidade, é que têm a última palavra em qualquer questão de ordem política. A natureza centralizada da estrutura de comando acaba por dar ensejo a complexa produção normativa específica nas comunidades baseadas em *trackers* privados.

A partir da análise das normas textualmente positivadas de uma série de *trackers* privados e fechados,²⁶⁹ podemos chegar a grupos de normas como os seguintes:

- a) **Normas relativas à *ratio*:** O sistema da *ratio* é o principal traço distintivo das comunidades dos *trackers* privados. Para que usuários façam parte da comunidade, exige-se a manutenção de uma proporção (*ratio*) saudável entre *download* e *upload*. Trata-se, aqui, de uma especificação da norma da vedação ao *leeching*. É desejável que os usuários devolvam à comunidade aquilo que foi dela retirado, daí a imposição do cumprimento de uma proporção entre *download* e *upload*. Em certas comunidades, é preciso manter uma *ratio* igual ou superior a 1.0 (quantidade de

²⁶⁶ O Karagarga também funciona a base de convites, que são entretanto distribuídos com parcimônia a membros que, em boa parte, conseguiram adesão à comunidade a partir do sistema de formulários.

²⁶⁷ <<http://forum.btmusic.org/invite.php?i=1>>. Acesso em 15.12.06.

²⁶⁸ *Trackers* públicos costumam ser mais democráticos, em termos estritamente metafóricos, mas pela própria natureza do sistema BitTorrent inexistente estrutura de comando distribuída: é possível negar *upload* a determinado par na *swarm*, mas a eficácia da medida é praticamente nula, se houver diversas fontes do arquivo.

²⁶⁹ Foram objeto de análise nesta dissertação as normas constantes das seções *F.A.Q.* e *Rules* dos seguintes trackers: Torrentbytes: <<http://torrentbytes.net/>>; Indietorrents: <<http://www.indietorrents.com/>>; Torrentleech <<http://www.torrentleech.org/>>; Filemp3: <<http://www.filemp3.org/>>; Supertorrents: <<http://www.supertorrents.org/>>; Karagarga: <<http://karagarga.net/>>; Boxtorrents: <<http://boxtorrents.com/>>; Bitme: <<http://www.bitme.org/>>; BitmeTV: <<http://www.bitmetv.org/>>; Learnbits: <<http://www.learnbits.org/>>; e BTmusic: <<http://btmusic.org/>>. Acesso, para todos, em 15.12.06. Observe-se que esta é apenas uma amostragem: há dezenas de trackers privados de torrent atualmente, concentrando populações tão baixas quanto 500 usuários, ou tão altas quanto 1000000 ou mais.

dados baixados = quantidade de dados enviados). Em outras, há exigências diferenciadas, vinculadas à quantidade de dados baixada. No *tracker* Karagarga²⁷⁰ há seis níveis de exigência de *ratio*, que variam conforme a quantidade de dados baixados. No nível mais baixo, usuários que tenham baixado de 5 a 10 *gigabytes* de dados são obrigados a manter uma *ratio* de 0.1 (deve-se subir ao menos 10% dos dados baixados). No nível mais alto, usuários que tenham baixado 100 *gigabytes* ou mais de dados são obrigados a manter uma *ratio* de 0.7 (deve-se subir ao menos 70% dos dados baixados). Em todos os níveis, caso o usuário viole a exigência de *ratio* terá um período de graça para corrigir a situação, variando de 2 semanas no nível mais baixo, a 2 meses no nível mais alto.

- b) **Normas relativas à administração de *torrents*:** Certas comunidades exigem que não se saia da *swarm* sem antes ter cumprido uma determinada exigência de *ratio*. Novamente, trata-se de uma especificação norma de vedação ao *leeching*. Terminar de fazer o *download* de um arquivo e imediatamente sair da *swarm* é um sinal nítido de falta de cooperação. O usuário valeu-se da banda, espaço de armazenamento, gastos com eletricidade, poder de processamento, disponibilização de conteúdo etc., de outros usuários, em seu favor, e uma vez conseguindo o que desejava saiu da rede sem cooperar com os demais. No jargão das comunidades dos *torrents*, este comportamento recebe o nome de *hit and run*, em alusão a motoristas de carro que atropelam pessoas e fogem do local da infração. Nem todas as comunidades proíbem o *hit and run*, optando por apenas exigir a manutenção de uma *ratio* relativa a dados brutos, ignorando a *ratio* relativa a arquivos individualizados. No mesmo grupo de normas, também deve-se mencionar a existência de normas que limitam a quantidade de *torrents* simultâneos que cada usuário pode ter operando simultaneamente, em *download* e/ou *upload* (como *seed*);
- c) **Normas relativas à disponibilização de conteúdo:** Os *trackers* de *torrent* costumam funcionar com base em acervos específicos de conteúdo. O *tracker* Filemp3, por exemplo, é dedicado ao compartilhamento de arquivos de música; o *tracker* Karagarga é dedicado ao compartilhamento de filmes obscuros; o *tracker* Learnbits é

²⁷⁰ <<http://karagarga.net/rules.php>>. Acesso em 15.12.06.

dedicado ao compartilhamento de material educacional; o *tracker* BitmeTV é dedicado ao compartilhamento de programas de TV; e assim por diante. Uma variedade de *trackers* se limita ao acervo distribuído pela Scene, e são chamados *scene trackers* ou *0-day trackers*. Conforme o nicho atendido pelo *tracker*, há normas específicas que variam de comunidade para comunidade, a respeito de que conteúdo é admissível. Por exemplo: em um *scene tracker* é proibido o *upload* de conteúdo que não tenha sido previamente distribuído pela Scene. No *tracker* BTmusic.org, que se volta a música em formato *lossless* (sem perda de qualidade), é proibido o *upload* de música em formato *lossy* (com perda de qualidade). No *tracker* Torrentleech é proibido o upload de conteúdo pornográfico. E assim por diante. Fazer um *upload* em desconformidade às regras sujeita o usuário a sanções. Em alguns *trackers*, inclusive, para conseguir *status* de *uploader* – isto é, para conseguir fazer o upload original de uma obra –, é necessário candidatar-se ao posto e sujeitar-se à deliberação dos administradores da comunidade;

- d) **Normas relativas a acesso a conteúdo recente:** Em certas comunidades, usuários recém-admitidos não podem baixar os arquivos mais recentes disponibilizados no *tracker*, e devem esperar períodos variáveis (em horas) antes que possam ter acesso ao conteúdo. Isto ocorre para a consolidação de uma base fiel de usuários, que invista tempo participando no *site* antes que possa ter acesso ao benefício de poder baixar os arquivos mais recentes. Depois de uma certa quantia de dados de *upload*, vinculada a uma *ratio*, os usuário ganham acesso ilimitado aos arquivos mais recentes. No *tracker* Torrentleech, por exemplo, para não ter qualquer limitação de acesso aos arquivos mais recentes é necessário ter feito mais de 7 *gigabytes* de upload e ter uma *ratio* superior a 0.8. Trata-se de uma maneira de fazer uma triagem entre os usuários, separando os usuários mais cooperativos dos menos cooperativos. Nem todos os *trackers* se valem deste sistema, mas ele é comum. Todos os *trackers*, contudo, valem-se de um sistema escalonado de classes de usuários, baseado em *ratio*, quantidade bruta de dados em upload e tempo de participação na comunidade, com usuários situados em classes superiores ganhando benefícios em

relação aos usuários de classes inferiores (como, por exemplo, o direito de convidar outros usuários à comunidade);

- e) **Normas relativas a convites:** A venda de convites é sempre proibida, e a troca em alguns casos também é restrita. Convites são distribuídos, em tese, para que usuários chamem pessoas confiáveis e cooperativas às comunidades. A expectativa é a de que usuários sejam úteis à comunidade e não trapaceiem (o que não impede que existam comunidades dedicadas, justamente, à investigação e desenvolvimento de meios mais eficientes para se trapacear em outras comunidades);²⁷¹
- f) **Normas relativas a netiqueta (“netiquette”):** Adesão a normas de netiqueta²⁷² é sempre exigida, em graus variáveis. Além disso, há normas de netiqueta específicas às comunidades dos *torrents*, como por exemplo agradecer o usuário que fez o *upload* original da obra compartilhada, ou não atacá-lo caso houver algum erro no *upload*;
- g) **Normas relativas à proteção da comunidade:** Alguns *trackers* proíbem que seus membros escrevam o nome da comunidade em fóruns públicos. Via de regra, siglas são permitidas. Os *trackers* Scenetorrents²⁷³ e Feedthe.net,²⁷⁴ por exemplo, transformam-se em ScT e FtN, respectivamente, em discussões públicas que façam referência à comunidade.

A medida aplicada em caso de violação às normas da comunidade costuma ser uma das seguintes sanções:

- a) **Perda de conta:** O usuário tem sua conta removida do *tracker*, com bloqueio de IP para evitar futuros registros. Praticamente uma pena de ostracismo;
- b) **Admoestação:** O usuário recebe um aviso da moderação, e um sinal é colocado em seu perfil, notificando-se publicamente a infração, com o objetivo de se identificar o usuário como infrator diante do restante da comunidade, e ao mesmo tempo

²⁷¹ Como exemplo, ver <<http://forum.00de.de/42-peer-to-peer.php>>. Acesso em 19.12.06.

²⁷² Para exemplos de normas de netiqueta, ver o RFC 1855 <<http://tools.ietf.org/html/rfc1855>>. Acesso em 19.12.06.

²⁷³ <<http://scenetorrents.org>>. Acesso em 19.12.06.

²⁷⁴ <<http://feedthe.net/>>. Acesso em 19.12.06.

demonstrar a autoridade e poder da administração. Depois de um número determinado de admoestações, o usuário pode receber uma pena de perda de conta;

- c) **Perda de convites:** o usuário, caso convide membros que violem as regras da comunidade, perde o direito de convidar outros membros. Em alguns *trackers*, convidar usuários que acabem por violar as regras da comunidade é uma ofensa punível com perda de conta.

Não há, em qualquer *tracker* privado, um sistema formal de recursos diante da aplicação injusta de uma sanção. O usuário pode tentar entrar em contato com um dos administradores da comunidade, mas não há duplo grau. Fica-se inteiramente à mercê da benevolência dos líderes, e a única alternativa na maioria dos casos é procurar inclusão em outra comunidade.

2.3 Ação e reação: evolução dos sistemas de compartilhamento de arquivos

A evolução dos sistemas de compartilhamento de arquivos, tanto em seus aspectos técnicos quanto em seus aspectos sociais, pode ser vinculada a momentos de ação e reação. Boa parte dos avanços tecnológicos e social-normativos referente aos sistemas de compartilhamento teve como contrapartida uma reação por parte da indústria do conteúdo, em diversas frentes de ataque, via direito, arquitetura, propaganda e mercado. As reações da indústria do conteúdo, a seu turno, em grande medida motivaram contra-reações por parte da comunidade do compartilhamento de arquivos, em sentido oposto. Como explica Vaidhyathan estabeleceu-se uma “corrida armamentista” pró e contra compartilhamento, com reflexos negativos, inclusive, sobre o regime do fluxo de informação fora do espaço da Internet.²⁷⁵

Comparando o sistema Napster com os sistemas atuais de compartilhamento, as mudanças se fazem notar de forma extremamente nítida: não fosse a reação da indústria do

²⁷⁵ "One side invents a device, method, algorithm, or law that moves our information ecosystem toward increased freedom of distribution and the other subsequently deploys a method to force information back into its toothpaste tube. This pattern imposes the basic paradox of the digital world onto the real world: Stronger efforts toward control often backfire to create less controllable – and less desirable – conditions" (VAIDHYANATAN, Siva. *The anarchist in the library*, p. xii).

conteúdo àquele novo canal de distribuição, a situação atual dos sistemas de compartilhamento provavelmente seria outra. É necessário, portanto, inserir os aspectos técnicos e sociais dos sistemas de compartilhamento de arquivos que acabamos de descrever no contexto das respostas dadas pela indústria do conteúdo ao fenômeno. Com isto, finalmente conseguimos uma delimitação adequada do problema proposto, e podemos partir para uma análise histórica, conceitual e discursiva da propriedade intelectual, tendo em vista o estudo de direito constitucional que conclui a dissertação.

CAPÍTULO 3. A REAÇÃO DA INDÚSTRIA DO CONTEÚDO

Desde 1999, com a popularização do Napster original, a indústria do conteúdo tem reagido de forma bastante agressiva ao compartilhamento de arquivos. Primeiramente, manifestou-se a indústria fonográfica, movendo um processo contra a Napster, Inc., que resultou no término do serviço. Conforme os sistemas de compartilhamento foram evoluindo, e o volume de conteúdo compartilhado aumentando, outros setores da indústria se juntaram à guerra contra o compartilhamento, e atualmente há forte mobilização da Recording Industry Association of America (RIAA), Motion Picture Association of America (MPAA) e Business Software Alliance (BSA), na condução de ofensivas organizadas contra o compartilhamento de arquivos.

No plano internacional, ramificações da RIAA, MPAA e BSA têm seguido as mesmas estratégias. Apesar de não se poder ignorar a força das empresas de *software* e das editoras, o combate tem sido dirigido principalmente pela RIAA e pela MPAA, em escala mundial, a partir de coordenação da IFPI e MPA, respectivamente. Tem ocorrido, assim, uma disputa cujos principais atores são, de um lado, milhões de compartilhadores de arquivos, e de outro, quatro grandes grupos da indústria fonográfica²⁷⁶ e sete grandes estúdios de cinema.²⁷⁷ A participação de sociedades de autores e de gestão de direitos via de regra se dá a partir de apoio à indústria, ainda que autores individualmente considerados freqüentemente se manifestem em sentido contrário às estratégias escolhidas e, muitas vezes, favoravelmente ao compartilhamento de arquivos.²⁷⁸

Apesar das iniciativas da indústria do conteúdo, bastante agressivas, como se verá, o compartilhamento de arquivos não tem dado sinais de derrota. Ao que tudo indica, tem

²⁷⁶ Universal, Sony BMG, EMI e Warner.

²⁷⁷ Buena Vista (Walt Disney Company), Sony Pictures, Metro Goldwyn-Mayer (Sony/Comcast), Paramount Pictures (Viacom), 20th Century Fox (News Corp.), DreamWorks SKG, Universal Studios (NBC Universal) e Warner Bros. (Time Warner).

²⁷⁸ Ver *infra*, 6.3.3.

crescido e se desenvolvido cada vez mais.²⁷⁹ Parece razoável acreditar que o compartilhamento de arquivos não irá desaparecer nos próximos anos, assim como também parece razoável acreditar que a indústria do conteúdo continuará reagindo, talvez com variações de intensidade nas frentes de ataque disponíveis.

O presente capítulo dedica-se a delinear quais as estratégias de ataque utilizadas pela indústria no combate ao compartilhamento de arquivos. Primeiramente, entretanto, cuidamos de uma apreciação da motivação para a reação. Por quê, afinal, reagir ao compartilhamento de arquivos? A resposta parece ser óbvia, intuitiva e em sintonia com a justificativa habitual da indústria: haveria um suposto declínio no número de vendas dos produtos por ela comercializados, em razão de seu livre compartilhamento em rede. A realidade, todavia, é um pouco mais complexa, e envolve, mais do que quedas em números de vendas, as próprias estruturas sobre as quais a indústria foi construída, e os modelos de negócios por ela utilizados.²⁸⁰

Analisados os supostos e efetivos motivos para a reação, passamos para um estudo das quatro estratégias de ataque adotadas pela indústria do conteúdo, na luta contra o compartilhamento de arquivos: (1) recurso ao direito, por meio de *lobby*, processos e ações policiais (**ofensiva jurídica**); (2) recurso a meios técnicos para inviabilizar a prática do compartilhamento (**ofensiva tecnológica**); (3) recurso a propaganda anti-compartilhamento (**ofensiva propagandística**); (4) recurso a modelos de negócios que pretendem substituir o compartilhamento de arquivos (**ofensiva comercial**).²⁸¹

Pode-se fazer uma transposição das frentes de ataque para as modalidades de regulação identificadas por Lessig, apresentadas no primeiro capítulo: direito (1), arquitetura (2), normas sociais (3) e mercado (4). Da mesma forma que as modalidades de regulação, as ofensivas não existem separadamente e, em muitos casos, dependem umas das outras para serem minimamente eficazes. Assim é que a ofensiva tecnológica é ancorada em

²⁷⁹MENNECKE, Thomas. P2P population continues to climb. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1220>>. Acesso em: 21.05.06; P2P population remains steady. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1314>>. Acesso em: 18.01.07.

²⁸⁰ Para um conceito de modelo de negócio, ver *infra*, item 4.2.

²⁸¹ Chegamos a essa sistematização a partir de estudo realizado por Yu, que identifica cinco estratégias de ataque ao compartilhamento de arquivos (*lobbying, litigation, self-help, education, licensing*): YU, Peter K. *P2P and the future of private copying* (MSU Legal Studies Research Paper No. 02-08). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=578568>>. Acesso em: 13.01.07.

ofensiva jurídica (criação de normas jurídicas para a proteção de TPMs e sistemas de DRM), e que a ofensiva comercial depende da ofensiva propagandística (estabelecimento artificial de normas sociais anti-compartilhamento) e tecnológica (sistemas de DRM viabilizam determinados modelos de negócio). Essas são apenas algumas dentre outras relações que se pode estabelecer, e da exposição restará claro como é difícil considerar as ofensivas separadamente.

3.1 Motivação para a reação: impacto nas vendas e estruturas da indústria

O principal argumento assumido pela indústria do conteúdo contra o compartilhamento de arquivos envolve uma suposta correlação feita entre a prática da distribuição livre na Internet dos produtos da indústria, e quedas nos números de vendas.²⁸² O argumento costuma ser aceito sem grandes discussões na mídia e em decisões judiciais, mas tem merecido investigação por parte de um número considerável de estudos acadêmicos, alguns dos quais serão examinados abaixo. As respostas não têm sido conclusivas, e é difícil tomar decisões relacionadas a políticas públicas a partir dos dados até agora obtidos. Parece, inclusive, pouco provável que algum dia disporemos de uma resposta adequada ao problema do impacto nas vendas. No máximo, é possível traçar algumas conjecturas.

O impacto do compartilhamento de arquivos na venda dos bens culturais compartilhados, com efeito, é extremamente difícil de mensurar, e afirmações vinculando a livre reprodução de obras protegidas a decréscimos no percentual de vendas devem ser avaliadas com extremo cuidado.²⁸³

Ressalte-se que os estudos apontados em sequência dedicam-se à mensuração dos efeitos do compartilhamento de arquivos em relação à venda de *música*. Investigações objetivando a mensuração do impacto do compartilhamento de arquivos na frequência a cinemas, venda de DVDs, livros e revistas em quadrinhos, audiência de programas de TV,

²⁸² Conferir o afirmado em: <<http://www.riaa.com/issues/piracy/default.asp>>. Acesso em 23.05.06. Ainda: <http://www.mpaa.org/piracy_WhoPiracyHurts.asp>. Acesso em 23.05.06.

²⁸³ Os próprios números fornecidos pela indústria, ressalte-se, devem ser vistos com desconfiança. A indústria do conteúdo é notória por mentir usando números. Ver DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?*, p. 93-99.

etc., não têm sido feitas. É evidente que o impacto do compartilhamento de arquivos possivelmente varia conforme o tipo de bem cultural compartilhado, mas a ênfase, nos estudos de mensuração, é na venda de música. O que não impede, contudo, que discursos pró e anti-compartilhamento procurem estender as conclusões dos precários estudos a respeito do impacto do compartilhamento na venda de música para outros setores do mercado cultural.

A intuição inicial é acreditar, imediatamente, que qualquer reprodução de um objeto cultural equivale a uma venda a menos deste bem, e é isso o que tem defendido a indústria do conteúdo. Tal afirmação, contudo, não resiste à mais débil avaliação crítica, e nenhum dos estudos abaixo apontados parte deste pressuposto. Não há relação de causalidade necessária entre (a) o *download* de uma determinada obra e (b) uma disposição cogente do responsável pelo *download* em gastar dinheiro na aquisição do bem. Essa é uma presunção insustentável. Pode-se dizer que há *alguma medida de interesse* no bem, que poderia ou não ter resultado na aquisição de uma cópia mediante contraprestação pecuniária, caso não houvesse a possibilidade de *download*.²⁸⁴ Em algumas ocasiões, ademais, é mais fácil acreditar que a reprodução digital proporcionaria vendas a mais, e não a menos, em razão da divulgação da obra a pessoas que não teriam a oportunidade de conhecê-la de outras maneiras, como é o caso do cinéfilo que assiste em seu país a um filme sul-coreano que não teve distribuição em circuito ou lançamento em DVD, e decide comprar um exemplar original diretamente de uma loja *online* sul-coreana.

Não é possível, portanto, fazer generalizações do tipo "*Todo download equivale a uma venda a menos*", ou "*Todo download equivale a um potencial de venda*", porque o

²⁸⁴ Ainda mais considerando-se que o usuário habitual de redes de compartilhamento baixa e compartilha muito mais do que tem tempo para consumir, em razão dos avanços na rapidez de conexões de banda larga e dos próprios sistemas de compartilhamento (distribuição via BitTorrent, por exemplo). Compartilhadores baixam e compartilham um volume absurdo de conteúdo, o que alguns denominam de *file hoarding*. Ver BLANKENHORN, Dana. *File hoarders get BitTorrent win*. Disponível em: <http://mooreslore.corante.com/archives/2005/05/23/file_hoarders_get_bittorrent_win.php>. Acesso em 23.05.06. Para Blankenhorn, o comportamento dos *file hoarders* existe em razão uma prática compulsiva de *downloads* motivada pelo receio de que, em razão das ofensivas da indústria do conteúdo, a prática do compartilhamento venha a ser eliminada. Blankenhorn também vê um desperdício na atividade, uma vez que boa parte dos arquivos acaba não sendo consumida. As duas colocações são inteiramente improcedentes. O fato de que o *file hoarding* existe se dá apenas em razão da *eficiência* dos sistemas de compartilhamento e da *rapidez* das conexões de banda larga. Desperdício, ademais, não existe: os recursos que são compartilhados nos sistemas de compartilhamento não se referem apenas a conteúdo, mas também a capacidade de armazenamento. Quanto mais fontes de um arquivo, maior sua *persistência em rede*, e maiores as chances do arquivo ser baixado por um usuário que vá, de fato, utilizá-lo.

fenômeno do compartilhamento de arquivos é multifacetado, os dados são de difícil aquisição, e as análises devem dar conta de um número imenso de variáveis. Os estudos relativos ao impacto do compartilhamento na venda de música apontam, literalmente, para todos os lados, como indica a amostragem abaixo, não exaustiva:

- a) **Zentner (2003)**²⁸⁵ conclui que o compartilhamento de arquivos tem o potencial de desestabilizar substancialmente o mercado musical, reduzindo em uma média de 30% a possibilidade de um indivíduo comprar as obras que previamente baixou via redes p2p. Com base nesta estimativa, também conclui que em 2002 as vendas da indústria fonográfica teriam sido 7.8% maiores não houvesse compartilhamento de arquivo;
- b) **Oberholzer-Gee e Strumpf (2004, 2005, 2007)**²⁸⁶ concluem que o impacto do compartilhamento de arquivos musicais nas vendas de discos é praticamente nulo, e que não seria possível a vinculação do compartilhamento à queda no número de vendas verificada pela indústria fonográfica, nos termos por esta anunciados. No máximo, seria possível afirmar que o papel do compartilhamento de arquivos na redução de vendas é extremamente diminuto, e que as vendas encontram-se em declínio por motivos outros. Em 2005, Oberholzer-Gee e Strumpf revisaram seus dados, respondendo a algumas críticas, mas mantiveram as conclusões do estudo anterior,²⁸⁷ e enfim o publicaram no *Journal of political economy* em 2007²⁸⁸

²⁸⁵ ZENTNER, Alejandro. *Measuring the effect of music downloads on music sales*. Disponível em: <<http://www.law.upenn.edu/polk/dropbox/zentner.pdf>>. Acesso em: 21.05.06.

²⁸⁶ OBERHOLZER-GEE, Felix; STRUMPF, Koleman. *The effect of file sharing on music sales: an empirical analysis* (2004). Disponível em: <http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf>. Acesso em 21.05.06.

²⁸⁷ "Using detailed records of transfers of digital music files, we find that file sharing has no statistically significant effect on purchases of the average album in our sample. In specifications that identify the effect of file sharing on sales relatively precisely, we reject the hypothesis that file sharing is responsible for the majority of lost sales. This result is plausible given that album sales have increased in the most recent past while the growth of file sharing has continued unabated. Also, a recent internal study at a major record company is reportedly consistent with the results presented here (Economist, 2004).

Although a full explanation for the decline in record sales is beyond the scope of this analysis, several plausible candidates exist. A first factor is poor macroeconomic conditions. While reported incomes had not declined in any year since 1953, they fell in both 2001 and 2002. A second factor is the change in how music is distributed. Between 1999 and 2003 a fifth of music sales shifted from record stores to more efficient discount retailers such as Wal*Mart. About one half of the RIAA's reported decline in CD shipments can be linked to the resulting reduction in store inventories. A third factor is the ending of a period of atypically high sales, when consumers replaced older music formats with CDs.

- c) **Peitz e Waelbrock (2004)**²⁸⁹ concluem que *downloads* de música têm causado declínios substanciais nas vendas da indústria, estimando uma redução de 20% no mercado mundial, entre os anos de 1998 e 2002. Ressaltam, entretanto, que outros fatores além do compartilhamento de arquivos têm sido responsáveis pela queda no número de vendas;
- d) **Blackburn (2004)**²⁹⁰ critica estudos que não diferenciam entre a popularidade de diferentes artistas, e conclui que o compartilhamento de arquivos afeta *negativamente* artistas *mais populares* (25% dos artistas), e *positivamente* artistas *menos populares* (75% dos artistas). Isso causaria prejuízos financeiros para as gravadoras que fazem parte da RIAA, e benefícios às independentes. Uma análise *global* dos dados obtidos por Blackburn, contudo, pode ensejar conclusões semelhantes à do estudo de Oberholzer-Gee e Strumpf;
- e) **Hong (2004)**,²⁹¹ analisando dados da era Napster, conclui que o gasto médio em música de cada residência norte-americana reduziu-se em 2.46 dólares por trimestre após a popularização da Internet e, plausivelmente mas não necessariamente, mediante uso do Napster. Isso representaria um declínio de 33% nas vendas de música em 2000;

Perhaps more important than these developments is the growing competition from other forms of entertainment. A shift in entertainment spending towards recorded movies alone can largely explain the reduction in music sales. The sales of DVDs and VHS tapes increased by over \$5 billion between 1999 and 2003. This figure more than offsets the \$2.6 billion reduction in album sales since 1999. The shift in spending in part reflects a sharp change in relative prices: since 1999 CD prices increased 10% while DVD prices decreased by 20%, and the price of DVD players fell by 60%. Consumers also spent more on videogames, where spending increased by 40%, or \$3 billion, between 1999 and 2003, and on cell phones. Teen cell phone use alone tripled between 1999 and 2003. As a result of the growing competition, there is some indication that consumers spend less time listening to music. For instance, radio listenership rates fell 7% over 1999-2003." (OBERHOLZER-GEE, Felix; STRUMPF, Koleman. *The effect of file sharing on music sales: an empirical analysis* (2005). Disponível em: <http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_June2005_final.pdf>. Acesso em: 21.05.06).

²⁸⁸ OBERHOLZER-GEE, Felix; STRUMPF, Koleman. The effect of file sharing on music sales: an empirical analysis. *Journal of political economy*, v. 115, n. 1, p. 1-42.

²⁸⁹ PEITZ, Martin; WAELBROCK, Patrick. The effect of Internet piracy on music sales: cross-section evidence. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, v. 1, n. 2, p. 71-79.

²⁹⁰ BLACKBURN, David. *On-line piracy and recorded music sales*. Disponível em: <http://www.economics.harvard.edu/~dblackbu/papers/blackburn_fs.pdf>. Acesso em: 21.05.06.

²⁹¹ HONG, Seung-Hyun. *The effect of Napster on recorded music sales: evidence from the consumer expenditure survey*. Disponível em: <<http://siepr.stanford.edu/Papers/pdf/03-18.pdf>>. Acesso em: 21.05.06.

- f) **Rob e Waldfogel (2004),²⁹²** em estudo que se reporta aos hábitos de consumo de uma parcela de estudantes universitários norte-americanos no ano de 2003, concluem que cada *download* ensejaria uma redução nas vendas de discos referente a 0.1/0.2 unidade;
- g) **Tanaka (2004),²⁹³** baseado em dados relativos à venda de discos e *downloads* de música no Japão, conclui que, com base em um estudo preliminar, há muito pouco que evidencie um impacto negativo do compartilhamento de arquivos na venda de CDs;
- h) **Geist (2005),²⁹⁴** partindo de informações fornecidas pela Canadian Recording Industry Association (CRIA), constata um exagero nas afirmações da indústria quanto ao impacto do compartilhamento em vendas de discos, e conclui que o sistema canadense de tributação sobre CDs virgens já é suficiente para cobrir eventuais perdas;
- i) **Liebowitz (2006),²⁹⁵** com base em dados de vendas e compartilhamento de arquivos musicais em mercados isolados, representados por um apanhado de cidades norte-americanas, chega à conclusão de que se pode atribuir ao compartilhamento de arquivos não apenas a *total* responsabilidade pela queda nos números de vendas de música, mas também um impacto negativo no crescimento da indústria fonográfica;

²⁹² ROB, Rafael; WALDFOGEL, Joel. *Piracy on the high C's: music downloading, sales displacement, and social welfare in a sample of college students*. Disponível em: <<http://www.law.upenn.edu/polk/dropbox/waldfogel.pdf>>. Acesso em 21.05.06.

²⁹³ TANAKA, Tatsuo. *Does file sharing reduce music CD sales?: a case of Japan*. Disponível em: <<http://www.iir.hit-u.ac.jp/file/WP05-08tanaka.pdf>>. Acesso em 21.05.06.

²⁹⁴ GEIST, Michael. Piercing the peer-to-peer myths: an examination of the Canadian experience. *First Monday*, v. 10, n. 4. Disponível em: <http://www.firstmonday.org/issues/issue10_4/geist/>. Acesso em: 23.05.06.

²⁹⁵ "This paper attempts to empirically examine the extent, if any, to which file-sharing has caused the decline in record sales. Using a data set for 99 American cities containing information on Internet use, record sales, television viewing, radio listening, and other demographic variables, an econometric analysis is undertaken to examine the relationship between record sales and file-sharing, as proxied by Internet use, from 1998 to 2003. First, we find that the Internet itself reduces time spent on other entertainment activities, but only by a small amount. We then subtract this generic Internet impact from the overall Internet impact and conclude that the decline associated with that component of Internet use that we can attribute to file-sharing indicates that file-sharing has caused the entire decline in record sales and appears to have vitiated what otherwise would have been growth in the industry. Looking at sales in individual musical genres reinforces the primary conclusion since those genres that seem most likely to fall prey to file-sharing have the strongest measured negative impact from Internet usage." (LIEBOWITZ, Stan. *Testing file-sharing's impact by examining record sales in cities*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=829245>. Acesso em 21.05.06). Ainda: LIEBOWITZ, Stan J. Pitfalls in measuring the impact of file-sharing on the sound recording market. *CESifo economic studies*, v. 51, n. 2-3, p. 435-473.

- j) Gopal, Bhattacharjee e Sanders (2006),²⁹⁶ trabalhando a partir de dados obtidos em questionários distribuídos a estudantes universitários e números de venda extraídos do top 200 da revista Billboard, chegam a conclusão semelhante à de Blackburn: o compartilhamento de arquivos tem o poder de afetar negativamente artistas mais populares, e positivamente artistas menos populares.²⁹⁷

Não se pode confiar em nenhum dos estudos mencionados. Todos partem de métodos e dados questionáveis, chegando a conclusões igualmente discutíveis.²⁹⁸ O que pode ser afirmado, com base nos estudos realizados, é que o compartilhamento de arquivos provavelmente tem *algum* impacto negativo na venda de discos. Se esse impacto é mais próximo a 0% ou 100% do total da redução de vendas perceptível pela indústria musical, não é possível determinar. Talvez não seja próximo de 0% (Oberholzer-Gee e Strumpf; Tanaka), mas com certeza não equivale a 100% (Liebowitz), pela evidente influência de causas outras para diminuição de vendas, como as apontadas por Oberholzer-Gee e Strumpf. Estimativas são praticamente impossíveis de serem realizadas com precisão, mas as considerações de Blackburn e Gopal, Bhattacharjee e Sanders quanto à verificação de impactos diferenciados conforme à popularidade de artistas devem ser levadas a sério,²⁹⁹ porquanto sustentadas por considerações feitas por outros autores em relação a mudanças recentes ocorridas na economia de bens informacionais e nos hábitos de consumo destes bens.³⁰⁰ É preciso perguntar-se *quais* discos estão sofrendo impacto negativo, porque muitos

²⁹⁶ GOPAL, Ram D.; BHATTACHARJEE, Sudip; SANDERS, Lawrence G. Do artists benefit from online music sharing? *The journal of business*, v. 79, n. 3, p. 1503-1533.

²⁹⁷ “Our empirical evaluation provides strong support for the hypotheses that the existing superstar phenomenon in the music business is positively aided by high sampling costs and that this superstar status is threatened by the advent of online music sampling services. Superstars come under increasing threat from two fronts: (a) a greater proportion of sampling of superstar music leads to piracy – users who sample do so with an increased intention to pirate, and (b) decreasing sampling costs lead to an erosion of superstardom. However, there is a greater probability of discovering other high quality music items by lesser known artists with the new technology, which will hurt a superstar’s sales – and hence, statues. Hence, online music sharing technologies tend to threaten some superstars and favor other lesser known artists, *ceteris paribus*, and it is understandable that some superstars would have reservations regarding it” (GOPAL, Ram D.; BHATTACHARJEE, Sudip; SANDERS, Lawrence G. Do artists benefit from online music sharing? *The journal of business*, v. 79, n. 3, p. 1530).

²⁹⁸ Ver análise de POLLOCK, Rufus. *P2P, online file-sharing, and the music industry*. Disponível em: <http://www.thefactz.org/economics/p2p_summary.html>; acesso em 21.05.06.

²⁹⁹ POLLOCK, Rufus. *P2P, online file-sharing, and the music industry*. Disponível em: <http://www.thefactz.org/economics/p2p_summary.html>; acesso em 21.05.06.

³⁰⁰ Ver *infra*, item 4.2, em geral, especialmente as considerações de Benkler e Anderson.

estão sofrendo impactos positivos. Algumas gravadoras independentes, note-se, têm vivenciado um período de crescimento, com lucros aumentando de 50 a 100% em alguns casos,³⁰¹ o que pode em parte ser atribuído à publicidade gratuita viabilizada pelo compartilhamento de arquivos.

Já em relação a outros setores da indústria do conteúdo, nada é possível concluir, pela ausência de estudos dedicados à análise do impacto do compartilhamento na venda de DVDs de filmes e seriados, *software*, revistas em quadrinhos, livros, frequência em cinemas, audiência de programas de TV, etc. É inviável, ao contrário do mercado de discos, sequer fazer uma projeção precária.

Um fato, entretanto, deve ser considerado: a indústria do conteúdo, apesar de quase 8 anos de compartilhamento de arquivos, ainda prospera. Se há uma diminuição de lucros atribuível ao compartilhamento de arquivos, ela não foi grande o suficiente de modo a inviabilizar o funcionamento das empresas da indústria. A principal motivação para reação não é, por conseguinte, qualquer diminuição *imediata* de lucros que possa ser constatada. O desafio que o compartilhamento de arquivos apresenta é o de um ataque direto aos modelos de negócios tradicionais da indústria, que a longo prazo pode conduzir a uma desconcentração de poder de mercado, mas nunca à eliminação da indústria em si.

Todas as ofensivas capitaneadas pela indústria do conteúdo, como se verá nos itens abaixo, têm como elemento comum um objetivo apenas: preservar modelos de negócio que sustentem a existência hegemônica de uma economia de informação industrial altamente concentrada e centralizada.³⁰² Não se trata, aqui, de combater uma diminuição nos lucros. Ao contrário, trata-se de preservar estruturas de produção industrial de informação, e assegurar que essas estruturas continuem no domínio de um número reduzido de atores.

³⁰¹ MARGOLIS, Lynne. What record industry slump? Independent labels say business has never been better. *The Christian Science Monitor*. Disponível em: <<http://www.csmonitor.com/2003/0411/p13s02-alm.html>>; acesso em 04.04.05.

³⁰² Para o conceito de economia de informação industrial, ver *infra*, item 4.2.1 e BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 2-7.

3.2 Ofensiva jurídica

No plano jurídico, as reações da indústria do conteúdo têm se dividido entre processos/ações policiais a empresas e usuários envolvidos no compartilhamento de arquivos, e *lobby* para modificação/criação de direitos de propriedade intelectual.

3.2.1 *Lobby*

Desde os seus primórdios, a indústria do conteúdo é extremamente ativa em campanhas de *lobby*.³⁰³ Há, com efeito, uma longa história de elaboração de leis mais voltadas à proteção de interesses da indústria do que o interesse da sociedade como um todo, em questões de produção cultural. Estudaremos essa história mais detalhadamente no capítulo 5; para os propósitos do presente capítulo, contudo, basta contextualizar os avanços recentes em legislação de propriedade intelectual sobre direitos autorais motivadas não pelo compartilhamento de arquivos propriamente dito, mas pela própria popularização da Internet. As ações contemporâneas em sede de reforma legislativa visam, mais do que impedir o compartilhamento, estabelecer uma infra-estrutura de pleno controle de distribuição de conteúdo via Internet, tendo em mente uma política de consumo *pay-per-view*, *pay-per-use*, em detrimento de liberdades antes consolidadas para o consumo de obras protegidas em meios não-digitais.

O ponto de partida, na era pós-Internet, de reformas maximalistas em regimes de propriedade intelectual é o Lehman Report,³⁰⁴ de 1995, também conhecido como Lehman White Paper. Em 1993, a administração Bill Clinton instituiu uma força-tarefa, a Information Infrastructure Task Force, com o objetivo de analisar uma série de questões relacionadas a políticas públicas em preparação à expansão da então denominada NII (National Information Infrastructure – leia-se: Internet). No âmbito da força-tarefa, um

³⁰³ No exato sentido do “processo por meio do qual os representantes de grupos de interesses, agindo como intermediários, levam ao conhecimento dos legisladores ou dos *decisionmakers* os desejos de seus grupos” (PASQUINO, Gianfranco. Grupos de pressão. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, v. 1, 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 563-564).

³⁰⁴ LEHMAN, Bruce. A. *Intellectual property and the National Information Infrastructure*. Disponível em: <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>>. Acesso em 19.12.06.

comitê liderado por Bruce Lehman – que exercia na época as funções de Assistant Secretary of Commerce e Commissioner of Patents and Trademarks – dedicou-se a problemas relativos a propriedade intelectual no ambiente da rede.

Por motivos de ordem política, relacionados a fundos de campanha – a indústria do conteúdo, particularmente Hollywood, é uma grande financiadora –, todo o trabalho do comitê foi pautado por um ponto de vista maximalista, cujos princípios diretores objetivavam a limitação de direitos de uso e consumo de bens intelectuais, e fortalecimento de proteção a estes mesmos bens, por um viés estritamente industrial.³⁰⁵ O clima na época, poucos meses após o término da Rodada do Uruguai, da criação da OMC e redação do acordo TRIPs, era muito propício a uma política maximalista de propriedade intelectual, e a expansão da Internet era vista tanto como uma grande promessa quanto uma grande ameaça. Era crucial para a indústria do conteúdo estabelecer desde logo um plano de reformas legislativas de modo a assegurar a preservação de suas estruturas diante dos aspectos mais ameaçadores da Internet, se possível criando um ambiente que assegurasse meios de distribuição de conteúdo seguindo um modelo *pay-per-view*, *pay-per-use*: o plano era o de se transformar a Internet em uma enorme “*jukebox* celestial”.³⁰⁶ O relatório traçou uma série de recomendações visando a estabelecer essa infra-estrutura, aconselhando uma

³⁰⁵ Samuelson ilustra bem o tom do Relatório Lehman: “Browsing through a borrowed book, lending a magazine to a friend, copying a news article for your files - all seem innocuous enough. But the Clinton administration plans to make such activities illegal for works distributed via digital networks. If legislation recommended in its white paper “Intellectual Property and the National Information Infrastructure” is enacted, your traditional user rights to browse, share, or make private noncommercial copies of copyrighted works will be rescinded. Not only that, your online service provider will be forced to snoop through your files, ready to cut you off and turn you in if it finds any unlicensed material there. The white paper regards digital technology as so threatening to the future of the publishing industry that the public must be stripped of all the rights copyright law has long recognized - including the rights of privacy. Vice President Al Gore has promised that the National Information Infrastructure (NII) will dramatically enhance public access to information; now we find out that it will be available only on a pay-per-use basis.

Why would the Clinton administration want to transform the emerging information superhighway into a publisher-dominated toll road? The most plausible explanation is a simple one: campaign contributions. The administration wants to please the copyright industry, especially members of the Hollywood community, who are vital to the president's reelection bid. And what this copyright industry wants in return is more legal control than ever before over the products they distribute” (SAMUELSON, Pamela. The copyright grab. *Wired*, n. 4.01, 1996. Disponível em: <http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html>. Acesso em 19.12.06).

³⁰⁶ “Transmissions of sound recordings will certainly supplement and may eventually replace the current forms of distribution of phonorecords. In the very near future, consumers will be able to receive digital transmissions of sound recordings on demand – for performance in the home or for downloading – from the so-called ‘celestial jukebox’” (LEHMAN, Bruce A. *Intellectual property and the National Information Infrastructure*, p. 221-222).

reestruturação radical do regime de *copyright* norte-americano, enfatizando e reforçando os direito de reprodução e distribuição, principalmente a partir da proteção jurídica de medidas técnicas de controle.³⁰⁷ A justificativa para a reestruturação das normas de *copyright*, em poucas palavras, era a de que se não houvesse proteção forte à propriedade intelectual, não haveria conteúdo colocado à disposição dos consumidores na Internet, o que soa no mínimo equivocado diante da situação atual.³⁰⁸

³⁰⁷ “The eight interrelated parts of the white paper's agenda intend to:

1. Give copyright owners control over every use of copyrighted works in digital form by interpreting existing law as being violated whenever users make even temporary reproductions of works in the random access memory of their computers;

2. Give copyright owners control over every transmission of works in digital form by amending the copyright statute so that digital transmissions will be regarded as distributions of copies to the public;

3. Eliminate fair-use rights whenever a use might be licensed. (The copyright maximalists assert that there is no piece of a copyrighted work small enough that they are uninterested in charging for its use, and no use private enough that they aren't willing to track it down and charge for it. In this vision of the future, a user who has copied even a paragraph from an electronic journal to share with a friend will be as much a criminal as the person who tampers with an electrical meter at a friend's house in order to siphon off free electricity. If a few users have to go to jail for copyright offenses, well, that's a small price to pay to ensure that the population learns new patterns of behavior in the digital age.);

4. Deprive the public of the "first sale" rights it has long enjoyed in the print world (the rights that permit you to redistribute your own copy of a work after the publisher's first sale of it to you), because the white paper treats electronic forwarding as a violation of both the reproduction and distribution rights of copyright law;

5. Attach copyright management information to digital copies of a work, ensuring that publishers can track every use made of digital copies and trace where each copy resides on the network and what is being done with it at any time;

6. Protect every digital copy of every work technologically (by encryption, for example) and make illegal any attempt to circumvent that protection;

7. Force online service providers to become copyright police, charged with implementing pay-per-use rules. (These providers will be responsible not only for cutting off service to scofflaws but also for reporting copyright crime to the criminal justice authorities);

8. Teach the new copyright rules of the road to children throughout their years at school.” (SAMUELSON, Pamela. The copyright grab. *Wired*, n. 4.01, 1996. Disponível em: <http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html>. Acesso em 19.12.06).

³⁰⁸ Litman, a respeito: “The White Paper argued that its proposed enhancement of copyright owner's rights was without question in the public interest, because it was a necessary first step in the creation of the Information Superhighway. This was the central justification for further enhancing the rights in the copyright bundle: without strong copyright protection, there would be no National Information Infrastructure. The public might believe that what it wanted was unfettered access to copyrighted works in return for reasonable royalty payments to authors, but, if we let the public set the freight charges, we would risk underproduction of freight. If authors and publishers could not reliably control their works, they would decline to make them available at all.[...]”

If the public wished an NII, the argument went, it must offer strong copyright protection as a bribe to those it hoped to persuade to create enough stuff to make an NII worthwhile. Relying on a hope that if the public only built the infrastructure, the information to travel it would come was said to be naive; of course the owners of protectible works would refuse to permit those works to be exploited unless their ownership rights were secure.

To the extent that authors were willing to make content available on the Internet under existing law, the argument continued, it was because the material was so low in quality as to have little value except to its

O Lehman Report teve seus detratores, e foi alvo de ferrenha oposição.³⁰⁹ Quando já era óbvio que as recomendações do relatório não seriam implementadas à risca, Lehman procurou deslocar os debates reformistas para o fórum internacional, no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). A iniciativa não teve o êxito esperado, mas as poucas medidas sugeridas por Lehman e incorporadas no Tratado de Direitos Autorais da OMPI (WCT – WIPO Copyright Treaty) já foram o bastante para que ele pudesse ser usado como plataforma para a aprovação de legislação maximalista nos EUA.³¹⁰ Como implementação do Tratado de Direitos Autorais da OMPI,³¹¹ foi aprovado

author. We would need to ensure that the authors of the future had control over the uses of their creations, so that they would feel secure in distributing their works over the Information Infrastructure – that’s why so much of the content that was already there was material that nobody would want to steal. [...]

The fact that a wealth of commercial content flooded the Web, even as the Lehman Working Group insisted that commercial content producers would withhold their material, suggests that the argument was based on flawed assumptions” (LITMAN, Jessica. *Digital copyright*. Amherst: Prometheus Books, 2001, p. 101-102).

³⁰⁹ “When the government released the White Paper in September 1995, it looked as if the White Paper’s recommendations were all but a done deal. Immediately after the report’s release, implementing legislation was introduced in both houses of Congress with bipartisan support, and Commissioner Lehman confidently predicted easy enactment before spring. It didn’t turn out that way. Library groups, online service providers, consumer organizations, writers’ organizations, computer hardware manufacturers, Internet civil liberties groups, telephone companies, educators, consumer electronics manufacturers, and law professors registered early and fervent objections. They collaborated with one another in opposing the legislation, and used a tool that the supporters of the White Paper were not yet in a position to exploit: they organized, planned, and lobbied using the Internet” (LITMAN, Jessica. *Digital copyright*, p. 122).

³¹⁰ Ibidem, p. 128-136. Conforme Litman, o processo de reforma legislativa nos EUA, em se tratando de temas relacionados ao *copyright*, ocorre desde os anos que antecederam a reforma de 1909 conforme um modelo de negociações entre representantes industriais promovidas pelo governo em caráter oficial. Antes da elaboração da lei de 1909, as normas de *copyright* eram elaboradas segundo o processo então usual, em que as partes interessadas enviavam projetos de lei ao Congresso e os sustentavam em petições e audiências públicas. Na época que antecedeu a reforma de 1909, entretanto, Congresso e Copyright Office desenvolveram um sistema para a discussão de novas leis, por meio do qual os representantes das indústrias interessadas eram chamados para negociar as propostas em encontros oficiais. A prática continua até os dias de hoje, podendo-se mencionar como exemplos de processos de reforma legislativa que seguiram o mesmo modelo a revisão de 1976 – ainda vigente, com alterações –, as reformas feitas para que os EUA pudessem aderir à Convenção de Berna em 1989, e o Audio Home Recording Act de 1992. Não foi diferente com o DMCA (ibidem, p. 35-63). Esse modelo de negociações tende a resultar na redação de exceções/limitações bastante específicas, precisamente delineadas, que preservam os interesses de alguns usuários de conteúdo – aqueles envolvidos nas discussões –, mas deixam outros com poucas alternativas. O cidadão comum sai perdendo, e potencial competição futura no mercado por outros atores é cortada pela raiz a partir de acordos entre as partes já estabelecidas: “Copyright legislation written by multiparty negotiation is long, detailed, counterintuitive, kind to the status quo, and hostile to potential new competitors. It is also overwhelmingly likely to appropriate value for the benefit of major stakeholders at the expense of the public at large. There is no overarching vision of the public interest animating the Digital Millennium Copyright Act. None. Instead, what we have is what a variety of different private parties were able to extract from each other in the course of an incredibly complicated four-year multiparty negotiation. Unsurprisingly, they paid for that with a lot of rent-seeking at the expense of new upstart industries and the public at large” (ibidem, p. 144-145).

em 1998 o Digital Millenium Copyright Act (DMCA), e logo em seguida, não como implementação do Tratado, mas seguindo a mesma lógica maximalista, o Copyright Term Extension Act.³¹²

As principais inovações do DMCA foram (a) um regime de portos seguros (*safe harbors*) para provedores de serviço, estabelecendo condições sob as quais é possível afastar-se a responsabilidade de provedores de serviço por violações a normas de *copyright* ocorridas em seus sistemas; e (b) proibição à violação de medidas técnicas de proteção a conteúdo digital.

A proibição da violação de medidas técnicas de proteção – também presente nos arts. 11 e 12 do Tratado de Direitos Autorais da OMPI – é um dos principais sustentáculos do projeto de “*jukebox* celestial” almejado pela indústria, e um bom exemplo de regulação indireta de comportamento por parte do direito. O regulador direto, no caso, é arquitetura. TPMs (*Technical Protection Measures*) e sistemas de DRM (*Digital Rights Management*) surgem como soluções arquitetônicas ao problema da fácil e livre reprodução de dados digitalizados, e o direito dá apoio à regulação arquitetônica via a proibição da violação desses instrumentos técnicos de controle. Uma vez que a arquitetura regula *ex ante*, o usuário fica à mercê das decisões do proprietário do conteúdo, que podem inclusive negar direitos estabelecidos pelos sistemas de limitação a direitos autorais, fixados em lei, por uma associação preocupante de regimes alternativos de licenciamento a medidas técnicas de proteção e sistemas de DRM,³¹³ amparadas contra violação por disposições como as do DMCA, que têm se espalhado pelos ordenamentos jurídicos do mundo.

Na União Européia, a diretiva 2001/29/EC (EUCD – European Union Copyright Directive) estabelecerá os vetores de implementação em nível comunitário do Tratado de Direitos Autorais da OMPI, estabelecendo rigorosas medidas de proibição à violação de

³¹¹ Texto do tratado em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html>. Ver, especialmente, os artigos 11 e 12, em relação a TPMs e DRM.

³¹² A lei teria sua constitucionalidade desafiada em *Eldred v. Ashcroft* (Supreme Court, 2003), sem êxito. Ver, para o argumento de inconstitucionalidade: LESSIG, Lawrence. *Free culture: the nature and future of creativity*, p. 228-246 Na Europa, a diretiva 93/98/EEC já havia fixado termo de proteção idêntico, baseado no direito alemão (vida do autor + 70 anos). No Brasil, a Lei 9.610/98 estabelece o mesmo termo (art. 41), mais brando que o da legislação anterior, que transferia aos filhos, pais ou cônjuge do autor o gozo vitalício dos direitos patrimoniais do autor após a morte deste (Lei 5988/73, art. 42, 1º).

³¹³ Ver *infra*, item 3.3.1, para desenvolvimento.

medidas técnicas de proteção.³¹⁴ Em relação a países que não tenham seguido voluntariamente o caminho da imposição de normas de proibição à violação de medidas técnicas de proteção, os EUA têm feito agressiva campanha internacional de expansão maximalista pressionando diversos estados a assinar pactos bilaterais de livre comércio nos quais se incluem, de forma acessória, disposições extraídas do DMCA.³¹⁵

O Brasil não é signatário do Tratado de Direitos Autorais da OMPI,³¹⁶ mas normas de proibição à violação de medidas técnicas de proteção já se encontram positivadas em nossa legislação no art. 107 da Lei n. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), com redação nitidamente inspirada no Tratado. Se essas normas são constitucionais ou não, é uma outra questão.

Outro avanço maximalista em sede legislativa, além das disposições anti-violação de medidas técnicas de proteção e expansão do período de duração de direitos autorais, mais diretamente relacionados ao compartilhamento de arquivos, é o recurso ao direito penal, com aumento de penas e criação de novos tipos penais. Em 1997 – época em que não havia compartilhamento de arquivos via redes p2p, mas já era comum a troca de arquivos MP3 na Internet³¹⁷ –, os EUA aprovaram o No Electronic Theft Act,³¹⁸ estendendo o alcance do

³¹⁴ O processo de reformas em nível estatal encontra-se atualmente em variados graus de progresso, com a maioria dos países, entretanto, já tendo efetuado a implementação interna das normas. Para um bom panorama a respeito do processo de implementação da diretiva em diversos estados, ver: IVIR. *The recasting of copyright & related rights for the knowledge economy*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf>. Acesso em: 18.01.07.

³¹⁵ Ver o relato da situação australiana feito por RIMMER, Matthew. Robbery under arms: copyright law and the Austrália-United States Free Trade Agreement. *First Monday*, v. 11, n. 3. Disponível em: <http://www.firstmonday.org/issues/issue11_3/rimmer/index.html>. Acesso em 20.12.06.

³¹⁶ É importante ressaltar, todavia, que o DMCA é atualmente um dos principais modelos legislativos considerado em debates de reforma legislativa no país, pelo menos em relação ao regime de responsabilidade de provedores de acesso: “Como demonstram as atas da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), existe um interesse constante dos advogados brasileiros sobre o DMCA. Quando um texto normativo pretende regular um fenômeno global, tal como a responsabilidade dos provedores de acesso à internet, entidades que têm basicamente as mesmas características funcionais em qualquer lugar do mundo, naturalmente ocorre a influência interpretativa de formação da norma entre diferentes ordenamentos jurídicos. Neste caso, essa influência torna-se ainda mais caracterizada pelo fato de se tratar de um assunto recente, sem precedentes normativos claros. Nesse sentido, a influência norte-americana é a que mais se faz sentir: como os Estados Unidos são a pátria de origem da internet, forma também os primeiros a propor modelos normativos a seu respeito. Desse modo, principalmente por intermédio dos advogados e acadêmicos, esses modelos normativos acabam tendo influência na interpretação e na formação da textura normativa do país” (LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*, p. 41).

³¹⁷ BIDDLE, Peter et alii. *The darknet and the future of content distribution*, p. 3-6. Disponível em: <<http://msl1.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf>>. Acesso em: 12.01.07.

criminal copyright infringement para além das antes previstas condições da “vantagem comercial” e “ganho financeiro privado”, punindo criminalmente a distribuição não-autorizada *enquanto* distribuição, independentemente de vantagem econômica, com penas severas – prisão e multa –, caso o valor total de mercado dos bens distribuídos/reproduzidos exceda US\$ 1.000,00 (mil dólares) em um período de cento e oitenta dias. Mais recentemente, em 2005, foi aprovado o Family Entertainment and Copyright Act,³¹⁹ que tem como um de seus alvos principais a prática da gravação não-autorizada de filmes, em cinemas, para posterior transferência em rede, e a distribuição de obras protegidas antes da data de lançamento. Ambas as práticas são objeto de sanção penal pela lei, e corriqueiras nas atividades da Scene e no universo do compartilhamento de arquivos.

No Brasil, houve em 2003 uma reforma do art. 184 do Código Penal, com o acréscimo de novos tipos que, todavia, são de utilidade discutível e aplicação problemática, porquanto extremamente mal redigidos. A figura do “lucro indireto” pouco esclarece se o compartilhamento de arquivos teria restado explicitamente criminalizado,³²⁰ e o § 4º, provavelmente por acidente, parece ter criado um direito de cópia privada que não é reconhecido de forma expressa pela Lei de Direitos Autorais. O avanço maximalista, entretanto, é nítido nas normas recém-positivadas de direito penal.

Este é apenas um panorama não-exaustivo das recentes ofensivas legislativas da indústria do conteúdo. O futuro guarda a perspectiva de outras reformas – no Brasil, provavelmente, em 2007³²¹ – e um período turbulento no plano legislativo, em matéria de normas de propriedade intelectual em geral, e em particular, de direitos autorais.

³¹⁸ Texto disponível em: <<http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/17-18red.htm>>. Acesso em 20.12.06. Ressalte-se o poder retórico do próprio nome da lei: No Electronic **Theft**. Ver *infra*, item 6.3.1.2.

³¹⁹ Disponível em: <<http://www.copyright.gov/legislation/pl109-9.html>>. Acesso em 20.12.06.

³²⁰ É discutível se, uma vez que o art. 184, *caput*, é norma penal em branco, o compartilhamento de arquivos seria fato típico. É necessário uma exegese das normas de direito de autor propriamente ditas para uma afirmação neste sentido, e como se verá, há bons motivos para se argumentar que a prática não ofende o direito constitucional e infraconstitucional. Ver *infra*, capítulos 8 e 9, particularmente o item 9.1.2.

³²¹ LEI que regula cópias chegará ao Congresso no ano que vem. *Estadao.com.br*. <http://www.link.estadao.com.br/index.cfm?id_conteudo=9371>. Acesso em 20.12.06.

3.2.2 Processos e ações policiais

A campanha jurídica contra o compartilhamento de arquivos, mais do que em reformas legislativas, baseia-se em processos/ações policiais voltados aos detentores/criadores de tecnologias de compartilhamento e aos usuários individuais dos sistemas. Nos EUA, pelo menos desde *A&M v. Napster*³²² não se questiona se usuários dos sistemas de compartilhamento estariam incorrendo em *copyright infringement*: tem-se como certa, em sentido positivo, a resposta. No restante do mundo, a idéia dominante é a mesma, sem que se ouça vozes dissonantes. Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, talvez a resposta seja diferente. Um dos principais objetivos do presente estudo é, justamente, investigar a fundo essa questão, e soluções serão propostas nos capítulos 8 e 9, a partir de uma exegese do texto constitucional e infraconstitucional. De todo modo, os processos têm se acumulado diariamente ao redor do mundo, e cabe aqui esclarecer como eles têm ocorrido.

3.2.2.1 Processos contra os detentores de tecnologia

A primeira reação da indústria, no plano jurídico, foi atacar diretamente a fonte dos problemas advindos com o compartilhamento de arquivos: a própria tecnologia. Para tanto, processos foram iniciados contra os principais atores da era inicial do compartilhamento de arquivos, os desenvolvedores e empresários ligados às redes p2p. A primeira vítima foi a Napster, Inc., seguida por diversas outras empresas, ainda crentes que o investimento em sistemas de distribuição não-autorizada de conteúdo era um negócio viável.³²³ O único caso em que uma pessoa foi processada – e condenada – pela *criação* de um sistema de compartilhamento, sem qualquer intuito comercial, é o do japonês Isamu Kaneko,

³²² Ver *infra*, item 3.2.2.1.

³²³ Não se trata de uma idéia inteiramente insensata. Sistemas de direitos autorais e novas tecnologias sempre mantiveram uma relação de tensão, e novos modelos de negócio costumam despontar na história dos direitos autorais envoltos em áreas de penumbra de legalidade, posteriormente motivando reformas legislativas, e o estabelecimento de situações de legalidade expressa. As indústrias cinematográfica, fonográfica, do rádio, e da TV a cabo nasceram, todas, como “indústrias piratas”. Ver LESSIG, Lawrence. *Free culture: the nature and future of creativity*, p. 53-66.

desenvolvedor do Winny.³²⁴ De resto, os ataques voltaram-se contra empresas que tinham planos de exploração comercial dos sistemas, usualmente por via de publicidade.³²⁵

Dois são os principais casos, no direito dos EUA: (a) *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* (9th Circuit Court of Appeals, 2001), e (b) *MGM v. Grokster* (Supreme Court, 2005).³²⁶

Em *A&M Records Inc. v. Napster, Inc.*,³²⁷ a indústria fonográfica processou a Napster, Inc., criadora do primeiro sistema de compartilhamento p2p em larga escala Napster, alegando responsabilidade da empresa por *secondary copyright infringement* (responsabilidade *indireta* por violações de *copyright*), em duas modalidades: *contributory* e *vicarious copyright infringement*.³²⁸ O objetivo era o de responsabilizar a empresa por violações de *copyright* praticadas por terceiros: a Napster, Inc. seria, conforme a indústria, responsável pelas violações de *copyright* cometidas pelos usuários que se valiam do sistema para distribuir cópias de arquivos MP3 contendo músicas que faziam parte do acervo de propriedade intelectual das gravadoras, sem autorização.

³²⁴ WINNY creator guilty in copyright violations. *The Japan Times Online*. Disponível em: <<http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20061214a1.html>>. Acesso em 20.12.06.

³²⁵ O compartilhamento de arquivos em si, contudo, como orienta a pauta valorativa da comunidade, sempre foi feito gratuitamente pelos usuários dos sistemas, independentemente das intenções comerciais das empresas responsáveis pela manutenção e criação das redes. Ver *supra*, item 2.2.

³²⁶ Nos EUA, *copyright* é matéria de legislação e jurisdição em nível federal. Ambos os casos chegaram até o grau máximo de jurisdição federal, mas apenas MGM v. Grokster foi apreciado pela Suprema Corte.

³²⁷ Decisão disponível em: <<http://www.ce9.uscourts.gov/web/newopinions.nsf/0/c4f204f69c2538f6882569f100616b06?OpenDocument>>. Acesso em: 18.01.07.

³²⁸ *Vicarious infringement* é o nome que se dá à espécie de violação indireta de *copyright* que ocorre quando a parte indiretamente responsável tinha o direito e habilidade de supervisionar a conduta da parte diretamente responsável, e tinha um interesse financeiro na violação de *copyright*. Conhecimento da ocorrência da violação não é exigido. Já *contributory infringement* é a espécie de violação indireta de *copyright* que ocorre quando a parte indiretamente responsável, tendo conhecimento da conduta de violação direta, induz ou materialmente contribui para a conduta (SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. *Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks*. St. Paul: Thomson West, p. 188 e 190).

A Napster, Inc. respondeu com uma série de defesas: (a) *fair use*³²⁹ por parte dos usuários da rede, o que afastaria a responsabilidade indireta por não haver violação direta de *copyright* (em casos de *sampling* – amostragem de músicas –, *space-shifting* – transferência de conteúdo já adquirido para outros meios de armazenamento –, e *downloads* autorizados – parte do conteúdo da rede constituía músicas cujo *download* era tacitamente autorizado por parte dos detentores do direito, por sua disponibilidade em outros locais); (b) o precedente estabelecido em *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.* (1984, Suprema Corte) se aplicaria no caso, devido aos *substantial non-infringing uses* que o sistema Napster comportaria; (c) os *downloads* estariam cobertos pelo Audio Home Recording Act (AHRA); (d) a Napster, Inc. estaria coberta por provisões de “porto seguro” do DMCA, enquanto provedora de serviços; (e) *copyright abandonment* ou *copyright waiver*; (e) licença implícita; (f) *copyright misuse*.

Nenhuma das defesas da Napster, Inc. foi aceita. O caso *A&M Records Inc. v. Napster, Inc.* consolidou, assim, a possibilidade de uma empresa mantenedora de uma rede p2p ser responsabilizada indiretamente por atos praticados por seus usuários, que em hipótese alguma poderiam argumentar em seu favor, ademais, que o uso da rede constituiria *fair use*. Qualquer argumento baseado em *fair use*, por parte de um usuário de redes p2p nos EUA, ficou obstado, não obstante nítidos equívocos na decisão, como o de considerar o uso da rede Napster pelos usuários como comercial, pela presunção de que estariam obtendo vantagens patrimoniais por não comprar os discos.³³⁰ Não se discute, hoje em dia, se usuários de redes p2p nos EUA, caso distribuam material sem autorização, estariam

³²⁹ O *fair use* é uma das limitações aos direitos conferidos ao titular do *copyright* no direito norte-americano (em outros países que seguem a tradição da *common law*, o *fair dealing* assume função semelhante, mas costuma ser mais restritivo). Nos EUA, entrou no sistema jurídico via *common law*, a partir de *Folsom v. Marsh* (Circuit Court, District of Massachussets, 1841), admitindo na decisão Justice Story a existência de usos não-autorizados de material objeto de *copyright* que não ensejariam violação: “One writer might take all the vital part of another's book, though it might be but a small proportion of the book in quantity. It is not only quantity, but value, that is always looked to. It is useless to refer to any particular cases, as to quantity. In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work”. Decisões judiciais subseqüentes partiram da decisão de Story para a construção da doutrina do *fair use*, que finalmente foi codificada na legislação de *copyright* dos EUA na reforma de 1976, aproveitando-se substancialmente os critérios fixados por Story. Ver SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. *Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks*, p. 211-216.

³³⁰ Ver a análise de estudos empíricos sobre o impacto do compartilhamento de arquivos em vendas de discos feita *supra*, no item 3.2.2.1.

atuando em *fair use*, mesmo quando uma defesa de *fair use*, pelo menos em tese, seria viável. Já se automaticamente considera, sem qualquer questionamento, que a atividade ocorre em violação de *copyright*, em razão de infração aos direitos de reprodução e distribuição.

Também se afastou, em *A&M v. Napster* a incidência do precedente estabelecido em *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc. (Supreme Court, 1984)*,³³¹ o célebre caso Sony Betamax, que novamente entraria em questão no caso *MGM v. Grokster*. Conforme o precedente estabelecido em *Sony v. Universal*, não há responsabilidade indireta por violação de *copyright* se determinada tecnologia, além de usos que promovam a violação de *copyright*, seja apta a usos substanciais não ensejadores de violação. A tecnologia em questão era o sistema Betamax, da Sony, e o uso controvertido era a gravação de programas televisivos, por parte dos usuários do aparelho fabricado pela Sony. Esse uso foi determinado pela Suprema Corte como não vedado pelas normas de *copyright*, para propósitos de *time-shifting*, ou seja, gravação de um programa para que seja visto em horário outro que não o original da exibição. O *time-shifting*, decidiu a Suprema Corte, encaixava-se nos critérios de *fair-use* determinados pela legislação dos EUA. A Napster, Inc. argumentou que o *space-shifting* realizado por parte de seus usuários – baixar uma música de um disco cujo exemplar original já tinha sido adquirido pelo usuário, para transferência de local de armazenamento – seria equiparável ao *time-shifting*, e portanto um *fair-use* que ensejaria a constatação, no caso, de um *substantial non-infringing use*. O argumento não foi aceito, tendo-se como inaplicável a equiparação pelo *space-shifting* não apenas envolver reprodução, mas também distribuição.

A incidência do caso Sony Betamax foi, além disso, afastada em *A&M v. Napster* em razão da arquitetura do sistema Napster, e pelo conhecimento, por parte da empresa, de que o sistema era utilizado, em grande medida, para atos de violação de *copyright*. Sem negar que a tecnologia *peer-to-peer* poderia ser apta a ensejar *substantial non-infringing uses*, a decisão estabeleceu que, dado o caráter centralizado do sistema, cujo controle estava em

³³¹ Decisão disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=464&page=417>>. Acesso em: 18.01.07.

pleno domínio da Napster, Inc., que ademais tinha ciência dos atos de violação de *copyright* efetuados por meio do sistema, não se poderia aplicar o precedente de Sony Betamax.³³²

Os outros argumentos da Napster tinham menos peso, e não convém aqui abordá-los. A estratégia de defesa, como um todo, acabou por dar origem a uma decisão bastante hostil a qualquer iniciativa empresarial baseada em tecnologia *peer-to-peer* que envolvesse distribuição e reprodução não-autorizada de conteúdo. Isso não impediu, contudo, que outras iniciativas do gênero tivessem origem. Abalada em razão do processo, a Napster, Inc. entrou em falência, e acabou sendo adquirida pela Roxio, Inc., hoje em dia atuando como uma loja paga de música em formato digital.³³³

O mais importante caso no direito dos EUA envolvendo o compartilhamento de arquivos é **MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd (Supreme Court, 2005)**.³³⁴ A tecnologia em questão agora era o sistema FastTrack, desenvolvido Kazaa BV e transferida posteriormente para uma empresa de Vanuatu, a Sharman Networks. O pólo passivo no caso era ocupado pela Kazaa BV, StreamCast Networks, Inc. e Grokster, Ltd. As três empresas valiam-se da tecnologia FastTrack e distribuíam clientes diferentes para acesso à rede (KaZaA, Morpheus e Grokster).³³⁵ Após a transferência da tecnologia para a Sharman Networks, a Kazaa BV optou por tornar-se revel no processo. As acusações, novamente,

³³² “Napster claims that it is nevertheless protected from contributory infringement by the teaching of Sony Corp. V. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984). We disagree. We observe that Napster’s actual, specific knowledge of direct infringement renders Sony’s holdings of limited assistance to Napster. We are compelled to make a clear distinction between the architecture of the Napster system and Napster’s conduct in relation to the operational capacity of the system. [...] We are bound to follow Sony and will not impute the requisite level of knowledge to Napster merely because peer-to-peer file sharing technology may be used to infringe plaintiff’s copyrights [...] We depart from the reasoning of the district court that Napster failed to demonstrate that its system is capable of commercially significant noninfringing uses [...] Regardless of the number of Napster’s infringing versus noninfringing uses, the evidentiary record here supported the district court’s finding that plaintiffs would likely prevail in establishing that Napster knew or had reason to know of its users’ infringement of plaintiffs’ copyrights [...] The record supports the district court’s finding that Napster has actual knowledge that specific infringing material is available using its system, that it could block access to the system by suppliers of the infringing material, and that it failed to remove the material” (A&M Records, Inc. v Napster, Inc., 2001, 9th Circuit Court of Appeals. Decisão disponível em: <<http://www.ce9.uscourts.gov/web/newopinions.nsf/0/c4f204f69c2538f6882569f100616b06?OpenDocument>>. Acesso em: 18.01.07).

³³³ Site oficial: <<http://www.napster.com/>>. Acesso em: 18.01.07.

³³⁴ Decisão disponível em: <http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/04-480.pdf>. Acesso em: 18.01.07.

³³⁵ A StreamCast viria a abandonar a tecnologia FastTrack e desenvolver um cliente Gnutella durante o caso. Ver MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. (United States District Court, Central District of California, 2003). Disponível em: <http://www.techlawjournal.com/courts2001/mgm_grokster/20030425.asp>. Acesso em: 18.01.07.

eram de responsabilidade indireta por violação de *copyright*. A defesa repetiu uma das estratégias da Napster, Inc., e argumentou a aplicação do precedente fixado em *Sony v. Universal*, com resultado diametralmente oposto na decisão. Em primeira instância, na *district court* do Central District of California, o argumento foi acolhido em razão da arquitetura descentralizada do sistema FastTrack: “[...] here, unlike in *Napster*, there is no admissible evidence before the Court indicating that Defendants have the ability to supervise and control the infringing conduct (all of which occurs after the product has passed to end-users)”.³³⁶ Em grau recursal, a mesma 9th Circuit Court of Appeals que havia considerado a Napster, Inc. responsável por violação indireta de *copyright* manteve a decisão de primeira instância, concordando com os seus argumentos. Diante de uma derrota impactante, a indústria peticionou por um *writ of certiorari*, que foi concedido pela Suprema Corte.

A decisão da Suprema Corte em *MGM v. Grokster* foi em sentido contrário às decisões das instâncias inferiores, entendendo que o precedente de *Sony v. Universal* foi interpretado de maneira equivocada, de forma excessivamente ampla, ignorando outros fatores que poderiam ensejar a responsabilização da StreamCast e da Grokster.³³⁷ Ao invés

³³⁶ *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* (United States District Court, Central District of California, 2003). Grifos no original. Decisão disponível em: <http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20040819_mgm_v_grokster_decision.pdf>. Acesso em: 18.01.07).

³³⁷ “We agree with MGM that the Court of Appeals misapplied *Sony*, which it read as limiting secondary liability quite beyond the circumstances to which the case applied. *Sony* barred secondary liability based on presuming or imputing intent to cause infringement solely from the design or distribution of a product capable of substantial lawful use, which the distributor knows is in fact used for infringement. The Ninth Circuit has read *Sony*’s limitations to mean that whenever a product is capable of substantial lawful use, the producer can never be held contributorily liable for third parties’ infringing use of it; it read the rule as being this broad, even when an actual purpose to cause infringing use is shown by evidence independent of design and distribution of the product, unless the distributors had a ‘specific knowledge of infringement at a time at which they contributed to the infringement, and failed to act upon that information’ [...] Because the circuit found the StreamCast and Grokster software capable of substantial lawful use, they concluded on the basis of its reading of *Sony* that neither company could be held liable, since there was no showing that their software, being without any central server, afforded them knowledge of specific unlawful uses.

This view of *Sony*, however, was error, converting the case from one about liability resting on imputed intent to one about liability on any theory. Because *Sony* did not displace other theories of secondary liability, and because we find below that it was error to grant summary judgment to the companies on MGM’s inducement claim, we do not revisit *Sony* further, as MGM requests, to add a more quantified description of the point of balance between protection and commerce when liability rests solely on distribution with knowledge that unlawful use will occur. It is enough to note that the Ninth Circuit’s judgment rested on an erroneous understanding of *Sony* and to leave further consideration of the *Sony* rule for a day when that may be required” (*MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, Supreme Court, 2005, grifos no original. Decisão disponível em: <http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/04-480.pdf>. Acesso em: 18.01.07).

de se enveredar por uma releitura do caso Sony v. Universal, a Suprema Corte optou por deixar intacto o precedente e estabelecer uma orientação paralela, inspirada, assim como o argumento em Sony Betamax, no direito patentário: “[...] one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties”,³³⁸ o que é determinado a partir de uma análise de “culpable expression and conduct”.³³⁹

Como havia suspeitas de que StreamCast e Grokster haviam induzido seus usuários à violação direta de *copyright*, principalmente a partir do material publicitário das duas empresas, o caso foi remetido à instância original para julgamento conforme os parâmetros fixados pela Suprema Corte. Em seqüência à decisão da Suprema Corte, a Grokster entrou em acordo com as indústrias cinematográfica e fonográfica, encerrando seus serviços e pagando US\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de dólares).³⁴⁰ O *site* oficial da Grokster foi substituído com uma mensagem de tom moralizante, exibindo o IP do computador utilizado para acesso, seguida dos dizeres “Don’t think you can’t get caught. You are not anonymous”.³⁴¹ A StreamCast decidiu continuar no processo, e perdeu em primeira instância.³⁴²

A decisão MGM v. Grokster foi recebida com grande fanfarra pela indústria do conteúdo, e com pesar por parte da literatura jurídica norte-americana, em razão dos abusos aos quais ela pode dar ensejo.³⁴³ Não teve, entretanto, qualquer efeito substancial no

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ Ibidem.

³⁴⁰ BORLAND, John. Last waltz to Grokster. *CNet News*. Disponível em: <http://news.com.com/Last+waltz+for+Grokster/2100-1027_3-5937832.html>. Acesso em 21.12.06.

³⁴¹ <<http://www.grokster.com/>>. Acesso em 21.12.06.

³⁴² HICKINS, Michael. StreamCast up streaming creek. *Internetnews.com*. Disponível em: <<http://www.internetnews.com/bus-news/article.php/3634866>>. Acesso em: 21.12.06.

³⁴³ “[...] despite the Supreme Court’s cautionary language, it seems that *Grokster* is subject to abuse by copyright holders who are now armed with a tool to force technology companies to alter or cease product development or face crippling lawsuits. Copyright holders may now inject their own interests into a company’s normal business considerations by notifying, for example, the makers of a digital .mp3 player that it must ‘develop’ (Justice Breyer’s own expression) copyright infringement prohibiting technology, regardless of whether such technologies are available or even feasible [...]”

It appears that the Supreme Court is saying that, so long as a copyright holder can point to some marketing slogan, customer service involvement, internal memo, or other indicia (no matter how de minimis) of a subjective intent to facilitate use of a product to infringe copyright, then the simple fact that the manufacturer failed to develop filtering tools (which may, of course, be prohibitively expensive and, at any rate, likely highly ineffective) adds ‘significance’ to the evidence of intent to induce. Given the possibility that

compartilhamento de arquivos considerado como um todo, e apenas tornou pouco viável iniciativas empresariais que objetivem retorno financeiro, por via de publicidade, a partir do desenvolvimento e manutenção de infra-estrutura técnica para sistemas de compartilhamento de arquivos, nos quais o conteúdo predominantemente compartilhado seja distribuído *sem* prévia obtenção de licença.

O principal efeito de MGM v. Grokster foi colocar um ponto final na atividade de várias empresas, sem quaisquer efeitos para as comunidades de compartilhadores de arquivo, uma vez que os principais sistemas então utilizados, Gnutella, ed2k e BitTorrent, encontravam-se sustentados em *standards abertos* e *software* livre. O desenvolvimento da infra-estrutura técnica de compartilhamento de arquivos já não dependia das atividades de empresas dedicadas, proprietárias e mantenedoras de tecnologia, encontrando-se pulverizado e distribuído na comunidade do compartilhamento de arquivos e na comunidade do *software* livre. O desenvolvimento de tecnologia, isoladamente considerado, não vinculado a uma entidade empresarial, não inserido em um modelo de negócios, promovido tendo em vista o uso neutro das ferramentas – viáveis tanto para a transmissão de conteúdo protegido quanto conteúdo não-protegido –, acaba por extrapolar o âmbito do precedente estabelecido em MGM v. Grokster.

Analisando-se a decisão por este lado, MGM v. Grokster acabou contribuindo para o *fortalecimento* do compartilhamento de arquivos, por dar o impulso final à transição, já em andamento na época, de sistemas proprietários para sistemas de *software* livre, no que concerne a infra-estrutura técnica do compartilhamento. Com a ênfase na adoção de sistemas de *software* livre, ocorreu um deslocamento de grandes centros detentores/administradores de tecnologia, facilmente identificáveis e alvos certos para processos e responsabilidade indireta por violação de *copyright*, para concentrações menos intensas e muito mais esparsas e numerosas de desenvolvedores individuais e comunidades

hundreds of thousands of infringements on a given misused device would not be unreasonable, no company, no matter how large, could withstand a worst case scenario of liability for all infringements by users of the company's device, making any company caught in the crosshairs of an inducement lawsuit extremely vulnerable to the copyright holder's demands. These demands could be far-reaching and include, for example, demands to design in copyright protection technology, to alter marketing messages or strategy, or to abandon a product development initiative altogether" (STUART III, Colbern C.; LAPPLE, Matthew C. MGM v. Grokster: multimillion-dollar questions that the Supreme Court did not answer. *Intellectual property & technology law journal*, v. 17, n. 8, p. 20).

de desenvolvedores de *software* livre, dedicados à criação e aperfeiçoamento de tecnologia para compartilhamento de arquivos, mas não à manutenção dos sistemas propriamente ditos.³⁴⁴ Em MGM v. Grokster, a indústria saiu-se apenas aparentemente vitoriosa.³⁴⁵

Na esteira da decisão, as empresas que seguiam o mesmo modelo de negócios da Grokster e StreamCast entraram em acordo com a indústria do conteúdo e encerraram suas atividades.³⁴⁶ Foi o caso das empresas Free Peers Inc.³⁴⁷ e MetaMachine.³⁴⁸ A FrontCode, responsável pelo sistema WinMX, interrompeu seus serviços depois de receber uma notificação da RIAA.³⁴⁹

A última das grandes empresas, a Sharman Networks, criadora do sistema FastTrack, responsável pelo programa KaZaA, está em transição para um serviço baseado em conteúdo licenciado, após acordo de US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares) com a indústria do entretenimento,³⁵⁰ dando fim a uma longa batalha jurídica na Austrália, e à era dos processos voltados aos detentores de tecnologia.³⁵¹ No que se refere ao compartilhamento de arquivos, a indústria do conteúdo atualmente insiste apenas em processos e ações policiais contra a) usuários dos sistemas e b) administradores de *trackers*/indexadores de arquivos *torrent*, administradores de servidores *ed2k*/indexadores de *links* *ed2k*, e administradores de *hubs* Direct Connect. Voltamos nossa atenção, agora, a estes processos e ações policiais.

³⁴⁴ BORLAND, John. Open-source P2P projects keep swapping. *C|Net news*. Disponível em: <http://news.com.com/Open-source+P2P+projects+keep+swapping/2100-1032_3-5789087.html>. Acesso em: 18.01.07.

³⁴⁵ E nem aparentemente, se formos considerar que o objetivo principal da estratégia judicial era o de provocar uma revisão do precedente estabelecido em Sony v. Universal, o que não ocorreu. Ver SAMUELSON, Pamela. *Did MGM really win the Grokster case?*. Disponível em: <<http://www.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/CACM%20SCT%20decides%20MGM.pdf>>. Acesso em: 08.01.07.

³⁴⁶ Observe-se que no período entre A&M v. Napster e MGM v. Grokster outras empresas cessaram de prestar serviços ou transformaram-se em lojas de conteúdo licenciado.

³⁴⁷ MENNECKE, Thomas. BearShare settles for \$30 million. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1176>>. Acesso em 08.01.07.

³⁴⁸ MENNECKE, Thomas. eDonkey settles for \$30 million. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1288>>. Acesso em: 08.01.07.

³⁴⁹ Ainda é possível, entretanto, acessar o sistema WinMX por meios não-oficiais. MENNECKE, Thomas. WinMX – the beginning, the middle, the end. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=940>>. Acesso em: 08.01.07.

³⁵⁰ MENNECKE, Thomas. Kazaa settles with entertainment industry. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1250>>. Acesso em: 08.01.07.

³⁵¹ A LimeWire LLC, responsável pelo cliente Gnutella LimeWire, ainda prossegue em litígio com a RIAA, mas não é um ator relevante, comparado aos que já sucumbiram: MENNECKE, Thomas. LimeWire counter sues the RIAA. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1299>>. Acesso em: 12.01.07.

3.2.2.2 Processos contra os usuários das redes de compartilhamento

A partir de 2003,³⁵² diante do fracasso da estratégia inicial de se processar apenas empresas detentoras de tecnologia e mantenedoras de infra-estrutura de compartilhamento, a indústria começou a processar os próprios usuários das redes, e prossegue nesta estratégia atualmente. A campanha contra usuários individuais começou nos EUA, mas hoje em dia é um empreendimento mundial, e se transformou em uma indústria em si mesma.³⁵³ Os primeiros processos foram de iniciativa da RIAA, e afetaram apenas usuários norte-americanos de sistemas de compartilhamento. Em 2004, a MPAA aderiu ao plano,³⁵⁴ e a iniciativa de se processar usuários de sistemas de compartilhamento começou a se internacionalizar, a partir de ações promovidas pela BPI (British Phonographic Industry) no Reino Unido,³⁵⁵ e pela IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), em colaboração com ramificações nacionais da indústria fonográfica, em outros países da Europa.³⁵⁶ O Brasil foi incluído na lista de países da ação coordenada pela IFPI em 2006,³⁵⁷ sendo anunciada pela ABDP (Associação Brasileira dos Produtores de Discos) a intenção de se processar civilmente 20 indivíduos.³⁵⁸

³⁵² YU, Peter K. *P2P and the future of private copying* (MSU Legal Studies Research Paper No. 02-08). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=578568>>. Acesso em: 13.01.07.

³⁵³ Há escritórios de advocacia que se especializam em cobrir a demanda por processos: KIND, Mark. Shook lets RIAA deal play out. *Kansas City business journal*. Disponível em: <<http://www.bizjournals.com/kansascity/stories/2006/03/13/story2.html>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁵⁴ MENNECKE, Thomas. MPAA launches first wave of lawsuits. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=608>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁵⁵ UK music to sue online “pirates”. BBC News. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/3722428.stm>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁵⁶ Comunicado oficial da IFPI em: <http://www.ifpi.org/content/section_news/20040330.html>. Acesso em: 12.01.07.

³⁵⁷ Comunicado oficial da IFPI em: <http://www.ifpi.org/content/section_news/20061017.html>. Acesso em: 12.01.07.

³⁵⁸ RANGEL, Sérgio. Gravadoras vão processar 20 brasileiros. *Folha Online*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u111732.shtml>>. Acesso em: 12.01.07. Quando do anúncio dos processos no Brasil, professores do CTS (Centro de Tecnologia e Sociedade) da FGV-RJ tiveram sua entrada barrada na coletiva à imprensa, o que demonstra um grande receio da indústria a ter suas ações sujeitadas ao escrutínio de partes especializadas em questões jurídicas relativas ao direito da propriedade intelectual. Ver: PROFESSORES da FGV-RJ criticam ações contrárias a internautas brasileiros. *Folha Online*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20779.shtml>>. Acesso em: 12.01.07.

A estratégia adotada pela RIAA, MPAA, BPI e IFPI é idêntica: anunciar, com grande estardalhaço,³⁵⁹ emavas periódicas, um número determinado de processos contra usuários, aproveitando a oportunidade para espalhar dados de origem duvidosa a respeito do impacto do compartilhamento nas atividades da indústria, ao mesmo tempo assumindo um tom moralizante, procurando estigmatizar o usuário de sistemas de compartilhamento. Pelo menos nos EUA, **os números anunciados nunca se traduzem em um número correspondente de processos**: os números se referem a endereços IP supostamente referentes a computadores utilizados para compartilhamento de arquivos, que são primeiramente objeto de um procedimento voltado à identificação dos indivíduos que, no momento da pretensa violação de *copyright*, estariam ocupando o endereço. Após identificados os indivíduos – na verdade, titulares de uma conta em um provedor de acesso e não necessariamente as pessoas responsáveis pela utilização do computador no momento da violação –, a RIAA lhes faz uma proposta de acordo que, se infrutífera, dá origem a um processo. É mais freqüente o usuário processado aceitar o acordo, em razão dos altos custos de se levar um processo adiante no sistema judicial norte-americano, e do risco de ruína financeira em caso de uma decisão desfavorável.³⁶⁰ As táticas judiciais da indústria do conteúdo nos EUA têm sido alvo de inúmeras críticas, por se aproveitarem de distorções do sistema judicial norte-americano e não proporcionarem chance de defesa efetiva aos usuários processados.³⁶¹

A ofensiva não tem causado impacto na população e tráfego global de compartilhamento de arquivos,³⁶² o que não significa que não tenha causado outros efeitos:

³⁵⁹ Ver, por exemplo, os seguintes comunicados oficiais da IFPI e RIAA: <http://www.ifpi.org/content/section_news/20061017.html>. Acesso em: 18.01.07; <http://www.riaa.com/news/newsletter/022806_2.asp>. Acesso em: 18.01.07.

³⁶⁰ A quantia indenizatória mínima fixada em lei nos EUA, por infração, é de US\$ 750.00 (setecentos e cinquenta dólares), o que pode levar a uma condenação de milhões de dólares dependendo do número de arquivos envolvido. Ver, denunciando a injustiça do mínimo legal indenizatório: BARKER, J. Cam. Grossly excessive penalties in the battle against illegal file-sharing: the troubling effects of aggregating minimum statutory damages for copyright infringement. *Texas law review*, v. 83, n. 2, p. 525-559.

³⁶¹ Para uma análise detalhada das estratégias judiciais da RIAA nos EUA, ver: BECKERMAN, Ray. *How the RIAA litigation process works*. Disponível em: <<http://info.rialaawsuits.us/howriaa.htm>>. Acesso em: 12.01.07. Ver, ainda: EFF. *RIAA v. The People: two years later*. Disponível em: <http://www.eff.org/IP/P2P/RIAAatTWO_FINAL.pdf>. Acesso em: 12.01.07; e CHANNEL, Christopher S. The twisted path of the music file-sharing litigation: the cases that have shaped the litigation and the RIAA's litigation strategy. *Intellectual property & technology law journal*, v. 16, n. 10, p. 6-12.

³⁶² Ver EFF. *RIAA v. The People: two years later*. Disponível em: <http://www.eff.org/IP/P2P/RIAAatTWO_FINAL.pdf>. Acesso em: 12.01.07. MENNECKE, Thomas. P2P

é possível, notar um desgaste na mídia em razão dos processos,³⁶³ a criação de campanhas de boicote à RIAA³⁶⁴ e MPAA³⁶⁵ divergências no próprio interior da indústria quanto à utilidade das medidas,³⁶⁶ manifestações organizadas de alguns músicos em desaprovação aos processos e,³⁶⁷ fora dos EUA, algumas decisões judiciais inusitadas.³⁶⁸

population remains steady. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1314>>. Acesso em: 12.01.07. Os dados analisados pelo *site* Slyck, observe-se, são fornecidos pelo serviço de mensuração BigChampagne, que não leva em conta o compartilhamento via protocolo BitTorrent, e apenas faz um levantamento parcial da rede ed2k. Ambos são, possivelmente, os sistemas mais utilizados pelas comunidades de compartilhamento de arquivos no momento.

³⁶³ “So far as one can tell from their recent behavior, the recording companies believe that the survival of civilization depends on terrorizing 12-year-olds. Among the 261 lawsuits filed by the Recording Industry Association of America on September 8, the preteen set has figured prominently, along with college students and (to the industry’s embarrassment) a teenaged recent immigrant from Poland, whose stash of online music turned out to include mostly recordings of Polish folk songs and Hungarian hip-hop--two genres of music not controlled by the five companies that “own” 90 percent of the nation’s music” (MOGLEN, Eben. Pay artists, not ‘owners’. *The Nation*. Disponível em: <<http://www.thenation.com/doc/20031027/moglen>>. Acesso em: 13.01.07).

³⁶⁴ Boycott RIAA. Disponível em: <<http://www.boycott-riaa.com/>>. Acesso em: 12.01.07. Downhill Battle. Disponível em: <<http://www.downhillbattle.org/>>. Acesso em: 12.01.07. RIAA Radar. Disponível em: <<http://www.riaradar.com/>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁶⁵ Boycott MPAA. Disponível em: <<http://boycott-mpaa.com/>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁶⁶ A gravadora canadense Nettwerk manifestou-se contrária à iniciativa, e organizou uma campanha em oposição aos processos, *Save the Music Fan*. Ver comunicado oficial em: <<http://www.savethemusicfan.com/press.html>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁶⁷ No Canadá, um grupo de músicos que reúne nomes como Broken Social Scene, Barenaked Ladies, Avril Lavigne, Stars, The New Pornographers e Sarah McLachlan reuniu-se em uma associação, a Canadian Music Creators Coalition. Em carta aberta, o grupo propôs como um dos princípios a nortear políticas de reforma legislativa em sede de direitos autorais o seguinte: “1. Suing Our Fans is Destructive and Hypocritical. Artists do not want to sue music fans. The labels have been suing our fans against our will, and laws enabling these suits cannot be justified in our names. We oppose any copyright reforms that would make it easier for record companies to do this. The government should repeal provisions of the Copyright Act that allow labels to unfairly punish fans who share music for non-commercial purposes with statutory damages of \$500 to \$20,000 per song”. Disponível em: <http://www.musiccreators.ca/docs/Open_Letter_to_Ministers.pdf>. Acesso em: 12.01.07.

³⁶⁸ Na Espanha, a juíza Paz Aldecoa absolveu um homem acusado pela indústria de violação de direitos autorais em redes p2p, afirmando que uma sentença condenatória “implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en los que el fin no es en ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado”. UNA JUEZ dice en una sentencia que las descargas de música con p2p son legales si no tienen ánimo de lucro. *20minutos.es*. Disponível em: <<http://www.20minutos.es/noticia/167999/0/internet/sentencia/p2p/>>. Acesso em: 12.01.07. O presidente da Sony BMG España chamaria a juíza de imbecil pela decisão: EL PRESIDENTE de Sony BMG a la juez que dictó sentencia absolutoria en un caso de P2P: “Se puede ser juez e imbécil”. *20minutos.es*. Disponível em: <<http://www.20minutos.es/noticia/182759/0/p2p/juez/absolucion/>>. Acesso em: 12.01.07.

Na França, houve um número modesto de absolvições de usuários de redes p2p, com base na doutrina da cópia privada, ou condenações consideravelmente leves. Em alguns casos houve condenação por *upload*, mas não por *download* e, em um caso, absolvição por ambos. Ver comunicado do grupo Association des Audionautes noticiando os casos, disponível em: <http://www.audionautes.net/pages/PDF/audionautes_cp_releasing.pdf>. Acesso em: 12.01.07. Ainda na França, o presidente da associação de magistrados Dominique Barella já se manifestou favoravelmente à descriminalização do compartilhamento de arquivos para uso pessoal: GAIN, Bruce. Volez ce MP3. *Wired*

3.2.2.3 Contra administradores de *trackers* de *torrent* e indexadores de *links* ed2k

Além de processos contra empresas e usuários de sistemas de compartilhamento, a indústria tem constantemente iniciado ações policiais e processos contra administradores de *trackers* de *torrent*, indexadores de arquivos *torrent*, arquivos NZB e *links* ed2k, servidores ed2k, *hubs* Direct Connect. Em alguns casos, os próprios administradores encerram o serviço prestado após o recebimento de notificações por parte de representantes indústria do conteúdo. As ações são conduzidas principalmente mediante provocação da MPAA e do BREIN (Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland),³⁶⁹ braço holandês da MPAA e RIAA.

Todos os serviços atacados são criados e mantidos não por empresas, mas pelos próprios membros da comunidade de compartilhamento de arquivos, com custos de operação sustentados por publicidade e/ou doações, seguindo-se um modelo iniciado desde a criação do sistema OpenNap, na época do Napster original, com a comunidade assumindo o controle e administração dos serviços básicos da infra-estrutura técnica do compartilhamento de arquivos.

Ações sistemáticas contra os administradores de *trackers*, indexadores e *hubs* tiveram início em 2004,³⁷⁰ e intensificaram-se desde então. Em março de 2004, o maior indexador de *links* ed2k na época, o suíço ShareReactor, foi fechado por ação policial, causando o encerramento voluntário, em “efeito dominó”, de uma série de outros serviços.³⁷¹ Em curto espaço de tempo, ações policiais colocariam fim ao indexador holandês de *links* ed2k Shareconnector,³⁷² e ao *tracker* francês Youceff Torrents.³⁷³ O SuprNova (*sic*, sem o “e”),

news. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,67594,00.html>>. Acesso em: 18.01.07. Justifica Barella: “Quand une pratique infractionnelle devient généralisée pour toute une génération, c'est la preuve que l'application d'un texte à un domaine particulier est inepte” (BARELLA, Dominique. Dépénaliser la musique téléchargée. *Liberation.fr*. Disponível em: <<http://www.liberation.fr/page.php?Article=282199>>. Acesso em: 18.01.07).

³⁶⁹ Site oficial: <<http://www.anti-piracy.nl/>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁷⁰ INGRAM, Michael. Review of the year 2004. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=633>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁷¹ MENNECKE, Thomas. ShareReactor domino effect continues. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=428>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁷² MENNECKE, Thomas. Shareconnector falls. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=623>>. Acesso em: 18.01.07.

um dos primeiros e mais populares indexadores de arquivos *torrent*, baseado na Eslovênia, encerrou suas atividades logo em seguida com medo de represálias.³⁷⁴ No mesmo ano, um grupo de *hubs* Direct Connect foi alvo de uma operação levada a cabo pelo Department of Justice dos EUA, em uma das primeiras ações envolvendo a tecnologia.³⁷⁵

Em 2005,³⁷⁶ as ações prosseguiram, com o *tracker* de *torrents* Lokitorrent e outros seis *trackers* de *torrents*, voltados ao compartilhamento de programas de TV, sendo derrubados. A prática de se alugar servidores situados nos EUA para serviços voltados ao compartilhamento de arquivos diminuiria com o fim do *tracker* EliteTorrents, em razão de ação do FBI, logo após o vazamento, um dia antes da estréia, do terceiro filme da nova trilogia Star Wars.³⁷⁷ O risco de se alugar servidores norte-americanos acabou por direcionar a comunidade à escolha de servidores europeus ou asiáticos, não necessariamente mais seguros, mas menos arriscados do que os norte-americanos. Isso não impediu, contudo, que em 2006 o servidor ed2k belga Razorback2 fosse derrubado,³⁷⁸ e que 15 administradores de indexadores ed2k e *trackers* de *torrent* fossem surpreendidos pela polícia espanhola.³⁷⁹

O caso mais interessante, entretanto, ocorreu na Suécia, envolvendo o *tracker* público de *torrents* The Pirate Bay.³⁸⁰ Criado em 2003, o *tracker* faz parte de um plano de ativismo político do Piratbyrån,³⁸¹ uma associação informal voltada à defesa de reformas

³⁷³ INGRAM, Michael. Youceff servers raided. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=624>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁷⁴ INGRAM, Michael. SuprNova.org: the story of a legend. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1177>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁷⁵ MENNECKE, Thomas. Five Direct Connect hubs targeted. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=553>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁷⁶ MENNECKE, Thomas. P2P wrap-up for 2005. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1043>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁷⁷ MENNECKE, Thomas. MPAA, FBI and U.S. Customs shut down EliteTorrents. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=802>>. Acesso em: 18.01.07. O administrador do EliteTorrents seria condenado a uma pena de cinco meses de prisão, seguidos de cinco meses de prisão domiciliar: MENNECKE, Thomas. EliteTorrents admin heads to prison. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1323>>. Acesso em: 18.01.07.

³⁷⁸ MENNECKE, Thomas. Razorback servers seized. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1102>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁷⁹ MENNECKE, Thomas. Spanish police target 15 indexing sites. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1150>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁸⁰ Ver, em geral: NORTON, Quinn. Secrets of the Pirate Bay. *Wired News*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/technology/0,71543-0.html>>. Acesso em: 12.01.07; NORTON, Quinn. A nation divided over piracy. *Wired News*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/technology/0,71544-0.html>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁸¹ Site oficial: <<http://www.piratbyran.org/>>. Acesso em: 12.01.07. O nome do grupo satiriza o nome de um grupo lobista da indústria do conteúdo, o Svenska Antipiratbyrån, cujo site oficial encontra-se disponível em:

legislativas em questões relativas à propriedade intelectual, criada por um músico e um jornalista. Tendo como base uma interpretação do direito sueco que tornaria legal a administração de um serviço de *tracker* no país, o objetivo do Piratbyrån com o Pirate Bay é apenas oferecer uma plataforma para desobediência civil. O grupo não tem um plano político claramente delineado, o que ocorreria apenas com a fundação do Piratpartiet, liderado por Richard Falkvinge, que efetivamente organizou-se como um partido político, inspirado no Piratbyrån, mas sem vínculo formal com o grupo.³⁸² O Piratpartiet ainda luta por representação no legislativo sueco, mas a iniciativa resultou na formação de outros “partidos piratas”, inspirados nos mesmos princípios, ao redor do mundo.³⁸³

O Pirate Bay, ao contrário de outros serviços semelhantes, nunca retirou um arquivo *torrent* de seu acervo a pedidos da indústria,³⁸⁴ e costuma responder a notificações com ironia e desdém, publicando-as em uma seção do *site*, “Ameaças Legais”.³⁸⁵ Desde sua fundação, é uma grande fonte de preocupações à indústria, por seu tamanho, pela vinculação, ainda que indireta, a um plano de ação política, e pelo fato de que costuma reagir de forma acintosa a qualquer ameaça jurídica.³⁸⁶ É um *site* com grande valor simbólico e alta visibilidade, mais incômodo do que os outros serviços fechados pela

<<http://www.antipiratbyran.com/>>. Acesso em: 12.01.07. Há organizações equivalentes na Noruega e na Dinamarca: <<http://www.piratgruppen.no/>> e <<http://www.piratgruppen.org/>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁸² A plataforma política do Piratpartiet defende reformas na legislação de direitos autorais, abolição do sistema de patentes e proteção especial ao direito à privacidade. Site oficial: <<http://www2.piratpartiet.se/>>. Acesso em 12.01.07.

³⁸³ Muitos ainda não se organizaram formalmente como o partido sueco, mas há movimentações em andamento na África do Sul, Alemanha, Austrália, Áustria, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Peru, Polônia, Reino Unido e Rússia. Ver: <<http://pp.org.za/>>; <<http://piratenpartei.de/>>; <<http://www.ppaustalia.org/>>; <<http://ppoe.or.at/>>; <<http://www.partidopirata.es/>>; <<http://www.pirate-party.us/>>; <<http://www.parti-pirate.info/>>; <<http://www.piratenpartij.nl/>>; <<http://wiki.freeculture.org/Pirata>>; <<http://www.partiapiaratow.org.pl/>>; <<http://pirateparty.org.uk/>>; <<http://www.pirateparty.ru/>>. Acesso, em relação a todos, em: 12.01.07. Há uma coligação internacional dos partidos, o Pirate Party International (PPI): <<http://www.pp-international.net/>>. Acesso em 12.01.07.

³⁸⁴ Diz o *site*: “Do not contact us if there is anything you find offensive, instead focus on the material that you find positive. The Pirate Bay only removes torrents if the name isn't in accordance with the content. One must know what is being downloaded”. Disponível em: <<http://thepiratebay.org/about>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁸⁵ Disponível em: <<http://thepiratebay.org/legal>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁸⁶ Em resposta a uma notificação da Warner exigindo que arquivos torrent relacionados um disco de Billy Corgan fossem removidos do site, o Pirate Bay respondeu: “We are well aware of the fact that The Pirate Bay falls outside the scope of the DMCA - after all, the DMCA is a US-specific legislation, and TPB is hosted in the land of vikings, reindeers, Aurora Borealis and cute blonde girls”. Disponível em: <http://static.thepiratebay.org/warner_resp.txt>. Acesso em: 12.01.07. Em resposta a notificação enviada pela SEGA: “Please sue me in Japan instead. I've always wanted to visit Tokyo”. Disponível em: <http://static.thepiratebay.org/sega_response2.txt>. Acesso em: 12.01.07.

indústria por ações policiais e processos. Em 31 de maio de 2006, em resposta direta a um pedido da MPA,³⁸⁷ braço internacional da MPAA, a polícia sueca foi acionada para realizar uma busca e apreensão dos servidores que hospedavam o Pirate Bay. Efetuada a medida e presos dois dos administradores do Pirate Bay, a MPAA divulgou um comunicado à imprensa, em tom de bravata, anunciando o fim do *tracker*: “SWEDISH AUTHORITIES SINK PIRATE BAY. Huge worldwide supplier of illegal movies told no safe harbors for facilitators of piracy!”.³⁸⁸

Não foi este, entretanto, o fim do Pirate Bay: três dias depois, o *site* voltou ao ar a partir de um *backup* parcial da base de dados, dando ação a um plano de contingência envolvendo servidores espalhados em três países diferentes, extensível para outros, caso necessário. A ação da MPAA fracassou da pior maneira possível: além do Pirate Bay ter voltado rapidamente, a pronta obediência, pelas autoridades suecas, ao pedido da MPA, refletiu negativamente na opinião pública,³⁸⁹ servidores que não tinham qualquer relação com o Pirate Bay foram apreendidos, causando a queda de 200 a 300 *sites* de empresas e indivíduos não relacionados ao Piratbyrån,³⁹⁰ e a publicidade garantida pela ação policial traria um influxo considerável de novos usuários ao Pirate Bay.³⁹¹

Apesar da resistência do Pirate Bay, a regra ainda é a de que as iniciativas da indústria do conteúdo contra *trackers*, indexadores e *hubs* sejam bem sucedidas. Há que se considerar, contudo, que a longo prazo elas acabam sendo contraproducentes. Acabar com

³⁸⁷ EWING, Adam. US threatened Sweden with sanctions over piracy. *The Local*. Acesso em: <<http://www.thelocal.se/article.php?ID=4128&date=20060621>>. Acesso em: 12.01.07. A correspondência enviada pela MPA ao governo sueco foi posteriormente divulgada pela Sveriges Television. No comunicado, enviado pelo representante da MPA ao Secretário de Estado da Suécia Dan Eliasson, a MPA exigia ações contra o Pirate Bay e outras organizações suecas “facilitadoras” de violações a direitos autorais: “As I am sure you are aware, the American Embassy has sent entreaties to the Swedish government urging it to take action against The Pirate Bay and other organizations operating within Sweden that facilitate copyright theft. As we discussed during our meeting, it is certainly not in Sweden's best interests to earn a reputation among other nations and trading partners as a place where utter lawlessness with respect to intellectual property rights is tolerated. I would urge you once again to exercise your influence to urge law enforcement authorities in Sweden to take much-needed action against The Pirate Bay” Disponível em <http://svt.se/content/1/c6/61/24/40/pirate_mpa.pdf>; acesso em 20.05.06.

³⁸⁸ Disponível em: <http://www.mpaa.org/press_releases/2006_05_31.pdf>. Acesso em: 12.01.07.

³⁸⁹ ROPER, Louis. US government behind Pirate Bay raid. *The Local*. Disponível em: <<http://www.thelocal.se/article.php?ID=3969&date=20060602>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁹⁰ MENNECKE, Thomas. The Pirate Bay returns to Sweden. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1221>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁹¹ MENNECKE, Thomas. Pirate Bay traffic surges. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1218>>. Acesso em 12.01.07.

espaços de reunião das comunidades específicas de compartilhadores de arquivo é relativamente fácil. O mesmo não se pode dizer, entretanto, em relação às próprias comunidades. Diante da dissolução de um espaço de reunião, o impulso das comunidades é o de construir outros espaços, e é isso o que tem se observado. Servidores são derrubados, e os membros das comunidades especificamente afetadas se dispersam em outros locais e, freqüentemente, constróem novos espaços. Cada servidor que é removido potencialmente causa o surgimento de outros: o número, em relação a qualquer sistema de compartilhamento, parece aumentar. Basta observar as discussões travadas entre os usuários do fórum Filesharingtalk,³⁹² para se ter uma idéia de que os espaços de reunião e serviços dedicados à comunidade do compartilhamento de arquivos têm se multiplicado, mesmo sob a ameaça de ações policiais e processos.

3.3 Ofensiva tecnológica

Diante da ineficácia da ofensiva jurídica, a indústria do conteúdo também tem procurado, já há algum tempo, a estabelecer regimes de regulação por código, amparados em regulação pelo direito. A idéia é longe de ser nova, e a indústria do *software* tem implementado a estratégia de regular comportamento por código há muitos anos. Os desenvolvimentos recentes na área, contudo, têm assumido grau de sofisticação considerável, e relacionamento mais estreito com o direito.

3.3.1 TPMs, sistemas de DRM e *trusted computing*

Compreender a resposta tecnológica da indústria do conteúdo ao fenômeno do compartilhamento de arquivos e à fluidez com que a informação trafega na Internet implica entender o que são TPMs (*Technical Protection Measures*) e sistemas DRM (*Digital Rights Management*), bem como as relações entre ambos e algumas características da produção normativa contemporânea em sede de propriedade intelectual, acima indicadas.³⁹³ Também

³⁹² Disponível em: <<http://filesharingtalk.com/vb3/?>>. Acesso em: 12.01.07.

³⁹³ Ver *supra*, item 3.2.1.

é necessário entender o significado do termo *trusted computing*, referente a uma idéia relacionada, necessária para a implementação eficaz de TPMs e sistemas de DRM.

Tanto as TPMs quanto os sistemas de DRM correspondem a *tentativas de regulação por código* – código cuja violação é proibida por normas de direito –, mas não se confundem, por definição, entre si. Apesar disto, a confusão é corriqueira, sendo predominante o uso da sigla DRM para designar o que são, em essência, TPMs. O fato de que sistemas de DRM invariavelmente envolvem TPMs justifica a confusão.³⁹⁴ As funções mais transparentes de sistemas de DRM, ademais, são exatamente as de vedação de acesso e uso, objetivo das TPMs, o que acaba por incentivar ainda mais a tomada de uma simples TPM por um sistema de DRM, mais complexo por própria definição.

TPMs são **medidas técnicas de proteção**, ou, em termos mais claros, medidas técnicas objetivando o *controle de acesso e uso de conteúdo*. Controle de acesso e uso, importante observar, não costumam funcionar separadamente, e confundem-se entre si.³⁹⁵ Podem ser implementados por senha ou uso de criptografia.³⁹⁶ Um exemplo simples de uma TPM é a imposição de uma senha para a abertura de um arquivo, como, por exemplo, um *e-book* em formato .pdf. Ao tentar abrir o *e-book*, o usuário é forçado a digitar uma senha que, se correta permite-lhe acesso ao conteúdo do livro. Um outro exemplo de TPM, baseado em criptografia, é o CSS (*Content Scrambling System*), utilizado em DVDs, por meio do qual é possível permitir apenas aparelhos autorizados – os que seguirem as especificações do sistema – a rodar determinados DVDs.

Um **sistema de DRM**, a seu turno, é um arranjo complexo de tecnologias que operam em conjunto de modo a vincular um determinado *grupo de permissões de acesso e uso* referentes a um conteúdo específico a *esquemas de licenciamento* vinculados a essas permissões, em operação integrada a *instrumentos de monitoramento e registro de consumo*.³⁹⁷ A idéia de TPM é relativamente antiga, e há antecedentes até fora do espaço da Internet e

³⁹⁴ Existem sistemas de DRM que não se valem de TPMs, mas são tão reduzidos em número que parece ser da essência da noção de DRM a imposição de medidas tecnológicas de proteção. Ver KERR, Ian; MAURUSHAT, Alana; TACIT, Christian S. *Technical protection measures: part I*, p. 18-19. Disponível em: <http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/protection/protection_e.pdf>. Acesso em 01.01.07.

³⁹⁵ Ibidem, p. 4-18.

³⁹⁶ Ibidem, p. 1-3.

³⁹⁷ RUMP, Niels. Digital rights management: technological aspects. In: BECKER, Eberhard et alii (eds.). *Digital rights management: technological, economic, legal and political aspects*. Berlin: Springer, 2003, p.3-4.

sistemas computadorizados, como, por exemplo, a impressão de texto em tinta e papel especiais para impedir reprografia. Sistemas de DRM, por outro lado, são mais recentes, datando de meados dos anos 90,³⁹⁸ e concebidos não apenas como resposta à facilidade que a tecnologia digital confere ao livre fluxo e fidelidade da reprodução de dados, mas também como forma de se estabelecer uma infra-estrutura que se aproveite de redes de computadores e sistemas distribuídos para a *venda de conteúdo em formato digital*, com amplas possibilidades para *discriminação de preço*.³⁹⁹ O conceito depende, assim, de relações reciprocamente estabelecidas entre direito, tecnologia e modelos de negócio:⁴⁰⁰ tecnologia conformando comportamento de consumidores, de violação protegida pelo direito, auto-executando⁴⁰¹ normas de direito contratual estabelecidas pelos titulares de direitos sobre o conteúdo comercializado, dentro de modelos de negócios especificamente voltados para o ambiente da Internet.

A arquitetura básica de um sistema de DRM⁴⁰² envolve um cliente e dois servidores, em operação conjunta. O cliente – no caso o computador do consumidor –, entra em

³⁹⁸ Ibidem, p. 3.

³⁹⁹ “A seller price discriminates by charging different prices to buyers when the price difference cannot be explained by a cost difference in supplying the copyrighted work. Given identical versions of a work that have identical production and distribution costs, any price difference amounts to price discrimination. A familiar example is a movie ticket price discount for senior citizens. Moreover, given two versions of works that are not identical, price discrimination occurs if the price difference between the versions exceeds the cost difference in making the versions. An example is the relatively high price of hardcover books. Publishers normally set a price difference between hardcover and paperback books that exceeds the cost difference in publishing the two formats” (MEURER, Michael J. Copyright law and price discrimination. *Cardozo law review*, v. 23, n. 1, p. 58-59).

⁴⁰⁰ RUMP, Niels. Digital rights management: technological aspects. In: BECKER, Eberhard et alii (eds). *Digital rights management: technological, economic, legal and political aspects*. Berlin: Springer, 2003, p. 5

⁴⁰¹ “Auto-executando”, porque a regulação por código impõe limitações *objetivas* ao comportamento: “Law and norms are more efficient the more subjective they are, but they need some minimal subjectivity to be effective at all. The person constrained must know of the constraint. A law that secretly punishes people for offenses they do not know exist would not be effective in regulating the behavior it punishes.

But this is not the case with architecture. Architecture can constrain without any subjectivity. A lock constrains the thief whether or not the thief knows that it is a lock blocking the door. The distance between two places constrains the intercourse between those two places whether or not anyone in those places understands that constraint. This point is a corollary of the point about agency: just as a constraint need not be imposed by an agent, neither does the subject need to understand it.

Architectural constraints, then, work whether or not the subject knows they are working, while law and norms work only if the subject knows something about them. If the subject has internalized them, they can constrain whether or not the expected cost of complying exceeds the benefit of deviating. Law and norms can be made more code-like the more they are internalized. But internalization takes work” (LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*, p. 238-239).

⁴⁰² ROSENBLATT, Bill; TRIPPE, Bill; MOONEY, Stephen. *Digital rights management: business and technology*. New York: M&T Books, 2002, p. 79-84.

contato com um servidor de conteúdo, de onde baixa o conteúdo desejado em um pacote protegido. Tendo simplesmente o pacote em mãos, o consumidor não tem como acessar e utilizar o conteúdo transferido: é necessário o contato com um servidor de licença, que administra uma *licença digital* referente ao conteúdo servido pelo servidor de conteúdo, contendo regras a respeito das permissões concedidas ao usuário nos termos de um contrato de adesão ao qual o consumidor é forçado a aderir se quiser fruir do conteúdo. Aplicada a licença ao conteúdo, o consumidor pode acessar e utilizar o conteúdo *na exata medida* fixada pelos termos do contrato. Ao mesmo tempo, dados a respeito da frequência e forma do uso do conteúdo feito pelo consumidor são enviados a uma base de dados, registrados e inter-relacionados a outros dados. Essa base de dados tem como principal objetivo servir para a composição de perfis de consumo, voltados ao desenvolvimento de *marketing* personalizado direto.

Com sistemas de DRM, além do desenvolvimento de infra-estruturas para regulação arquitetônica de comportamento, ocorre um deslocamento do núcleo normativo básico das normas de direito de autor para normas de direito contratual, em relação à regulação de condutas concernentes ao uso de bens intelectuais. Estabelece-se, assim, um sistema totalmente privado de normas relativas a acesso e uso de obras em formato digital. O objetivo desses sistemas é, com efeito, estabelecer normas auto-executáveis – porquanto implementadas por meios técnicos – de acesso e uso de conteúdo, em desrespeito direto às limitações de direito de autor estabelecidas pelo ordenamento jurídico,⁴⁰³ de modo a não

⁴⁰³ Mesmo que a intenção fosse a de respeitar as limitações a direitos de autor, isto seria praticamente impossível em um sistema de DRM, por questões de ordem arquitetônica: “Only policies that can be reliably reduced to yes/no decisions can be automated successfully. Access-control policies that fit within narrow application domains (such as the handling of confidential documents within corporations) are well suited to automated policy enforcement; policies that are subject to many exemptions or based on conditions that may be indeterminate or external are difficult or impossible to automate with DRM.

Mapping copyright onto this technology is difficult in part because the problem domain is so broad and because the proper evaluation of a policy requires human intervention. Note that some transactions between copyright holders and users may benefit from the reduced transaction costs technical mechanisms can provide (such as permissions request pertaining to a use within the copyright holder’s exclusive rights). On the other hand, a significant portion of the uses of copyrighted works are unregulated; those that are regulated may be subject to numerous exceptions based on context, user traits, user intentions, and other factors.

Since DRM can be used to enforce tighter restrictions on use than is afforded by copyright law, concern over DRM design and widespread implementation, especially on trusted platforms, is reasonable” (ERICKSON, John S. Fair use, DRM, and trusted computing. *Communications of the ACM*, v. 46, n. 4, p. 34-39).

apenas controlar o fluxo de dados na rede, mas também construir ambientes que sustentem modelos de negócios baseados em discriminação de preço abusiva.⁴⁰⁴

A noção de DRM está intimamente vinculada à composição de *espaços para modelos de negócio específicos à venda e distribuição de informação digitalizada*. Dois exemplos podem esclarecer a natureza do vínculo:

- 1) Um consumidor dirige-se à livraria e efetua a compra de um livro. Em momento algum entra em contrato com os detentores dos direitos autorais referentes à obra; ao contrário, participa *com o vendedor* de um simples contrato de compra e venda, quem sabe barganhando por um desconto. Uma vez na posse do livro, pode lê-lo quantas vezes quiser, pode doá-lo a uma biblioteca, emprestá-lo a um amigo, vendê-lo a outra pessoa, e desfrutar das liberdades legalmente fixadas no sistema de limitações aos direitos autorais, como, por exemplo, fazer cópias de pequenos trechos do material para uso próprio;⁴⁰⁵
- 2) Um consumidor acessa um *website* e compra um *e-book*. No ato da compra, assina um extenso e detalhado contrato eletrônico de adesão, sem qualquer possibilidade de negociação dos termos. O contrato fixa uma série de restrições de acesso e uso do conteúdo adquirido, com graus de permissibilidade variáveis de contrato a contrato. Pode determinar, por exemplo, que o consumidor tem o direito de acessar o *e-book* apenas cinco vezes; que não pode utilizá-lo em mais de um computador; que não pode usar um programa *text-to-speech* para converter o texto em voz;⁴⁰⁶ que não pode fazer cópias de qualquer palavra do texto; que não pode imprimi-lo; que não

⁴⁰⁴ “Because price discrimination is costly to introduce, it will of necessity be lumpy, not smooth. Introducing such an imperfect price discrimination will require enhancing the excludability of information goods, and whether price discrimination increases overall social welfare will depend on whether the gains from enhanced consumer access to the excludable aspects of the work will outweigh the social losses caused by elimination or reduction in free access to the previously nonexcludable aspects of the work. There is no reason to think that price discrimination will always improve the aggregate social welfare, or that it will do so in all sectors for all manner of means of exclusion. Sometimes it will, sometimes it will not, and telling which is which is a matter of empirical, not theoretical work” (BENKLER, Yochai. An unhurried view of private ordering in information transactions. *Vanderbilt law review*, v. 53, n. 6, p. 2079). Ver, também, afirmando que apesar de ser dominante a visão de que a discriminação de preço em matéria de propriedade intelectual é algo positivo, há motivos suficientes para que se desconfie de seus benefícios sociais: MEURER, Michael J. Copyright law and price discrimination. *Cardozo law review*, v. 23, n. 1, p. 55-148.

⁴⁰⁵ Lei nº 9610/98, art. 46, II.

⁴⁰⁶ Exemplo dado em: LESSIG, Lawrence. *Free culture: the nature and future of creativity*, p. 152-153.

pode utilizá-lo por mais de cinco dias etc. As possibilidades são inúmeras, e o controle muito maior do que o de obras adquiridas por meio não-digital. Além disso, registros referentes à frequência e forma de uso do conteúdo pelo consumidor são enviados a uma base de dados remota. O consumidor visualizou quantas páginas do livro? Por quanto tempo deixou o arquivo aberto? Quantas vezes acessou o arquivo? Selecionou e marcou algum trecho do texto? As possibilidades são igualmente inúmeras, a tão invasivas quanto a implementação do sistema de DRM permitir. Como diz Cohen, esses sistemas colocam em risco o direito de se ler anonimamente.⁴⁰⁷

A flexibilidade – sob o ponto de vista da indústria do conteúdo – dos sistemas de DRM permite a fixação de *inúmeras faixas de discriminação de preço*, forçando o consumidor a pagar por usos que antes não eram possíveis de serem cobrados, referentes ao mesmo material. É possível, como se pode inferir dos exemplos acima, cobrar pelo número de acessos ao arquivo, ou pelo número de dias em que o consumidor pode acessá-lo. Também é possível cobrar por funcionalidade específica, como a impressão do conteúdo do arquivo, ou transferência, no caso de música, para um CD-r. A indústria afirma que sistemas como estes trariam “mais opções” ao consumidor, em plena publicidade enganosa: na verdade, trata-se aqui de mais opções de pagamento para usos que *antes não eram pagos*.⁴⁰⁸ Ao mesmo tempo, os sistemas de DRM viabilizam a composição de perfis de hábitos de consumo dos usuários dos sistemas, dando ensejo a *marketing* personalizado, tendo como base referências cruzadas com perfis de consumo de outros usuários. Exemplificando: consumidores que assistiram aos filmes X e Y via de regra costumam assistir ao filme Z; se um consumidor assiste aos filmes X e Y, automaticamente é exposto a publicidade referente ao filme Z. Este é um exemplo grosseiro, uma vez que os sistemas atuais de correlação de perfis de consumo são muito mais sofisticados e levam em conta uma série de fatores que não são transparentes sob o ponto de vista do consumidor.

⁴⁰⁷ COHEN, Julie E. A right to read anonymously: a closer look at ‘copyright management’ in cyberspace. *Connecticut Law Review*, v. 28, p. 981.

⁴⁰⁸ A imprensa tende por vezes a replicar, irrefletidamente, o discurso de defesa do DRM da indústria. Ver, como exemplo: ESTÚDIOS de Hollywood aprovam tecnologia para download de filmes. *Folha Online*. <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u21298.shtml>>. Acesso em 07.01.07.

Em última análise, os sistemas de DRM procuram não apenas controlar as formas de uso do conteúdo pelo consumidor, mas também determinar a que conteúdo o consumidor *deve ou não ter acesso em primeiro lugar*. O controle, em qualquer hipótese, é totalizante.⁴⁰⁹ Com a infra-estrutura proporcionada pelos sistemas de DRM, a indústria espera além de impedir o fluxo livre de conteúdo digital, assumir um controle antes inconcebível sobre as preferências culturais dos consumidores, tendo como objetivo aumentos de lucro consideráveis pela cobrança de usos que antes não eram cobrados.⁴¹⁰

Mas apesar da existência destes sistemas, ainda persiste fortalecido o modelo totalmente oposto do compartilhamento de arquivos. Como isto se explicaria? Há uma série de problemas relacionados a TPMs e sistemas de DRM e que necessitam investigação. Abordaremos, em seguida, alguns problemas técnicos e jurídicos que afetam a implementação de TPMs e sistemas de DRM – que não são, em hipótese alguma, os únicos problemas relativos a esses instrumentos técnicos de controle. Há problemas políticos, quanto à legitimidade dos regimes de regulação por eles instituídos, que também merecem cuidado especial.

⁴⁰⁹ “Direct functionality restrictions intrude on the seclusion, or ‘private space’, that long-established social practice reserves to the individual or family, while forcing changes in a set of behaviors within that space. In so doing, they shift the baseline conditions of user autonomy to determine the circumstances of the use and enjoyment of intellectual goods.

Spyware, in contrast, implicates privacy interests that are primarily informational. Information supplied by DRM technologies can be used to build a dossier about the user’s informational preferences and patterns of use. This information can in turn be sold to data aggregators or obtained by the government and used for a variety of purposes. In Western culture, information about intellectual activity has long been regarded as fundamentally private, both for reasons related to individual dignity and because of the powerful chilling effect that disclosure of intellectual preferences would produce” (COHEN, Julie. DRM and privacy. *Communications of the ACM*, v. 46, n. 4, p. 48).

⁴¹⁰ A própria indústria tem admitido ultimamente que TPMs e sistemas de DRM não têm como objetivo o combate do compartilhamento de arquivos, mas o estabelecimento de novas faixas de discriminação de preços: “At last, this is starting to change. Policymakers, and music and movie companies, are starting to realize that DRM won’t solve their P2P infringement problems. And so the usual argument for DRM-bolstering laws is losing its force.

You might expect the response to be a move away from DRM-bolstering laws. Instead, advocates of DRM-bolstering laws have switched to two new arguments. First, they argue that DRM enables price discrimination — business models that charge different customers different prices for a product — and that price discrimination benefits society, at least sometimes” (FELTEN, Ed. DRM wars: the next generation. *Freedom to tinker (blog)*. Disponível em: <<http://www.freedom-to-tinker.com/?p=1051>>. Acesso em 10.01.07).

3.3.1.1 Problemas técnicos de implementação

TPMs e sistemas de DRM, atualmente, são altamente ineficazes. Da mesma forma como a tecnologia permite a criação destes sistemas, a tecnologia também permite sua violação. É exatamente por este motivo que parte da normativa contemporânea de propriedade intelectual insiste em normas de proibição de violação. O Tratado de Direito de Autor da OMPI (arts. 11 e 12) e sua implementação nos EUA (DMCA) e na União Européia (via a Diretiva 2001/29/EC) são exemplos, bem como as disposições dos art. 107 da Lei de Direitos Autorais brasileira, nitidamente inspirado no Tratado de Direito de Autor da OMPI, apesar deste não contar com o Brasil como signatário. Se as medidas bastassem por si só, evidentemente não seria necessária proibição de sua violação. O ideal da indústria de um sistema auto-executável de restrições ao fluxo de conteúdo ainda não se concretizou, e precisa de normas jurídicas para que tenha alguma chance de sucesso.

Até o presente momento, *nenhuma* TPM conseguiu impedir disseminação de cópias. Basta que uma TPM seja violada e removida *uma vez*, para que cópias não-protegidas das cópias protegidas sejam feitas. Por próprio design, essas medidas estão fadadas ao insucesso, e o que se tem visto invariavelmente é o lançamento, com alarde,⁴¹¹ de uma nova medida, seguida por sua violação poucos dias depois.⁴¹² No máximo, o que essas medidas têm conseguido é causar inconveniência a consumidores, por ensejarem incompatibilidade entre mídia e hardware e obstaculizarem o direito de cópia privada.⁴¹³ Em relação a sistemas de DRM, sua violação é uma questão trivial, e sempre que uma

⁴¹¹ Vide o fiasco SDMI (Secure Digital Music Initiative), consórcio de empresas da indústria fonográfica que financiou o desenvolvimento de medidas técnicas de proteção e lançou um desafio público à violação destas, prometendo um prêmio de US\$ 10.000,00. Não apenas as tecnologias foram burladas com facilidade, como os professores responsáveis pelo trabalho foram processados pela indústria fonográfica, com base no DMCA, quando iriam apresentar os resultados da pesquisa em um congresso. Ver CRAVER, Scott et alii. *SDMI Challenge F.A.Q.* Disponível em: <<http://www.cs.princeton.edu/sip/sdmi/faq.html>>. Acesso em: 01.01.07.

⁴¹² Conferir a lista disponível em: <http://www.cdmediaworld.com/hardware/cdrom/cd_protections.shtml>. Acesso em 07.01.07. Ou, ainda, o tradicional sistema de busca de *cracks* – programas para violação de TPMs – Astalavista: <<http://astalavista.box.sk/>>. Acesso em 07.01.07.

⁴¹³ Há controvérsias sobre a existência de um direito de cópia privada no Brasil. Concluímos que o direito existe, conforme demonstrado, *infra*, item 8.2.5.1.

atualização surge, poucos dias após são distribuídos os instrumentos necessários para a remoção das limitações recém-impostas e das correções de brechas de segurança.⁴¹⁴

A verdade é que TPMs e sistemas de DRM dependem da existência de um ambiente específico de *hardware* e *software* para que possam ter um mínimo de eficácia. Na existência de computadores de propósitos gerais como os atuais,⁴¹⁵ fica difícil estabelecer sistemas invioláveis porquanto é possível, por emulação, criar ambientes que permitam a fácil manipulação do *software* envolvido.⁴¹⁶

Em razão deste problema técnico de implementação, já há alguns anos a indústria tem se movimentado no sentido impor, por meio de processos de padronização – cuja observância potencialmente tornar-se-á obrigatória por via legislativa –, uma plataforma de *trusted computing*. A indústria de hardware e *software* organizou-se, para tanto, no Trusted Computing Group,⁴¹⁷ e está nos momentos iniciais de implementação da plataforma.

⁴¹⁴ Como exemplos, é possível lembrar do programa FairUse4WM, que viola o sistema Windows Media DRM, e MyFairTunes6, que viola o sistema utilizado pela Apple na loja iTunes, o FairPlay. Ver, para o FairUse4WM: <<http://forum.doom9.org/showthread.php?t=114916>>. Acesso em 07.01.07. Para o MyFairTunes6, conferir: <<http://hymn-project.org/forums/viewtopic.php?t=1555&start=492>>. Acesso em 07.01.07.

⁴¹⁵ PCs genéricos, em outras palavras – o *desktop* ou *laptop* padrão. Um console de *videogames* e uma calculadora, em oposição, são exemplos de computadores de propósitos específicos.

⁴¹⁶ Como diz Eric Raymond em entrevista à revista openDemocracy: “Ultimately digital rights management doesn’t work if people have access to general-purpose computers. The thing is; whatever software security measures you create, if people have access to general-purpose computers, they can emulate an environment that looks to the software as though as they’re authorised to do whatever they want” (RAYMOND, Eric. The law is an ass. *openDemocracy*. Disponível em: <http://www.opendemocracy.net/media-copyrightlaw/article_246.jsp>. Acesso em: 01.01.07).

⁴¹⁷ Ver o *site* oficial, disponível em: <<https://www.trustedcomputinggroup.org/>>. Acesso em 07.01.07. A iniciativa envolve empresas como AMD, Intel, Microsoft, IBM, HP, Sun, Lenovo, Dell, Infineon, Hitachi, Lockheed Martin, Nokia e Verisign. A lista completa de membros impressiona pela abrangência: <<https://www.trustedcomputinggroup.org/about/members/>>. Acesso em 07.01.07.

A noção de *trusted computing*,⁴¹⁸ inspirada na de *trusted system*, envolve a construção de um ambiente em que *software* e *hardware* atuem em integração com *certificados digitais*,⁴¹⁹ de modo que qualquer execução de código não-autorizado seja vedada, e cada operação dependa de autorização específica. Itens de hardware não-autorizados, da mesma forma, não podem ser integrados à plataforma. Em outras palavras, computadores passam a não mais obedecer diretamente a vontade de seus usuários, mas a vontade dos titulares de direitos sobre tecnologia e conteúdo, amparados em autoridades de certificação digital.⁴²⁰ Transformando os computadores de propósitos gerais em computadores de propósitos específicos, tem-se estabelecida uma arquitetura amigável a sistemas de DRM. A indústria insiste que a plataforma de *trusted computing*, em estágio inicial de implementação, tem como objetivo garantir a segurança de seus usuários,⁴²¹ e que

⁴¹⁸ “‘Trusted computing,’ in the current jargon, has little or nothing to do with traditional concepts of software reliability or data security. Instead, it refers to an effort to embed end-to-end validation of the origin and integrity of data into computing hardware and system software. One key component is the identification of each computer by a unique certificate, but the ramifications go far beyond this. In addition to protecting computer users from insecure software (software not signed with a recognised vendor’s certificate and verified unmodified by its digital signature), users are also protected against corruption of data on their own computers. Data on a user’s own hard drive is encrypted and signed, permitting access rights and data integrity to be verified every time a file is loaded into memory. This will completely eliminate the risk of viruses corrupting installed programs or data files. It permits a software vendor to block the execution of any program deemed harmful, even retroactively (since certificates will be verified online). If a vulnerability is found in a software product installed on millions of users’ machines worldwide, it may be instantly disabled before it puts them at risk, forcing them to immediately upgrade to a new, secure version. In many cases this will occur automatically – the user need do nothing, nor even be aware of the upgrade to the system” (WALKER, John. The digital imprimatur. *Knowledge, technology, & policy*, v. 16, n. 3, p. 24-77. Também disponível em: <<http://www.fourmilab.ch/documents/digital-imprimatur/>>. Acesso em 06.12.07).

⁴¹⁹ “A *certificate* is a digital identification of a physical or abstract object: a person, business, computer, program, or document. A certificate is simply a sequence of bits which uniquely identifies the object it pertains to. In most cases, it is guaranteed that there is a one-to-one mapping between certificates and objects. To make this less abstract, consider a non-computer analogue: passports. A passport (or, more precisely, a passport number, as individuals may, in certain circumstances, obtain multiple physical passports bearing the same number), uniquely identifies a person as a citizen of the issuing country. No two people are given the same passport number, and one person’s attempting to obtain two different passport numbers is considered a crime involving a fraudulent declaration. A digital certificate is much like a passport. It is issued by a *certificate authority*, which vouches for its authenticity. (In the case of a passport, the certificate authority is the issuing government.) The certificate authority trades on its reputation for probity – to obtain high-grade personal certificates from recognised authorities, documentation equal to or better than that required to obtain a passport is necessary. As with passports, certificates issued by obscure or disreputable authorities will engender less trust than those from the big names” (WALKER, John. The digital imprimatur. *Knowledge, technology, & policy*, v. 16, n. 3, p. 24-77. Também disponível em: <<http://www.fourmilab.ch/documents/digital-imprimatur/>>. Acesso em 06.12.07).

⁴²⁰ STALLMAN, Richard M. *Can you trust your computer?* Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/can-you-trust.html>>. Acesso em 01.01.07.

⁴²¹ “TCG specifications will enable more secure computing environments without compromising functional integrity, privacy, or individual rights. The primary goal is to help users protect their information assets (data,

não é intrinsecamente ligada à sustentação de sistemas de DRM.⁴²² O argumento é difícil de ser aceito, tamanhas as restrições de funcionalidade impostas pelo projeto,⁴²³ e pelo fato de apenas em um ambiente de *trusted computing* os sistemas de DRM terem uma chance, ainda que não garantida, de êxito. Tudo parece indicar que a plataforma se destina, principalmente, a tornar viáveis os sistemas de DRM.

Outro problema de implementação técnica decorre não da ineficácia dos meios, mas dos danos colaterais que as tecnologias em questão podem ocasionar. O recente (2005) escândalo Sony XCP, por uma série de más decisões administrativas da Sony quanto à adoção de tecnologia anticópia, parece apontar para um abandono do uso de TPMs no que concerne a CDs. As tecnologias em questão, aplicadas pela Sony BMG Music Entertainment a vários títulos de seu catálogo, eram as TPMs XCP (eXtended Copy Protection) e MediaMax CD-3, particularmente maliciosas em *design*: ao se inserir um CD protegido em um computador, *software* destinado a inviabilizar a extração dos dados do CD para o disco rígido era instalado *automaticamente*, sem autorização, no sistema do usuário. O programa instalado funcionava, tecnicamente, como um *rootkit* – um programa que permite acesso remoto ao computador do usuário, independentemente de seu conhecimento –, configurando um risco de segurança sem precedentes na história das TPMs.⁴²⁴ A Sony sofre até hoje as consequências do escândalo, com má-publicidade e ações coletivas. Em razão deste incidente, no processo trienal de fixação de exceções às disposições anti-violação de TPMs/DRM do DMCA, levado a cabo pelo Copyright Office nos EUA,

passwords, keys, etc.) from compromise due to external software attack and physical theft.” (Disponível em: <<https://www.trustedcomputinggroup.org/about/>>. Acesso em 01.01.07)

⁴²² “TCG specifications do not provide all the necessary technical elements required for DRM. It is conceivable that developers could build their own DRM solutions that would operate on systems with Trusted Platform Modules, but TCG specifications alone are not DRM solutions. (Disponível em: <<https://www.trustedcomputinggroup.org/faq/>>. Acesso em 01.01.07)

⁴²³ “On a Trusted Computing system, the ability to back up, mirror, and transfer data will be necessarily limited. Hardware and compliant operating systems will restrict the ability to transfer data from system to system. For example, software bound to a given machine’s certificate will refuse to load on a machine with a different certificate. Perforce, this security must extend to the most fundamental and security-critical software of all – the ROM BIOS and operating system kernel. Consequently, a trusted computing platform must validate the signature of an operating system before booting it. Operating systems not certified as implementing all the requirements of Trusted Computing will not be issued certificates, and may not be booted on such systems” (WALKER, John. The digital imprimatur. *Knowledge, technology, & policy*, v. 16, n. 3, p. 24-77. Também disponível em: <<http://www.fourmilab.ch/documents/digital-imprimatur/>>. Acesso em 06.12.07).

⁴²⁴ Ver SCHNEIER, Bruce. Real story of the rogue rootkit. *Wired News*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/privacy/0,69601-0.html>>. Acesso em: 12.01.07.

foi autorizada a violação para a verificação de potenciais riscos de segurança que as medidas possam oferecer.⁴²⁵

3.3.1.2 Problemas jurídicos de implementação

A campanha da indústria do conteúdo para a sustentação de um regime de TPMs e sistemas de DRM assume, basicamente, duas estratégias no campo jurídico. O *lobby* já bem sucedido para a imposição de normas proibindo a violação de TPMs/DRM, e *lobby* ainda em andamento para a sustentação de standards de *trusted computing*.⁴²⁶ A pressão por vezes é feita não ao Legislativo, mas ao Executivo.⁴²⁷

Apesar de em larga medida vitoriosa a campanha no plano legislativo – e também no plano judiciário, nos EUA⁴²⁸ – há que se considerar uma série de obstáculos jurídicos à construção do ambiente digital desejado pela indústria, não relacionados a normas de imposição de *standards* ou proibição de violação a medidas técnicas. Com o deslocamento de normas direito de autor para normas direito contratual promovido pelos sistemas de DRM, é importante perguntar-se se os direitos restringidos pertencem ou não à esfera de

⁴²⁵ Eis o texto da exceção: “Sound recordings, and audiovisual works associated with those sound recordings, distributed in compact disc format and protected by technological protection measures that control access to lawfully purchased works and create or exploit security flaws or vulnerabilities that compromise the security of personal computers, when circumvention is accomplished solely for the purpose of good faith testing, investigating, or correcting such security flaws or vulnerabilities”. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/1201/>>. Acesso em 07.01.07.

⁴²⁶ É célebre o empenho do falecido senador norte-americano Fritz Hollings em conseguir aprovação de leis destinadas a tornar obrigatório o uso de plataformas de *trusted computing*, a ponto do senador ver o *chip* ideal principal destes sistemas ser batizado jocosamente, pelos opositores da idéia, com o nome *Fritz chip*. BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*, p. 409-410.

⁴²⁷ É o caso do sistema das *broadcast flags*, cuja imposição pela FCC (Federal Communications Commission) foi conseguida por pressão de Hollywood, e depois derrubada judicialmente, com possibilidade, entretanto, de ser ressuscitada por via legislativa. O sistema obriga os fabricantes de todos os aparelhos capazes de receber sinais de televisão digital a obedecerem padrões de um sistema específico de *trusted computing*. Ver BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*, p. 410. Ainda: CRAWFORD, Susan P. The biology of the broadcast flag. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, v. 25, n. 2, p. 603-652; PICKER, Randal C. From Edison to the broadcast flag: mechanisms of consent and refusal and the proprietization of copyright. *The University of Chicago law review*, v. 70, n. 1, p. 281-296.

⁴²⁸ Ver *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes* (U. S. Court of Appeals for the Second Circuit, 2001). Disponível em: <http://www.eff.org/IP/Video/MPAA_DVD_cases/20011128_ny_appeal_decision.html>. Acesso em: 18.01.07. A decisão acabou por afastar a possibilidade de violação de TPMs e sistemas de DRM para *fair use* do material protegido.

disponibilidade do indivíduo e podem ser afastadas por via contratual.⁴²⁹ Também é importante colocar em exame os reflexos das interações entre os sistemas de DRM e os regimes de direito contratual em realidades jurídicas concretas. Deixando de lado as controvérsias de direito norte-americano e voltando os olhos para o regime de direito contratual brasileiro, não se pode duvidar que, pelo menos em sua configuração atual, TPMs e, particularmente, sistemas de DRM, são ilegais conforme a legislação consumerista do país.

Um breve exame do Código de Defesa do Consumidor, legislação criada por mandamento constitucional,⁴³⁰ permite perceber como a situação de TPMs e sistemas de DRM no direito pátrio é extremamente problemática. Uma TPM, por si só, já resultou em vitória judicial em primeira instância a um consumidor brasileiro, que em razão de uma medida técnica aplicada a um CD do grupo Tribalistas não conseguiu tocar o disco no leitor de CDs de seu automóvel,⁴³¹ o que demonstra bem como, dependendo da atuação da TPM, não é difícil caracterizar os produtos por ela afetados como viciados,⁴³² o mesmo valendo para o serviço,⁴³³ se for o negócio não for realizado como a venda de um produto, mas como a prestação de um serviço.

Em relação aos sistemas de DRM, a situação é ainda pior, em razão dos contratos de adesão que eles implicam. O regime imposto pelo CDC aos contratos de consumo é

⁴²⁹ Observe-se que a lei de direitos autorais estabelece limitações que não devem, em princípio, ser objeto de disposição porquanto de ordem pública. É possível ampliar os direitos dos usuários de obras intelectuais protegidas pela lei por via contratual – por exemplo, via uma licença GNU-GPL ou Creative Commons –, nunca diminuí-los como o fazem as TPMs e sistemas de DRM.

⁴³⁰ CF/88, art. 5º, XXXII.

⁴³¹ SANCHES, Pedro Alexandre. Ruído: consumidor ganha ação por “Tribalistas”. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u34467.shtml>>. Acesso em 06.01.07.

⁴³² CDC: “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem **impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor**, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.[...]” “§ 6.º São impróprios ao uso e consumo: [...] II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles **em desacordo com as normas regulamentares de fabricação**, distribuição ou apresentação; III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem **inadequados ao fim a que se destinam**” (grifamos).

⁴³³ CDC: “Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem **impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor** [...] § 2.º São impróprios os serviços que se mostrem **inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam**, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade” (grifamos).

extremamente hostil aos modelos de negócio centralizados em sistemas de DRM.⁴³⁴ Tome-se como exemplo o EULA (End-User License Agreement) da loja iTunes, que autoriza mudanças unilaterais dos termos do contrato conforme a vontade da Apple,⁴³⁵ cláusula patentemente abusiva conforme o CDC.⁴³⁶ Trata-se de uma cláusula que não é exclusiva ao modelo de negócios da Apple, mas é presente em um grande número de contratos de licença integrados a sistemas de DRM,⁴³⁷ uma vez que uma das características fundamentais destes sistemas é a possibilidade de atualizações automáticas de *software*, com eventual imposição de termos de conduta diferentes dos anteriores ao consumidor, em razão de mudanças impostas por código. Outro exemplo de cláusula abusiva é o da variação unilateral de preço,⁴³⁸ cuja vedação é corolário da proibição de alteração unilateral de contrato, e sempre uma possibilidade em sistemas de DRM. A coleta de dados para formação de perfis de consumo,⁴³⁹ a seu turno, também encontra óbices no ordenamento jurídico pátrio, não só por questões relativas à proteção à privacidade, mas também por ensejar a formação de bases de dados que no Brasil têm natureza pública, e cujo acesso deve ser franqueado ao consumidor, no que tocar sua própria pessoa.⁴⁴⁰

⁴³⁴ CDC, arts. 46 e ss.

⁴³⁵ “20. Changes. Apple reserves the right, at any time and from time to time, to update, revise, supplement, and otherwise modify this Agreement and to impose new or additional rules, policies, terms, or conditions on your use of the Service. Such updates, revisions, supplements, modifications, and additional rules, policies, terms, and conditions (collectively referred to in this Agreement as “Additional Terms”) will be effective immediately and incorporated into this Agreement. Your continued use of the iTunes Store following will be deemed to constitute your acceptance of any and all such Additional Terms. All Additional Terms are hereby incorporated into this Agreement by this reference”. Disponível em: <<http://www.apple.com/legal/itunes/us/service.html>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴³⁶ CDC: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que” [...] “XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração”.

⁴³⁷ É o caso, por exemplo, dos sistemas utilizados pelas lojas Napster 2.0 e Amazon Unbox. Ver para o EULA da Napster 2.0: <<http://www.napster.com/eula.html>>. Acesso em 08.01.07. Para o EULA da Unbox: <<http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=200026970&tag=gp04-20>>. Acesso em 08.01.07.

⁴³⁸ CDC: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que” [...] “X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral”.

⁴³⁹ Um exemplo de cláusula contratual neste sentido, do EULA do sistema Napster 2.0: “3. Activation and Privacy Information. By installing the Software and activating it, you consent to the collection and processing of information you are requested to provide during the registration and installation process. All of this information is collected by Napster and handled pursuant to the terms of the Napster Privacy Policy, a copy of which is located at <http://www.Napster.com/privacypolicy.html>”. Disponível em: <<http://www.napster.com/eula.html>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁴⁰ CDC: “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas

A principal incompatibilidade entre sistemas de DRM e a legislação consumerista brasileira, entretanto, revela-se na disposição forçada de direitos que eles implicam. A partir da criação de um sistema pretensamente auto-executável de regulação por código fundado em direito contratual, liberdades garantidas pelo ordenamento jurídico brasileiro ao consumidor de bens intelectuais são automaticamente vedadas. Não se pode, por contrato de consumo, impor este tipo de vedação.⁴⁴¹

Some-se a estas objeções a amplitude com que se pode considerar abusiva – e, portanto, nula de pleno direito –, uma cláusula em um contrato de consumo, ainda mais de adesão, e percebe-se que sistemas de DRM não têm a mínima condição de sobreviver no Brasil.

Diante das dificuldades técnicas e jurídicas de implementação aqui apontadas, é questionável se estratégias baseadas em TPMs, sistemas de DRM e *trusted computing* têm o potencial de surtir algum efeito na contenção do compartilhamento de arquivos.

3.3.2 Sabotagem

A indústria do conteúdo também tem se empenhado para *sabotar* diretamente os sistemas de compartilhamento de arquivos.⁴⁴² As tentativas têm se mostrado ou pueris – como é o caso de uma música da cantora Madonna, então recente, que invadiu o sistema de compartilhamento KaZaA contendo uma mensagem de tom moralizante mas pouco polido, gravada pela própria cantora⁴⁴³ –, ou relativamente ardilosas, por meio de tecnologia

respectivas fontes. [...]” § 4.º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”.

⁴⁴¹ CDC: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vício de qualquer natureza dos produtos e serviços **ou impliquem renúncia ou disposição de direitos**” (grifamos).

⁴⁴² NETANEL, Neil Weinstock. Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer sharing. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 17, n. 1, p. 18-22.

⁴⁴³ “*What the fuck do you think you are doing?*”, perguntava Madonna a seus fãs. Ver MADONNA swears at music pirates. *BBC Online*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/technology/2962475.stm>>. Acesso em 05.01.07. A estratégia não apenas seria totalmente ineficaz, mas geraria retaliação ao *site* oficial da cantora, com a colocação de faixas não sabotadas para *download* direto, bem como uma sátira coletivamente produzida, o concurso de *remixes* *The Madonna Remix Project*. Ver, para o ataque ao site oficial de Madonna: <<http://www.thesmokinggun.com/archive/madonnasplash1.html>>. Acesso em 05.01.07. Para o concurso de remixes, conferir a página oficial: <<http://www.irixx.org/madonna/madonnaremix.html>>. Acesso em 05.01.07.

desenvolvida especificamente para sabotagem, com a difusão automatizada de arquivos falsos e dados corrompidos nos sistemas de compartilhamento.⁴⁴⁴ O desenvolvimento de tecnologias para a sabotagem destes sistemas ensejou a criação de uma indústria autônoma, com empresas tentando atrair a atenção da indústria do conteúdo com promessas de soluções milagrosas para o problema do compartilhamento.⁴⁴⁵

Iniciativas de sabotagem não surtiram o efeito desejado, principalmente em razão dos instrumentos de gestão de metadados implementados em diversos sistemas de compartilhamento.⁴⁴⁶ Um simples sistema de comentários por arquivo, como o integrado em certos clientes que acessam a rede ed2k, ou uma plataforma de *software* social, como a de qualquer comunidade focalizada em compartilhamento via arquivos *.torrent*, já servem para impedir qualquer tentativa de sabotagem. Arquivos falsos são identificados como tais, e não são baixados: a ação coordenada das comunidades de compartilhamento consegue separar de forma eficaz o que é falso do que é verdadeiro. Uma das principais empresas dedicadas ao desenvolvimento de tecnologia de sabotagem, a Overpeer, encerrou suas atividades em 2005, sem ter conseguido gerar qualquer repercussão na diminuição da população de compartilhadores.⁴⁴⁷ O recurso à sabotagem como plano de ataque, contudo, ainda não foi abandonado.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ ZOLLI, Andrew. Monsters of rock. *Wired*. Disponível em: <<http://www.wired.com/wired/archive/11.09/start.html?pg=12>>. Acesso em 23.05.06.

⁴⁴⁵ MAGUIRE, James. Hitting P2P users where it hurts. *Wired*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,57112,00.html>>; acesso em 23.05.06.

⁴⁴⁶ Ver *supra*, item 2.1.2.1.

⁴⁴⁷ “Since Overpeer began flooding P2P networks with corrupt files, something remarkable occurred. The number of individuals connected to a file-sharing or P2P network during Overpeer's introduction was less than 3 million. Today's estimates, excluding BitTorrent, place the total population at nearly 10 million. Overpeer succeeded in doing little more than encouraging the evolution of the file-sharing community to more secure and trouble-free methods such as eDonkey2000 and BitTorrent” (MENNECKE, Thomas. End of the road for overpeer. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/story1019.html>>. Acesso em: 05.01.07).

⁴⁴⁸ MPAA caught uploading fake torrents. *TorrentFreak* (blog). Disponível em: <<http://torrentfreak.com/mpaa-caught-uploading-fake-torrents/>>. Acesso em: 12.01.07; ANDERSON, Nate. Peer-to-peer poisoners: a tour of MediaDefender. *Ars Technica*. Disponível em: <<http://arstechnica.com/articles/culture/mediadefender.ars>>. Acesso em: 27.03.03.

3.3.3 Ataques à neutralidade da rede

Uma derradeira forma de ação calcada em meios tecnológicos com o potencial de colocar obstáculos ao compartilhamento de arquivos envolve modificações na própria estrutura básica da Internet. Quando se faz referência a essas mudanças, tem se costumado a empregar o termo “neutralidade de rede” (*net neutrality*).⁴⁴⁹ Os sistemas de compartilhamento de arquivos de que dispomos hoje em dia apenas puderam surgir em razão das possibilidades de inovação tecnológica que a neutralidade de rede proporciona. Consequência dos princípios arquitetônicos apontados *supra*, item 1.3.6 – em especial o princípio da arquitetura ponta-a-ponta –, a neutralidade no tráfego de dados assegura inovação nas bordas da rede, e enseja um ambiente ideal para inovações tecnológicas, como as que sustentam os sistemas de compartilhamento de arquivos.

Redes neutras, todavia, são estruturalmente incompatíveis com os modelos de negócios que as operadoras de rede – as administradoras dos principais nós da Internet – têm como ideais. A partir de tecnologia especificamente desenvolvida para inspeção, monitoramento e controle de fluxo de dados, as operadoras planejam oferecer (e cobrar por) diferentes níveis de acesso (*access tiers*), vinculados a grupos de serviços.⁴⁵⁰

O conjunto de tecnologias que viabiliza o *access tiering* é identificado com a sigla QoS (Quality of Service), designação muitas vezes enganadora, considerando-se alguns dos usos das tecnologias.⁴⁵¹ A retórica oficial das operadoras é a de que o consumidor terá mais escolhas, e serviço de maior qualidade em uma rede não neutra. Em realidade, o leque de escolhas do consumidor diminui, uma vez que ele se vê incentivado ou forçado a utilizar um serviço em detrimento de outros, e a melhoria na qualidade da prestação de certos serviços ocorre em razão de diminuição de qualidade *propositadamente causada* em outros.

⁴⁴⁹ Os debates em torno da questão da neutralidade da rede têm sido acirrados nos EUA, onde houve em 2006 uma tentativa, mal sucedida, de se assegurar neutralidade por via legislativa. Ver McCULLAGH, Declan; BROACHE, Anne. Republicans defeat Net neutrality proposal. *C|Net News*. Disponível em: <http://news.com.com/2100-1028_3-6058223.html>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁵⁰ GANLEY, Paul; ALLGROVE, Ben. Net neutrality: a user's guide. *Computer law & security report*, 22, 2005, p. 454-463.

⁴⁵¹ “As the marketing documents from major router manufacturers evince, a crucial feature of QoS solutions will be their ability to enable the network owner to slow down a competitor's offerings while speeding up its own – like a television set with built-in-static for ABC but a clear channel for CBS” (LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. 47).

Utilizando-se tecnologia de inspeção de pacotes e engenharia de tráfego, é possível *conferir prioridade a classes de dados*, em vinculação a aplicações, emissores e destinatários específicos. Por via contratual (consumidor/operadora; operadora/operadora; operadora/provedor de serviços), abre-se uma série de possibilidades, como a de privilegiar tráfego de um serviço de VoIP (Voice over IP – telefonia via Internet) em relação a outro, ou de um portal de conteúdo em relação aos demais; desprivilegiar um serviço de buscas em favor de outro; bloquear totalmente o fluxo de dados entre um *site* específico e o computador do consumidor, etc.⁴⁵² Como resultado, o usuário final tem acesso a uma Internet funcionalmente mutilada, e surgem conseqüências preocupantes para a livre concorrência, defesa do consumidor e, mais importante, liberdade de expressão e inovação tecnológica. Os danos sociais que uma política de redes que ignore o princípio ponta-a-ponta pode ensejar são enormes, ainda mais quando se observa, como afirma Benkler,⁴⁵³ a consolidação de novas formas de produção de informação fora do mercado, que dependem de estruturas neutras para sobreviver e evoluir, parte de uma infra-estrutura básica de acesso comum. Assim como no caso dos sistemas de *trusted computing*, que objetivam a morte do computador de propósitos gerais, a idéia é a de se transformar a Internet – uma rede de propósitos gerais –, em uma rede de propósitos específicos. O princípio da arquitetura ponta-a-ponta é relativizado, e os potenciais de inovação nas bordas da rede diminuídos, em favor de uma centralização tecnológica que prende o usuário a planos de serviço restritivos.

O cenário político em torno da questão da neutralidade da rede é bastante conturbado, colocando em confronto, de um lado, operadoras de rede, e de outro, uma pluralidade bastante heterogênea de grupos de interesse, envolvendo alguns provedores de serviço, associações de direitos civis, artistas e professores.⁴⁵⁴ A indústria do conteúdo tem

⁴⁵² GANLEY, Paul; ALLGROVE, Ben. Net neutrality: a user's guide. *Computer law & security report*, 22, 2005, p. 457.

⁴⁵³ “The network information economy requires access to a core set of capabilities – existing information and culture, mechanical means to process, store and communicate new contributions and mixes, and the logical system necessary to connect them to each other. What nonmarket forms of production need is a **core common infrastructure** that anyone can use, irrespective of whether their production is model is market-based or not, proprietary or not” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*, p. 303, grifamos).

⁴⁵⁴ “The net neutrality debate is often framed as having just two sides. On one side are the operators. In the US, the most vocal of these have been companies like AT&T, Verizon and Comcast. The operators argue that the increasing demands placed on the modern Internet require a level of investment that can and will only occur if the Internet is efficiently commercialised. They say that this commercialisation must involve the

representantes em ambos os lados da discussão, o que torna um pouco mais difícil a adoção de uma estratégia de ataque *diretamente* voltada à transformação da Internet em um conjunto de redes desprovido de neutralidade. A opção, contudo, existe, e a base tecnológica encontra-se disponível e em implementação, ainda que as medidas mais óbvias não estejam sendo tomadas por iniciativa da indústria do conteúdo: usuários de alguns provedores de acesso brasileiros já reclamam de *traffic shaping*⁴⁵⁵ imposto sobre pacotes BitTorrent.⁴⁵⁶ Ainda que a neutralidade de rede seja uma questão politicamente turbulenta, e que interesses contraditórios em relação a sua adoção existam mesmo no interior da indústria do conteúdo, algumas movimentações já podem ser observadas além do simples *traffic shaping*. O próprio protocolo BitTorrent, atualmente, oferece uma plataforma para a indústria cinematográfica distribuir seus produtos via um modelo de negócios de loja p2p, tendo como base um sistema que viola a idéia de neutralidade de rede.⁴⁵⁷

ability to implement a 'user pays' model for the use of their networks and, hence, the Internet; those who make high use of and profit from the Internet, should, the operators say, pay for that use.

The other side of the debate is more complex and is characterised by an eclectic coalition of content and service providers, such as Google, Intel, Yahoo!, eBay and Amazon, anti-regulation advocates, entertainers, like REM and Moby, free speech groups, like Free Press, and others such as the Christian Coalition, National Religious Broadcasters and the Gun Owners of America. The message that these groups and individuals send out is that access tiering threatens the core values and social utility of the Internet and that governments must intervene to prevent access tiering from occurring" (GANLEY, Paul; ALLGROVE, Ben. Net neutrality: a user's guide. *Computer law & security report*, 22, 2005, p. 455).

⁴⁵⁵ Bloqueio ou limitação de tráfego, por inspeção de pacotes. Há empresas que desenvolvem tecnologia especificamente dedicada a *traffic shaping* direcionado a redes p2p, como a Allot. Site oficial em: <<http://www.allot.com/>>. Acesso em: 10.01.07.

⁴⁵⁶ Conferir as discussões entre consumidores do serviço Virtua, prestado pela Net, na lista de e-mails Quero Meus p2p (*sic*), via Yahoo! Groups. A Net tem negado a imposição de *traffic shaping*, mas a hipótese de que ele efetivamente ocorra, ainda que de forma não abrangente, não é implausível. Disponível em: <http://br.groups.yahoo.com/group/quero_meus_p2p/>. Acesso em: 10.01.07. Por ação dos desenvolvedores dos clientes de torrent Azureus, µTorrent e Bitcomet, contudo, é possível burlar o *traffic shaping* por meio de encriptação de protocolo o que sinaliza a observação já feita algumas vezes ao decorrer deste trabalho, de que soluções técnicas para problemas impostos por soluções técnicas costumam ser freqüentes no universo do compartilhamento de arquivos. Ver, ainda, para *traffic shaping* fora do Brasil: LIVINGSTONE, Adam. A bit of a BitTorrent bother. *BBC News*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/newsnight/4758636.stm>>. Acesso em: 10.01.07.

⁴⁵⁷ Ver *infra*, item 3.5.2. Quaisquer mudanças em versões futuras do protocolo BitTorrent, contudo, não têm qualquer efeito sobre as centenas de comunidades que partem do protocolo atual para o compartilhamento de arquivos, em razão da abertura dos *standards* BitTorrent e das múltiplas possibilidades de implementação que eles oferecem.

3.4 Ofensiva propagandística

Recurso a propaganda é recorrente na história da indústria do conteúdo, principalmente em face de novas tecnologias da informação. Nos anos 80, a British Phonographic Industry (BPI) desenvolveu a infame campanha "*Home taping is killing music*", voltada a coibir a cópias de discos em fitas cassete. Outro exemplo frequentemente lembrado é a campanha "*Don't copy that floppy*", da Software Publishers Association (SPA), dirigida às cópias não-autorizadas de programas de computador no início dos anos 90.⁴⁵⁸

Na ofensiva propagandística, a indústria do conteúdo tem se valido de propaganda para ao mesmo tempo a) estigmatizar a prática do compartilhamento de arquivos; b) aterrorizar compartilhadores; e c) "educar" (doutrinar) o público, principalmente crianças e adolescentes (futuros consumidores), quanto aos supostos benefícios de uma política maximalista de propriedade intelectual.

3.4.1 Primeira estratégia: estigmatizar

A disseminação de propaganda de estigmatização do compartilhamento pela indústria do conteúdo tem sido ostensiva. O modelo adotado envolve uma série de passos:

- 1) A prática do compartilhamento é homogeneizada, e a ela é aposto o rótulo de *pirataria*.⁴⁵⁹ Não se distingue, por exemplo, um usuário que compartilhe um livro ou fonograma que não se encontre mais em catálogo, de um usuário que compartilhe os lançamentos da última semana: todos são considerados piratas. Quando o termo *compartilhamento de arquivos* é empregado, isto ocorre apenas para classificá-lo como uma *espécie* de pirataria⁴⁶⁰ e não como o fenômeno cultural peculiar

⁴⁵⁸ Ver o vídeo da propaganda em: <<http://www.youtube.com/watch?v=-Xfqkdh5Js4>>. Acesso em: 10.05.07.

⁴⁵⁹ Por exemplo: "Online piracy is the unauthorized uploading of a copyrighted sound recording and making it available to the public, or downloading a sound recording from an Internet site, even if the recording isn't resold. Online piracy may now also include certain uses of "streaming" technologies from the Internet." (<<http://www.riaa.com/issues/piracy/default.asp>>; acesso em 22.05.06, grifos no original); "[Internet piracy] occurs when software is downloaded from the Internet" (<<http://www.bsa.org/usa/antipiracy/Types-of-Piracy.cfm>>; acesso em 23.05.06).

⁴⁶⁰ "Internet piracy is the downloading or distribution of unauthorized copies of intellectual property such as movies, television, music, games and software programs via the Internet. Illegal downloads occur in many

que é, do que decorre que também não se leva em consideração a inexistência de intuito de lucro na interpretação da palavra “pirataria”. O compartilhamento de arquivos é colocado no mesmo patamar da pirataria tradicional de rua, ou seja, a reprodução em cópias físicas, para *venda* não-autorizada, de obras intelectuais protegidas, em competição direta com os exemplares originais. Piratas autênticos e compartilhadores de arquivos são, assim, colocados na mesma categoria;

- 2) Uma vez equiparados os compartilhadores aos piratas, faz-se uma série de ataques à pirataria globalmente considerada, que seria não apenas ilegal, mas sobretudo imoral, e responsável por uma série de malefícios à sociedade, levando em última análise à ruína da economia como um todo⁴⁶¹ e à falência criativa dos autores, que não seriam mais capazes de produzir por não receberem compensação financeira.⁴⁶² Uma prática, portanto, a ser combatida por todas as pessoas de bem;⁴⁶³
- 3) Equipara-se, ainda, a conduta bastante específica de violação de direitos autorais, quase sempre autonomamente tipificada nas legislações penais, a uma conduta totalmente diversa: *furto*. Por manipulação linguística, tenta-se equiparar o compartilhador de arquivos ao criminoso que furta discos de uma loja, quando as condutas são drasticamente diferentes. Já se criou, para esse propósito, o neologismo “songlifter”, em derivação de “shoplifter”.⁴⁶⁴

forms including **file sharing networks**, pirate servers, websites and hacked computers. Each file posted on the Internet can result in millions of downloads. Hard goods pirates also use the Internet to sell illegally duplicated DVDs through auctions and websites.” (<http://www.mpaa.org/piracy_internet.asp>; acesso em 22.05.06, grifamos).

⁴⁶¹ “The motion picture industry is a thriving economic engine. Nationwide, movies employ over 750,000 people. It is one of the only industries to have a positive balance of trade with all the countries with which it does business. In 2005, MPAA studios lost \$6.1 billion worldwide due to piracy. So stealing copyrights not only hurts the movie industry, it hurts our economy in the U.S. and the economies around the world everywhere movies are made” (<http://www.mpaa.org/piracy_Economies.asp>. Acesso em: 23.05.06).

⁴⁶² Ver, por exemplo: <<http://www.riaa.com/issues/piracy/default.asp>>. Acesso em: 18.01.07.

⁴⁶³ “*Marque um gol contra a pirataria!*”, diz Pelé em uma propaganda da MPAA. Disponível em: <http://www.mpaa.org/press_releases/2006_06_09.pdf>. Acesso em 23.05.06.

⁴⁶⁴ “[...] legal online services to continue to break new ground, we must do our part to protect the integrity of the marketplace,” said Cary Sherman, President, RIAA. ‘Just as we continue to educate fans about the right ways to enjoy music online, we will continue to enforce our rights through the legal system. Songlifting is not without consequences.’” (MENNECKE, Thomas. New round of RIAA enforcement actions. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/story1111.html>>. Acesso em 20.12.06.

Uma tendência preocupante que tem se observado ultimamente, ademais, é a de além de vincular o compartilhamento de arquivos à pirataria e ao furto, também relacioná-lo a atividades de crime organizado inteiramente não relacionadas, como o tráfico de drogas e o terrorismo.⁴⁶⁵ Isso às vezes é feito de forma aberta, ou por meios mais maliciosos, com a construção de expressões como *"movie trafficking"*,⁴⁶⁶ e ações como o uso de cães farejadores para rastrear DVDs “piratas” em aeroportos.⁴⁶⁷

3.4.2 Segunda estratégia: aterrorizar

Para aterrorizar os compartilhadores, a indústria recorre a referências a normas jurídicas para ameaçar usuários de redes de compartilhamento com a possibilidade de eventuais processos civis e criminais. Um exemplo típico é a campanha Respect Copyrights, da MPAA,⁴⁶⁸ cujo *slogan* *"You can click, but you can't hide"*,⁴⁶⁹ expressa bem o tom das campanhas de amedontramento: uma mistura de condenação e bravata (“Você pode baixar arquivos, mas nós vamos pegá-lo e puni-lo”).

Em plano de ação semelhante, o braço japonês da RIAA, a Recording Industry Association of Japan (RIAJ), costuma mandar mensagens instantâneas a usuários conectados a redes de compartilhamento para anunciar sua presença e explicitar que tem

⁴⁶⁵ “(...) [a] more recent strategy by corporate owners of intellectual property is the attempt to link intellectual property piracy with organized crime, with crimes that the public are really scared of. It is easier to justify spending public money on the war against the illegal downloading of software, or the illegal taping of Michael Jackson's latest album, if those people doing illegal copying are also members of neo-Nazi organizations or terrorists groups” (DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?*, p. 27).

⁴⁶⁶ Diz um site mantido pela MPAA: “If you think you can get away with illegally trafficking in movies, think again” (<<http://www.respectcopyrights.org/content.html>>. Acesso em: 23.05.06.

⁴⁶⁷ Ver <http://www.mpaa.org/press_releases/2006_05_09.pdf>. Acesso em 23.05.06. A iniciativa se volta à pirataria autêntica, comercial, mas a vinculação do compartilhamento à pirataria estabelecido pelas propagandas acaba associando o compartilhamento a esse tipo de ação. Em princípio, treinar cães farejadores para rastrear DVDs em aeroportos pode parecer ridículo, e seria difícil de acreditar na seriedade da notícia, se ela não tivesse sido anunciada pela própria MPAA. O que se encontra por trás da iniciativa, entretanto, é justamente associar pirataria e, por tabela, o compartilhamento de arquivos, ao tráfico de drogas.

⁴⁶⁸ <<http://www.respectcopyrights.org/content.html>>; acesso em 23.05.06.

⁴⁶⁹ <http://en.wikipedia.org/wiki/You_can_click,_but_you_can't_hide>. Acesso em 23.05.06; versão de 04.05.06, 19:47.

ciência de que os usuários estiveram conectados, procurando assim desencorajar o compartilhamento.⁴⁷⁰

Uma outra estratégia de amedontramento, por fim, baseia-se na ignorância técnica de parcela dos usuários de sistemas de compartilhamento de arquivos. O compartilhamento, conforme a indústria, comprometeria a segurança dos usuários a partir da exposição dos computadores destes a vírus e invasões.⁴⁷¹ A realidade é que as oportunidades para infecção e invasão existem independentemente do uso de sistemas de compartilhamento,⁴⁷² e *e-mails* são de longe os principais vetores para vírus.⁴⁷³ A propaganda da indústria, contudo, procura exagerar os riscos de segurança representados pelos sistemas de compartilhamento de arquivos, de modo a evitar que usuários com pouco conhecimento técnico venham a utilizá-los.

3.4.3 Terceira estratégia: doutrinar

As campanhas ditas “educativas” são ainda mais questionáveis. Há um receio palpável de que as novas gerações de consumidores, por apenas estarem vivenciando um ambiente em que a reprodução de bens intelectuais é livre e desimpedida, cresçam acreditando que a situação deva permanecer assim. Daí a elaboração, por parte da indústria, de campanhas voltadas a crianças, adolescentes e professores, com o objetivo de laudar os benefícios de uma política maximalista de direitos autorais.

⁴⁷⁰ MENNECKE, Thomas. *Japanese recording industry starts anti-piracy campaign*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=467>>

⁴⁷¹ Diz, por exemplo, a MPAA: "Examples of P2P services include eDonkey, KazaA, Limewire and DirectConnect. These programs can turn your computer into a directory and distributor of an unlimited variety of illegal material, viruses and worms." (<http://www.mpaa.org/piracy_internet.asp>; acesso em 22.05.06). Campanha patrocinada pela IFPI, a seu turno, alega que o uso de sistemas de compartilhamento de arquivos "could lead to problems with your personal computer, including the transmission of viruses." (<<http://www.pro-music.org/freemusic/popfreemusic.htm>>; acesso em 22.05.06).

⁴⁷² Uma breve análise dos boletins de segurança da Symantec autoriza concluir que a maior parte das ameaças de segurança decorre de brechas em sistemas operacionais e navegadores *web*. Ver <<http://www.symantec.com/avcenter/global/security/Advisories.html>>; acesso em 23.05.06. Comparando-se os boletins da Secunia em 23.05.06 referentes ao cliente torrent Azureus e ao sistema operacional Windows XP Professional Edition, nota-se a presença de uma única vulnerabilidade de segurança pouco crítica no Azureus, e vinte e oito vulnerabilidades, algumas delas muito críticas, referentes ao Windows XP (<<http://secunia.com/product/7461/>> e <<http://secunia.com/product/22/>>; acesso em 23.05.06).

⁴⁷³ Conferir, a qualquer momento, a lista de vírus mais populares mantida pela F-Secure. Disponível em: <<http://www.f-secure.com/virus-info/statistics/>>; acesso em 23.05.06.

Como exemplos, podemos mencionar a polémica *Captain Copyright*,⁴⁷⁴ da Access Copyright,⁴⁷⁵ alvo de críticas severas por parte de Geist,⁴⁷⁶ *Copyright Kids*,⁴⁷⁷ da Copyright Society of the U.S.A., e *What's the Diff?*, patrocinada pela MPAA, que inclusive oferece um concurso para os professores mais "eficientes" na transmissão da mensagem da campanha, distribuindo aos ganhadores aparelhos de DVD e uma seleção de vários clássicos de Hollywood.⁴⁷⁸ Mais voltada ao público adolescente e adulto, pode-se mencionar a campanha *Pro Music*, que tem apoio da IFPI.⁴⁷⁹

A mesma retórica de que é necessário educar de crianças a adultos para o progresso da indústria do conteúdo por vezes desponta na literatura nacional de direitos autorais, por trás de um discurso pró-autor que na verdade é um discurso pró-indústria.⁴⁸⁰ Há, assim, além de propaganda assumida, propaganda que se esconde por trás de comentários doutrinários, quase sempre de autoria de advogados da indústria.

Campanhas como essas, tradicionais na história da indústria do conteúdo, também são tradicionalmente ineficazes,⁴⁸¹ e o argumento de que o compartilhamento de arquivos seria uma prática imoral não tem convencido o público-alvo das campanhas.⁴⁸²

⁴⁷⁴ <<http://www.captaincopyright.ca/>>. Acesso em: 23.05.06.

⁴⁷⁵ <<http://www.accesscopyright.ca/>>. Acesso em: 18.01.07.

⁴⁷⁶ "Access Copyright has launched a new site that borders on parody, but is apparently serious. Captain Copyright is a new 'superhero' that educates children about the virtues of copyright, rushing to the scene in the event that someone publishes research without proper credit. While my first reaction to the site was that it is just silly, as I dug deeper, I now find it shameful. These materials, targeting kids as young as six years old, misrepresents many issues and proposes classroom activities that are offensive. [...]"

Our children need to develop a love of learning, a passion for creativity, and an appreciation for the arts and sciences. These exercises provide none of that. Instead, they stoop to a level I have not previously seen in Canadian copyright. They are an embarrassment that should not find their way into any classroom in the country" (GEIST, Michael. *Captain Copyright*. Disponível em: <http://michaelgeist.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=1275&Itemid=85>; acesso em 23.05.06).

⁴⁷⁷ "Friends of Active Copyright Education (FA©E), is a new initiative of the Copyright Society of the U.S.A. The principal goal of FA©E is to provide a broad range of resources to foster and support copyright education. To further that goal, a FA©E subcommittee developed the copyrightkids.org web site to teach school-age children the basics of copyright law." (<<http://www.copyrightkids.org/aboutusframes.htm>>; acesso em 23.05.06).

⁴⁷⁸ <http://www.respectcopyrights.org/CG_FINAL.pdf>; acesso em 23.05.06.

⁴⁷⁹ <<http://www.pro-music.org/>>; acesso em 23.05.06.

⁴⁸⁰ Ver, por exemplo, KRETSCHMANN, Ângela. A propriedade intelectual e o papel das instituições de ensino superior. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁴⁸¹ Vde a experiência de 85 anos das sociedades de gestão de direitos de autores em iniciativas semelhantes: "We know quite a bit about the problems that inhere in education the public about copyright law, because copyright owners have been expending huge sums of energy, time, and money with that goal in mind. The music-performing rights societies have been trying to educate a recalcitrant public for the past eighty-five

3.5 Ofensiva comercial

Uma outra opção de combate ao compartilhamento de arquivos adotada pela indústria é investir em uma ofensiva comercial. Já era o objetivo da indústria, como é possível perceber pelo conteúdo do Lehman White Paper, fazer uso da Internet para venda de conteúdo digital, a partir de sistemas de DRM, tendo como objetivo multiplicar as faixas possíveis de discriminação de preço, ao mesmo tempo eliminando os custos com distribuição de conteúdo em mídia tangível. Todas as ofensivas acima descritas, em realidade, têm como objetivo a eliminação do compartilhamento de arquivos da rede apenas secundariamente. O objetivo primário é, com efeito, transformar a Internet de um ambiente hostil às atividades da economia de informação industrial, desconcentrado e descentralizado, em um ambiente de distribuição de conteúdo diametralmente oposto, concentrado e centralizado, cuja arquitetura seja apta à implementação de modelos de negócio compatíveis com os almejados pela indústria do conteúdo.

years, and the effort has hardly made a dent in the psyches of their customers or the people who patronize them. Restaurateurs wouldn't think of selling their patrons stolen food, or sitting them in stolen chairs, but they think nothing of selling them stolen music; many of those who buy performing rights licenses from ASCAP, BMI, and SESAC say that they do so only because they're afraid of the copyright police" (LITMAN, Jessica. *Digital copyright*, p. 113).

⁴⁸² "The recording industry's assertion that downloading music is immoral failed to persuade the vast majority of file-sharers to stop trading music over the Internet. The RIAA has argued that downloading an MP3 is the equivalent of stealing a CD from a record store. Many Americans, however, do not accept the analogy. On the contrary, many simply have 'no moral objections to the practice [of filesharing]'.

According to a 2003 Gallup poll, a staggering eighty-three percent of thirteen to seventeen-year-olds think that file-sharing is morally acceptable. A New York Times/CBS News poll conducted the same year found that twenty-nine percent of Americans under the age of thirty believe that file-sharing is always acceptable, and that sixty-four percent of Americans believe that downloading music is at least sometimes acceptable. Moreover, those surveyed were not moral delinquents, but rather normal people with healthily developed senses of morality [...] For most people, downloading music is a more nuanced issue than it is to the recording industry. In such a situation, calling upon the ethics of music downloaders failed the recording industry for a number of reasons" (LANTAGNE, Stacey M. The morality of MP3s: the failure of the recording industry's plan of attack. *Harvard journal of law & technology*, v. 18, n. 1, p. 277-279).

O compartilhamento de arquivos é combatido, justamente, porque pode servir de plataforma para a criação de modelos de negócios que viabilizam a entrada de novos atores no mercado altamente concentrado comandado pela indústria do conteúdo, e precluem a necessidade de distribuição centralizada. A distribuição livre e irrestrita de informação, promovida a partir de fortes normas de base comunitária, dá chance de exposição a atores que antes ficavam às margens do sistema de produção e distribuição de conteúdo em meios materiais. Autores cujas obras não tinham chance de distribuição por não corresponderem a perfis de conteúdo voltados ao consumo de massa, por exemplo, conseguiram um canal poderoso para a disseminação de suas criações diretamente aos consumidores.⁴⁸³

A lógica da distribuição a título gratuito entra em choque com os planos da indústria do conteúdo não em razão de eventuais e imediatas diminuições de lucro por quedas em vendas de discos, filmes e material impresso, mas por proporcionar a criação de modelos de negócios que conflitam com os modelos de negócios tradicionais de uma *economia de informação industrial*.⁴⁸⁴ É a criação e popularização de modelos de negócio que se valham das estruturas atuais da Internet e dos sistemas de compartilhamento para seu funcionamento que assusta a indústria do conteúdo, porquanto esta – não os autores, importante frisar – deixa de ter uma função que justifique sua existência. As tarefas de produção e distribuição de conteúdo deixam de depender de uma estrutura concentrada, e são pulverizadas e transferidas a uma pluralidade de indivíduos. Autores e consumidores ganham em autonomia, e a indústria do conteúdo é desestabilizada por profundas modificações estruturais na produção e distribuição de bens intelectuais.

Ao invés de procurar adaptar seus modelos de negócios às novas tecnologias, entretanto, a indústria tem preferido insistir no plano anterior e modificar as estruturas da Internet, os hábitos dos consumidores e aniquilar novas formas de produção cultural, na tentativa de defender a continuidade de suas estruturas tradicionais. Recusando partir para formas alternativas de compensação para o conteúdo distribuído com base em licenças

⁴⁸³ Um novo influxo de autores, além disso, motivado por avanços tecnológicos em relação aos próprios instrumentos necessários para a produção de conteúdo, igualmente encontrou no compartilhamento de arquivos um canal de distribuição bastante valioso. Ver *infra*, item 4.2.5.1.

⁴⁸⁴ Ver *infra*, item 4.2 e seguintes, para o conceito.

compulsórias⁴⁸⁵ – no que haveria compensação, mas não controle⁴⁸⁶ – a indústria tem se voltado à implementação de “lojas virtuais” tendo como base sistemas de DRM, na tentativa de “competir” com a distribuição via compartilhamento de arquivos.

Querer “competir” com o compartilhamento de arquivos é um erro. *O compartilhamento de arquivos ocorre fora do mercado*: não há contraprestação financeira, não há preço, não há comércio e não há mercado em se tratando de compartilhamento de arquivos. Não há troca, há comunhão. É possível falar-se em não perder consumidores dentre os compartilhadores de arquivo, mas não *competir* com o compartilhamento. O principal problema nesta empreitada, entretanto, é o de que os produtos e os serviços fornecidos pela indústria do conteúdo são alternativas inferiores à distribuição por compartilhamento.⁴⁸⁷ Sistemas de DRM e TPMs, como já afirmado, funcionam de modo a viciar os produtos e serviços por elas afetados, e são ancorados em estratégias negociais francamente anticonsumeristas. O único valor adicional que a indústria tem conseguido agregar aos produtos e serviços de suas lojas virtuais é o da “legalidade”, que é incorporada aos bens como se fosse um produto em si mesmo. “Legalidade” entre aspas, porque é questionável, principalmente diante da Constituição brasileira, se o compartilhamento é de fato contrário ao direito, em se tratando da distribuição não-autorizada de conteúdo.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ São várias as propostas de implementação: NETANEL, Neil Weinstock. Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing. *Harvard journal of law & technology*, v. 17, n. 1, p. 1-84; KU, Raymond Shih Ray. The creative destruction of copyright: Napster and the new economics of digital technology. *The University of Chicago law review*, v. 69, n. 1, p. 263-324; FISHER, William W. *Promises to keep: technology, law, and the future of entertainment*. Stanford: Stanford University Press, p. 199-258; EFF. A better way forward: voluntary collective licensing of music file sharing. Disponível em: <http://www.eff.org/share/collective_lic_wp.pdf>. Acesso em: 18.01.07; LOHMANN, Fred von. Voluntary collective licensing for music file sharing. *Communications of the ACM*, v. 47, n. 10, p. 21-24.

Já houve uma tentativa, na França, de se instituir um sistema de licença compulsória que tornaria livre o compartilhamento de arquivos na Internet, condicionado ao pagamento de um valor aos provedores de acesso, posteriormente repassado a entidades de gestão de direitos de autor. As medidas foram incluídas no polêmico projeto de lei de implementação da diretiva 2001/29/EC (*Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information* – DADVSI). A iniciativa, por pressão da indústria sobre o governo francês, não teve êxito, o que demonstra a falta de interesse em se optar por vias de compensação alternativas. MENNECKE, Thomas. EMI attacks France. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1063>>. Acesso em: 18.01.07; FISHER, Ken 'Caesar'. France's legal P2P stunt may be coming to an end. *Ars Technica*. Disponível em: <<http://arstechnica.com/news.ars/post/20060307-6328.html>>. Acesso em: 18.01.07.

⁴⁸⁶ LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. 201.

⁴⁸⁷ BIDDLE, Peter et alii. *The darknet and the future of content distribution*, p. 15. Disponível em: <<http://msl1.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf>>. Acesso em: 12.01.07.

⁴⁸⁸ Ver *infra*, capítulos 8 e 9.

Quase toda loja *online*, em seu material publicitário, coloca-se como uma alternativa “legal” ao compartilhamento de arquivos.⁴⁸⁹ Sustentado pelos processos e *lobby* da indústria, o valor “legalidade” é produzido como se fosse uma peça de roupa ou uma cadeira, e acrescentado aos produtos comercializados, funcionando na prática como um “seguro anti-processo”. O raciocínio transmitido pela publicidade da indústria é o seguinte: compre aqui, e não seja processado.

Algumas das lojas têm conseguido sucesso moderado, não obstante a popularidade do compartilhamento de arquivos, mas por razões peculiares a serem exploradas logo abaixo. Conforme pesquisa conduzida pelo Berkman Center da Harvard Law School, em associação empresa de consultoria em tecnologia da informação Gartner|G2,⁴⁹⁰ há basicamente dois modelos de negócio em implementação, o da loja de mídia digital (*digital media store*) e o da loja p2p (*p2p store*). O estudo cita outros modelos de negócio, baseados em licenças compulsórias e produtos e serviços acessórios – ambos baseados em livre distribuição não-comercial de conteúdo – mas a indústria tem adotado apenas os dois apontados.

3.5.1 Lojas de mídia digital

Dentre as **lojas de mídia digital** que comercializam música, é possível mencionar como exemplos a iTunes Store,⁴⁹¹ eMusic,⁴⁹² MusicMatch,⁴⁹³ Napster,⁴⁹⁴ Rhapsody⁴⁹⁵ e Zune Marketplace.⁴⁹⁶ Dentre as lojas que comercializam filmes, CinemaNow,⁴⁹⁷ MovieFlix,⁴⁹⁸ Amazon Unbox,⁴⁹⁹ Vongo,⁵⁰⁰ Movielink⁵⁰¹ e iTunes Store. Os modelos

⁴⁸⁹ “P2P file sharing that’s 100% legal”, anuncia, por exemplo, a loja iMesh. Ver: <<http://www.imesh.com/>>. Acesso em: 18.01.07.

⁴⁹⁰ BERKMAN CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY; GARTNER|G2. *Content and control: assessing the impact of policy choices on potential online business models in the music and film industries*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/media/files/content_control.pdf>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁹¹ <<http://www.apple.com/itunes/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁹² <<http://www.emusic.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁹³ <<http://www.musicmatch.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁹⁴ <<http://www.napster.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁹⁵ <<http://www.rhapsody.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁹⁶ <<http://www.zune.net/en-us/meetzune/zunemarketplace.htm>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁹⁷ <<http://www.cinemanow.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁹⁸ <<http://www.movieflix.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁴⁹⁹ <<http://www.unbox.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

seguidos por essas lojas são diversificados, mas têm em comum o oferecimento direto ao consumidor de conteúdo digital licenciado dos detentores de direitos autorais, a partir de servidores remotos. As lojas costumam oferecer a possibilidade de *download* de músicas individuais ou álbuns completos, planos de assinatura, e “aluguéis” de conteúdo (que expira depois de um prazo determinado).⁵⁰²

A interação entre o conteúdo baixado pelo usuário e aparelhos eletrônicos, como DAPs (*Digital Audio Players*), costuma ser problemática por questões de incompatibilidade entre sistemas de DRM, formatos de arquivo e *firmware*. Nos casos da iTunes e Zune Marketplace, inclusive, há vinculação das lojas a aparelhos específicos – respectivamente, o Apple iPod e o Microsoft Zune. O sucesso da iTunes Store se dá, em grande medida, justamente em razão da vinculação da loja a um aparelho eletrônico popular, o que tem causado alguns problemas de direito concorrencial para a Apple.⁵⁰³ O plano da Microsoft com o Zune e o Zune Marketplace procura replicar a estratégia da Apple, e impõe um sistema de DRM que é incompatível com o sistema anterior da Microsoft, o PlaysForSure, utilizado por outras lojas, com a explícita intenção de se obter uma vantagem competitiva a partir de integração conteúdo/*hardware*.⁵⁰⁴

Dentre as lojas acima apontadas, todas se valem de sistemas de DRM com exceção da eMusic, que vende faixas de música em formato .mp3 sem qualquer restrição. A inexistência de DRM tem ensejado uma grande aceitação da eMusic por parte do público consumidor, e a loja ocupa a segunda posição em vendas *online* de música em formato

⁵⁰⁰ <<http://www.vongo.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁵⁰¹ <<http://www.movielink.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁵⁰² “In this model, rights holders, whether content creators or intermediaries like record labels, would license their works to Stores. Consumers would go to centralized locations online to obtain works. Stores would offer consumers access to works under pay-per-download (PPD), all-you-can-eat-subscription services, or hybrid structures (e.g., subscriptions allowing a fixed amount of downloads per month). To increase their market share and sales, Stores might promote particular works or creators through advertising or recommendation systems just as brick-and-mortar stores do today. DRM might limit various uses of works, including portability or use of works after a limited time period (thus enabling rental models)” (BERKMAN CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY; GARTNER/G2. Content and control: assessing the impact of policy choices on potential online business models in the music and film industries, p. 11-12. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/media/files/content_control.pdf>. Acesso em: 08.01.07).

⁵⁰³ COHEN, Peter. iTunes sues Apple over FairPlay. *PC World*. Disponível em: <<http://www.pcworld.com/article/id,119213-page,1/article.html>>. Acesso em 07.01.07.

⁵⁰⁴ Observe-se que qualquer DAP toca arquivos não-protegidos por sistemas de DRM e TPMs, inclusive o Apple iPod e o Microsoft Zune, e ambos são utilizados fora do ambiente das lojas iTunes e Zune Marketplace, por membros da comunidade do compartilhamento de arquivos.

digital, logo após a iTunes Store, mesmo sem a vantagem que a Apple tem no iPod.⁵⁰⁵ Ao invés de insistir na “legalidade” do serviço, com vinculação de *hardware* específico aos formatos de arquivo comercializados, oferecer faixas a preços módicos sem qualquer restrição de DRM parece ser um modelo de negócios mais viável, e a ausência de DRM um valor que se possa agregar ao produto de modo a oferecer uma alternativa mais convincente, ainda que pouco expressiva, ao compartilhamento. De todo modo, a melhor opção para o consumidor no momento ainda é investir em CDs ou DVDs, pagando não apenas pelo conteúdo, mas por sua base física, encartes, e a possibilidade de extrair cópias, não obstante eventuais TPMs.⁵⁰⁶

3.5.2 Lojas p2p

No segundo modelo de negócios acima indicado, o da loja p2p,⁵⁰⁷ distribuição de conteúdo é feita por meio de redes p2p. Tranfere-se ao consumidor o ônus de cuidar da distribuição, e cobra-se pelo conteúdo ou por serviços relativos ao conteúdo, permitindo-se um “compartilhamento pago”, viabilizado por um sistema de DRM. As arquiteturas de loja p2p têm partido de redes p2p fechadas,⁵⁰⁸ sobre as quais os administradores da loja têm

⁵⁰⁵ GRAHAM, Jefferson. eMusic's pitch: download song – and own it. *USA Today*. Disponível em: <http://www.usatoday.com/tech/products/services/2006-07-30-emusic_x.htm>. Acesso em: 07.01.07.

⁵⁰⁶ A título de exemplo, o disco Sam's Town da banda norte-americana The Killers custava, na época da elaboração desta monografia, US\$ 9.99 na loja Amazon.com, enquanto a versão digital custava US\$ 11.99 na iTunes Store. Conferir: <http://www.amazon.com/Sams-Town-Killers/dp/B000GY729M/sr=8-1/qid=1168320605/ref=pd_bbs_sr_1/105-8653341-9000468?ie=UTF8&s=music>. Acesso em: 08.01.07. A iTunes Store é somente acessível a partir do programa iTunes, que pode ser baixado em: <<http://www.apple.com/itunes/store/>>. Acesso em 08.01.07. A data da consulta de preço foi a mesma do acesso ao site. A menos que o consumidor queira o disco imediatamente, em relação ao produto consultado não é vantajosa a compra em formato digital, não apenas quanto ao preço, mas pelas vantagens adicionais de se comprar o produto em mídia tangível.

⁵⁰⁷ “The P2P Stores’ primary role would be transactional, paying rights holders for works and accepting payment from consumers. Rights holders would individually negotiate licenses of their works to P2P Stores. Content hosting and distribution, while potentially P2P Store activities, would not be core to them” (BERKMAN CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY; GARTNER|G2. *Content and control: assessing the impact of policy choices on potential online business models in the music and film industries*, p. 16. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/media/files/content_control.pdf>. Acesso em: 08.01.07).

⁵⁰⁸ O estudo Berkman Center/Gartner G|2 contempla duas espécies de loja P2P, uma baseada na distribuição de conteúdo em qualquer rede p2p, outra baseada na distribuição em redes fechadas. Há sérios problemas de implementação em relação ao primeiro modelo, pela própria natureza da infra-estrutura das redes p2p e dos hábitos dos compartilhadores de arquivos, de modo que o único modelo viável e em implementação é o segundo apontado: “At least two variations of the model can be imagined. In ‘superdistribution,’ consumers would host and distribute licensed content through any P2P network or other distribution systems.

pleno controle. O modelo de negócios procura transferir os custos de distribuição de conteúdo aos consumidores, ao mesmo tempo em que simula um ambiente que tem a pretensão de simular um autêntico sistema de compartilhamento de arquivos, nos moldes descritos no capítulo anterior.

Atualmente, o sistema KaZaA⁵⁰⁹ encontra-se em transição para o modelo de loja p2p depois de uma longa batalha judicial,⁵¹⁰ apesar da rede FastTrack ainda ser acessível a partir do cliente não-autorizado KaZaA Lite, e utilizada para o compartilhamento de arquivos tradicional.⁵¹¹ Os sistemas iMesh⁵¹² e BearShare,⁵¹³ da mesma forma, depois de problemas judiciais, fizeram a transição para o modelo de loja p2p. Em 2006, Bram Cohen, desenvolvedor do sistema de compartilhamento BitTorrent, anunciou parcerias com diversas empresas da indústria cinematográfica,⁵¹⁴ para o estabelecimento de uma loja p2p baseada em tecnologia *torrent*, modificada de forma a ser integrada em um sistema de DRM. As parcerias explicam o posicionamento anti-neutralidade de rede assumido por Cohen meses antes, uma vez que o sistema a ser implementado na loja BitTorrent depende de tecnologia de *traffic shaping*, desenvolvida pela empresa de monitoramento e controle de tráfego de dados CacheLogic.⁵¹⁵ Observe-se que os acordos de Cohen com a indústria cinematográfica não implicam o término do compartilhamento de arquivos via *torrent*, uma vez que as especificações do protocolo BitTorrent correspondem a *open standards*, e há várias implementações de clientes *torrent* – muitas delas em *software* livre –, fora do controle

Consumers would then download content from each other; downloaded files might allow a certain number of free plays and then force the consumer to pay to retain access. To encourage consumers to distribute licensed content, they might receive a cut of the revenue or other rewards if those who receive the works ‘downstream’ from them then purchase access. P2P Stores and rights holders could seed P2P networks to catalyze this scheme. In ‘closed networks,’ consumers would join a P2P network in which only licensed, authorized files can be shared with and downloaded from others. The P2P Stores would create and maintain this P2P environment. In both cases, consumers could be provided with PPD, subscription, or other payment options, and works could be encumbered by DRM” (BERKMAN CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY; GARTNER|G2. *Content and control: assessing the impact of policy choices on potential online business models in the music and film industries*, p. 16. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/media/files/content_control.pdf>. Acesso em: 08.01.07).

⁵⁰⁹ <<http://www.kazaa.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁵¹⁰ KAZAA site becomes legal service. *BBC Online*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/sci/tech/5220406.stm>>. Acesso em: 08.01.07.

⁵¹¹ A comunidade de usuários se reúne em: <<http://www.kltforums.net/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁵¹² <<http://www.imesh.com/>>. Acesso em 08.01.07.

⁵¹³ <<http://www.bearshare.com/>>. Acesso em: 08.01.07.

⁵¹⁴ <<http://www.bittorrent.com/partners.html>>. Acesso em: 08.01.07.

⁵¹⁵ LIVINGSTONE, Adam. BitTorrent: Shedding no tiers. *BBC Online*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/newsnight/5017542.stm>>. Acesso em 08.01.07.

direto da indústria do conteúdo e da própria BitTorrent, Inc. A configuração técnica da tecnologia *torrent* permite seu uso tanto para compartilhamento de arquivos livre e gratuito, quanto para a composição de uma loja p2p.

3.6 Conseqüências

Nenhuma das estratégias adotadas pela indústria do conteúdo tem surtido efeito e, na maior parte das vezes, os resultados têm sido contrários aos almejados, com o fortalecimento do compartilhamento de arquivos. Os processos voltados aos detentores de tecnologia, apesar de eliminarem pela raiz a perspectiva de novos competidores no mercado e consolidarem a posição ocupada pela indústria, provocaram um deslocamento para a adoção de plataformas de compartilhamento abertas, mais dispersas e menos controláveis, fundadas em *software* livre e *open standards*, incentivando um processo que já ocorria desde o primeiro Napster: a transferência da manutenção de serviços e desenvolvimento de tecnologia de compartilhamento para as mãos dos próprios compartilhadores de arquivo. O resultado, reforçado após MGM v. Grokster, foi o de se pulverizar ainda mais os possíveis pontos de ataque judicial ao compartilhamento de arquivos.

A experiência com processos voltados a usuários individuais e administradores de servidores provou que a distribuição de pontos de ataque torna totalmente ineficazes as tentativas de se derrubar o compartilhamento de arquivos por via judicial: simplesmente há usuários demais para se processar, e cada onda de processos acaba colocando ainda mais em evidência a prática do compartilhamento, inclusive a potenciais usuários dos sistemas: a perspectiva – remota⁵¹⁶ – de um processo não tem intimidado os compartilhadores, e servido como publicidade indireta à prática do compartilhamento. O ataque a servidores, a seu turno, em certa medida centralizados, mas presentes em número bastante expressivo, tem provocado a fragmentação de comunidades de compartilhamento maiores em comunidades menores, que em muitos casos crescem de modo a suplantá-las, em tamanho, a comunidade dissolvida, para serem então derrubadas, e novamente provocarem a formação

⁵¹⁶ MENNECKE, Thomas. RIAA's grand total: 10,037 – what are your odds? *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=769>>. Acesso em: 18.01.07.

de outras comunidades. Em certa medida, a hipótese traçada por Biddle et alii em 2002 tem se confirmado.⁵¹⁷

As ofensivas legislativas, acopladas às ofensivas tecnológicas têm sido igualmente desastrosas. Tudo o que a indústria consegue por *lobby*, e procura implementar por via tecnológica, tem sido igualmente suplantado por via tecnológica, e causado danos colaterais consideráveis a setores da sociedade que não guardam relação direta com os compartilhadores de arquivo, como a comunidade do *software* livre, a comunidade científica, bibliotecas e consumidores em geral. Estes setores têm se organizado em combate aos avanços, em sede legislativa e tecnológica, e o campo de batalha político hoje em dia é muito mais tumultuado do que era há dez anos atrás. Ataques à neutralidade de rede e a defesa de plataformas de *trusted computing* dependem muito de aceitação popular, e tudo indica que a oposição de parcela considerável da sociedade civil, já patente em relação a sistemas de DRM,⁵¹⁸ vai se intensificar em relação a avanços mais radicais.⁵¹⁹

⁵¹⁷ Em artigo de 2002, Biddle et alii, concluem que não há qualquer obstáculo técnico ou jurídico eficiente para a proliferação de redes e tecnologias voltadas ao compartilhamento de conteúdo digital (denominadas no artigo de “*darknets*”). Tecnicamente, no máximo, pode-se falar em inconvenientes a curto prazo, inevitavelmente suprimidos a longo. Juridicamente, por outro lado, se as ameaças provarem-se persistentes, apenas haveria um deslocamento de grandes para pequenas *darknets*, compostas por indivíduos que se conhecem e confiam entre si. Essas *darknets* menores são menos centralizadas e visíveis, socialmente mais coesas, e melhor protegidas contra ofensivas jurídicas. O tráfego de conteúdo continuaria eficiente em razão de conexões estabelecidas entre as *darknets* menores, por meio de seus usuários (exemplificando: o usuário de uma *darknet* é, ao mesmo tempo, usuário de outras, o que possibilita o conteúdo de uma *darknet* passar para as demais). É exatamente o que ocorre atualmente entre as *darknets* que compõem a Scene e as diversas *darknets* que se organizam a partir das infra-estruturas de compartilhamento indicadas no capítulo 2 (em especial, mas não exclusivamente, os trackers privados de *torrent*). Ver: BIDDLE, Peter et alii. *The darknet and the future of content distribution*. Disponível em: <<http://msl1.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf>>. Acesso em: 12.01.07.

⁵¹⁸ HOLAHAN, Catherine. Music fans: dismantle DRM. *Businessweek.com*. Disponível em: <http://businessweek.com/technology/content/jan2007/tc20070105_896787.htm>. Acesso em: 12.01.07. Ver também os sites das campanhas Defective by Design: <<http://www.defectivebydesign.org/>>; Wir Haben Bezahlt: <<http://www.wirhabenbezahlt.de/>>; e Anti-DRM: <<http://www.antidrm.org/>>. Acesso, para todas, em: 18.01.07.

⁵¹⁹ Ver o site da campanha anti-*trusted computing* Against TCPA: <<http://www.againsttcpa.com/>>; e da campanha pró-neutralidade de rede Save the Internet: <<http://www.savetheinternet.com/>>. Acesso, para ambas, em: 18.01.07. Iniciativas de “ambientalismo cultural” (ver *infra*, item 6.3.2.2), uma resposta a avanços maximalistas em sede de direitos de propriedade intelectual, também têm proliferado. Ver, como exemplos, os projetos Creative Commons: <<http://creativecommons.org/>>; Free Culture: <<http://freeculture.org/>>; e Art Liberated: <<http://www.artliberated.org/>>. Também não deve ser ignorada a força de entidades como a Electronic Frontier Foundation: <<http://www.eff.org/>>; Free Software Foundation: <<http://www.fsf.org/>>; Public Knowledge: <<http://www.publicknowledge.org/>>; IPAc: <<http://www.ipaction.org/>>; e Association des Audionautes: <<http://www.audionautes.net/>>. Acesso, para todas, em: 18.01.07.

A indústria do conteúdo recusa-se a adaptar-se às novas tecnologias e desenvolver modelos de negócio com elas compatíveis. Como aponta Crawford, a indústria parece julgar-se titular de um inexistente *direito natural de perseverar diante de qualquer avanço tecnológico*, e espera o reconhecimento incondicional deste direito por parte de outras empresas e da população global.⁵²⁰ Inviabilizada, no momento, por própria ação da indústria, a adoção de estratégias alternativas de compensação, insistindo-se em modelos de negócio baseados em TPMs, sistemas de DRM e *trusted computing* amparados por lei, problemas sérios relacionados à vida cultural, intelectual e política de cidadãos de diversos estados do mundo mostram-se cada vez mais visíveis e urgentes. O papel do compartilhamento de arquivos, enquanto problema a ser investigado, assume importância por ter se transformado em uma forma de reação bastante forte e complexa a avanços da indústria do conteúdo que, em realidade, fazem parte de um contexto maior, de total apropriação cultural e concentração dos meios de produção e distribuição de informação.

Em um cenário político extremamente polarizado, os discursos têm se aglutinado em torno de uma idéia pouco clara, muitas vezes confusa, repleta de problemas e distorções conceituais, mas com valor retórico e simbólico extremamente forte: a de propriedade intelectual. Como próximo passo da investigação, cumpre **colocar à prova de uma análise crítica a idéia de propriedade intelectual**, antes que se possa partir para uma análise de direito positivo. É preciso apreciar o contexto atual de crise da propriedade intelectual, investigar as origens históricas da espécie de propriedade intelectual que o problema de pesquisa envolve – a propriedade intelectual de direito de autor/*copyright* –, estudar quais os argumentos utilizados em sua fundamentação clássica, e como eles são manipulados/transformados pelos discursos contemporâneos, aos quais está exposto o intérprete do direito constitucional positivo. Apenas a partir da identificação, isolamento e análise destes discursos, podemos ter uma idéia de como eles podem ser canalizados à tarefa da interpretação do direito, e verificados contra as disposições da Constituição. Os próximos três capítulos da dissertação cuidam de resolver esses problemas, abrindo espaço para a investigação de ordem dogmático-jurídica a que se dedica o restante da dissertação.

⁵²⁰ CRAWFORD, Susan P. The biology of the broadcast flag. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, v. 25, n. 2, p. 604.

CAPÍTULO 4. A PROPRIEDADE INTELECTUAL EM CRISE

Já se fala, há alguns anos, em crise da propriedade intelectual, com diversos autores⁵²¹ defendendo mudanças estruturais nos sistemas jurídicos de proteção à propriedade intelectual (para fortalecimento ou enfraquecimento), com alguns até anunciando a sua morte. Essa instabilidade é usualmente associada ao desenvolvimento e popularização de certas tecnologias da informação,⁵²² e de fato são essas tecnologias que têm motivado as discussões com as quais nos deparamos hoje em dia. A história da propriedade intelectual, e a do direito autoral, mais especificamente, pode ser estudada a partir do próprio estudo dessas tecnologias, a começar pela invenção da imprensa de tipos móveis.⁵²³ Há uma dinâmica de ação e reação entre novas tecnologias da informação, e as formas jurídicas relativas ao fluxo, controle, produção e uso da informação, dando origem a uma “guerra cultural”⁵²⁴ que demorará anos a ser solucionada.

A crise pela qual passa a propriedade intelectual, contudo, é um fenômeno complexo e multifacetado. Na verdade, deve-se falar em *crises*, no plural, da propriedade

⁵²¹ Dentre vasta literatura, ver, por exemplo: BOLDRIN, Michele; LEVINE, David. The case against intellectual property. *The American economic review*, n. 92, n. 2, p. 209-212; THUROW, Lester C. Needed: a new system of intellectual property rights. *Harvard Business Review*, September-October 1997, p. 95-103; CAHIR, John. The withering away of property: the rise of the Internet information commons. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 4, p. 619-641; DEAZLEY, Ronan. The myth of copyright at common law. *Cambridge Law Journal*, v. 62, n. 1, p. 106-133; WEBER, Rolf H. Does intellectual property become unimportant in cyberspace? *International Journal of Law and Information Technology*, v. 9, n. 2, p. 171-185; LIPTON, Jacqueline. A revised ‘property’ concept for the new millennium? *International Journal of Law and Information Technology*, v. 7, n. 2, p. 171-190; HUGENHOLTZ, Bernt P. Code as code, or the end of intellectual property as we know it. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 6, n. 3, p. 308-318; DRUEY, Jean Nicholas *Information cannot be owned*. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/home/uploads/339/Druey.pdf>>. Acesso em: 15.12.04.

⁵²² Ver, como ilustração, FISHER III, William F. *Promises to keep*, p. 11-37 e 81-133, a respeito da turbulenta dinâmica entre direito e tecnologia digital, em se tratando de direitos de autor sobre fonogramas.

⁵²³ Neste sentido, ver: BURKE, Peter, *Uma história social do conhecimento*, p. 136-140; FEBVRE, Lucien; MARTIN, Henri-Jean, *O aparecimento do livro*, p. 240-247; EISENSTEIN, Elizabeth L., *The printing press as an agent of change*, p. 229, GRENDLER, Paul F., Printing and censorship, In: SCHMITT, Charles B.; SKINNER, Quentin; KESSLER, Eckhard. *The Cambridge history of Renaissance philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 33-34.

⁵²⁴ Para um bom panorama: HUNTER, Dan, Culture war. *Texas law review*, v. 83, n. 4, p. 1106-1117.

intelectual, consistentes em (a) uma crise conceitual; (b) uma crise de modelos de negócios; (c) uma crise de eficácia; (d) uma crise de legitimidade. Essas quatro crises não se manifestam de forma isolada: encontram-se interconectadas e atuam umas sobre as outras, criando uma trama complexa de problemas jurídicos e políticos.

Caso se exija, de início, um enunciado que faça uma síntese das crises no que se refere aos problemas por elas suscitados no **plano jurídico**, pode-se dizer que existe atualmente um quadro de enorme descompasso entre diversas concepções de autor, mercado cultural, obra, consumidor, distribuidor, que acabam por refletir negativamente no aparato normativo e doutrinário, com conseqüências no plano jurisprudencial. No que concerne ao **plano político**, há um descompasso entre concepções de regimes ideais de propriedade intelectual, que se observa tanto em relações indivíduo/estado, quanto em relações estado/estado.

O presente capítulo, e os dois que lhe dão seqüência, compõem uma avaliação crítica dessas concepções descompassadas, indispensável para o esforço de interpretação constitucional que conclui a dissertação.

Neste capítulo, a situação atual de crise é apresentada, o que implica um *esforço de identificação de problemas*, ampliando-se assim a exposição do contexto da questão de pesquisa escolhida, conforme são isolados problemas acessórios ao problema principal do trabalho, que deverão ser necessariamente enfrentados.

O capítulo seguinte, a seu turno, retorna às origens da propriedade intelectual sobre direitos autorais para oferecer um relato histórico-conceitual da formação e evolução do repertório jurídico e semântico que hoje em dia se encontra em estado de total desestruturação. Os problemas introduzidos no presente capítulo, conhecidos de antemão, permitem uma avaliação do percurso dos direitos autorais que seria por demais dispersa caso tivesse início sem qualquer explicação prévia. Controvérsias contemporâneas relacionados à situação de crise da propriedade intelectual conduzirão, desta maneira, a exposição histórica feita no próximo capítulo.

Historicamente contextualizados os problemas de hoje, o capítulo seis dará então fecho à delimitação do problema feita nos três primeiros capítulos e à análise crítica da propriedade intelectual levada a cabo nos dois capítulos subseqüentes, a partir de uma

síntese dos *discursos clássicos* de fundamentação da propriedade intelectual, e de um relato a respeito da incorporação e manipulação destes por um número de *discursos contemporâneos*, que atuam e exercem pressão direta sobre o intérprete da Constituição. Apenas tendo consciência nítida dos argumentos em jogo, e de como eles podem ser racionalmente canalizados ao discurso jurídico, é que se abre caminho para o estudo dogmático que concluirá a dissertação, com a pretensão de oferecer soluções para o problema de pesquisa.

4.1 Crise conceitual

Quando se pergunta o que significa “propriedade intelectual”, as respostas costumam ser ou extremamente simples, ou extremamente complexas. Alguns autores consideram óbvia a noção, principalmente se estiverem trabalhando dentro de uma perspectiva jurídico-dogmática. Propriedade intelectual é o ramo do direito que cuida de temas relacionados aos campos tradicionais da propriedade industrial e dos direitos autorais, bem como outras “propriedades *sui generis*” que repentinamente possam surgir.⁵²⁵ Já se observa aí um grande problema: ao tentar conceituar propriedade intelectual, autores recorrem necessariamente a *outros* conceitos. Quase sempre notam que o termo “propriedade” é de aplicação discutível em relação à idéia de “propriedade intelectual”, mas como a preocupação principal é a exegese de um dado conjunto de normas – via de regra sem nenhuma preocupação com o direito constitucional, além da indicação de um ou dois dispositivos constitucionais –, autores doutrinários ignoram os problemas conceituais relativos à idéia de propriedade intelectual e partem para um esforço cego de interpretação.

Por outro lado, há autores que consideram a noção como extremamente não-óbvia, contra-intuitiva e problemática. Estes autores, na maior parte das vezes, não trabalham dentro de uma perspectiva jurídico-dogmática, apesar de tecerem considerações que se inserem nesta modalidade de investigação.

⁵²⁵ O art. 2 (viii) da Convenção da OMPI, depois de apresentar um rol de sete matérias relacionadas à propriedade intelectual, acrescenta uma cláusula que diz “e todos outros direitos resultantes da atividade intelectual no campo industrial, científico, literário e artístico”. Trata-se de um rol que já parte do pressuposto de que os direitos serão, em algum momento, multiplicados e expandidos. Ver, para o texto da convenção, diretamente no *site* oficial: <http://www.wipo.int/treaties/en/convention/trtdocs_wo029.html>. Acesso em: 22.03.07.

Um dos objetivos do presente trabalho é, com efeito, procurar conciliar uma investigação de caráter dogmático com uma perspectiva que não ignore problemas conceituais relacionados à propriedade intelectual. Para tanto, é preciso apontar quais seriam exatamente esses problemas, e o motivo pelo qual se pode falar em uma crise conceitual.

Dependendo do ponto de vista, essa crise não é recente: desde a fundação dos primeiros institutos jurídicos que se abrigam hoje em dia sob o amplo rótulo “propriedade intelectual”, é possível constatar dificuldades de ordem conceitual, que são ultrapassadas apenas provisória e precariamente pela construção de vastos repertórios de conceitos auxiliares (“autor”, “obra”, “originalidade”, “novidade”, “utilidade”, “forma de expressão”, “execução pública”, “comunicação ao público”, “representação” etc.). Grandes teorias jurídico-dogmáticas que procuram unificar todos os conceitos não resistem a uma análise crítica, fato que é atestado pelo enorme número de teorias existentes.⁵²⁶

Apesar da antiguidade da crise, eclipsada, é verdade, por uma série de construções doutrinárias e normas de direito positivo, ela se encontra nos dias de hoje rumo a um estado de massa crítica. Enquanto isso não ocorre, é importante compreender como a crise da propriedade intelectual se configura no plano conceitual, para que se consiga orientação segura e se evite equívocos na tarefa de interpretação do direito.

A crise conceitual da propriedade intelectual desdobra-se em três problemas inter-relacionados:

- a) A abrangência do rótulo “propriedade intelectual” coloca entraves a uma unidade conceitual;
- b) Contradições internas afetam a própria idéia de propriedade intelectual, refletindo negativamente no campo da justificação/fundamentação de sua proteção jurídica;
- c) Por terem sido incorporadas tardiamente, como elementos estranhos aos ordenamentos jurídicos tradicionais da Europa, as normas de propriedade intelectual são de difícil enquadramento conceitual dogmático.

⁵²⁶ Conforme explicitado no item 4.1.3, *infra*.

Passamos a analisar esses três problemas.

4.1.1 Abrangência do rótulo

A primeira dificuldade conceitual que se observa em relação ao termo “propriedade intelectual” é o fato de que ele corresponde a um rótulo que abriga *diversos* institutos jurídicos, qualitativamente diferentes, sem que a afirmação de uma imaterialidade comum seja o bastante para que se justifique o agrupamento sob uma designação única.⁵²⁷

Falar em propriedade intelectual, com efeito, mais atrapalha do que ajuda. O regime jurídico dos direitos autorais é diferente do regime jurídico do direito patentário, que a seu turno é diferente do regime jurídico das marcas registradas, que finalmente tem pouco a ver com o regime jurídico dos cultivares, topologias de circuitos integrados, bases de dados e outros bens que costumam ser classificados como “propriedade intelectual”.

Este é um problema que não escapa à literatura. Barbosa, por exemplo, após definir propriedade intelectual como “um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de variados gêneros”, afirma que na normativa internacional de propriedade intelectual não se percebe uma tentativa de se estabelecer, sobretudo no TRIPs, “uma elaboração lógica de um substrato comum, a não ser indutivamente”.⁵²⁸

Schechter e Thomas, em obra geral dedicada ao tema da propriedade intelectual, reconhecem que a designação reporta-se a uma série de campos que, apesar de partilharem alguns temas, são em essência bem diferentes.⁵²⁹ O livro acaba se transformando, assim, em três obras distintas: uma sobre *copyright*, outra sobre patentes, e outra sobre marcas registradas.

⁵²⁷ GORDON, Wendy J. Intellectual property. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (eds.). *The Oxford handbook of legal studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

⁵²⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1.

⁵²⁹ “While there are many common themes that pervade the different branches of intellectual property law, the law of copyrights, patents, and trademarks still remain fairly discrete fields. Each is governed by its own separate, and fairly elaborate federal statute, and the cases dealing with problems in one of the areas rarely cite cases from the others” (SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks, p.vii).

Lipsyc, ainda, afirma que apesar da doutrina e do ensino jurídico agruparem propriedade industrial e direitos autorais sob o rótulo da propriedade intelectual, este faz referência a “un amplio espectro de derechos de distinta naturaleza: mientras algunos se originan en un acto de creación intelectual y son reconocidos para estimular y recompensar la creación intelectual, otros, medie o no creación intelectual, se otorgan con la finalidad de regular la competencia entre productores”.⁵³⁰

Hammes, por fim, reconhece que sob a denominação propriedade intelectual reúne-se um grupo heterogêneo de disciplinas, mas defende a existência de unidade conceitual a partir da característica comum da “imaterialidade”. Não hesita, entretanto, em acrescentar o “direito antitruste ou repressão ao abuso do poder econômico” junto aos habituais direito de autor e propriedade industrial, no que a já frágil defesa de unidade conceitual resta insustentável.⁵³¹

A heterogeneidade de institutos abrigada pelo termo é tamanha que até induz alguns autores à inclusão, sob o rótulo, de direitos que *definitivamente* não são de propriedade intelectual. Abrão,⁵³² por exemplo, ao definir “propriedade imaterial” (sinônimo de “propriedade intelectual”), chega a acrescentar, ao lado dos direitos autorais/conexos e propriedade industrial, os direitos de personalidade, que apesar de manterem vínculos com os direitos morais de autor (estes são espécie do gênero que é aquele), não podem ser considerados direitos de propriedade *em hipótese alguma*, pelo simples fato de não serem alienáveis.⁵³³ Propriedade é, por regra, *alienável*, enquanto os direitos da personalidade, por regra, são *inalienáveis*. Não há como conciliá-los em conceito.

Como se pode ver, a expressão “propriedade intelectual”, que surgiu anos depois dos debates em torno da questão da “propriedade literária” no século XVIII,⁵³⁴ é

⁵³⁰ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/Zavalía, 1993, p. 12-13.

⁵³¹ HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*, 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 17-18.

⁵³² ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 15.

⁵³³ Lei n.º 9610/98: “Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”. CC: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

⁵³⁴ Ver *infra*, capítulo 5.

extremamente problemática, mas persiste, como diz Stallman,⁵³⁵ em razão de sua *força retórica*. É conveniente, para os atores da indústria do conteúdo, insistir em uma “propriedade intelectual”, uma vez que a palavra “propriedade” carrega poder considerável, e permite a aplicação extensiva de argumentos de fundamentação e raciocínios jurídicos que talvez sejam relevantes em relação à propriedade material, a bens imateriais, em relação aos quais eles não se mostram adequados.⁵³⁶ Além disso, o termo permite uma confusão entre institutos jurídicos diversos – direitos autorais, patentes, marcas registradas etc. – com o objetivo de servir a uma política de expansão e maximização *em bloco* de normas referentes a esses distintos campos jurídicos, e impedir uma reflexão adequada quanto a que políticas públicas seriam desejáveis em relação a cada instituto específico.⁵³⁷

Infelizmente, contudo, não é possível simplesmente abandonar o termo “propriedade intelectual”. Tão enraizado ele se encontra em legislação e literatura, que é impraticável evitá-lo por completo. Desde a fundação da OMPI em 1967, ademais, o termo inseriu-se de tal maneira no discurso do direito internacional que é uma tarefa inútil tentar abandoná-lo. Deve-se, contudo, aprender a lidar com ele corretamente, especificando-se, *sempre*, a que *tipo* de propriedade intelectual está-se a fazer referência. No caso do presente estudo, os argumentos analisados e os dispositivos constitucionais e legais interpretados são referentes à propriedade intelectual sobre *direitos de autor*.

A idéia de *função social da propriedade intelectual*, à qual fazemos referência na hipótese que sustenta esta dissertação, obterá conformação distinta conforme o instituto de propriedade intelectual específico em questão mude. Ocupar-nos-emos, aqui, da aplicação

⁵³⁵ STALLMAN, Richard M. *Did you say “Intellectual Property”? It’s a seductive mirage*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.xhtml>>. Acesso em: 27.01.07.

⁵³⁶ “The term carries a bias that is not hard to see: it suggests thinking about copyright, patents and trademarks by analogy with property rights for physical objects. (This analogy is at odds with the legal philosophies of copyright law, of patent law, and of trademark law, but only specialists know that.) These laws are in fact not much like physical property law, but use of this term leads legislators to change them to be more so. Since that is the change desired by the companies that exercise copyright, patent and trademark powers, the bias of “intellectual property” suits them” (STALLMAN, Richard M. *Did you say “Intellectual Property”? It’s a seductive mirage*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.xhtml>>. Acesso em: 27.01.07).

⁵³⁷ “Another problem is that, at the broad scale of “intellectual property”, the specific issues raised by the various laws become nearly invisible. These issues arise from the specifics of each law—precisely what the term “intellectual property” encourages people to ignore. For instance, one issue relating to copyright law is whether music sharing should be allowed. Patent law has nothing to do with this. Patent law raises issues such as whether poor countries should be allowed to produce life-saving drugs and sell them cheaply to save lives. Copyright law has nothing to do with such matters” (ibidem).

da cláusula da função social em se tratando de questões relativas aos direitos autorais, mas não ao direito patentário, por exemplo, para o qual ela também é relevante, mas adquire contornos diferenciados. Procuraremos, contudo, traçar elementos comuns que permitam traçar um perfil para outros ramos do direito da propriedade intelectual com base na noção de função social.

Este é um dos únicos caminhos para unidade conceitual e coerência teórico-jurídica, diante do estado de fragmentação do termo:⁵³⁸ um regime jurídico, construído com base considerações de ordem teórica e empírica, que leve em consideração as *formas de produção e aproveitamento de informação e cultura* a partir de um referencial que não dê ênfase exclusiva à apropriação totalizante desses bens por atores privados, sem uma avaliação dos reflexos educacionais, políticos, culturais e econômicos que tal apropriação pode ensejar para outros indivíduos, considerados singular e coletivamente.

4.1.2 Contradições internas

O próprio fato de que se *qualifica* a propriedade como *intelectual* já é sinal de que o conceito não é simples. Propriedade, no sentido original, é um vínculo que envolve pessoas

⁵³⁸ Um outro caminho é tentar encontrar, como Basso, uma síntese teórica no direito internacional, principalmente na conjuntura pós-TRIPs (ver BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 45-63 e 125-126). A julgar pela citada obra, é discutível se a tentativa deu certo: Basso faz uma boa exposição histórica do desenvolvimento do direito internacional da propriedade intelectual, mas propõe uma unificação teórica com base no TRIPs que acaba por não executar: faz, é verdade, uma exegese minuciosa do TRIPs, mas não chega, todavia, à integração teórica anunciada no início e na conclusão do livro; chega a uma potencial integração entre *tratados* de propriedade intelectual, que não soluciona os impasses observados plano teórico, apenas os contorna.

A seguinte passagem ilustra muito bem o afirmado: “Todas as teorias reconhecem a necessidade de proteção das criações imateriais. Daí por que entendemos que todas elas possam ser agrupadas em torno de uma proposição comum, já que todas estão a serviço de uma melhor proteção desses direitos. As várias teorias não são contraditórias, e sim complementares e podem ser acomodadas. Propomos uma visão integradora que pode ser facilitada pelo direito internacional, especialmente através do TRIPS, que faz parte do Acordo da OMC” (Ibidem, p. 63). Logo em seguida, Basso reproduz o rol de institutos de propriedade intelectual incluído no TRIPs, o que confirma o problema apontado em 4.1.1, *supra*.

Ainda que fosse bem sucedida a empreitada, contudo, é questionável se ela sequer deveria ser feita a partir de um instrumento de legitimidade discutível como o TRIPs. Ver, levantando problemas de ordem política ignorados pelo esforço de Basso: DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: The New York Press, 2003; NETANEL, Neil Weinstock. Asserting copyright's democratic principles in the global arena. *Vanderbilt law review*, v. 51, n. 2, p. 217-329; DREYFUSS, Rochelle Cooper. TRIPS – round II: should users strike back? *The University of Chicago law review*, v. 71, n. 1, p. 21-35; MASKUS, Keith E. Lessons from studying the international economics of intellectual property rights. *Vanderbilt law review*, v. 53, n. 6, p. 2219-2244.

e coisas, objetos físicos, tangíveis e portanto passíveis de apropriação. Acrescentar a qualificação *intelectual* ao termo “propriedade” é algo que demanda justificação, uma vez que contraria a própria natureza da palavra ao inserir um elemento estranho ao conceito ao qual ela faz referência.

Em uma passagem célebre do *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, diz Rousseau: “O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo”.⁵³⁹ Sem o objetivo de entrar no mérito da propriedade – no sentido de *correção* – da afirmação de Rousseau, feita em 1753, época em que ainda encontravam-se em desenvolvimento os argumentos de fundamentação para a propriedade literária autoral, ela suscita três questões interessantes:

- a) Como colocar cercas em um objeto imaterial?;
- b) Como dizer, a respeito de um objeto imaterial, “*isto é meu?*”;
- c) Como fazer com que as pessoas acreditem que um objeto intocável e invisível seja meu?

Em relação à propriedade sobre objetos tangíveis, não é difícil imaginar alguém cercando um pedaço de terra e afirmando sua apropriação. Também não é difícil imaginar “pessoas suficientemente simples” que acreditem na afirmação. Transferida a situação para objetos imateriais, contudo, não apenas é complicado cercar o que não tem dimensões físicas, como é problemática a afirmação de sua titularidade. Não só por não se tocar o que não é tocável, mas principalmente por não se criar *nada* absolutamente do zero. Toda atividade de criação cultural é condicionada por esforços pretéritos *alheios* de criação.

No ato de criação de uma obra sempre há recurso a idéias, conceitos, tradições, costumes, herança cultural etc., que não pertencem à pessoa que afirma titularidade sobre o bem e, ao contrário, são de propriedade de *todos* ou *de nenhum*. Além disso, a aceitação da afirmação de titularidade sobre um bem imaterial é conturbada mesmo em se tratando de “pessoas suficientemente simples”, porque direitos de propriedade intelectual correspondem

⁵³⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Rousseau* (Os Pensadores). São Paulo: Abril, 1978, p. 259. Grifos no original.

a feixes de direitos que, em muitos casos, contrariam práticas usuais de compartilhamento cultural.⁵⁴⁰ Se é fácil acreditar que José Saramago é autor de *Ensaio sobre a cegueira*, e portanto titular de alguns interesses sobre a obra, como, por exemplo, o de ser reconhecido como seu autor, é mais problemático aceitar que não se possa reproduzir reprograficamente um exemplar do livro para presentear um amigo que nunca iria comprá-lo. Isso vai contra o impulso humano de se compartilhar narrativas, e vai contra a facilidade com que, por ser imaterial, o conteúdo intelectual pode ser replicado e disseminado sem que ninguém seja dele privado. Se houvesse, por exemplo, uma máquina que duplicasse sanduíches, seria igualmente difícil acreditar na existência de leis proibindo a reprodução de sanduíches, ainda mais diante de um contexto de miséria global.⁵⁴¹

Reproduz-se e divide-se material cultural com uma facilidade e vontade que não são observáveis em relação a bens materiais justamente porque eles são *bens públicos*, no sentido econômico da palavra: ou seja, porque são bens não-rivais e não-excluentes.⁵⁴² Não há, em

⁵⁴⁰ Uma passagem extraída de uma carta de Thomas Jefferson, freqüentemente citada pela literatura norte-americana – principalmente em razão de seu uso em *Graham v. John Deere CO.* (Supreme Court, 1966), é bastante significativa: “Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society. It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. *He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation.* Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from any body” (JEFFERSON, Thomas. Writings of Thomas Jefferson VI, *apud* *Graham v. John Deere CO.* Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/383/1.html>>. Acesso em: 02.02.07. Grifamos).

⁵⁴¹ O exemplo é de Stallman: STALLMAN, Richard. Let's share! *openDemocracy*. Disponível em: <http://www.opendemocracy.net/media-copyrightlaw/article_31.jsp>. Acesso em: 26.01.07.

⁵⁴² Bens são excluentes se for relativamente fácil excluir indivíduos de consumi-los uma vez produzidos, e não-excluentes se for impossível ou muito custosa a exclusão. São não-rivais se o consumo de uma unidade adicional do bem implicar custo marginal social zero. (NICHOLSON, Walter. *Microeconomic theory: basic principles and extensions*, 8th ed. Sem local: South-Western/Thomson Learning, 2002, p. 670-671). Bens públicos *puros* são ao mesmo tempo não-rivais e não-excluentes. Mas basta que um bem seja estritamente não-rival para que seja considerado público (outro nome utilizado para designar um bem público excluyente é *club good*). Ver SAMUELSON, Paul. The pure theory of public expenditure. *The review of economics and statistics*, v. 36, n. 4, p. 387-389; BUCHANAN, James M. An economic theory of clubs. *Economica*, v. 32, n. 165, p. 1-14; HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Introduction: An Overview of the Knowledge Commons.

outras palavras, escassez natural. Estes bens são inexauríveis, e qualquer escassez que exista é hoje em dia provocada apenas artificialmente, a partir do ordenamento jurídico.⁵⁴³ É difícil chamar de propriedade o que todos, pelo menos potencialmente, do mesmo podem ter sem desprover os demais.⁵⁴⁴

Que contradições internas referentes ao termo “propriedade intelectual” existam, contudo, não impediu que a noção se desenvolvesse, ainda que inconsistentemente. Respostas às questões acima colocadas foram desenvolvidas na França, Inglaterra e Alemanha do século XVIII, com formação subsequente e concorrente de instrumentos jurídicos e filosófico-doutrinários para a sustentação de uma *propriedade literária autoral*, conforme se verá.

Instrumentalização jurídica solucionaria o problema das cercas: criar-se-iam direitos sobre bens imateriais, cuja natureza jurídica, entretanto, distancia-se da do direito de propriedade em pontos fundamentais. Mas o problema teria sido provisoriamente solucionado, a partir da criação de uma escassez artificial de bens públicos, promovida pelo direito. **Instrumentalização filosófico-doutrinária**, a seu turno, daria conta da segunda questão, desenvolvendo-se então uma base de fundamentação para a idéia de propriedade literária autoral, que nos anos seguintes seria projetada de “literária” para “literária, artística e científica”, e daí para “intelectual”.

A partir desses esforços de instrumentalização passou-se a acreditar na existência de uma propriedade intelectual, como se esse fosse um conceito pouco problemático. Mas essa é uma crença que apenas pode ser sustentada de forma débil: apesar dos instrumentos indicados, os problemas de consistência lógica continuariam até os dias de hoje. As soluções são sofisticadas, mas não conseguem superar a contradição que é interna à própria idéia de propriedade intelectual, com reflexos bastante problemáticos para a legitimidade das

In: *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*. Cambridge: MIT Press, 2006; BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 35-36.

⁵⁴³ Os suportes físicos do conteúdo, naturalmente escassos, nunca foram pleno óbice para sua reprodução. No passado, constituíam obstáculo de força variável (copiar um poema à mão, por exemplo, é mais fácil do que copiar um livro). Nos dias de hoje, contudo, digitalização e mídia barata de armazenamento permitem duplicação inesgotável de conteúdo a custos extremamente baixos e, dependendo do caso, tendentes a zero.

⁵⁴⁴ É possível, contudo, falar-se em “propriedade” no sentido de “autoralmente atribuível a uma pessoa”. Entramos, com esta colocação, no plano dos direitos morais, no que se percebe como é problemática a natureza multifacetada da propriedade intelectual sobre direitos autorais.

normas jurídicas positivadas, e para sua exegese no plano dogmático, ainda mais quando fundada em interpretação teleológica acrítica, como se verá.

4.1.3 Natureza jurídica

É muito simples, raciocinando-se por um viés estritamente econômico e empresarial, admitir a existência de uma propriedade intelectual. Na atuação cotidiana das empresas que compõem a indústria do conteúdo, este não é um problema: o conteúdo imaterial, fixado ou não em suporte físico, que seja plenamente transacionável, *independentemente da existência de um regime jurídico que controle sua qualidade de bem público* é, efetivamente, considerado propriedade da empresa.⁵⁴⁵ Desde que o bem seja passível de ser transacionável – intervenção do direito para a redução de custos de transação e incentivos para produção à parte –, já é possível cogitar-se, *economicamente*, de propriedade intelectual. Quando, entretanto, o direito passa a regular produção, uso e transmissão de informação a partir de um regime jurídico de propriedade intelectual, problemas começam a surgir. A absorção da noção, fácil de se aceitar economicamente, é tormentosa no plano jurídico.

No que concerne aos direitos autorais, o problema da natureza jurídica é uma questão que decorre da gênese histórica desses direitos. Na Europa da Renascença e da modernidade, tanto os países da família da *common law* quanto os da família romano-germânica absorveram, com alguma medida de choque, direitos que não faziam parte de seus repertórios jurídicos tradicionais. Esses direitos foram sendo *criados* aos poucos, promovidos por atividades comerciais que surgiram na esteira de desenvolvimentos sociais e tecnológicos, e incorporados como elementos estranhos às ordens jurídicas então existentes, inseridos de forma pouco sutil a repertórios normativos e conceituais que não estavam

⁵⁴⁵ Pode ser estrategicamente desejável, evidentemente, que elas existam, mas um conceito *econômico* de propriedade intelectual, como por exemplo o de Landes e Posner, ressalta explicitamente a desnecessidade de um regime jurídico de propriedade: “By ‘intellectual property’ we mean ideas, inventions, discoveries, symbols, images, expressive works (verbal, visual, musical, theatrical), or in short any potentially valuable human product (broadly, ‘information’) that has an existence separable from a unique physical embodiment, whether or not the product has actually been ‘propertized,’ that is, brought under a legal regime of property right” (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge: Bellknapp Press, 2003, p. 1).

preparados para acomodá-los.⁵⁴⁶ Nasceram, ademais, de regimes de privilégios e práticas comerciais incompatíveis com os sistemas políticos democráticos que foram sendo implantados durante a modernidade. Este legado atormenta, até hoje, tentativas doutrinárias de acomodação dos direitos de propriedade intelectual aos sistemas jurídicos que os receberam.

Nas ordens jurídicas que seguem a tradição romano-germânica, o problema é mais fácil de ser constatado, (a) pela total ausência, no direito romano, de um direito de propriedade sobre bens imateriais;⁵⁴⁷ (b) pelo elemento complicador dos direitos morais, vinculados ao regime dos direitos de personalidade; e (c) pela tendência do direito e juristas da Europa continental a grandes sistematizações – pretensamente racionais e coerentes – que se intensificou após a era das codificações, a partir de um desenvolvimento jurídico movido em grande parte por esforços acadêmicos.⁵⁴⁸

Apesar de algumas afinidades serem constatáveis entre a propriedade intelectual e os direitos reais – como, principalmente, o fato de ambos serem *absolutos* no sentido de oponíveis *erga omnes* –, o aparato conceitual referente ao sistema de direitos reais não é

⁵⁴⁶ Ver *infra*, capítulo 5.

⁵⁴⁷ Gautier contesta essa colocação, afirmando que os romanos conheciam perfeitamente a noção de “obra do espírito”. Dedicar, contudo, na exposição histórica que faz a respeito da propriedade literária e artística apenas um parágrafo ao direito romano, afirmando que o faz por razões de espaço – o que soa curioso em um livro que já tem cerca de 900 páginas –, e logo no parágrafo seguinte faz um salto de centenas de anos até a Renascença, antes remetendo o leitor às *Institutas*, livro II, título I, §§ 33 e 34. (GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*, 5e ed. Paris: PUF. 2004, p. 16).

Ocorre que os dois parágrafos das *Institutas*, apesar de consistirem uma interessante construção jurídica que aponta para uma separação entre obra e suporte físico, são soluções *ad hoc* bastante precárias para problemas que envolvem *propriedade sobre o suporte físico em que se fixou um texto ou uma pintura*, resolvidos com recurso ao instituto da *acessão*, o qual nossa legislação civil herdou no que concerne a bens corpóreos (CC, arts. 1248 e ss.). Nos parágrafos mencionados por Gautier, apesar dos interesses dos autores de textos (33) e pinturas (34) serem em alguma medida relevantes, o que pesa mais é a propriedade do pergaminho e da tela. Não há neles um conceito jurídico de propriedade intelectual ou de direitos autorais, mas disposições que gravitam em torno da propriedade de bens corpóreos. Com efeito, apesar da distinção romana entre *res corporales* (coisas) e *res incorporales* (direitos), não havia um efetivo direito de propriedade intelectual autoral, e o conceito romano de propriedade restringia-se a bens corpóreos. (ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 256-258; CRETELLA JÚNIOR, José Cretella. *Curso de direito romano*, 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 111 e 113) Pereira, inclusive, afirma que a distinção entre bens corpóreos e incorpóreos não tem relevância no direito civil contemporâneo, apesar de talvez ter algum uso em relação a “certos direitos, que se aproximam do de propriedade, mas não se podem, com rigor, definir como direitos dominiais”. Dentre estes direitos inclui os de propriedade intelectual, bem como a propriedade sobre o fundo de comércio (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1, 19ª ed., p. 258). Propriedade intelectual é, indiscutivelmente, uma invenção da modernidade.

⁵⁴⁸ Ver WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 365-395; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 45-89.

compatível com alguns traços distintivos da propriedade intelectual. É questionável, portanto, se estamos a nos referir a um direito real e, sobretudo, a uma autêntica *propriedade*, no sentido jurídico tradicional. Esforços doutrinários dedicados à natureza jurídica dos direitos autorais refletem este problema. Se há autores que não hesitam em incluí-los dentre os direitos reais,⁵⁴⁹ há autores que não concordam com a classificação.⁵⁵⁰

Apesar da controvérsia, é possível tomar um posicionamento seguro em relação a este ponto. Ainda que seja difícil dizer qual é exatamente a natureza jurídica dos direitos autorais, é pelo menos coerente afirmar que eles *não têm natureza jurídica de direito real de propriedade*. Não são “propriedade” intelectual em um sentido propriamente jurídico, apesar de a literatura jurídica aceitar o rótulo. São tantos os obstáculos que se impõem aos que queiram fazer a equiparação entre direitos autorais e o direito real de propriedade, que ela se torna insustentável. Lipszyc indica, como alguns desses obstáculos, os seguintes:⁵⁵¹

- a) O direito de autor é exercido em relação a uma criação intelectual, não em relação a uma coisa. O suporte físico sobre o qual é fixada a obra é uma coisa, mas o conteúdo em si não;
- b) O direito de autor nasce de um ato de criação, e não pelas formas usuais de aquisição da propriedade;

⁵⁴⁹ Silveira, por exemplo, considera a propriedade intelectual em geral como “presente nas três categorias dos direitos subjetivos: os direitos reais, os direitos de personalidade e os direitos obrigacionais”, mas “se nos restringirmos, entretanto, apenas à vertente patrimonial desses direitos, a propriedade intelectual irá consistir em direitos reais sobre bens imateriais” (SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*, 3ª ed., p. 88).

⁵⁵⁰ Diz Ascensão: “Os bens intelectuais não são objecto de propriedade, mas de direitos de exclusivo, de natureza diferente. Nenhum dos preceitos aplicáveis à propriedade, que não sejam resultantes de características comuns a todos os direitos absolutos, se aplica aos direitos intelectuais. Por isso concluímos há pouco que os bens intelectuais não são objecto de direitos reais; e a aplicação subsidiária das regras de direito real só poderá fazer-se em relação a disposições não características da propriedade, como as dos arts. 1208.º e 1309.º, por exemplo” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*, 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 39).

Gomes, por sua vez, opta por fazer referência a uma nova categoria, a da “quase-propriedade”: “O fenômeno da *propriedade incorpórea* explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade, mas embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, porque também são exclusivos e absolutos, com ela não se confundem. A assimilação é tecnicamente falsa. Poderiam enquadrar-se, contudo, numa categoria à parte, que, alhures, denominamos *quase propriedade*” (GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 99, grifos no original).

Ver ainda, entendendo não ser essencial a inclusão da propriedade intelectual dentre os direitos reais: GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. O fundamento científico da função social da propriedade intelectual. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

⁵⁵¹ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, p. 20-21.

- c) O prazo de proteção dos direitos autorais é limitado, via de regra pela vida do autor mais um número de anos após sua morte. A duração do direito de propriedade é ilimitada;
- d) O regime de co-autoria não se confunde com o regime do condomínio;
- e) Não se cogita de direitos morais no regime do direito de propriedade;
- f) Nos sistemas de direito de autor que reconhecem a existência de direitos morais não há possibilidade de transferência plena destes direitos para terceiros.

Permanece, assim, a questão da crise conceitual da propriedade intelectual sobre direitos de autor, no plano da natureza jurídica. As abordagens teóricas que procuram uma solução ao problema são diversas,⁵⁵² e em alguns casos sequer conseguem lidar satisfatoriamente com o problema histórico da transição de um regime de privilégios para um regime de direitos (direitos reais?; direitos intelectuais?; privilégio legal? monopólio limitado?).

Diante da dificuldade conceitual, chega-se à posição doutrinária de que “hoje é assente que direitos de autor formam um sistema de direitos *sui generis*, e, no Brasil, inserem-se na categoria jurídica dos direitos civis”.⁵⁵³ O que não resolve, de forma alguma, o problema. Muito pelo contrário, não apenas o reforça, como dá continuidade à situação de crise conceitual na qual se encontra a propriedade intelectual.

4.2 Crise de modelos de negócio

A expressão “modelo de negócios”, apesar de freqüentemente utilizada na imprensa e na literatura de diversas áreas, não costuma ser definida. Isso talvez aconteça porque a

⁵⁵² Lipszyc identifica cinco grupos de teorias: a) teoria do direito de propriedade; b) teoria do direito sobre bens imateriais; c) teoria do direito da personalidade; d) teoria do direito pessoal-patrimonial; e) teoria dos direitos intelectuais. Lipszyc também faz referência a outras teorias mas desiste de fazer um estudo exaustivo em razão do grande número de abordagens existente. Ver LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, p. 19-27. Ainda: PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 113-119; BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*, p. 28-37).

⁵⁵³ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 35. Ver também: BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*, 1º v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 273-274; BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 17.

idéia seja de certa forma intuitiva: faz referência, em linhas gerais, à forma ou maneira de ser do *conjunto de práticas* adotado por uma empresa em suas atividades negociais. Chesbrough e Rosenbloom, notando a falta de definição do termo, estruturaram uma útil definição por funções de um modelo de negócios. Conforme os autores, um modelo de negócios seria um esquema que teria seis funções:⁵⁵⁴

- 1) Articular uma *proposição de valor*, destinada ao público consumidor, latente em uma dada tecnologia;
- 2) Identificar um *segmento de mercado* composto por usuários da tecnologia, a partir de critérios de utilidade e propósito desta tecnologia aos usuários;
- 3) Definir a estrutura de uma *cadeia de valor* para a empresa, necessária para criar e distribuir o bem oferecido, determinando bens complementares para a sustentação da posição da empresa na cadeia;
- 4) Especificar *mecanismos de geração de receita* para a empresa, estimando estrutura de custos e margens-alvo para a produção do bem, levando em conta a proposição de valor e a cadeia de valor;
- 5) Descrever a posição da empresa dentro de uma *rede de valor* que conecta fornecedores a consumidores, identificando ainda atores que possam complementar ou competir com a empresa;
- 6) Formular uma *estratégia competitiva*, que parta de inovações tecnológicas para assumir e assegurar uma posição de vantagem em relação a competidores.

Os avanços tecnológicos recentes, por permitirem o fácil acesso, pela população em geral, a instrumentos de manipulação e distribuição de bens informacionais, têm violentamente desestabilizado os modelos de negócio tradicionais das empresas da indústria do conteúdo, que não têm conseguido reagir às mudanças. Ao invés de aproveitar a oportunidade para reestruturar seus modelos de negócios, a estratégia da indústria é a oposta: reestruturar tecnologia, direito e o comportamento da população em prol da manutenção de modelos de negócio que não têm mais chance de subsistir diante da atual

⁵⁵⁴ CHESBROUGH, Henry. *Open innovation: the new imperative for creating and profiting from technology*. Boston: Harvard Business School Press, 2006, p. 64-68.

conjuntura tecnológica e cultural. O objetivo da indústria, como as ações descritas no capítulo anterior indicam, é a sustentação de uma economia de informação estritamente industrial em uma época em que formas alternativas de produção e aproveitamento de informação têm despontado.

Os modelos de negócios da indústria do conteúdo, atualmente, não conseguem articular uma proposição de valor que o público consumidor entenda por desejável, identificam erroneamente os segmentos de mercado para os quais conteúdo é criado e proposto, têm como imutáveis cadeias e redes de valor que se encontram, ao contrário, em transformação e, sobretudo, são incapazes de elaborar uma estratégia competitiva adequada às mudanças tecnológicas.

Tem se mostrado cada vez mais inviável a sustentação de núcleos altamente centralizados e de difícil acesso, que concentram os meios necessários para a produção e distribuição de conteúdo para um público de massas. Isso implica uma inevitável reestruturação de qualquer modelo de negócios que parta do pressuposto de que essas estruturas centralizadas persistirão, sob pena das empresas que deles se valham restarem *totalmente excluídas* das cadeias de valores referentes à produção e distribuição de bens intelectuais. Os direitos de propriedade intelectual que sustentam as estruturas industriais – e que, por sinal, evoluíram de modo a sustentá-las –, por conseguinte, também acabam sendo afetados pela crise de modelos de negócios. Daí se falar que a crise da propriedade intelectual também é uma crise de modelos de negócios.

Para compreender essa dimensão da crise da propriedade intelectual, é fundamental analisar como as estruturas de produção industrial de informação têm sido desestabilizadas, e como novas formas de produção de informação *fora do mercado* têm surgido como alternativas promissoras para uma série de problemas sociais, investindo cidadãos de liberdade individual (autonomia), liberdade política e liberdade cultural, com conseqüências potencialmente benéficas, inclusive, para problemas de justiça distributiva e desenvolvimento econômico em escala global. A análise feita em seguida parte,

principalmente, de contribuições diversas feitas por Benkler aos campos da economia, política e direito.⁵⁵⁵

4.2.1 O desenvolvimento de uma economia de informação industrial e sua transição para uma economia de informação em rede (Benkler)

Os modelos de negócios da indústria do conteúdo, bem como os de outras indústrias baseadas em regimes fortes de propriedade intelectual (por exemplo: a indústria farmacêutica, a indústria de sementes, a indústria de aparelhos eletrônicos etc.), partem do pressuposto de que os *meios de produção e distribuição de informação*, globalmente considerados,⁵⁵⁶ estarão sempre concentrados nas mãos de um número reduzido de atores, fora do alcance da população em geral.⁵⁵⁷

Os meios de produção e distribuição de informação – que sempre estiveram, em alguma medida, reduzidos às mãos de poucos –, iniciaram, desde a explosão do comércio do livro, após a invenção da imprensa no século XV, um percurso de centralização gradativa, que culminou na formação da indústria do conteúdo tal como ela é constituída hoje em dia. Estruturas econômicas, jurídicas, tecnológicas e culturais acompanharam essa

⁵⁵⁵ Primeiramente propostas em diversos artigos, e sintetizadas em: BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006.

⁵⁵⁶ No que se inclui, também, o *conhecimento sobre como produzir*, que deve ser tomado, por si só, como um instrumento. Ninguém produz um artigo científico sem conhecer o estado da arte sobre o assunto e os processos de construção sócio-históricos de uma área de conhecimento. O mesmo se diga para a produção de texto em outras modalidades (para produzir um artigo acadêmico é necessário conhecimentos específicos, de forma e conteúdo, que são diferentes dos conhecimentos necessários para a produção de um romance ou para a descrição publicitária de produtos). O mesmo raciocínio se estende para obras audiovisuais, performances teatrais etc.

⁵⁵⁷ Observe-se que nos casos em que o meio de *produção* está ao alcance de todos, são os meios de *editorialização e distribuição* que estão fora de alcance. Tomemos como exemplo a produção de um romance: não é necessário, além do repertório intelectual, tempo e esforços mentais do autor, nada além de lápis e papel; os meios estão ao alcance de muitos. Para publicação e distribuição do livro, entretanto, os instrumentos são outros, sendo imprescindível o acesso a gráficas, *know-how* editorial e mercadológico, bem como redes de distribuição consolidadas para escoamento do produto: os meios estão concentrados nas mãos de editoras. Em relação a outros campos de produção intelectual humana, os próprios instrumentos de *produção* encontram-se concentrados nas mãos de poucos. Basta atentar para a produção cinematográfica *em película* (vídeo é bastante acessível nos dias de hoje, mas a produção em película continua sendo extremamente centralizada, pelos altos custos de produção).

centralização, dando origem, na terminologia adotada por Benkler⁵⁵⁸, a uma economia de informação industrial (*industrial information economy*) que se encontra, por força de mudanças econômicas, tecnológicas e sociais (perceba-se a ausência de “jurídicas”), em transição para uma economia de informação em rede (*networked information economy*).

Narra Benkler que as estruturas dos mercados de massa atendidos pela indústria do conteúdo começaram a efetivamente se desenvolver em meados do século XIX, conforme a criação de imprensas mecanizadas de alto custo/volume e o telégrafo ampliaram a circulação de jornais e os transformaram em plataformas de massa para o discurso público e político. A introdução subsequente de tecnologias de radiodifusão sonora e visual reforçou o modelo de distribuição massificada de conteúdo, em que um número reduzido de produtores e distribuidores de informação serve a audiências extremamente amplas. A indústria do entretenimento assumiu a mesma estrutura, e iniciativas estatais de regulação incorporaram o modelo produtor/consumidor de informação ao arcabouço jurídico de diversos países ao redor do mundo.⁵⁵⁹

Os modelos de negócios que foram surgindo partiram, assim, da seguinte configuração: centralização dos meios de produção e distribuição de informação, voltada ao atendimento dos gostos, no mercado, de uma massa de consumidores passivos e acríticos. Acríticos porque a função de *crítica* (literária, cinematográfica, científica etc.), que igualmente consiste em *produção* de conteúdo, foi por consequência avocada por um número reduzido de atores – críticos profissionais de literatura, cinema, música, teatro etc. –, de modo que o único papel reservado ao público em geral nos anos seguintes foi o de receber e consumir conteúdo passivamente. Não se podia manipular ou reproduzir este

⁵⁵⁸ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 1-28.

⁵⁵⁹ “Over the course of the twentieth century, in some of the most culturally visible industries like movies and music, copyright law coevolved with the industrial model. By the end of the twentieth century, copyright was longer, broader, and vastly more encompassing than it had been at the beginning of that century. Other exclusive rights in information, culture, and the fruits of innovation expanded following a similar logic. Strong, broad, exclusive rights like these have predictable effects. They preferentially improve the returns to business models that rely on exclusive rights, like copyrights and patents, at the expense of information and cultural production outside the market or in market relationships that do not depend on exclusive appropriation. They make it more lucrative to consolidate inventories of existing materials. The business that developed around the material capital required for production fed back into the political system, which responded by serially optimizing the institutional ecology to fit the needs of the industrial information economy firms at the expense of other information producers” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 56-57).

conteúdo, e mesmo o que *pensar* a respeito dele era determinado principalmente por críticos profissionais (que inclusive conduziam o consumidor a outros produtos, pretéritos e futuros). A essa configuração estrutural dos processos de produção, distribuição e consumo de conteúdo, dá-se o nome de *economia de informação industrial*.

A situação atual, entretanto, após a proliferação de um grupo diversificado de tecnologias da informação e comunicação, é a de uma crescente descentralização dos instrumentos de produção e distribuição de informação, o que tem erodido as práticas comerciais das empresas que compõem a indústria do conteúdo, modificando o papel exercido pelo destinatário final do conteúdo na cadeia de valor assumida pelos modelos de negócios tradicionais. Estratégias de produção de informação fora do mercado, bem como um novo modelo de produção de informação pautado pela ação coordenada e coletiva de um grande número de indivíduos, em alto grau de dispersão geográfica, fundada não na proteção maximalista à propriedade intelectual, mas no desenvolvimento e manutenção de um *commons* (*commons-based peer production*), têm impulsionado a formação de uma *economia de informação em rede* que oferece toda sorte de desafios à economia de informação industrial, e está transformando radicalmente os modos de produção, distribuição e utilização de bens culturais, solapando as bases dos modelos de negócios tradicionais da indústria do conteúdo⁵⁶⁰ e a própria concepção usual de propriedade intelectual.

⁵⁶⁰ Para uma descrição mais pormenorizada dos modelos de negócios em questão (cinema, livros, música, *software*, televisão etc.), a partir de um ponto vista econômico: VOGEL, Harold L. *Entertainment industry economics: a guide for financial analysis*, 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Para a indústria musical, conferir, conforme a perspectiva de advogados da indústria: KRASILOVSKY, M. William; SHEMEL, Sidney; GROSS, John M. *This business of music: the definitive guide to the music industry*, 9th ed. New York: Billboard Books, 2003; GUEIROS JUNIOR, Nehemias. *O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber*, v. I: a música, 3^a ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005. Para a indústria cinematográfica, sob o ponto de vista de diretores: LUMET, Sidney. *Making movies*. New York: Vintage, 1996; RABIGER, Michael. *Directing: film techniques and aesthetics*, 2nd. Boston: Focal Press, 1997, p. 473-594; sob o ponto de vista de roteiristas: ADAMS, Max. *The screenwriter's survival guide: or, guerilla meeting tactics and other acts of war*. New York: Warner Books, 2001; TROTTIER, David. *The screenwriter's bible: a complete guide to writing, formatting, and selling your script*, 3rd ed. Los Angeles: Silman James, 1998.

4.2.2 Inovação tecnológica e a mutação do perfil de consumidor (Benkler)

Conforme processadores baratos com alto poder computacional foram se popularizando e sendo conectados em rede global, com a capacidade para armazenamento e transmissão de dados gradualmente aumentando, duas tendências que direcionavam o andamento produção cultural da economia de informação industrial passaram a ser colocadas à prova: concentração e comercialização.⁵⁶¹ O barateamento do custo do capital físico para a produção e comunicação de significado, bem como as possibilidades de interação proporcionadas pela Internet, desconcentraram os meios de produção e distribuição de conteúdo, emergindo destes avanços tecnológicos uma economia de informação em rede pautada por estratégias de produção de informação que não se baseiam exclusivamente em mercados e hierarquias empresariais.⁵⁶²

Ademais, desenvolvimento tecnológico de *outros* instrumentos para produção de conteúdo – como câmeras digitais e *software* social etc. – também exerce papel de relevo no movimento de transição entre economias de informação. Até não muito tempo atrás, por exemplo, era inviável montar um estúdio musical caseiro, o que hoje está ao alcance de um número razoavelmente grande de indivíduos,⁵⁶³ que não dependem, portanto, de um

⁵⁶¹ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 3-32.

⁵⁶² “Two fundamental facts have changed in the economic ecology in which the industrial information enterprises have arisen. First, the basic output that has become dominant in the most advanced economies is human meaning and communication. Second, the basic physical capital necessary to express and communicate human meaning is the connected personal computer. The core functionalities of processing, storage, and communications are widely owned throughout the population of users. Together, these changes destabilize the industrial stage of the information economy. Both the capacity to make meaning – to encode and decode humanly meaningful statements – and the capacity to communicate one’s meaning around the world are held by, or readily available to, at least many hundreds of millions of users around the globe. Any person who has information can connect with any other person who wants it, and anyone who wants to make it mean something in some context, can do so. The high capital costs that were a prerequisite to gathering, working, and communicating information, knowledge, and culture, have now been widely distributed in the society. The entry barrier they posed no longer offers a condensation point for the large organizations that once dominated the information environment. Instead, emerging models of information and cultural production, radically decentralized and based on emergent patterns of cooperation and sharing, but also of simple coordinate existence, are beginning to take on an ever-larger role in how we produce meaning – information, knowledge, and culture – in the networked information economy” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 32-33).

⁵⁶³ “Today, a home computer capable of word processing, editing video, and recording, sampling and mixing music can be purchased for under \$900. Recording and editing software and hardware can be purchased for approximately \$150. These elements combined enable a musician to record music at home with almost the same acoustical quality as music recorded in a professional studio. Similarly, a competitive professional home

contrato com uma gravadora que ofereça um adiantamento para a gravação de um álbum em um estúdio profissional. O custo de se produzir um vídeo independente, ainda, é igualmente reduzido em comparação a épocas passadas,⁵⁶⁴ de modo que um campo de produção artística/intelectual que antes era de acesso restrito passa agora a ser de domínio de um considerável número de pessoas.

Da mesma forma, conhecimento técnico a respeito de *como* fazer música, vídeo, crítica, ficção, reportagens etc., também passou a ser democratizado pelo poder da Internet, a partir do livre acesso a repositórios de informação coletivamente construídos e *workshops* comunitárias;⁵⁶⁵ a comunicação entre produtores amadores e profissionais, fundada em uma base comunitária, possibilita a construção de acervos de conhecimento cooperativamente construídos e de acesso irrestrito, que dão uma transparência aos processos de produção de conteúdo que antes não existia.

Se um espectador de cinema habitual pouca idéia tinha de como um filme era produzido, hoje em dia, a partir da construção de comunidades de criadores e espectadores de material audiovisual, conhecimento a respeito de como um filme é feito, desde a elaboração de um roteiro até a pós-produção e *marketing*, é plenamente disseminado. Se antes era incomum encontrar um espectador médio que soubesse identificar a razão de aspecto de um filme, ou perceber erros de projeção em visitas a cinemas, isso é atualmente corriqueiro. Mesmo o cinéfilo que não quer produzir cinema acaba produzindo outras modalidades de conteúdo, como crítica, por exemplo. *Software* social (para fóruns e *blogs*, principalmente) viabiliza que opiniões, análises, discussões aprofundadas e reflexão sobre o material vivenciado sejam *publicadas* a milhares de pessoas. O antes espectador passivo

recording studio can be built for approximately \$30,000, giving artists even greater flexibility to record their own music. Accordingly, recouping the fixed costs of recording music may not be as much a concern as the opportunity costs associated with pursuing a career as an artist rather than as a doctor or an investment banker" (KU, Raymond Shih Ray. The creative destruction of copyright: Napster and the new economics of digital technology. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, p.306)

⁵⁶⁴ "Digital technology has radically reduced the cost of digital creations. As we will see more clearly below, the cost of filmmaking is a fraction of what it was just a decade ago. The same is true for the production of music or any digital art. Using what we might call a 'music processor', students in a high school music class can compose symphonies that are played back to the composer. Imagine the cost of that just ten years ago (both to educate the composer about how to write music and to hire the equipment to play it back). Digital tools dramatically change the horizon of opportunity for those who could create something new" (LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. 8-9).

⁵⁶⁵ Como, por exemplo, o American Zoetrope Virtual Studio, criado por Francis Ford Coppola. *Site* disponível em: <<http://www.zoetrope.com/>>. Acesso em: 02.02.07.

agora apreende as ferramentas intelectuais necessárias para o processo de produção de crítica conforme absorve críticas feita por outros cinéfilos, interage em comunidades, e ganha acesso a um acervo cinematográfico mais amplo, não limitado pelos sistemas habituais de distribuição comercial.⁵⁶⁶ Em consequência, comporta-se de maneira mais crítica em relação ao conteúdo recebido. O mesmo é possível afirmar em relação a outras artes, como a literatura e a música, e campos diversos de produção textual, como comentário político, jornalismo independente ou a vigilância crítica da atuação da imprensa profissional (ler um jornal sozinho é diferente de ler um jornal acompanhado de milhares de outros leitores).⁵⁶⁷

Distribuição, a seu turno, também é democratizada. Se autores antes eram totalmente dependentes estruturas centralizadas de distribuição, e precisavam identificar pontos de entrada em sistemas de difícil acesso, adequando as obras produzidas a expectativas mercadológicas com o objetivo de passar pelos *gatekeepers* industriais e terem alguma chance de distribuição, depois do advento da Internet não há mais entraves para a disseminação de conteúdo em *escala global*. É possível a um músico, por exemplo, financiar de forma totalmente independente a criação de um álbum, com plena liberdade criativa, dispensando inteiramente o envolvimento de uma gravadora para a distribuição do disco em formato digital.⁵⁶⁸

Uma vez que os processos de produção ganham transparência, e as ferramentas necessárias para a construção e distribuição de conteúdo são colocadas ao alcance de muitos, ocorre uma mutação no perfil de consumidor: consumidores deixam de ser simples

⁵⁶⁶ Especialmente por meio de comunidades de compartilhamento de arquivos como, por exemplo, os trackers de *torrents* Karagarga e Cinema Obscura, cujos acervos rivalizam os de qualquer cinemateca. Ver: <<http://karagarga.net/>> e <<http://www.cinema-obscura.com/>>. Acesso, para ambos: 02.02.07.

⁵⁶⁷ A respeito das transformações que a Internet tem proporcionado e pode proporcionar ao jornalismo, conferir: GILMOR, Dan. *We the media: grassroots journalism by the people, for the people*. O'Reilly: Sebastopol, 2006.

⁵⁶⁸ Como bem esclarecem Drahos e Braithwaite: "Much of the market power of the majors in the recording industry is based on the distribution side of their business. It is this capacity to deal with the complexities of distribution to retailers that explains why so many independent recording companies sign distribution deals with the majors. The expensive distribution infrastructure that the majors in film and music own and run is a barrier to entry that the Internet threatens to topple. Once there is an alternative way to reach millions of consumers, individual artists might decide there is no reason to bargain away their intellectual property rights in exchange for access to a distribution system that rewards only the few. The reasoning that all recording executives fear from musicians is the following: 'In the digital era, it costs nothing to ship your music over the Internet to a fan. So the biggest reason for labels just went away'" (DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?*, p. 186).

receptores de conteúdo e passam a ser também criadores e/ou distribuidores.⁵⁶⁹ As figuras antes bem delimitadas do autor, editor e distribuidor hoje em dia se confundem. Como explicam Benkler,⁵⁷⁰ Lessig⁵⁷¹ e Anderson,⁵⁷² a descentralização e democratização promovidas pelos avanços tecnológicos estão transformando consumidores *passivos* em usuários *ativos*.

Usuários não se satisfazem mais com o simples consumo de conteúdo: querem, ao contrário, *produzir* conteúdo a partir da base cultural transmitida e vivenciada. Ao mesmo tempo, usuários têm como útil o *compartilhamento* de conteúdo em regime de comunhão:⁵⁷³ é necessário que um repertório abrangente de conteúdo esteja sempre à disposição do todos, e para tanto é preciso compartilhá-lo, já que a atividade criativa necessariamente depende de acesso a conteúdo previamente criado. Surgem daí preocupações de ordem política: na transformação do consumidor de informação passivo em usuário de informação ativo, é imprescindível avaliar com seriedade os benefícios que a transição de uma economia de informação industrial para uma economia de informação em rede pode ensejar. Deve-se avaliar se há interesse em se incentivar consumo passivo e produção centralizada de conteúdo por poucos agentes, ou uso e transformação ativos de informação por meio de uma variedade maior de atores. As estruturas tradicionais da

⁵⁶⁹ “It’s one thing to see a movie or listen to music and to think ‘genius’ – that some gifted person and exalted apparatus has put together this unique work of art we appreciate. However, once you know what’s behind the curtain, you begin to realize that it could be *you*. It is when the tools of production are transparent that we are inspired to create. When people understand how great work is made, they’re more likely to want to do it themselves” (ANDERSON, Chris. *The long tail*. New York: Hyperion, 2006, p. 64).

⁵⁷⁰ BENKLER, Yochai. From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access. *Federal communications law journal*, v. 52, n. 3, p. 562

⁵⁷¹ “Digital technology could enable an extraordinary range of ordinary people to become part of a *creative* process. To move from the life of a ‘consumer’ (just think about what that word means – passive, couch potato, *fed*) of music – and not just music, but film, and art, and commerce – to a life where one can individually and collectively participate in making something new” (LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. 9).

⁵⁷² “[...] we’re starting to shift from being passive consumers to active producers. And we’re doing it for the love of it (the word ‘amateur’ derives from the Latin *amator*, ‘lover,’ from *amare*, ‘to love’). You can see it all around you – the extent to which amateur blogs are sharing attention with mainstream media, small-time bands are releasing music online without a record label, and fellow consumers dominate online reviewing. It’s as if the default setting of production has shifted from ‘Earn the right to do it’ to ‘What’s stopping you?’” (ANDERSON, Chris. *The long tail*, p. 63-64).

⁵⁷³ Aqui se pode mencionar as atitudes diferentes, mas afins, dos compartilhadores de arquivos, dos programadores de *software* livre e dos autores que licenciam suas obras sob licenças Creative Commons. Há uma *tendência generalizada ao compartilhamento de conteúdo na Internet*, independentemente dos entraves legais aos quais se possa fazer referência quanto a certas modalidades de compartilhamento (caso do compartilhamento de arquivos).

economia de informação industrial conduzem, fatalmente, à criação de produtos de massa homogeneizados, que atendem ao mínimo denominador comum cultural.⁵⁷⁴ As conseqüências educacionais e políticas de estruturas de produção como essas são longe de serem positivas.

Observe-se, ademais, que o contexto da virada estrutural da economia de informação é ainda maior, porquanto não apenas a produção e distribuição de bens intelectuais têm se espalhado e desconcentrado, mas também o desenvolvimento de produtos e serviços tem se beneficiado das recentes mutações; a crise de modelos de negócio acaba afetando. além da propriedade intelectual sobre direitos autorais, a propriedade intelectual patentária. Von Hippel⁵⁷⁵ constata uma tendência, empiricamente verificável, à formação de redes e comunidades abertas de inovação tecnológica compostas por usuários de produtos e serviços, que desafiam os modelos tradicionais de inovação da economia de informação industrial (fechados, amparados por legislação de propriedade intelectual e centralizados em núcleos de fabricantes/fornecedores).

No modelo tradicional, o destinatário de produtos e serviços é tido como mero consumidor, com fabricantes e fornecedores avocando exclusivamente para si a tarefa de inovar, ao mesmo tempo defendendo, para as inovações desenvolvidas, um regime maximalista de proteção à propriedade intelectual. O que se tem observado recentemente, contudo, é a transição para um modelo em que usuários, atuando sobre produtos e serviços isolada ou coletivamente, desenvolvem modificações inovadoras aos bens para resolver problemas pessoais, e posteriormente as revelam a outros usuários, sem nada exigir em troca, evitando a duplicação de esforços e construindo uma base coletiva de desenvolvimento tecnológico. Surgem, assim, redes e comunidades de inovação compostas

⁵⁷⁴ “Because most producers must be commercial, their reasons to produce are similar, and their need to attract wide audiences leads to convergence of the content towards the mainstream and the inoffensive” (BENKLER, Yochai. From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access. *Federal communications law journal*, v. 52, n. 3, p. 576). Como ilustração, considere-se, por exemplo, o fato de que produzir um filme para um público de massa não significa, na maior parte das vezes, produzir um bom filme: “Setting out to make a hit is not exactly the same thing as setting out to make a good movie. There are things you do and don’t do in the quest to draw tens of millions of paying viewers. You do pay as much as you can for the biggest-name star you can lure to the project. You don’t try to be ‘too smart.’ You do have a happy ending. You don’t kill off the star. If it’s an action movie, more effects are better than fewer. And, all things being equal, it probably *should* be an action movie. Certainly, it’s possible to break these rules and still have a hit, but why take chances? After all, you’re investing a lot of money” (ANDERSON, Chris. *The long tail*, p. 39, grifo no original).

⁵⁷⁵ HIPPEL, Eric von. *Democratizing innovation*. Cambridge/London: The MIT Press, 2005, p. 1-17.

por usuários, que passam a inovar coordenadamente, democratizando o processo de inovação sem em nenhum momento recorrer a direitos de propriedade intelectual. A Internet tem proporcionado uma plataforma para a construção dessas comunidades.

O exemplo paradigmático é a produção de *software* livre,⁵⁷⁶ mas a tendência se espalha a outras atividades. Isso causa grande desestruturação a modelos de negócio há muito consolidados, e pressão por parte de atores industriais para que proteção jurídica às estratégias tradicionais da indústria seja assegurada. Para von Hippel, assim como Benkler, não há que se discriminar entre focos de inovação, e políticas públicas e legislação devem reconhecer os benefícios sociais decorrentes das comunidades de inovação.⁵⁷⁷

Para explicar como as mudanças estruturais da economia de informação têm se verificado, Benkler faz uso de duas noções: a amplificação de **estratégias de produção de informação fora do mercado**, e a emergência de uma *commons-based peer production*.

4.2.3 Estratégias de produção de informação (Benkler)

É um erro acreditar que apenas se produz informação em função do mercado. Um dos mais repetidos argumentos de fundamentação da propriedade intelectual, em sentido amplo, é o de que proteção por meio do direito é necessária para que empresas invistam na produção de informação. Mas não é uma fundamentação convincente, e apenas atende a uma parcela de produtores dentro de um universo muito maior.

Benkler aponta a existência de, pelo menos, nove estratégias diferentes por meio das quais se produz informação, agrupadas conforme dependam ou não do exercício dos

⁵⁷⁶ HIPPEL, Eric von. Open source software projects as user innovation networks. In: FELLER, Joseph et alii (eds.). *Perspectives on free and open source software*, Cambridge: MIT Press, 2005.

⁵⁷⁷ “(...) innovation by users appears to increase social welfare. At the same time, the ongoing shift of product-development activities from manufacturers to users is painful and difficult for many manufacturers. Open, distributed innovation is “attacking” a major structure of the social division of labor. Many firms and industries must make fundamental changes to long-held business models in order to adapt. Further, governmental policy and legislation sometimes preferentially supports innovation by manufacturers. Considerations of social welfare suggest that this must change. The workings of the intellectual property system are of special concern. But despite the difficulties, a democratized and user-centric system of innovation appears well worth striving for” (HIPPEL, Eric von. *Democratizing innovation*. Cambridge/London: The MIT Press, 2005, p. 2-3).

direitos exclusivos assegurados pelos regimes de propriedade intelectual,⁵⁷⁸ e tenham em vista uma atuação dentro ou fora do mercado:⁵⁷⁹

Quadro 1 - Estratégias de produção de informação (Benkler) ⁵⁸⁰

Modelo Exclusão + Mercado	1. Autor/produtor cria para o mercado, em busca de <i>royalties</i> , muitas vezes vendendo seu trabalho a um editor. Ex.: Stephen King; Madonna.
	2. Grandes empresas acumulam títulos em catálogos extensos, cuja exploração é sustentada pelos direitos exclusivos assegurados pelos regimes de propriedade intelectual. Os títulos são ou produzidos no interior da empresa, ou adquiridos dos autores/produtores apontados em (1). Ex.: Sony BMG, Dreamworks SKG.
	3. Empresas compartilham catálogos de títulos/patentes por meio de acordos de licenciamento cruzado.
Modelo Não-exclusão + Mercado	4. Autores se aproveitam da livre circulação de suas obras como plataforma para alcançar audiências, com as quais mantêm relações lucrativas, não relacionadas à exploração da obra em razão dos direitos exclusivos. Ex.: músicos que se valem da distribuição de seus discos via redes p2p para gerar audiência para apresentações ao vivo; médicos e advogados que publicam artigos para atrair clientes.
	5. Empresas investem em <i>know-how de produção</i> , para assegurar posições iniciais de vantagem em relação a concorrentes. O que importa não é comercializar a informação produzida, mas utilizá-la estrategicamente de modo a viabilizar concentração de poder de mercado. Ex.: produção de informação em alguns departamentos industriais de pesquisa e desenvolvimento.
	6. Instituições se organizam em redes de aprendizagem, por meio das quais negociam/trocam informações internas com o potencial de gerar vantagens competitivas. Da mesma forma como em (5), o que importa não é comercializar informação, mas utilizá-la para garantir poder de mercado. Ex.: encontros entre engenheiros e cientistas de empresas diferentes, para troca de informações.
Modelo Não-exclusão + Fora do mercado	7. Indivíduos/instituições produzem informação em troca de <i>status</i> e reputação, ou por outras razões não-comerciais, como altruísmo e dedicação a uma arte. Ex.: produção científica financiada pelo Estado; atores que atuam de graça, por amor ao teatro; autores que escrevem em busca de fama.
	8. Instituições produzem bens intelectuais que são então utilizados para assegurar financiamento de uma fonte externa, que não tem interesse na comercialização da informação. Ex.: Los Alamos National Laboratory.
	9. Indivíduos disseminam suas criações em redes de compartilhamento nas

⁵⁷⁸Direitos aos quais correspondem diversas obrigações passivas universais de não-fazer, como, por exemplo: não reproduzir, não adaptar, não distribuir etc.

⁵⁷⁹ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p.35-58; BENKLER, Yochai. Intellectual property and the organization of information production. *International review of law and economics*, v. 22, n. 1, p. 81-107.

⁵⁸⁰ Adaptado de BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 43.

	quais há a imposição de condições de reciprocidade. Ex.: produção de informação subseqüentemente licenciada em regimes de <i>copyleft</i> , como os estabelecidos pela licença de <i>software</i> livre GNU GPL e algumas licenças Creative Commons.

Não é apenas a partir da produção e subseqüente venda de informação *enquanto produto* que se podem obter vantagens econômicas; há diversas oportunidades para apropriação de benefícios *indiretos*, que decorrem da criação de bens intelectuais, mas não dependem do exercício de direitos exclusivos.⁵⁸¹ As estratégias apontadas no quadro acima representam um mapa de opções para a produção de informação, que podem ser combinadas em diversos modelos de negócios. Ao mesmo tempo, indicam como é amplo o universo da produção de informação não voltada estritamente ao mercado de bens informacionais, e não fundada no exercício de direitos exclusivos. Apenas as estratégias apontadas em (1), (2) e (3) dependem do exercício de direitos exclusivos. As estratégias seguintes, (4), (5), (6), (7), (8) e (9) se valem dos bens criados para a obtenção de benefícios indiretos, e prescindem do exercício desses direitos. As três últimas estratégias, além disso, operam inteiramente fora do mercado.

As formas jurídico-institucionais assumidas pelos regimes de propriedade intelectual, todavia, privilegiam as estratégias apontadas em (1), (2) e (3),⁵⁸² em detrimento, principalmente, das estratégias indicadas em (7), (8) e (9): como há incentivos em excesso para estratégias de produção de informação pautadas pelo binômio exclusão/mercado, empresas tendem a adotar modelos de negócios que privilegiam as primeiras três estratégias. Somem-se a esse fato os crescentes – no passado – custos de capital financeiro para a produção de informação conforme os modelos pautados por exclusão/mercado, e relega-se as formas de produção que seguem os modelos de não-exclusão/fora do mercado para a

⁵⁸¹ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 42; BENKLER, Yochai. Intellectual property and the organization of information production. *International review of law and economics*, v. 22, n. 1, p. 91.

⁵⁸² A estratégia apontada em (2) no quadro acima é particularmente dependente de um regime maximalista de propriedade intelectual, por dois motivos: “First the ability to extract higher rents from the existing inventory of information goods is greatest for firms that (a) have an inventory and (b) rely on asserting exclusive rights as their mode of extracting value. Second, the increased costs of production associated with strong exclusive rights are cushioned by the ability of such firms to rework the existing inventory, rather than trying to work with materials from an ever-shrinking public domain or paying for every source of inspiration and element of a new composition” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 44).

periferia da economia de informação. O direito acompanha e é conformado por essas forças econômicas.⁵⁸³

O advento da Internet e outras tecnologias da informação, contudo, tem desestabilizado de tal forma as estruturas centralizadas da economia de informação industrial, que acaba por transportar, da periferia da antiga economia da informação industrial para o centro da nova economia de informação em rede, as modalidades de produção de informação *não-exclusão/fora do mercado*.⁵⁸⁴ Uma vez que os custos para produção e distribuição de informação em larga escala diminuíram, o uso do mais importante recurso escasso remanescente necessário para produção de informação – *capacidade de comunicação*, um atributo intrinsecamente humano – foi alavancado e exponenciado, incentivando-se comportamento criativo fora do mercado.⁵⁸⁵ Ao mesmo

⁵⁸³ “Over the course of the twentieth century, in some of the most culturally visible industries like movies and music, copyright law coevolved with the industrial model. By the end of the twentieth century, copyright was longer, broader, and vastly more encompassing than it had been at the beginning of that century. Other exclusive rights in information, culture, and the fruits of innovation expanded following a similar logic. Strong, broad, exclusive rights like these have predictable effects. They preferentially improve the returns to business models that rely on exclusive rights, like copyrights and patents, at the expense of information and cultural production outside the market or in market relationships that do not depend on exclusive appropriation. They make it more lucrative to consolidate inventories of existing materials. The business that developed around the material capital required for production fed back into the political system, which responded by serially optimizing the institutional ecology to fit the needs of the industrial information economy firms at the expense of other information products” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 56-57).

⁵⁸⁴ “Social behavior that traditionally was relegated to the peripheries of the economy has become central to the most advanced economies. Nonmarket behavior is becoming central to producing our information and cultural environment. Sources of knowledge and cultural edification, through which we come to know and comprehend the world, to form our opinions about it, and to express ourselves in communication with others about what we see and believe have shifted from heavy reliance on commercial, concentrated media, to being produced on a much more widely distributed model, by many actors who are not driven by the imperatives of advertising or the sale of entertainment goods” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 56).

⁵⁸⁵ “Given the zero cost of existing information and the declining cost of communication and processing, human capacity becomes the primary scarce resource in the networked information economy.

Human communicative capacity, however, is an input with radically different characteristics than those of, say, printing presses or satellites. It is held by each individual, and cannot be ‘transferred’ from one person to another or aggregated like so many machines. It is something each of us innately has, though in divergent quanta and qualities. Individual human capacities, rather than the capacity to aggregate financial capital, become the economic core of our information and cultural production. Some of that human capacity is currently, and will continue to be, traded through markets in creative labor. However, its liberation from the constraints of physical capital leaves creative human beings much freer to engage in a wide range of information and cultural production practices than those they could afford to participate when, in addition to creativity, experience, cultural awareness and time, one needed a few million dollars to engage in information production. From our friendships to our communities we live life and exchange ideas, insights, and expressions in many more diverse relations than those mediated by the market. In the physical economy, these relationships were largely relegated to spaces outside our economic production system. The promise of the

tempo, ressalte-se, também se ampliaram as oportunidades negociais baseadas em modelos não-excludentes mas dentro do mercado, sobretudo o indicado em (4).

Como as forças institucionais são predominantemente indústrias que *comercializam* informação enquanto *produto*, e os regimes de propriedade intelectual acompanham as estruturas que sustentam essas indústrias, surge um choque entre entidades estabelecidas e práticas sociais emergentes,⁵⁸⁶ com reflexos desestabilizadores sobre os modelos de negócios tradicionais e regimes de propriedade intelectual.

Neste contexto, uma modalidade específica de produção de informação não-excludente e fora do mercado tem ganhado força considerável: a *commons-based peer production*.

4.2.4 *Commons-based peer production* (Benkler)

Dependendo do ponto de vista, a *commons-based peer production* (produção por pares baseada em um *commons*) não é um fenômeno essencialmente novo. A produção de informação feita pela comunidade científica, por exemplo, encaixa-se no perfil desta modalidade de produção,⁵⁸⁷ cujas características são:⁵⁸⁸

- a) **Descentralização radical** (atuação de vários indivíduos, em diversos lugares do mundo);
- b) **Colaboração entre produtores** (a ação entre os vários agentes de produção é de alguma forma coordenada);
- c) **Não-proprietária** (há a produção de um *commons*, fora do mercado, sem dependência em direitos exclusivos);
- d) **Fundada em compartilhamento de recursos** (utilização dos recursos presentes no *commons*).

networked information economy is to bring this rich diversity of social life smack into the middle of our economy and our productive lives" (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 52-53).

⁵⁸⁶ Ibidem, p. 56.

⁵⁸⁷ Ibidem, p. 63.

⁵⁸⁸ Ibidem, p. 60.

A produção de conhecimento científico depende da atuação coordenada de uma pluralidade de atores, em descentralização (ainda que vinculados a instituições individualizadas – a *comunidade* científica é descentralizada), na construção de um repertório comum de conhecimento, ao qual se acrescenta e do qual se retira. O advento da Internet e outras tecnologias da informação veio a permitir que esse mesmo modelo fosse aplicado a outros tipos de produção de informação. Os exemplos paradigmáticos são o da produção de *software* livre,⁵⁸⁹ e a construção sempre em andamento da Wikipedia, mas a *commons-based peer production* é bem mais abrangente, e pode ser constatada em diversas iniciativas de produção de informação na Internet.

A estrutura básica que viabiliza o surgimento e manutenção dessa modalidade de produção é uma combinação de arquitetura técnica, normas sociais, normas jurídicas, e hierarquia estabelecida por normas sociais.⁵⁹⁰ Para melhor compreender seu significado, convém analisar seus dois elementos de composição: a) *commons* e b) *peer production*.

4.2.4.1 Commons

Commons é um termo que não pode ser vertido para do inglês ao português por pura falta de equivalente direto. Conforme Lemos,⁵⁹¹ talvez a palavra mais próxima seja “solta”, utilizada no nordeste do Brasil para designar áreas de pasto comum. No sentido tradicional, utiliza-se a palavra em referência a pedaços de terra de propriedade coletiva de uma comunidade. Atualmente, todavia, é freqüente o uso metafórico do termo em vinculação a, além de pedaços de terra e outros bens materiais, certos repertórios de conhecimento/conteúdo/informação.

De início, é importante ressaltar que *commons intelectual* não é sinônimo de *conteúdo em domínio público*. A noção é mais ampla: o *commons* inclui tanto material em

⁵⁸⁹ Que, por sinal, nasceu da comunidade científica e se iniciou mais de uma década antes da comercialização da Internet, mas apenas pôde florescer em razão das redes de computadores intra-universitárias que já existiam na época. Ver, para uma história dos movimentos do software livre/open source: WILLIAMS, Sam. *Free as in freedom: Richard Stallman's crusade for free software*. Sebastopol: O'Reilly, 2002; MOODY, Glyn. *Rebel code: inside Linux and the open source revolution*. New York: Basic Books, 2002.

⁵⁹⁰ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 104.

⁵⁹¹ LEMOS, Ronaldo. Creative Commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, p. 181.

domínio público, quanto bens intelectuais que *ainda* estão sob proteção dos regimes de direito autoral/patentes, mas submetidos a regimes alternativos de licenciamento.⁵⁹²

Benkler define *commons* como uma forma institucional de se estruturar os direitos de acesso, uso e controle de recursos, de forma oposta à estruturada pelos regimes tradicionais de direito de propriedade.⁵⁹³ O direito de propriedade aloca recursos determinados a indivíduos específicos, em exclusão de todos os demais (eficácia *erga omnes*). Cabe ao titular do direito decidir como o recurso será utilizado, em conformidade com limitações legais, mas com ampla discricionariedade. Em recursos submetidos a um regime de *commons*, ao contrário, o bem pertence à esfera de uso e disposição de qualquer indivíduo dentro de um grupo mais ou menos bem definido de pessoas. Idealmente, esse grupo deve ser amplo de modo a descaracterizar um simples regime de condomínio.⁵⁹⁴

Como mencionado, além de conteúdo inteiramente não protegido por normas de propriedade intelectual, como obras em domínio público – automaticamente pertencentes ao *commons* intelectual –, é importante a menção a estratégias de licenciamento alternativas que partem do sistema de direitos autorais para o estabelecimento de regimes de *commons*.

A idéia de licenciamento alternativo nasceu no universo do *software* livre, a partir das licenças MIT e BSD – ainda utilizadas hoje em dia –, que concediam aos seus destinatários *permissão expressa* para uso/modificação do código-fonte e distribuição dos programas aos quais eram aplicadas (vale dizer, não era necessário pedir permissão aos autores: a permissão sempre estava dada, em caráter permanente).⁵⁹⁵

Partindo deste modelo, mas modificando-o de forma substancial, Richard M. Stallman redigiu no início dos anos 80 a licença GNU GPL (GNU General Public License), hoje em sua segunda versão, com transição para uma terceira em breve. A principal modificação – de várias – feita por Stallman foi o acréscimo de uma cláusula de

⁵⁹² “By ‘the Commons’ I mean a resource that anyone within a relevant community can use without seeking the permission of anyone else. Such permission may not be required because the resource is not subject to any legal control (it is, in other words, in the public domain). Or it may not be required because permission to use the resource has already been granted. In either case, to use or to build upon this resource requires nothing more than access to the resource itself” (LESSIG, Lawrence. *Code*: version 2.0, p. 198.

⁵⁹³ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 60-61.

⁵⁹⁴ Ibidem, mesma página.

⁵⁹⁵ Ver ROSEN, Lawrence. *Open source licensing: software freedom and intellectual property law*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2004.

reciprocidade: o *software* licenciado sob a GPL deve ser distribuído em sua forma original ou derivada (conforme modificações forem efetuadas a partir do código-fonte) *apenas* sob a própria licença GPL, com cada redistribuição implicando licenciamento cadeia abaixo⁵⁹⁶ Atribuiu-se à cláusula o nome *copyleft* (porque o direito de copiar sempre permanece).⁵⁹⁷

Tomando como modelo as estratégias de licenciamento do *software* livre, Lawrence Lessig deu início em 2001 ao projeto Creative Commons, com a elaboração de uma série de licenças seguindo os mesmos formatos, voltadas não exclusivamente a *software*, mas à totalidade das formas de produção intelectual humana. As licenças Creative Commons são modulares, permitindo aos licenciadores a composição de licenças que atendam suas necessidades específicas, em conformidade com o *slogan* “*Some rights reserved*”, ao invés de “*All rights reserved*”, como o *copyright default* impõe.⁵⁹⁸ Ao licenciar uma obra sob uma licença Creative Commons, o autor escolhe dentre uma série de permissões expressas, a serem concedidas aos destinatários das obras licenciadas (pode, por exemplo, permitir livre distribuição comercial ou não-comercial, autorizar a criação de obras derivadas etc.). As licenças também oferecem uma cláusula de *copyleft* na forma da cláusula *share-alike*.

Os modelos de licenciamento alternativos indicados são apenas alguns dentre muitos (em relação a *software*, particularmente, as licenças são numerosas),⁵⁹⁹ todos ensejadores da formação de um *commons* intelectual.

⁵⁹⁶ “6. Each time you redistribute the Program (or any work based on the Program), the recipient automatically receives a license from the original licensor to copy, distribute or modify the Program subject to these terms and conditions. You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein. You are not responsible for enforcing compliance by third parties to this License” (FREE SOFTWARE FOUNDATION. *GNU General Public Licence v.2*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>>. Acesso em: 08.02.07).

⁵⁹⁷ FREE SOFTWARE FOUNDATION. *What is copyleft?* Disponível em: <<http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html>>. Acesso em: 08.02.07.

⁵⁹⁸ Os regimes alternativos de licenciamento, com efeito, correspondem a uma segunda demão de tinta aplicada sobre o regime de direitos autorais. Parte-se do regime, mas modificado de acordo com normas de direito contratual (pelo menos em relação ao direito brasileiro, as licenças são *sempre* contratos; não existe em nosso ordenamento a figura da *bare license*: ver ROSEN, Lawrence. *Open source licensing: software freedom and intellectual property law*, p. 53-56).

⁵⁹⁹ Em ambos os casos indicados, contudo, há uma peculiaridade interessante. Tanto a GNU GPL e outras licenças semelhantes, como a LGPL e GNU Free Documentation License (aplicável a texto, não a código), e as licenças Creative Commons, são mantidas por entidades específicas, que têm a titularidade de sua elaboração (respectivamente: Free Software Foundation e Creative Commons) e detêm os direitos autorais sobre seu texto. As conseqüências de direito contratual são muito interessantes, uma vez que há que se considerar não apenas a vontade da parte licenciante, como a interpretação das licenças feitas pela própria entidade, quase-legisladora, e pelas comunidades de usuários por elas afetadas. Nasce, aí, regimes de licenciamento de base comunitária que serão um campo de pesquisas fértil para a dogmática jurídica de direito

Observe-se que a *commons-based peer production* muito freqüentemente depende de arranjos de licenciamento alternativo, mas não é estritamente necessário que eles existam: pode haver acordo informal sobre a natureza do bem produzido ou dos bens utilizados para a produção de outros. O sentido geral da palavra, conforme utilizada por Benkler, é o de que a produção não seja pautada pela possibilidade de exclusão assimétrica que o direito de propriedade pressupõe, e que indivíduos tenham a liberdade de utilizar os recursos administrados como um *commons* – tanto o *input* quanto o *output* – na forma que acreditarem ser desejável.⁶⁰⁰ Observe-se, ainda que outros recursos não-informacionais, como capacidade de processamento e armazenamento, também podem ser compartilhados em regime de *commons* (como, por exemplo, em uma rede p2p).⁶⁰¹

4.2.4.2 *Peer production*

A *peer production*, ou produção por pares, corresponde a um sistema de produção pautado por ação individual auto-seletiva e descentralizada, mediante coordenação realizada não com base no sistema de preços ou estrutura administrativa de uma empresa, mas sim pela própria *plataforma da rede*.

Dito de outra forma, grupos esparsos de indivíduos com interesses comuns produzem informação atuando por conta própria, avocando para si as tarefas que acreditam ser de sua competência e que sentem interesse em cumprir, ao mesmo tempo colaborando com outros indivíduos, em pé de igualdade, por meio dos instrumentos que compõem a plataforma da rede. Um exemplo bastante claro é o da produção da enciclopédia online Wikipedia. Valendo-se de uma plataforma específica de *software* social, a *wiki* MediaWiki, indivíduos espalhados ao redor do planeta, reunidos em torno do interesse de construir uma

contratual. Ensaíamos um esboço de pontos de investigação a serem considerados em: MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Licenças de software livre enquanto contratos de adesão de base comunitária. *Revista Multitemática de Ciências Sociais e Direito APG PUCSP*, a. 13, n. 32, p. 275-287.

⁶⁰⁰ “The term ‘commons-based’ is intended to underscore that what is characteristic of the cooperative enterprises I describe in this chapter is that they are not built around the asymmetric exclusion typical of property. Rather, the inputs and outputs of the process are shared, freely or conditionally, in an institutional form that leaves them equally available for all to use as they choose at their individual discretion. This latter characteristic – that commons leave individuals free to make their own choices with regard to resources managed as a commons – is at the foundation of the freedom they make possible” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 62).

⁶⁰¹ Ibidem, p.81-89.

enciclopédia livre – no sentido de não-proprietária –, atuam coordenadamente não com base em hierarquia administrativa ou orientados pelo sistema de preços, mas conduzidos por um conjunto de normas sociais muito fortes, e pela própria arquitetura da *wiki*. Auto-selecionam as tarefas a serem cumpridas de acordo com o que julgam ser suas competências específicas – um historiador contribui, digamos, a artigos relacionados à Revolução Francesa, mas decide não contribuir para artigos sobre física quântica –, conforme bem entenderem. Normas sociais determinam o que é proibido, permitido, aceitado e encorajado, mas um grau enorme de autonomia é investido em cada participante, que pode inclusive optar por não participar e juntar-se a outro projeto semelhante.

O relato pode dar a idéia de que a *commons-based peer production* é um processo caótico, mas em realidade ele pode ser decomposto na execução de três funções produtivas, que se sucedem em constante movimento:⁶⁰²

- 1) **Emissão** – os pares emitem uma “colocação humanamente significativa” (informação), que pode ter natureza diversificada. Contribuição de código para um projeto de *software* livre, edição de um artigo na Wikipedia, participação em um grupo de discussões, etc.;
- 2) **Atribuição de relevância e crédito** – os pares atuam sobre as emissões de significado e atribuem relevância e crédito a algumas, e não a outras. Uma quantidade considerável de emissões emerge durante processos de *commons-based peer production*, surgindo portanto a necessidade de se separar o que é relevante do que é irrelevante, e o que merece crédito do que não merece crédito. Isto é feito por meio de sistemas de notas, votações, emissões de opiniões sobre emissões etc., tendo como base critérios objetivos e subjetivos, não necessariamente acordados explicitamente, mas em alguns casos objeto de deliberação;
- 3) **Distribuição com valor acrescido** – as emissões são então distribuídas conforme a filtragem por relevância e crédito, acrescidas de um valor que antes não tinham (a própria atribuição de relevância e crédito).

⁶⁰² Ibidem, p. 68-69.

A mesma dinâmica que se observa na fase de emissão de significado é verificável nas outras duas fases da *commons-based peer production*: a atuação coordenada de diversos indivíduos produz uma série de micro-juízos cuja agregação produz informação – seja na forma de uma emissão original de significado, seja na atribuição de relevância/crédito sobre a emissão original, seja na redistribuição da emissão acrescida de valor. O ciclo repete-se indefinidamente, em constante produção de informação, nas três diferentes fases/funções.

Na mídia de massa, as três funções apontadas encontram-se usualmente concentradas em um número reduzido de atores.⁶⁰³ Jornalistas da Folha de São Paulo, por exemplo, escrevem matérias (emissão de significado), que passam pelos editores do jornal (atribuição de relevância e crédito), que determinam sua publicação ao público leitor (distribuição de informação com valor acrescido). Outro exemplo: uma peça de teatro é feita por dramaturgo, diretor e atores (emissão de significado), passa pelo crivo da imprensa cultural e recebe uma boa crítica (atribuição de relevância e crédito), que é distribuída a um público de massa, que se sente compelido a assistir à peça (distribuição de informação acrescida de valor).

O que a *peer production* faz é dispersar essas três funções em um número muito grande de pessoas, descentralizando o processo de produção, e adotando critérios de organização que independem de hierarquias administrativas e mercado, transferindo portanto aos agentes produtores total autonomia de participação no processo – observadas, evidentemente, as normas sociais e os limites arquitetônicos que orientam o trabalho. As motivações para atuação de cada indivíduo são diversas, usualmente não-financeiras, e sustentadas pelo alto grau de modularização presente em projetos de *commons-based peer production*.⁶⁰⁴

4.2.4.3 Aplicações

Juntando-se os conceitos, chega-se a uma idéia mais clara do significado de *commons-based peer production*. As aplicações desta modalidade produção são diversas. Os já mencionados casos da produção de *software* livre e da Wikipedia são apenas os exemplos

⁶⁰³ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 68;

⁶⁰⁴ Ibidem, p. 105-106.

mais recorrentes. Praticamente toda atividade coordenada de produção coletiva de informação – de qualquer gênero – na Internet segue o modelo da *commons-based peer production*, ou algo que muito dela se aproxime.

Considere-se, por exemplo, a informação produzida em diversos fóruns/grupos de discussão especializados (no que o conjunto da produção é mais significativo do que textos individualmente considerados), em sistemas de filtragem coletiva (como os dos *sites* Slashdot⁶⁰⁵ e Digg⁶⁰⁶), sistemas etiquetagem coletiva (como os do Flickr⁶⁰⁷) etc. Muitas vezes o que é produzido por um grupo de pares como emissão original é filtrado por outros, e distribuído por terceiros, de modo que pode haver ênfase, por parte de determinadas comunidades, no exercício de uma função específica. A função de filtragem é muito relevante no Digg, por exemplo, associada, contudo, à produção de emissões originais de significado sobre *outras* emissões de significado, que a seu turno também são objeto de filtragem.⁶⁰⁸ As combinações são bastante complexas.

No que concerne ao compartilhamento de arquivos, pode-se fazer menção a diversas camadas de *peer production*: há constante emissão de significado sobre conteúdo (críticas, comentários, recomendações etc.), atribuição de crédito e relevância ao conteúdo compartilhado (sistemas de comentários e recomendações indicam o que é interessante ou não baixar), seguida de óbvia distribuição acrescida de valor. Isso é bastante visível em *trackers* privados de *torrent*, principalmente em razão do uso intenso de elementos de *software* social por certas comunidades de compartilhadores. A coordenação da produção, por sua vez, é orientada tanto pela arquitetura das plataformas, quanto por normas sociais.

Em relação ao componente *commons*, pode-se dizer que os participantes dos sistemas de compartilhamento comportam-se em relação tanto aos *inputs* quanto aos *outputs* – tanto em relação ao conteúdo compartilhado quanto ao conteúdo produzido a respeito do conteúdo compartilhado – como se fossem parte de um *commons de facto*. O

⁶⁰⁵ Site disponível em: <<http://slashdot.org/>>. Acesso em: 08.02.07.

⁶⁰⁶ Site disponível em: <<http://digg.com/>>. Acesso em: 08.02.07.

⁶⁰⁷ Site disponível em: <<http://www.flickr.com/>>. Acesso em: 08.02.07.

⁶⁰⁸ No Digg, usuários mandam *links* de notícias (emissões de significado) que são submetidos a livre votação (relevância e crédito), e então distribuídos com acréscimo de valor (apenas notícias que recebem um suficiente número de votos, cujo peso varia conforme o *status* do próprio indivíduo votante). Mas as páginas referentes a cada *link* têm espaço para comentários dos participantes (emissão de significado), que a seu turno são objeto de votação, recebendo pontos negativos ou positivos (atribuição de relevância e crédito).

conteúdo que trafega nos sistemas, em boa parte, não é *commons de jure*. Para a caracterização dos sistemas de compartilhamento como plataformas para *commons-based peer production*, entretanto, a atitude dos participantes importa muito mais do que o *status* jurídico das obras compartilhadas, que são vistas, assim como toda a informação produzida sobre elas, como bens de acesso livre e irrestrito, não-proprietários ainda que o ordenamento jurídico os tenha como tais.

4.2.5 Racionalização empresarial das alterações estruturais em curso

Ainda há um enorme descompasso entre modelos de negócios, e não há como prever ao certo o futuro da indústria do conteúdo. O que é possível dizer é que não é, exclusivamente, o compartilhamento de arquivos que tem provocado os problemas relativos a modelos de negócios, mas sim o estado de transição de uma economia de informação industrial para uma economia de informação em rede, sustentada principalmente pela proliferação e popularização de formas de produção de informação fora do mercado, com ênfase na *commons-based peer production*.

Pode-se, entretanto, apontar como um desenvolvimento recente relativo à crise de modelos de negócio a *tomada de consciência*, pelos setores empresariais, de que o mercado tem se transformado. A popularização de dois chavões, **Web 2.0** e **Long Tail** (em maiúsculas, para se diferenciar da *long tail* de uma curva qualquer), é prova concreta de que as percepções têm se alterado. As reações, contudo, não têm se ajustado adequadamente. Criar modelos de negócios inovadores com base nas idéias e recomendações que esses chavões representam ainda é uma atividade de risco. Menos arriscada, todavia, do que a insistência nos modelos de negócios tradicionais da economia de informação industrial, ou pelo menos na insistência em modelos de negócios tradicionais que *ignorem inteiramente* a situação de crise.

Convém explicar o que esses chavões querem dizer, porquanto constituem dois pontos de vista sob os quais empresas estabelecidas e emergentes procuram racionalizar as alterações em curso e elaborar/transformar modelos de negócios. Ambos demandam uma reavaliação de atitudes e disposições quanto à forma como bens intelectuais são produzidos

e distribuídos por usuários, em oposição a práticas empresariais que privilegiam o pleno controle de conteúdo (com exceção, como se verá, do controle sobre bases de dados).

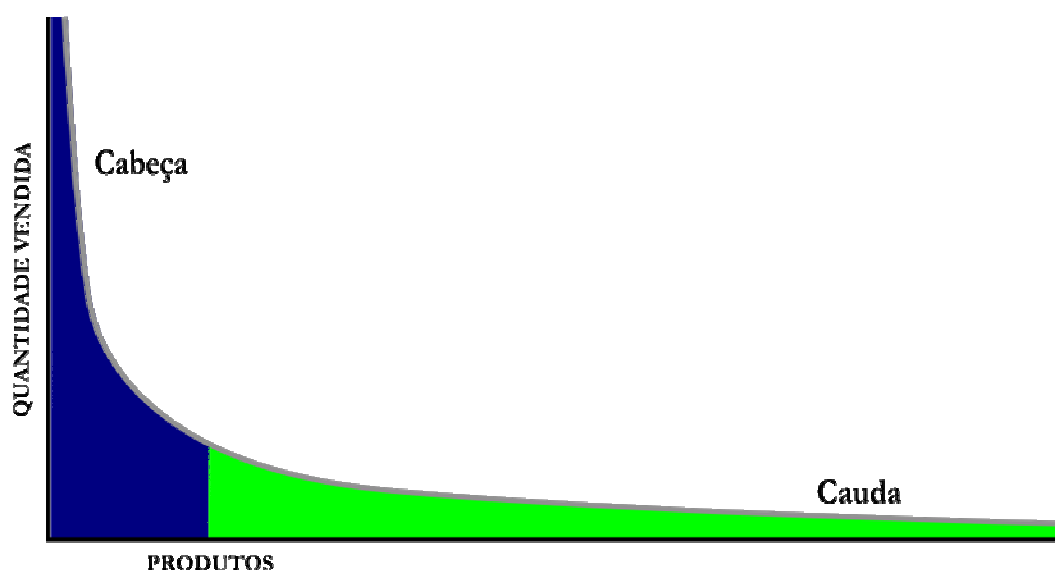
4.2.5.1 A Long Tail (Anderson)

Estudando as vendas de algumas lojas *online*, o jornalista Chris Anderson descobriu que estas, ao invés de obedecerem ao princípio de Pareto, com 20% dos produtos sendo responsáveis por 80% das vendas percebidas (e geralmente 100% dos lucros), seguiam uma regra diferente, com *todos* os produtos vendendo pelo menos uma unidade, e o lucro das empresas sendo gerado mais em razão do agregado de um alto número de pequenas vendas de produtos de nicho, do que por grandes números de vendas de produtos de massa.

Ao transportar números de vendas e produtos para um gráfico, Anderson percebeu que a cauda da curva de distribuição era extremamente longa, e nunca chegava ao zero. O jornalista descreveu o fenômeno em um artigo que foi publicado em 2004 na revista *Wired*,⁶⁰⁹ e dois anos depois o expandiu em um livro,⁶¹⁰ transformando a cauda longa em uma *catch phrase* (*Long Tail*) que foi amplamente adotada pela imprensa, literatura de diversas áreas, e empresas em geral.

⁶⁰⁹ ANDERSON, Chris. The long tail. *Wired*. Disponível em: <<http://www.wired.com/wired/archive/12.10/tail.html>>. Acesso em 05.02.07.

⁶¹⁰ ANDERSON, Chris. *The long tail*. New York: Hyperion, 2006.

Figura 9- A Long Tail (Anderson)⁶¹¹

A explicação do fenômeno é simples.⁶¹² Ao contrário das lojas de tijolo e cimento, lojas *online* não têm limites espaciais que impeçam a disponibilização de produtos que atendam a nichos específicos e tenham, em tese, pouco potencial de venda. O alcance da Internet, acaba permitindo que indivíduos com interesses de nicho encontrem os produtos desejados e os comprem. Não há custo adicional para as lojas acrescentarem produtos a seus catálogos virtuais; em lojas de tijolo e cimento esse custo existe, porquanto paga-se pelo espaço nas prateleiras e pelos riscos de se atender a uma população geograficamente limitada, cujos interesses são imprevisíveis quando se estendem à cauda da curva.⁶¹³ Se um produto é difícil de ser vendido, vai acabar cedendo espaço a um produto de venda mais fácil, o que leva as lojas a se restringirem à cabeça da curva. Isso explica a razão de ser muito mais fácil encontrar um livro de Sidney Sheldon em uma livraria do que um livro de John Crowley. Sheldon é um autor popular que escreve dramas fáceis de se ler, destinados a um mercado de massa; Crowley é um autor obscuro que escreve ficção fantástica erudita e difícil de se ler, destinada a um nicho diminuto. É uma estratégia comercial mais sensata a uma loja de tijolo e cimento ocupar suas prateleiras com livros de Sheldon do que livros de Crowley; para uma loja que funciona a partir da Internet, é uma estratégia mais sensata

⁶¹¹ ANDERSON, Chris. *The long tail*, p.25.

⁶¹² Ibidem, p. 15-26.

⁶¹³ Ibidem, p. 17.

ocupar suas prateleiras virtuais com ambos. O leitor de Crowley sabe que provavelmente não encontrará um livro do autor em uma loja comum, mas tem certeza de que o encontrará um vendedor *online*. Quando os compradores de mercados de nicho são somados, são muito mais numerosos do que os compradores de produtos de massa: esta, em essência, é a explicação para o fenômeno da Long Tail. Uma loja de tijolo e cimento em regra direciona seus investimentos para a cabeça da curva; lojas *online* investem na cabeça e na cauda, de onde o grosso dos lucros advém.

Como consequência, o que tem se observado é a erosão de uma cultura de grandes *hits* e mega-estrelas, voltados a um público de massa, e um aumento em popularidade de micro-hits e micro-estrelas, voltados a públicos de nicho.⁶¹⁴ O modelo de negócios tradicional da indústria do conteúdo depende do investimento e produção de mega-*hits* e mega-estrelas (*ambos* são produtos, tanto a obra como o autor/intérprete – o disco de Justin Timberlake e o próprio Justin Timberlake) e seu oferecimento a um público de massa,⁶¹⁵ justamente em razão dos problemas decorrentes da escassez de espaço físico (e de tempo, no caso da radiodifusão de imagem e som).⁶¹⁶ Na medida em que usuários tenham acesso

⁶¹⁴ “What if there were 400 Top 40s, one for each narrow music niche? Or 40,000? Or 400,000? Suddenly the concept of the big hit gives way to the *micro-hit*. The singular star is joined by a swarm of micro-stars, and a tiny number of mass-market elites become an unlimited number of niche demi-elites. The population of ‘hits’ grows hugely, each one with smaller but presumably more engaged audiences” (ANDERSON, Chris. *The long tail*, p. 35).

⁶¹⁵ Explica Vogel: “Perhaps the most noticeable tendency of entertainment businesses is that in the steady-state growth phase (i.e. after a segment has attained a size at which long-run domination by several large companies has been established), *profits from a very few highly popular products are generally required to offset losses from many mediocrities*. This is evident in movies, television production, toys and video games, and recorded music – segments in which revenues from new product introductions often appear to be statistically distributed according to power laws (i.e. by distributions that have unstable means and infinite variances)” (VOGEL, Harold L. *Entertainment industry economics: a guide for financial analysis*, 6th ed, p. 464).

Conseqüentemente, os modelos de negócios adotados *dependem* de *hits*, como diz Anderson, colocando-se *misses* que podem ser qualitativamente superiores, mas mercadologicamente inferiores, em segundo plano: “In that sense, these businesses absolutely *need* hits. And not just profitable products – we’re talking huge, blow-through-the-numbers megahits. The high costs of production and the uncertainties of success put pressure on the winners not just to win, but to win *big*. And the rest? Well, those should be the misses. Never mind that they may have been critically acclaimed or even heard or seen by millions of people. If those products don’t make back their money manyfold, they’re just not doing their job to support the rest of the portfolio” (ANDERSON, Chris. *The long tail*, p. 38-39).

⁶¹⁶ “If it is not a hit, it is a miss. It has failed [...] economic test and, therefore, never should have been made. With this hit-driven mindset, history is written by the blockbusters, and the best test of quality is box-office gross. And this doesn’t just apply to Hollywood. It’s how we assign space on store shelves, fill time slots on television, and build radio playlists. It’s all about allocating scarce resources to the most ‘deserving,’ which is to say, the most popular” (ANDERSON, Chris. *The long tail*, p. 40).

garantido aos nichos de sua preferência e ainda possam se dar ao luxo de explorar outros,⁶¹⁷ o interesse em produtos de massa vai diminuindo, e modelos de negócios construídos em torno da fabricação destes bens acabam sofrendo impactos negativos.

Mas remoção dos entraves colocados pela escassez de espaço não é o único elemento a ser considerado para a emergência de caudas longas. Há três fatores cruciais, conforme Anderson, que acabam reduzindo os custos de se *alcançar* um nicho:

- 1) **Democratização das ferramentas de produção:** conforme consumidores de conteúdo transformam-se em *criadores* de conteúdo em decorrência do fácil acesso às ferramentas de produção, *mais conteúdo é produzido*, o que estende a curva para a direita;⁶¹⁸
- 2) **Democratização das ferramentas de distribuição:** Se o computador pessoal transformou consumidores em produtores e/ou editores, a Internet os transformou em distribuidores, o que torna mais barato alcançar um público maior;⁶¹⁹
- 3) **Conexão entre oferta e demanda:** De nada adianta conteúdo de nicho e demanda por este conteúdo existirem, é necessário que se facilite a conexão oferta/demanda, a partir de uma remoção das barreiras de busca do conteúdo pelos seus destinatários.⁶²⁰

No modelo elaborado por Anderson, há espaço para produção fora do comércio nos três fatores apontados,⁶²¹ e mesmo em iniciativas comerciais a modalidade da *commons-*

⁶¹⁷ “It’s never been a better time to be an artist or a fan. But it’s the Internet that has become the ultimate discovery vehicle for new music. The traditional model of marketing, selling, and distributing music has gone out of favor. The major label and retail distribution system that grew to titanic size on the back of radio’s hit-making machine found itself with a business model dependent on huge, platinum hits – and today there are not nearly enough of those. We’re witnessing the end of an era.

Everyone with those white earbuds is listening to what amounts to his or her own commercial-free radio station. Culture has shifted from following the crowd up to the top of the charts to finding your own style and exploring far out beyond the broadcast mainstream, into both relative obscurity and back through time to the classics” (ANDERSON, Chris. *The long tail*, p. 36-37).

⁶¹⁸ ANDERSON, Chris. *The long tail*, p. 53-54.

⁶¹⁹ Ibidem, p. 55.

⁶²⁰ Ibidem, p. 55-56.

⁶²¹ “Down in the tail, where distribution and production costs are low (thanks to the democratizing power of digital technologies), business considerations are often secondary. Instead, people create for a variety of other reasons – expression, fun, experimentation, and so on. The reason one might call it an economy at all is that there is a coin of the realm that can be every bit as motivating as money: *reputation*. Measured by the amount

based peer production é importante, principalmente em relação à conexão entre oferta e demanda, a partir de *peer production* na participação colaborativa em sistemas de recomendação e etiquetagem coletiva (*folksonomy*).⁶²² No que tange à produção de conteúdo fora do comércio, pode-se perceber atitudes diferenciadas face ao que seria um regime de propriedade intelectual autoral desejável, sob o ponto de vista dos autores, conforme se percorra a curva da cabeça ao fim da cauda.⁶²³

As recomendações dadas por Anderson para a elaboração/transformação de modelos de negócios em razão do fenômeno da Long Tail são as seguintes:⁶²⁴ (1) ampliar o mais extensivamente o possível o catálogo de produtos; (2) deixar os consumidores fazerem o trabalho (investir em *peer production*); (3) oferecer variados canais de distribuição (TV, *video-on-demand*, *downloads* diretos, mídia física, formatos para produtos portáteis, streaming via Web etc.); (4) fragmentação de conteúdo em partes menores a serem consumidas em composições determinadas pelo próprios consumidor; (5) estabelecer faixas

of attention a product attracts, reputation can be converted into other things of value: jobs, tenure, audiences, and lucrative offers of all sorts" (ANDERSON, *The long tail*, p. 74).

⁶²² "Folksonomy is the result of personal free tagging of information and objects (anything with a URL) for one's own retrieval. The tagging is done in a social environment (usually shared and open to others). Folksonomy is created from the act of tagging by the person consuming the information. The value in this external tagging is derived from people using their own vocabulary and adding explicit meaning, which may come from inferred understanding of the information/object. People are not so much categorizing, as providing a means to connect items (placing hooks) to provide their meaning in their own understanding.

In a few conversations around folksonomy and tagging in 2004 I stated, "folksonomy is tagging that works". This is still a strong believe the three tenets of a folksonomy: 1) tag; 2) object being tagged; and 3) identity, are core to disambiguation of tag terms and provide for a rich understanding of the object being tagged" (WAL, Thomas Vander. Folksonomy coinage and definition. *Vanderwal.net*. Disponível em: <<http://vanderwal.net/folksonomy.html>>. Acesso em: 05.02.07).

⁶²³ "Once you think of the curve as being populated who have different incentives, it's easy to extend that to their intellectual property interests as well. Disney and Metallica may be doing all they can to embrace and extend copyright, but there are plenty of other (maybe even more) artists and producers who see free peer-to-peer ('P2P') distribution as low-cost marketing. Musicians can turn that into an audience for their live shows, indie filmmakers treat it as a viral resume, and academics treat free downloads of their papers as a way to increase their impact and audience.

Each of these perspectives changes how the creators feel about copyright. At the top of the curve, the studios, major labels, and publishers defend their copyright fiercely. In the middle, the domain of independent labels and academic presses, it's a gray area. Farther down the tail, more firmly in the noncommercial zone, an increasing number of content creators are choosing explicitly to give up some of their copyright protections. [...]

In short, some creators care about copyright and some don't. Yet the law doesn't distinguish between them – copyright is automatically granted and protected unless explicitly waived. As a result, the power of 'free' is obscured by fears over piracy and is often viewed with suspicion, not least because it evokes unfortunate echoes of both communism and hippie sloganeering" (ANDERSON, Chris. *The long tail*, p. 74-75).

⁶²⁴ Ibidem, p. 218-224

diferenciadas de preços; (6) dar transparência às operações da empresa, compartilhando informações sobre vendas e padrões de consumo com os consumidores; (7) não discriminar entre os produtos oferecidos (oferecer tudo); (8) confiar no mercado: não adianta adivinhar o que vai vender mais ou menos; é melhor simplesmente disponibilizar tudo e deixar que a filtragem via *peer production* dê conta da diversidade de conteúdo e direcione as escolhas dos consumidores; (9) entender o poder do “grátis”: em mercados marcados por abundância e competitividade, os preços seguem os custos, e no caso da economia digital os custos têm diminuído consideravelmente, de modo que pode ser mais lucrativo disponibilizar gratuitamente conteúdo e gerar receita a partir de outros meios; isso implica uma flexibilização de atitudes ultra-protecionistas face a alguns direitos autorais.

4.2.5.2 Web 2.0 (O'Reilly)

A expressão Web 2.0 é hoje em dia amplamente utilizada pela imprensa, literatura de administração de empresas e população geral da Internet. Seu significado não é, contudo, unívoco, e por este motivo, além de muito utilizada, ela é bastante criticada. Tim Berners-Lee, por exemplo, inventor da Web, já declarou não saber ao certo o que ela significa, e que todos os desenvolvimentos que se costuma atribuir à Web 2.0 já eram objetivo dos desenvolvedores da Web 1.0.⁶²⁵

Ao se falar em Web 2.0, em realidade, faz-se uma referência a uma série de aplicações genéricas da *commons-based peer production* a sites Web. O criador da expressão, Tim O'Reilly,⁶²⁶ define Web 2.0 recorrendo a um grupo de princípios e práticas, dentre os quais pode-se extrair os seguintes: (1) tratar a Web como uma plataforma; (2) fazer uso efetivo de inteligência coletiva; (3) conferir especial atenção à construção e utilização de

⁶²⁵ “When asked if it's fair to say that the difference between the two might be fairly described as ‘Web 1.0 is about connecting computers, while Web 2.0 is about connecting people,’ Berners-Lee replied, ‘Totally not. Web 1.0 was all about connecting people. It was an interactive space, and I think Web 2.0 is of course a piece of jargon, nobody even knows what it means. If Web 2.0 for you is blogs and wikis, then that is people to people. But that was what the Web was supposed to be all along. And in fact, you know, this ‘Web 2.0,’ it means using the standards which have been produced by all these people working on Web 1.0.” (ANDERSON, Nate. Tim Berners-Lee on Web 2.0: “nobody even knows what it means”. *Ars Technica*. Disponível em: <<http://arstechnica.com/news.ars/post/20060901-7650.html>>. Acesso em: 05.01.07).

⁶²⁶ O'REILLY, Tim. What is Web 2.0?: design patterns and business models for the next generation of software. *O'Reillynet*. Disponível em: <<http://www.oreillynet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 05.02.07.

bases de dados; (4) enfatizar a prestação de serviços ao invés da venda de produtos; (5) construir arquiteturas que incentivem a participação de usuários; (6) flexibilizar posicionamentos quanto a matérias de direitos autorais; (7) aproveitar o conteúdo da Long Tail por meio de atuação colaborativa dos usuários.

Como exemplos de *sites* Web 2.0, é possível aludir a iniciativas que operam dentro e fora do comércio. A Wikipedia⁶²⁷ é o exemplo paradigmático de um *site* Web 2.0 fora do comércio. Até certo ponto, isso também é verdadeiro do agregador de notícias Digg,⁶²⁸ apesar deste gerar receitas com publicidade. Como exemplo de um *site* Web 2.0 *dentro* do comércio, pode-se mencionar a loja Amazon,⁶²⁹ que era Web 2.0 bem antes da criação do *slogan* com seus sistemas de críticas de usuários e recomendações inteligentes.

Em última análise, tanto a Long Tail quanto a Web 2.0 são indicadores de alterações estruturais violentas na estrutura de produção e distribuição de informação, proporcionados pelo advento da Internet e inovações tecnológicas subseqüentes. Ambos expressam a idéia de que empresas estabelecidas e emergentes devem traduzir idéias relacionadas à *commons-based peer production* e produção de informação fora do comércio em geral, em modelos de negócios eficazes. A tradução, entretanto, resta problemática, e certos elementos da cultura empresarial da economia de informação industrial não têm sido reavaliados. O que tem ocorrido, quando muito, é a tentativa de se adaptar a *commons-based peer production* às estruturas tradicionais, e não o contrário. Isso pode até funcionar em relação a certos campos da atividade empresarial, como lojas que comercializam, predominantemente, produtos físicos (caso da Amazon). Em relação a produtores e distribuidores de conteúdo imaterial, entretanto, o choque é mais radicalmente sentido, e iniciativas como as das já mencionadas “lojas p2p”, que tentam se apropriar do espírito de compartilhamento em uma arquitetura totalmente proprietária, parecem fadadas ao insucesso.

⁶²⁷ Site disponível em: <<http://www.wikipedia.org>>. Acesso em: 05.02.07.

⁶²⁸ Site disponível em: <<http://digg.com>>. Acesso em: 05.02.07.

⁶²⁹ Site disponível em: <<http://www.amazon.com>>. Acesso em: 05.02.07.

4.2.6 Reconstruindo modelos de negócios e concepções de propriedade autoral

Duas recomendações básicas de Anderson e O'Reilly merecem destaque: (1) flexibilizar atitudes em face de regimes de propriedade intelectual; (2) concentrar esforços na prestação de serviços, e não na venda de produtos.

Se a participação de usuários nas atividades de criação e distribuição de conteúdo é um fato, e não um prognóstico, há que se estabelecer estratégias empresariais que se adaptem a essas práticas e, conseqüentemente, criar/reconfigurar modelos de negócios. Por um viés econômico, há que se perceber que a permissão para transformação e distribuição de conteúdo é um valor que a ele se agrega. Conteúdo não-transformável e não-distribuível é tido sob o ponto de vista do usuário como conteúdo menos valioso e, portanto, menos desejável. Por outro lado, se é transferida ao usuário a possibilidade de transformar e distribuir conteúdo, como gerar receita? As estruturas da economia de informação industrial dependem da produção de *produtos* para a venda em um mercado de massa. É essa a noção que mais tem perturbado a indústria do conteúdo.

Com a explosão de mercados de nicho e a motivação para a transmissão desimpedida de dados sobrevivendo a ataques tecnológicos e jurídicos, as estratégias adotadas por agentes econômicos racionais deveriam procurar enfatizar não a venda de produtos, mas a prestação de variados serviços. Como exemplos podemos mencionar: (a) serviços de distribuição centralizada conveniente (oferecimento de largura de banda e espaço de armazenamento, associado a catalogação inteligente e agregação de conteúdo editorial), cobrando-se o usuário pela conveniência do acesso; (b) serviços de manutenção de plataformas de distribuição colaborativa (*trackers* de *torrents* autorizados, por exemplo), sustentados por outras formas de geração de receita (publicidade, venda de ingressos, agenciamento independente de artistas etc.); (c) serviços *on-demand* de impressão e gravação em suporte físico (é o que faz a Lulu.com,⁶³⁰ por exemplo), em que um produto é vendido, mas em realidade paga-se sobretudo pelo serviço, embutidos os custos dos insumos materiais.

⁶³⁰ Site disponível em: <<http://lulu.com>>. Acesso em: 05.02.07.

Autores, individualmente considerados, têm muito a lucrar na economia de informação em rede. A parte da receita da venda de produtos que era apropriada quase integralmente por agentes auxiliares de produção e distribuidores pode agora ser destinada inteiramente ao autor. Se o número de vendas do *produto* diminui – mas nunca, observe-se, desaparece⁶³¹ – uma *maior quantia* do valor de venda é absorvida pelo autor.⁶³² Além disso, autores também podem adotar estratégias negociais que utilizem a livre distribuição de suas obras fora do comércio como trampolim para atuação *no* comércio a partir de serviços: shows, aulas, palestras, comparecimento em sessões de exibição etc., o que a seu turno incentiva o fortalecimento de mercados culturais locais. Conteúdo livremente circulado gera, potencialmente, o aumento de um público disposto a pagar por serviços a ele relacionados, que dependam da *presença física e atuação* do autor. O livro de um professor pode gerar empregos em instituições de ensino e empresas, o disco de uma banda pode render público para apresentações ao vivo, o vídeo produzido por um diretor pode render convites para a execução de vídeos comerciais e outros filmes, tendo como base sua popularidade de distribuição etc. As possibilidades comerciais proporcionadas por distribuição livre e gratuita são diversas, e desvantajosas apenas a empresas que dependam excessivamente de estruturas de produção e distribuição centralizadas e de difícil acesso.

Observe-se que autores, assim como empresas, também têm, é verdade, um campo de atuação muito mais competitivo do que antes. Um número reduzido de mega-estrelas que antes comandavam vendas, amparados pela máquina de publicidade e distribuição de

⁶³¹ Livre distribuição *nunca* exclui totalmente a possibilidade da venda de produtos, como os estudos apontados em *supra*, item 3.1, indicaram (apesar das conclusões e pressupostos metodológicos divergentes). Algumas indústrias foram construídas já com a existência de livre distribuição, como as indústrias de *software* (em que a reprodução pode impedir de se lucrar *mais*, mas nunca lucrar; vide a presença de mercado da Microsoft, mesmo com – ou por causa da – pirataria generalizada de seus produtos, e da prosperidade de diversas *softhouses* que comercializam jogos). Outras indústrias são afetadas, mas em menor intensidade: há um valor a ser agregado a um exemplar físico de um livro, por exemplo, que não existe na versão digital e intangível. E há indústrias que realmente são afetadas, como a indústria fonográfica. Em todas as hipóteses, contudo, a livre reprodução, ao mesmo tempo em que pode evitar vendas, pode *provocar* outras, inclusive dando vida nova a material fora de catálogo que antes não era sequer comercializado. O mercado de *hits* se desestabiliza, mas o mercado de nichos se impulsiona, como bem explica Anderson (ANDERSON, Chris. *The long tail*, p. 15-40).

⁶³² Note-se que também seria possível captar receita a partir da *circulação* de produtos, tendo como base um sistema de licenças compulsórias. Isso seria verdadeiro tanto para os autores, quanto para os agentes de edição e distribuição. Como visto acima, entretanto, a indústria do conteúdo tem sistematicamente rejeitado propostas neste sentido, restando a fracassada tentativa de se instituir um sistema semelhante na França como prova significativa de resistência indústria a modelos alternativos de compensação.

editoras e gravadoras, agora tem que competir com um grande número de micro-estrelas, atuando de forma independente ou vinculados a núcleos empresariais menores. A perspectiva é menos confortável, e sistemas meritocráticos podem ser cruéis, ainda mais em relação a atividades que dependam de apreciação altamente subjetiva como a música. Sob o ponto de vista do direito concorrencial, entretanto, não se deve reclamar da ampliação do número de atores competindo em um dado mercado. Ele deve ser festejado e incentivado. Sob o ponto de vista do direito autoral, há que urgentemente se encontrar meios de adaptação à crise, ainda mais quando as possibilidades de execução das normas instituídas são cada vez mais limitadas, e as concepções de autoria, edição e distribuição têm se modificado e sido sustentadas por normas sociais de força expressiva. O que nos leva à crise seguinte.

4.3 Crise de eficácia

Pode-se dizer que as normas de propriedade intelectual, sobretudo as de direito autoral, encontram-se em violenta crise de eficácia. O problema não é relativo apenas ao compartilhamento de arquivos, transcende o espaço da Internet, e tampouco é recente. Pelo menos desde a invenção da reprografia e fitas magnéticas, o direito exclusivo de reprodução tem sido sistematicamente violado. Com o advento do compartilhamento de arquivos, da Internet e outras tecnologias voltadas a produção e manipulação de informação, contudo, o rol de direitos supostamente violados ampliou-se: não apenas se fala em violação ao direito de reprodução, mas ao de distribuição, integridade, edição, comunicação ao público etc., de modo que agora se coloca em crise de eficácia quase a totalidade dos direitos indicados pela legislação de direitos autorais. O único direito que resta incólume face aos recentes avanços tecnológicos é o direito moral de paternidade, que tem um grau de eficácia altíssimo. Se há casos em que obras são plagiadas e autoria é usurpada, eles não têm conexão com os avanços tecnológicos recentes, ainda que estes incentivem a criação de obras derivadas não-autorizadas. Saber quem é o autor original sempre foi, e continua a ser, considerado importante, principalmente quando existe o problema de se identificar – e atribuir crédito a – modificações e derivações de obras originais.

Mesmo sendo possível falar-se em uma crise de eficácia, contudo, uma interpretação cuidadosa do direito constitucional pode ser capaz de solucioná-la. O principal objetivo desta dissertação é, com efeito, buscar na Constituição Federal respostas para os problemas suscitados pela prática do compartilhamento de arquivos na Internet, face às normas de direitos autorais. A investigação é aberta, portanto, à possibilidade de que as condutas praticadas pelos compartilhadores de arquivos sejam ou não sejam constitucionalmente tuteladas, admitindo-se também um espectro que vai da constitucionalidade à inconstitucionalidade, referente a práticas específicas de compartilhamento, em razão da complexidade do fenômeno.

Um estudo como este se faz necessário porque raramente observa-se o recurso a argumentos de direito constitucional, ainda mais no Brasil, em relação ao compartilhamento de arquivos. Tem-se, irrefletidamente, que as condutas são contrárias à *lei*, sem se preocupar com dois problemas fundamentais:

- a) A legislação de direitos autorais, no que concerne às limitações impostas a estes direitos, seria *constitucional*? Questão que se desdobra na seguinte:
- b) A *interpretação* que se dá às normas referentes às limitações a direitos autorais é *conforme à Constituição*?

Anos de retórica autoralista, a atuação de grupos de pressão ligados à indústria do conteúdo e o recente surto de expansão maximalista em sede de direitos de propriedade intelectual acabam por evitar que esses problemas sequer sejam colocados em pauta. Note-se que eles não são exclusivos ao problema do compartilhamento de arquivos: há uma série de condutas em tese ilegais envolvendo direitos autorais, praticadas dentro e fora do espaço da Internet, que precisam ser avaliadas sob um prisma constitucional, e não exclusivamente infraconstitucional como de costume.

Se há uma crise de eficácia das normas de direitos autorais, é importante perguntar-se *quais* exatamente as normas violadas, em que circunstâncias elas são violadas, e se sua interpretação dominante encontra-se em conformidade com a Constituição. Ataques ao compartilhamento de arquivos e outras condutas afins são lançados como *afirmações de*

violação globais, quando o universo dos direitos autorais é composto por uma pluralidade de direitos, às vezes incidindo conjuntamente, às vezes não.

Na crise de eficácia da propriedade intelectual sobre direitos autorais há uma série de direitos e supostas infrações a serem levadas em conta, e problematizadas sob uma perspectiva constitucional. O contexto vai além do problema do compartilhamento de arquivos, mas a análise deste problema específico pode representar uma contribuição útil para a análise de situações outras, igualmente difíceis, por ser uma via de acesso privilegiada à compreensão das dimensões constitucionais e, em seqüência, infraconstitucionais, da função social da propriedade intelectual.

As principais condutas em questão no caso compartilhamento de arquivos são as de reprodução e distribuição de obras, afetando, portanto, dois direitos de natureza patrimonial. Os direitos morais de paternidade e integridade, por exemplo, permanecem incólumes diante da prática do compartilhamento de arquivos. Em contrapartida, outras condutas não diretamente relacionadas ao compartilhamento de arquivos, mas facilitadas por ele (e por uma série de instrumentos de produção/edição/distribuição de conteúdo), podem em tese violar, por exemplo, o direito de integridade da obra, que é um dos fundamentos da proibição de obras derivadas não autorizadas.⁶³³ Outros direitos patrimoniais, ainda, como o de execução pública, também seriam supostamente violados pelo estabelecimento, por exemplo, de um canal de rádio *online*. Essas condutas, antes de serem repudiadas e tidas como ilegais, devem ser avaliadas em contexto, e verificadas em contraste ao direito constitucional, para que não se chegue a conclusões equivocadas.

Importante ressaltar que um plano de ação para a solução da crise que apenas insista na recuperação de um grau de eficácia normativa desejável, com a criação de novas normas, recurso ao direito penal, proibição de violação de TPMs e sistemas de DRM, imposição forçada de sistemas como estes etc., deve apreciar com cuidado os efeitos negativos que essas novas normas podem causar à própria percepção que os cidadãos têm do ordenamento jurídico globalmente considerado. Como afirma Lessig, seguindo essa linha de raciocínio, se

⁶³³ A frágil distinção entre direitos morais e patrimoniais é bastante nítida na legislação brasileira, que dá fundamento duplice à proibição de obras derivadas. Funda-se tanto no direito moral do autor (Lei n.º 9.610/98, art. 24, IV e V, em geral) e (art. 29, III, IV, V, em relação a adaptações, traduções, sincronização com outras obras). Os direitos morais são inalienáveis, mas os patrimoniais o são, no que se tem uma faculdade de autorização de derivação, em tese direito moral, alienável por via de sua inclusão no componente patrimonial.

algumas normas *simplesmente não são respeitadas* por parcela considerável da população, a resposta legislativa à desobediência não deve procurar reforçar as normas anteriores, seguindo a mesma direção, mas sim partir para outras alternativas de regulação.⁶³⁴

O objetivo desta dissertação é, justamente, buscar soluções alternativas para a crise na base normativa atual, tendo como referência o injustificadamente negligenciado campo do direito constitucional, no que concerne aos direitos autorais.

4.4 Crise de legitimidade

A crise de eficácia acaba por conduzir a uma crise de legitimidade. Em outras palavras: se violações às normas de direito autoral positivadas têm ocorrido em tão larga escala, cabe verificar se essas normas deveriam existir em primeiro lugar.

A própria RIAA reconhece que muitas pessoas não consideram errada a conduta de se baixar da Internet conteúdo protegido por normas de direitos autorais: "Many individuals see nothing wrong with downloading an occasional song or even an entire CD off the Internet, despite the fact it is illegal under recently enacted federal legislation".⁶³⁵ Afirma a RIAA que a conduta seria errada porquanto ilegal, o que é uma estratégia argumentativa compreensível, porém desonesta e falaciosa. É evidente que "ilegal" e "errado" não são sempre sinônimos, e o comentário da RIAA procura confundir ambas as noções equiparando uma conduta ilegal a uma conduta imoral. Nem sempre é o caso: em algumas situações pode-se argumentar com facilidade que a conduta *moral* seria aquela contrária à lei.

⁶³⁴ "The rule of law depends upon people obeying the law. The more often, and more repeatedly, we as citizens experience violating the law, the less we respect the law. Obviously, in most cases, the important issue is the law, not respect for the law. I don't care whether the rapist respects the law or not; I want to catch and incarcerate the rapist. But I do care whether my students respect the law. And I do care if the rules of law sow increasing disrespect because of the extreme of regulation they impose. Twenty million Americans have come of age since the Internet introduced this different idea of 'sharing'. We need to be able to call these twenty million Americans 'citizens', not 'felons'."

When at least forty-three million citizens download content from the Internet, and when they use tools to combine that content in ways unauthorized by copyright holders, the first question we should be asking is not how best to involve the FBI. The first question should be whether this particular prohibition is really necessary in order to achieve the proper ends that copyright law serves" (LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the nature and future of creativity*, p. 202).

⁶³⁵ Disponível em: <<http://www.riaa.com/issues/piracy/online.asp>>. Acesso em:

Um exemplo grosseiro, pela obviedade, é o do membro do partido nazista que justifica sua participação no genocídio judaico alegando apenas estar cumprindo ordens, em conformidade com o direito a que então estava submetido.⁶³⁶ Este é um exemplo extremo; há situações consideravelmente mais sutis, nas quais a análise dos valores “legal” e “moral” exige reflexão mais aprofundada. A questão do compartilhamento de arquivos é uma delas, e a simples afirmação de que a conduta é ilegal não é o bastante para caracterizá-la como imoral. O que conduz ao problema em questão: quando nos deparamos diante de uma conduta praticada em ampla escala, por milhões de pessoas ao redor do planeta, que não têm considerado a prática como imoral,⁶³⁷ é duvidoso que as normas supostamente violadas sejam de fato legítimas. Afinal, se as infrações são cometidas em amplíssima escala e sem remorsos, elas refletem ou não o que a sociedade civil teria como um nível de proteção ideal a direitos autorais?

Há, assim, uma palpável *crise de legitimidade* quanto às normas de propriedade intelectual de direito autoral, que é imperativo colocar em pauta. As pessoas podem concordar com a essência dos direitos autorais – autores merecem proteção –, mas parecem discordar em relação à medida de proteção. Como diz Litman, “people do seem to buy into copyright norms, but they don't translate those norms into the rules that the copyright statute does; they find it very hard to believe that there's really a law out there that says the stuff the copyright law says”.⁶³⁸ As violações ocorrem, com efeito, porque são contrárias ao que uma pessoa média teria como um regime ideal de direitos autorais.

Mas se por um lado as condutas dos membros das comunidades de compartilhamento de arquivos às vezes apenas refletem a natureza contra-intuitiva das normas de direitos autorais, com os compartilhadores apenas acreditando que o compartilhamento consiste em uma prática absolutamente natural, alguns compartilhadores não apenas demonstram profundo conhecimento específico das normas supostamente infringidas, como partem do pressuposto de que elas *devem* ser infringidas por uma questão de desobediência civil. Percebe-se, assim, uma cisão na comunidade de compartilhadores,

⁶³⁶ Foi o argumento de defesa assumido por Adolf Eichmann. Ver: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁶³⁷ IVIR. *The recasting of copyright & related rights for the knowledge economy*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf>. Acesso em: 02.02.07.

⁶³⁸ LITMAN, Jessica. *Digital copyright*, p. 112.

com alguns membros optando por transformar o problema em uma questão política. Como diz estudo do Institute for Information Law da Universidade de Amsterdã, “copyright awareness” é muito diferente de “copyright acceptance”.⁶³⁹ Há iniciativas explícitas por parte de núcleos de compartilhadores, assim, no sentido de se transformar a causa do compartilhamento em manifestações declaradas de desobediência civil. É o caso, por exemplo, dos membros do Piratbyrån, ao sustentarem o funcionamento do *tracker* de *torrents* The Pirate Bay, e da associação anti-RIAA Downhill Battle.⁶⁴⁰

A desobediência civil – direito fundamental em nossa ordem constitucional, conforme Garcia⁶⁴¹ –, é definida por Rawls como uma ação política, em regimes democráticos razoavelmente justos, motivada pelo senso de justiça de uma minoria em discordância ao senso de justiça da maioria, visando o duplo objetivo de protesto e pedido de reconsideração de medidas implementadas por via legislativa, com base em uma *firme opinião*, por parte dos discordantes, de que as condições da cooperação social não estão sendo honradas.⁶⁴²

Conforme Rawls, não é porque uma dada constituição seja justa, que a legislação positivada sob ela automaticamente o seria. Cabe aos cidadãos obedecer e respeitar o que a maioria legisle, obedecidos certos limites, mas *não há obrigação ou dever de considerar o que a maioria legisle como justo*. O cidadão se submete à *autoridade democrática*, mas não submete a esta o próprio juízo, de modo que se viabiliza como conduta legítima a desobediência civil nas hipóteses em que julgar ocorrerem distorções em um regime constitucional funcional.⁶⁴³

⁶³⁹ IVIR. *The recasting of copyright & related rights for the knowledge economy*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf>. Acesso em: 02.02.07.

⁶⁴⁰ Site oficial em: <<http://downhillbattle.org/>>. Acesso em: 02.02.07.

⁶⁴¹ Abrigado pelo art. 5º, § 2º, da CF/88, e processualmente instrumentalizado por meio do direito de petição. GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 293-302.

⁶⁴² RAWLS, John. The justification of civil disobedience. In: RAWLS, John. *Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 176.

⁶⁴³ “The justice of the constitution does not ensure the justice of laws enacted under it; and while we often have both an obligation and a duty to comply with what the majority legislates (as long as it does not exceed certain limits), there is, of course, no corresponding obligation or duty to regard what the majority enacts as itself just. The right to make law does not guarantee that the decision is rightly made; and while the citizen submits in his conduct to the judgment of democratic authority, he does not submit his judgment to it. And if in his judgment the enactments of the majority exceed certain bounds of injustice, the citizen may consider civil disobedience. For we are not required to accept the majority’s act unconditionally and to acquiesce in the denial of our and others’ liberties; rather we submit our conduct to democratic authority to the extent necessary to share the burden of a working a constitutional regime, distorted as it must inevitably be by men’s

Colocada a questão em termos de um dissenso entre minoria e maioria, com a maioria amparada pelo regime democrático e a regra de maioria, cabe, todavia, no contexto, perguntar se a própria maioria encontra-se bem representada no regime jurídico de direitos autorais contemporâneo, principalmente após os avanços maximalistas no plano internacional a partir da Rodada do Uruguai (mas não exclusivamente: pode-se voltar até à Convenção de Berna e suas revisões). Afinal, os instrumentos jurídicos de direito internacional que em grande medida conformam os regimes estatais de propriedade intelectual são ou não são legítimos?

Desde a Convenção de Berna, o que se vê é intenso *lobby* por parte de um número não muito diversificado grupos de pressão, para a implementação de normas internacionais que refletem exclusivamente os interesses desses grupos, salvo pequenas concessões não-funcionais de tímida intensidade em prol de outros setores da sociedade. O processo de composição de tratados internacionais é de legitimidade bastante discutível em se tratando de matérias relativas à propriedade intelectual, com o acordo TRIPs e os recentes tratados da OMPI sendo elaborados com um viés maximalista que coloca em posição vantajosa países desenvolvidos, em detrimento de países em desenvolvimento. Como dizem Drahos e Braithwaite, para que um processo de negociações entre estados democráticos ocorra de forma igualmente democrática, três condições devem ser obedecidas.⁶⁴⁴

- a) **Representação:** todos os interesses relevantes devem estar representados no processo de negociação;
- b) **Plena informação:** todas as partes envolvidas na negociação devem ter plena informação das conseqüências de todos os possíveis resultados do acordo;
- c) **Não-dominação:** uma parte não pode se valer de coerção para conduzir as negociações a um resultado específico.⁶⁴⁵

lack of wisdom and the defects of their sense of justice” (RAWLS, John. *The justification of civil disobedience*. In: RAWLS, John. *Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 180-181).

⁶⁴⁴ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?*, p. 15-16.

⁶⁴⁵ “The use of coercion to overcome the will of another is the very antithesis of negotiation. If our money is taken by a gunman, most of us would say that we had been the victims of a robbery, not negotiation” (Ibidem, p. 16)

Os regimes internacionais de propriedade intelectual, dizem Drahos e Braithwaite, não têm obedecido a essas condições.⁶⁴⁶ São poucos os interesses representados, as partes não têm acesso a plenas informações a respeito das consequências, em matéria de política econômica e cultural, que as normas elaboradas podem ensejar, e um bloco de países liderado pelos EUA, incluindo também os países da União Européia e o Japão, tem se valido de instrumentos de coerção para “assegurar consenso”, sendo marcante a utilização pelos EUA do processo do Special 301⁶⁴⁷ para obrigar outros estados a assinar tratados bilaterais, que então são utilizados em bloco como argumento para “harmonização” por via multilateral.⁶⁴⁸ Questiona-se, portanto, a legitimidade desses tratados e a dos regimes aos quais eles dão origem.

A crise de legitimidade, como se vê, permite diversos ângulos de análise. Ela pode ser observada: (a) no descompasso entre o que a lei diz e o que a população em geral – não apenas os compartilhadores de arquivos e os novos usuários na economia de informação em rede – acredita ser uma política de propriedade intelectual razoável; (b) na atuação política declarada de desobediência civil por parte de alguns núcleos de compartilhadores de arquivos e de outros indivíduos que com eles se encontram em sintonia ideológica; (c) em implementações nitidamente injustas de tratados internacionais viciados não apenas em conteúdo, mas em seus próprios processos de elaboração.

4.5 Os problemas suscitados pela crise e seu enfrentamento

Colocar as crises da propriedade intelectual sob exame, como se percebe, conduz ao isolamento de uma série de problemas. Imaginar que um estudo de direito constitucional dedicado ao compartilhamento de arquivos, uma das principais controvérsias situadas no contexto das crises, possa ser resolvido sem que esses problemas sejam enfrentados, além de ingênuo seria um desserviço ao campo da ciência do direito, perpetuando um hábito de interpretações acríticas, automatizadas e irrefletidas que são infelizmente usuais em estudos jurídicos, sobretudo na área dos direitos autorais. Crença cega em argumentos de

⁶⁴⁶ Ibidem, mesma página.

⁶⁴⁷ Ver item 5.4, *infra*.

⁶⁴⁸ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 454-455.

autoridade, interpretação teleológica equivocada, não-consideração de problemas de direito público (principalmente constitucional), incorporação do discurso da indústria do conteúdo ao discurso jurídico, com exclusão de todos os demais, são estes os hábitos corriqueiros da dogmática de direitos autorais.

A produção de doutrina autoralista segue uma receita consolidada pelos anos: louva-se o gênio do autor, diz-se *ipse dixit* em referência a uma pluralidade de “autoridades” cuja opinião nunca é contestada, e parte-se, então, com tranquilidade de consciência, para uma dogmática fácil e automática, estritamente no plano infraconstitucional (com alusão obrigatória a um número pequeno de artigos da Constituição), adotando-se sem reservas as teses jurídicas e econômicas elaboradas nos escritórios de advocacia da indústria do conteúdo, e nas delegações de países desenvolvidos a negociações de direito internacional. Além de conduzir, como diz Müller, a uma “**ciência jurídica das partes interessadas**”,⁶⁴⁹ uma estratégia como esta nunca pode aspirar à seriedade acadêmica, ainda que assuma uma forma de exposição pretensamente científica. Lidar com os problemas que surgem do contexto do tema investigado antes de se passar para o plano dogmático, como se disse repetidas vezes, é uma obrigação intelectual que deve ser cumprida.

Para dar transparência ao presente estudo, convém reproduzir em uma lista os principais problemas a serem enfrentados, para que não se incorra nos erros acima apontados:

- a) Como lidar com a heterogeneidade conceitual do rótulo “propriedade intelectual”?;
- b) Como lidar com as contradições internas que ele encerra?
- c) Como posicionar a propriedade intelectual de forma convincente dentre outras disciplinas jurídicas e estabelecer uma base para coesão conceitual?;
- d) Como dar tratamento adequado a novas modalidades de produção e distribuição de informação, a partir de regimes jurídicos de propriedade intelectual que privilegiam apenas *uma* das modalidades tradicionais?;

⁶⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. *Gerichtigkeit und Genauigkeit*, *apud* BONAVIDES, Paulo. Apresentação. In: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- e) Há, *efetivamente*, uma crise de eficácia das normas de direitos autorais promovida pelo compartilhamento de arquivos e outras atividades de produção e distribuição de bens intelectuais que despontaram a partir do surgimento da Internet?;
- f) A legislação brasileira de direitos autorais, no que diz respeito às limitações impostas a esses direitos, encontra-se em conformidade com o direito constitucional?;
- g) Que soluções pode o direito constitucional oferecer para a crise de legitimidade da propriedade intelectual, tanto em relação ao ponto de vista cidadão/estado quanto ao ponto de vista estado/estados?

Dedicar-nos-emos a essas questões nos capítulos 8 e 9, *infra*. Antes que possamos cuidar desta tarefa, contudo, é necessário compreender como os problemas surgiram. Em outras palavras, como se explica o desenvolvimento histórico do arcabouço jurídico-conceitual dominante em sede de propriedade intelectual sobre direitos autorais? Um curso histórico específico determinou nossas concepções atuais, hoje desestabilizadas, de autor, obra, editor, consumidor, proteção, inspiração, mercado cultural, forma, conteúdo, expressão, direitos conexos, direitos morais etc., demandando investigação. Porquanto foi durante este curso histórico que a base de fundamentação filosófica e econômica ao regime atual de propriedade intelectual sobre direitos autorais foi elaborada, e é esta base que dá orientação aos discursos contemporâneos em torno do tema, que a seu turno influenciam o raciocínio dos juristas que a ele se dedicam.

Voltamos agora a nossa atenção, portanto, a uma análise da construção histórica dos direitos autorais.

CAPÍTULO 5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DE DIREITO AUTORAL

O título do presente capítulo, apesar de óbvio quanto ao que expressa, não é isento de problemas. Antes de passar ao estudo da história do direito de autor, aqui feito em quatro períodos, é importante esclarecer dois pontos.

Em primeiro lugar, por que “*propriedade intelectual de direito autoral*”? A frase soa desajeitada, e em grande medida o é. A resposta pode ser encontrada no capítulo anterior: a opção por se falar em *propriedade intelectual de direito de autor* decorre da necessidade de se especificar o tipo de propriedade intelectual ao qual estamos a nos referir, o que demonstra como o rótulo “propriedade intelectual” é problemático. Estudássemos a história da evolução das patentes ou das marcas registradas, enfrentaríamos um percurso bastante diferente, permeado por eventos, fatores e condições muitas vezes bastante distintos, o que realça a fragilidade da pretensa uniformidade do termo. Estamos, evidentemente, não importa a modalidade de propriedade intelectual a que nos refiramos, no plano dos “bens intelectuais”. Não há, entretanto, como ressaltado no capítulo anterior, teorização jurídica que dê sustentação satisfatória à heterogeneidade dos instrumentos e conceitos abrigados pelo termo “propriedade intelectual”, a despeito da imaterialidade que é comum a eles. O título do capítulo foi escolhido propositadamente, de modo a *realçar* o problema apontado no item 4.1.1, *supra*.

Em segundo lugar, por que “propriedade intelectual de direito autoral” e não “propriedade intelectual de *copyright*”? A indagação pode soar desnecessária, uma vez que é corriqueira a referência a duas tradições distintas em se tratando da regulação jurídica de “obras intelectuais”, uma vinculada aos países da família da *common law*, e outra aos países da família do direito romano-germânico: as tradições, respectivamente, do *copyright*, e do

*droit d'auteur, Urheberrecht, diritto d'autore, derecho de autor, direito de autor.*⁶⁵⁰ Mas as distinções entre os sistemas costumam ser mal compreendidas.

Ao se diferenciar uma tradição da outra, é costume apontar (a) diferenças de base de fundamentação e (b) variações estratégicas de implementação normativa específica (que variam conforme a fundamentação). Atualmente, entretanto, as tradições são muito mais semelhantes do que diferentes, de modo que é preciso atenuar o vigor com que os manuais tendem a tomá-las como radicalmente distintas.⁶⁵¹

Em relação à **base de fundamentação**, os sistemas de *copyright* seriam, em tese, de fundamentação utilitarista, mais voltados a aspectos comerciais e mais sensíveis a questões de interesse público. Os sistemas de direito de autor, por outro lado, seriam de fundamentação jusnaturalista, tendo no autor e nas obras seu foco principal de atenção (colocando em segundo lugar interesses de ordem pública), voltados portanto não a um

⁶⁵⁰ Também é possível mencionar uma terceira tradição, a do *copyright soviético*, desenvolvida na URSS. Conforme Loeb, o sistema de direito de autor da Rússia soviética era uma mistura de direito civil, direito do trabalho e direito administrativo, que se em certos pontos se aproximava dos outros regimes ocidentais – em especial após a adesão da URSS à Universal Copyright Convention em 1973 – divergia deles em larga medida ao incorporar princípios do marxismo-leninismo às normas jurídicas de regulação da produção intelectual. (LOEB, Dietrich. “Socialist” features of Soviet copyright law. *Columbia journal of transnational law*, v. 23, n. 297, p. 297-313).

Reconhecidos alguns dos direitos morais do autor, como o de paternidade, todos os meios de produção relativos à publicação e distribuição de obras intelectuais encontravam-se reunidos em uma série de “organizações socialistas”, divididas setorialmente (conforme a obra se tratasse de um livro, filme, peça de teatro, etc.). Ao autor, que podia reservar a si o direito de não publicar uma obra, cabiam duas alternativas caso optasse pela publicação: (a) distribuição pessoal, em *samizdat* (auto-publicação), a amigos e conhecidos, de obras reproduzidas datilograficamente e sujeitas às evidentes limitações desta forma de reprodução, ou (b) publicação por intermédio de uma das organizações socialistas. Optando pelas organizações, as relações autor/organização eram regidas por contratos padronizados, e o autor recompensado como se em uma relação de trabalho. As *royalties* percebidas nada mais eram do que um salário recebido durante o período de proteção da obra, em contraprestação ao *trabalho* despedido em sua criação (no caso de livros, por exemplo, as *royalties* variavam conforme o tipo de literatura, tamanho do manuscrito e número de cópias a ser impresso), fixadas discricionariamente dentro de limites previstos por normas administrativas. A dicotomia público/privado, sempre em realce em se tratando de questões de direito de autor, assumia contornos bastante permissivos quanto às limitações ao direito de reprodução e distribuição, em favor do uso coletivo de conteúdo pela sociedade. Desde que, evidentemente, se tratasse de conteúdo politicamente admissível, que promovesse “os fins da política cultural soviética”: as organizações socialistas respondiam diretamente ao Partido Comunista e seus ministérios, responsáveis por um processo de planificação não apenas econômica, mas também cultural. Apenas obras compatíveis com a política cultural do Partido tinham chance de publicação, no que apenas se pode chamar o “*copyright* soviético” de “*copyright* socialista” se “(...) one is prepared to equate administrative control over literature and the arts with the idea of socialism” (Ibidem, p. 313).

⁶⁵¹ Para opiniões ponderadas, aqui seguidas, a respeito das semelhanças entre as tradições, conferir GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 3-4, e GINSBURG, Jane. A tale of two copyrights: literary property in Revolutionary France and America. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004, p. 285-286.

cálculo utilitarista de interesses, mas à proteção máxima do autor enquanto e porquanto autor, por direito natural do autor a essa proteção.⁶⁵²

Em relação às **estratégias de implementação**, os sistemas variariam de modo a (a) exigir formalidades e instituir limitações amplas aos direitos em jogo, admitindo autoria corporativa e negligenciando a idéia de direitos morais do autor (sistema do *copyright*), ou (b) dispensar formalidades e instituir limitações restritas, considerando como autores apenas pessoas físicas, impondo um regime de direitos morais indisponíveis (sistema do direito de autor), ao mesmo tempo ramificando-se, no caso do direito de autor, em sub-sistemas de direitos conexos caso a proteção não fosse voltada a autores em sentido estrito, mas a intérpretes, executantes, fonogramas e radiodifusão.⁶⁵³

Apesar das diferenças em se tratando de estratégias de implementação anos atrás terem sido bastante palpáveis, harmonização por meio do direito internacional tem modificado a situação. Ainda que não totalmente idênticas as tradições, algumas diferenças são mais teóricas do que práticas. Por um lado, as formalidades foram abolidas pela Convenção de Berna,⁶⁵⁴ da qual é atualmente signatário os EUA, cujo *copyright* era notório por seus requisitos formais.⁶⁵⁵ Por outro lado, ainda que exista relutância por parte de países da tradição do *copyright* em proporcionar proteção adequada a direitos morais,⁶⁵⁶ estes direitos têm importância em larga medida estritamente retórica, e valor mais simbólico do que efetivo, diante do poder dos direitos patrimoniais e das estruturas empresariais.⁶⁵⁷ O

⁶⁵² Na tradição do direito de autor, mesmo doutrinadores cuja abordagem segue um positivismo extremado partem de uma concepção jusnaturalista de direito de autor, no que tange à fundamentação das normas estudadas.

⁶⁵³ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, p. 39-54.

⁶⁵⁴ Artigo 5 (2).

⁶⁵⁵ O regime norte-americano *ainda* é bastante formal, em se tratando de obras classificadas como “United States works” (obras primeiramente publicadas nos EUA, por exemplo), conforme a *section* 411 do Copyright Act. Apenas é possível demandar por violação de *copyright*, em relação a estas obras, caso tenha havido registro prévio. A aposição de uma *copyright notice* a uma obra, apesar de não ser mais constitutiva do *copyright*, também pode causar conseqüências processuais indesejáveis se ausente. Ver GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 187-197; SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. *Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks*, p. 81-93

⁶⁵⁶ Ver, *infra*, 5.2.2, para os EUA. Para o direito inglês, ver VAVER, David. Moral rights yesterday, today and tomorrow. *International journal of law and information technology*, v. 7, n. 3, p. 270-278.

⁶⁵⁷ Diz, a propósito, Barbosa: “Os direitos morais permitem ao autor, por exemplo, retirar sua obra de circulação, limitando os direitos dos editores, ou seja, dos proprietários dos meios de reprodução. Mas a questão se complica quando os meios de reprodução, pertencentes ao editor, são também os meios de produção da própria obra, como é o caso das formas de expressão artísticas mais recentes – o cinema, a televisão, etc. A inadequabilidade do direito de autor, mantendo a tradição dos direitos morais no texto da lei,

componente transacionável na tradição do direito de autor – o dos direitos patrimoniais –, é amplamente compatível com as disposições dos regimes que seguem a tradição do *copyright*. Demais disto, a harmonização também tem conduzido, na era pós-TRIPS, a uma reestruturação dos sistemas, ainda em andamento, de modo que atualmente podemos dizer que ambas as tradições caminham no mesmo sentido, em se tratando de estratégias de implementação normativa.

Em questões de fundamentação, contudo, sequer é possível falar-se em diferenças, porquanto as duas tradições partem exatamente dos *mesmos pressupostos argumentativos*.⁶⁵⁸ Qualquer estudo sério da base de justificação de ambas as tradições revela harmonia e não dissonância, e inspiração recíproca em noções utilitaristas e jusnaturalistas. Defender que a tradição do direito de autor ignora a dimensão pública da matéria é reflexo da vinculação precoce do direito de autor ao direito civil nos países de tradição romano-germânica, em uma época em que ainda se tinha uma concepção de direito privado excessivamente individualista.⁶⁵⁹

Ignorar, por outro lado, a base *notoriamente* jusnaturalista de algumas teses utilizadas pela literatura da tradição do *copyright* – o que se revela, por exemplo, com as freqüentes referências ao pensamento de Locke⁶⁶⁰ –, é um erro injustificável, que é propagado apenas pela força e freqüência com que a fundamentação utilitarista é invocada,⁶⁶¹ e por dois precedentes cruciais – um na Inglaterra e outro nos EUA – negando

configura-se nos inúmeros contratos em que ‘ilegalmente’ o autor aliena seus direitos morais, sem os quais os editores não possibilitariam a reprodutibilidade da obra” (BARBOSA, A. L. Figueira. *Sobre a propriedade do trabalho intelectual*: uma perspectiva crítica. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999, p. 28).

⁶⁵⁸ GINSBURG, Jane C. A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

⁶⁵⁹ Enquanto civilistas já abandonaram a idéia de um direito privado semelhante, os autoristas continuam insistindo em perspectivas doutrinárias de plena separação entre direito público e privado e metodologicamente ainda encontram-se radicados em uma concepção de direito que remete à Escola da Exegese. Ver *infra*, item 6.3.2.1.

⁶⁶⁰ Ver *infra*, item 6.2.2.

⁶⁶¹ Na maior parte das vezes, por motivos de ordem retórica. O sistema do *copyright*, em realidade, aproxima-se, e muito, dos ideais jusnaturalistas da tradição do direito de autor: “Judging by its results rather than its rhetoric, copyright legislation in the common law tradition historically fails any strict utilitarian measure. While the ideal copyright legislator, before voting to extend protection to new subject matter of rights, would require a showing that the extension is needed as an incentive to continued investment, common law legislatures have in fact regularly, indeed mostly, extended copyright without any empirical showing that authors would produce, and publishers publish, fewer works if the extension were not given. To be sure, common law copyright legislation attends more closely to the delineation of exceptions from exclusive rights

a existência de um *copyright* de *common law* após a publicação, como se verá neste capítulo. Em razão da fundamentação adotada por essas decisões nega-se a existência de um de um *copyright* de direito natural,⁶⁶² mas as doutrinas jusnaturalistas continuam operando como teorias de justificação, muitas vezes de forma explícita.⁶⁶³

Os sistemas são, portanto, muito mais semelhantes do que diferentes. Em última análise, as tradições são mais direcionadas por mercado, tecnologia e setores de interesses⁶⁶⁴ do que por fundamentação filosófica, estratégias de implementação, ou ainda, a família de sistema jurídico à qual se filiem.

Note-se que por ser pouco conveniente em todo momento fazer referência às duas tradições, fala-se aqui, na maior parte das vezes, apenas em *direito de autor*. A escolha se justifica: se soa estranho referir-se à tradição do direito de autor como um regime de *copyright* – apesar da compatibilidade deste com o componente patrimonial dos direitos de autor –, soa menos estranho, ainda que incorreto, referir-se à tradição do *copyright* como um regime de direito de autor, uma vez que o autor é, em nome, figura central na tradição desde 1710, com a aprovação do Statute of Anne na Inglaterra.⁶⁶⁵ Se é incorreto,

than does civil law legislation, but in the main, the practicalities of lawmaking in the common law countries have consistently led to the same result as the philosophical logic of lawmaking in the civil law countries, extending rights into nearly every corner where a work's value can be economically realized" (GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 8).

⁶⁶² Uma doutrina de *common law* seria o único veículo para os direitos morais nos EUA, e como o *copyright* de *common law* ficou reduzido apenas ao direito de primeira publicação após *Donaldson v. Beckett* na Inglaterra, e *Wheaton v. Peters*, nos EUA, há problemas sérios para a introdução dos direitos morais no direito norte-americano, mesmo após a assinatura da Convenção de Berna, que os torna obrigatórios em seu artigo 6bis. Ver PATTERSON, L. Ray.; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*. Athens/London: The University of Georgia Press, 1991, p. 165-166. Direitos morais são reconhecidos expressamente nos EUA apenas em se tratando de "obras visuais", assumindo o país a posição oficial de que doutrinas de *common law* não diretamente relacionadas, como as de privacidade, publicidade, difamação e concorrência desleal atuariam como equivalentes funcionais de um regime de direitos morais, não havendo assim necessidade de disposições de direito estatutário para cumprir os padrões impostos pela Convenção de Berna (SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. *Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks*, p. 138-142).

⁶⁶³ GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 7-8.

⁶⁶⁴ Ibidem, p. 4.

⁶⁶⁵ Observe-se, entretanto, que o Statute of Anne foi construído torno de um instrumento corporativo, o *stationer's copyright*. Apesar de se referir aos autores, a lei tinha como principal objetivo regular o comércio do livro e não reconhecer direitos de autor propriamente ditos. Como dizem Patterson e Lindberg: "(...) statutory copyright has long been only nominally a right of the author. The epithet 'author's right' itself was a fiction from the start, because authors, by assigning copyright to publishers, assigned their entire interests in the works. Yet, once the phrase achieved currency, publishers were able to argue that copyright was the author's property by reason of creation under natural law, rather than by statutory grant, and that justice therefore required that the rights of copyright be enlarged to protect the author (even though these rights were primarily to benefit the publisher.). Copyright as an author's right was and continues to be a fiction"

entretanto, referir-se à tradição do *copyright* como um regime de direito de autor, também não é exatamente correto referir-se à própria tradição do *droit d'auteur* nos mesmos termos. Ambas são menos autorais do que se imagina, como se verá. Por falta de outro termo, entretanto, falaremos em “direito de autor” e “direitos autorais”.

Esclarecidos esses pontos, podemos passar ao estudo da evolução história da propriedade intelectual de direito de autor, feita aqui em quatro fases: (a) formação; (b) consolidação; (c) expansão; (d) reestruturação.⁶⁶⁶

Na primeira fase, consideramos os fatores culturais (tecnológicos, econômicos, políticos e sociais) que determinaram um ambiente propício à formação dos sistemas modernos de direito de autor. Na segunda, fazemos uma análise dos primeiros exemplos concretos de legislação de direitos autorais na Inglaterra, EUA, França e Alemanha, quando os direitos autorais começaram a efetivamente ganhar forma jurídica. Na terceira fase, trataremos da internacionalização dos direitos autorais, e sua transformação em razão de algumas novas tecnologias e necessidades sociais. Na quarta fase, por fim, cuidaremos do movimento de reestruturação dos direitos autorais, iniciado nos anos 80 e ainda em andamento.

5.1 Formação dos direitos de autor

Uma série de fatores históricos deve ser levada em consideração, antes que se possa partir para o estudo das primeiras leis de direito de autor positivadas. Esse é um erro freqüente nas exposições históricas apressadas usualmente presentes nos manuais de direito de autor, e que pode deixar ocultos os interesses em jogo e sua relação com a

(PATTERSON, L. Ray.; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*, p.45-46). Infelizmente, esta não é uma peculiaridade da tradição do *copyright*. A tradição do *droit d'auteur* também é muito mais um regime de direitos de editor do que direitos autorais propriamente ditos. O componente transacionável do direito é o prevalente, apesar da retórica autoralista freqüentemente propagar discursos laudatórios dos direitos morais.

⁶⁶⁶ Braithwaite e Drahos propõem uma análise histórica da propriedade intelectual (como um todo) em três períodos, conforme sua expansão geográfica: (1) territorial; (2) internacional; e (3) global. Também consideramos a expansão geográfica como um critério para a divisão ora proposta, mas preferimos enfatizar os aspectos de formação e desenvolvimento conceitual dos direitos autorais. Ver BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global business regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 57-65. Baseamos-nos, entretanto, em valiosas considerações feitas pelos autores em outra obra, *Information feudalism*, para o relato da quarta fase aqui delimitada, a de reestruturação dos direitos autorais.

instrumentalização jurídica instituída pelas normas enfim positivadas, conseqüentemente causando distorções na tarefa de interpretação do direito. Por esse motivo, na primeira fase do estudo histórico aqui empreendido, investigaremos as condições que permitiram a própria formação de sistemas de direito de autor como os que temos hoje em dia.

Costuma-se, não sem razão, estudar a história dos direito de autor a partir da invenção da imprensa de tipos móveis. A referência à imprensa, todavia, precisa de alguma contextualização, dado que não é *apenas* o surgimento de um invento como tal que tem o poder de movimentar a elaboração de um sistema normativo específico.

A criação de Gutenberg traria consigo, de fato, diversas mudanças sociais radicais, alterando as formas de produção, sistematização, disseminação e consumo de informação, dando impulso ao Renascimento e à Reforma⁶⁶⁷ e estabelecendo ambiente propício ao desenvolvimento dos regimes de direito de autor. É só a partir da facilitação da reprodução em larga escala de obras intelectuais promovida pela imprensa que se pode começar a cogitar em sistemas como os atuais e, com efeito, não havia antes da invenção da imprensa, um regime de direito de autor propriamente dito. Pode-se apontar, na Antiguidade Clássica, alguns antecedentes quanto ao componente moral dos direitos autorais,⁶⁶⁸ caso levemos em consideração a censura moral ao plágio, mas é mais difícil encontrar antecedentes quanto ao componente patrimonial: o direito romano desconhecia a noção de propriedade imaterial, e muitos anos transcorreriam até que se pensasse na idéia. Os regimes de direito de autor são, definitivamente, criações da modernidade, que apenas puderam surgir após o advento de um determinado avanço tecnológico no campo da informação e comunicação: a imprensa de tipos móveis.

Como afirmado, contudo, não se pode transferir à invenção da imprensa a *totalidade* das condições necessárias ao surgimento do direito de autor. Quase trezentos anos separam a invenção da imprensa e a primeira lei de direitos autorais da história, o Statute of

⁶⁶⁷ É a tese de EISENSTEIN, Elizabeth. *The printing press as an agent of change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

⁶⁶⁸ Uma peculiaridade da tradição do direito de autor e não da tradição do copyright, apesar dos avanços recentes de harmonização internacional. Os EUA, apesar de signatários de Berna – que obriga o reconhecimento de direitos morais em seu art. 6 (*bis*) –, apenas conferem proteção a direitos morais referentes a obras visuais, e na Inglaterra a situação é igualmente problemática. Ver, para os problemas de aceitação de um regime de direitos morais nos EUA: PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*. Athens/London: The University of Georgia Press, 1991.

Anne inglês, de 1710.⁶⁶⁹ A invenção da imprensa é apenas um dos fatores que influenciaram o surgimento das tradições modernas de direito de autor, mais indireta do que diretamente. A facilidade que a imprensa proporcionou à produção de livros acabou por motivar a consolidação e expansão de um intenso *comércio do livro*, uma das principais causas diretas para a criação dos sistemas de direito de autor. Facilidade de reprodução, por si só, não é o bastante para o desenvolvimento de sistemas de direitos autorais: foi preciso que se estabelecesse um comércio do livro,⁶⁷⁰ e que determinadas práticas competitivas (e anticompetitivas) direcionassem os livreiros de então à procura de proteção a investimentos iniciais, primeiramente via privilégios, e posteriormente por meio da positivação de normas de direito de autor – na maior parte das vezes “de autor” apenas em nome, como restará claro.

Além da criação da imprensa e do desenvolvimento do comércio do livro, outro fator essencial para a formação dos sistemas de direito de autor seria a difusão de uma concepção moderna (e romântica), de autoria, na qual o autor é tido como criador *original* de uma obra, expressão de sua personalidade e portanto digna de proteção e passível de apropriação. Antes da modernidade, o significado de autoria era muito diverso, incompatível com a idéia de autoria que fundamenta os sistemas modernos. A doutrina da concepção romântica de autor/autoria, desenvolvida na Inglaterra, França e Alemanha, prepararia o terreno para a fundamentação filosófica dos sistemas de direito de autor, não devendo portanto ser ignorada: é preciso colocá-la em pé de igualdade com a invenção da imprensa e consolidação do comércio do livro, como um dos fatores determinantes para o surgimento dos sistemas modernos de direito de autor.

Finalmente, é importante registrar que o *ambiente cultural* foi um fator igualmente crucial para o desenvolvimento das tradições aqui estudadas. Não fosse a conjuntura cultural – política, social, intelectual, econômica – da Europa dos séculos XV a XVIII, um

⁶⁶⁹ Na verdade, o Statute of Anne não era uma lei de direito de autor propriamente dita, mas viabilizou a origem de um direito de autor, por razões que ficarão mais claras mais abaixo, ao estudarmos os períodos de formação e consolidação dos direitos autorais.

⁶⁷⁰ Não se quer dizer, com isto, que a Antigüidade desconhecesse um comércio do livro. Havia um modesto comércio de manuscritos, muito diferente, contudo, do comércio do livro que se desenvolveu na modernidade. Ver: KLEBERG, Tönnies. Comercio librario y actividad editorial en el mundo antiguo. In: CAVALLO, Guglielmo. *Libros, editores y público en el mundo antiguo*: guía histórica y crítica. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

estudo como o presente não existiria, porquanto as próprias tradições do *copyright* e direito de autor não teriam se desenvolvido. Basta olhar para o exemplo da China e dos países islâmicos. As tradições aqui estudadas são *culturalmente condicionadas*, e dificuldades de aceitação em determinados países, inclusive nos dias de hoje, são fatos que ilustram a verdade dessa colocação.

Examinaremos brevemente, em seguida, como parte da primeira fase da história do desenvolvimento do direito autoral, os fatores de formação acima apontados, começando pelo cultural, prosseguindo com o desenvolvimento do comércio do livro e o primitivo sistema de privilégios de impressão, e terminando com a elaboração da concepção romântica de autor/autoria.

Ainda na primeira fase da história do direito de autor, cumpre relatar a evolução do *stationer's copyright* na Inglaterra, o instrumento normativo da Stationers' Company, corporação inglesa monopolista, que serviria de base para o primeiro regime moderno de direito de autor: a tradição do *copyright*. O nascimento da tradição do *droit d'auteur* será abordado a partir da segunda divisão deste estudo histórico, uma vez que o comércio do livro na França ainda era inteiramente dependente de privilégios reais nas vésperas da Revolução, não tendo os franceses desenvolvido um *copyright de facto* como o *stationer's copyright* dos ingleses.

5.1.1 Ambiente cultural e direitos de autor

Não basta uma invenção tecnológica para o estabelecimento de um regime de direito de autor. Invenções radicais, como a imprensa de tipos móveis, acabam, necessariamente, ocasionando produção normativa, voltada à *regulação do fluxo de informação*. Tal regulação, contudo, não assume *necessariamente* o formato de normas de *copyright* ou direito de autor. O exemplo da China e dos países islâmicos é bastante elucidativo, neste sentido, e convém aqui abordá-los.

Como explica Alford,⁶⁷¹ apesar da China ser o berço da imprensa de tipos móveis,⁶⁷² e apesar de os chineses terem desenvolvido um comércio do livro, instrumentos jurídicos semelhantes aos do direito de autor ocidental não despontaram em território chinês. O direito exclusivo de reprodução, elemento de suma importância para o estabelecimento da escassez artificial que um mercado de obras intelectuais tradicionalmente exige, não encontrou ambiente favorável na China, extremamente hostil à idéia. A cultura chinesa, desde há muitos anos, tem no ato de copiar e reproduzir um grande elogio, uma honra que se presta à criação do autor, que em princípio, inclusive, não cria: apenas reproduz, à sua maneira, a herança cultural do povo chinês, propriedade de todo chinês enquanto chinês.⁶⁷³ Sendo a herança cultural propriedade pública e coletiva, e competindo aos autores participar na tradição cultural a partir da transmissão do que foi herdado, não há motivo para que se impeça a reprodução de obras intelectuais. Reprodução, por outrem, é sinal de

⁶⁷¹ ALFORD, William P. *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

⁶⁷² A invenção é atribuída ao ferreiro alquimista Pi Cheng, no século XI, que com argila e cola líquida fabricou uma série de tipos móveis, utilizados conjuntamente a pranchas de ferro. Ver MILLARES CARLO, Agustín. *Introducción a la historia del libro y de las bibliotecas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 89.

⁶⁷³ “Given the extent to which ‘interaction with the past is one of the distinctive modes of intellectual and imaginative endeavor in traditional Chinese culture’, the replication of particular concrete manifestations of such an endeavor by persons other than those who first gave them form never carried, in the words of the distinguished art historian and curator Wen Fong, the ‘dark connotations...it does in the West’. Nor, as was often the case in the West, was such use accepted grudgingly and then only because it served as vehicle through which apprentices and students developed their technical expertise, demonstrated erudition, or even endorsed particular values, although each of these phenomena also existed in imperial China. On the contrary, in the Chinese context, such use was at once both more affirmative and more essential. It evidenced the user’s comprehension of and devotion to the core of civilization itself, while offering individuals the possibility of demonstrating originality within the context of those forms and so distinguishing their present from the past.

In view of the foregoing, there was what Wen Fong has termed ‘a general attitude of tolerance, or indeed receptivity, shown on the part of the great Chinese painters towards the forging of their own works’. Such copying, in effect, bore witness to the quality of the work copied and to its creator’s degree of understanding and civility. Thus, Shen Zhou (1427-1509) is reported to have responded to the suggestions that he put a stop to the forging of his work by remarking, in comments that were not considered exceptional, ‘if my poems and paintings, which are only small efforts to me, should prove to be of some aid to the forgers, what is there for me to grudge about?’ Much the same might be said of literature, where the Confucian disdain for commerce fostered an ideal, even if not always realized in practice, that true scholars wrote for edification and moral renewal rather than profit. Or, as it was expressed so compactly in a famed Chinese aphorism, ‘Genuine scholars let the later world discover their work [rather than promulgate and profit from it themselves].’ If, after all, even the characters constituting the Chinese language itself, as the famed Song statesman Wang Anshi (1021-86) observed, ‘actually came from nature...and were not created by human beings, but merely imitated by them...from configurations of nature’, on what basis could anyone exclude others from the common heritage of all civilized persons?” (ALFORD, William P. *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 28-29).

mérito: é tomada como o fato de que o autor está dando devida continuidade ao legado cultural nacional e ao fluxo da tradição.

Uma citação de Confúcio, freqüentemente lembrada, ilustra bem o espírito: “Eu transmito, não crio. Confio nos antigos e os amo”.⁶⁷⁴ Por consequência de seu ambiente cultural, enquanto a Europa desenvolveu seus regimes de direito de autor, a China apenas regulou a matéria na medida em que ela envolvesse questões de autoridade estatal.⁶⁷⁵ Dificuldades na adoção de normas extraídas dos regimes ocidentais de direito de autor foram sentidas desde o primeiro contato chinês com estas normas, e persistem até os dias de hoje, com a China assinando tratados ou “na mira de armas”, ou por questões de estratégia política, em franco *appeasement* ou *pseudo-appeasement*. Culturalmente, o ambiente chinês ainda é inóspito a um regime de direito de autor.

⁶⁷⁴ Esses dizeres de Confúcio costumam ser traduzidos de formas bastante diferentes, apesar do sentido permanecer o mesmo. Segue-se aqui a tradução de Waley, *apud* ALFORD, William P. *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*, p. 25.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 18. Como explica Alford: “(...) it is with the advent of printing during the Tang period that one first finds substantial, sustained efforts to regulate publication and republication. What appears to have been one of the earliest such measures was issued in A.D. 835 by the Wenzong Emperor in the form of an edict, which, as was routine, became a part of the Tang code. The decree prohibited the unauthorized reproduction by persons of calendars, almanacs, and related items that might be used for prognostication, which, it observed, were being copied in great quantity in the Southwest and distributed throughout China. Far from being arcane, questions of time and astronomy were central to the emperor’s assertion that he was the link between human and natural events – and so were to be tightly controlled by court astronomers, while works regarding prognostication were of concern because they might be used to predict the dynasty’s downfall. This initial ban on the pirating of officially promulgated works soon expanded. Before its collapse, the Tang dynasty also prohibited the unauthorized copying and distribution of state legal pronouncements and official histories, and the reproduction, distribution, or possession of ‘devilish books and talks’ (*yaoshu yaoyan*) and most works on Buddhism and Daoism. Unfortunately, evidence as to the effectiveness of these various provisions is scant.

Spurred by advances in printing technology and a relative rise in literacy, the early years of the Song dynasty (A.D. 960-1279) saw a marked increase in the production of printed materials by both the Imperial College (or Directorate of Education, as *guozijian* has variously been translated) and ‘private’ persons, many of whom, in fact, were government officers carrying on sideline activities. Concerned about the proliferation of undesirable printed materials, in 1009, the Zhenzong Emperor ordered private printers to submit works they would publish to local officials for prepublication review and registration.

The principal goal of prepublication review was to halt the private reproduction of materials that were either subject to exclusive state control or heterodox. By the Song, the former category included both those items covered in Tang Wenzong’s edict of 835 and authorized versions of the Classics (which were only to be reproduced under the auspices of the Imperial College), model answers to imperial civil service examinations, maps, and materials concerning the inner workings of government, politics, and military affairs. Pornography, broadly defined, and writings using the names of members or ancestors of the imperial family in ‘inappropriate’ literary styles or that were ‘not beneficial to scholars’ were also deemed heterodox” (ALFORD, William P. *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 13-14).

Outro exemplo de como os regimes de direito de autor são culturalmente condicionados é o caso dos países islâmicos. Conforme Hesse,⁶⁷⁶ não apenas os regimes de direito de autor, mas a própria imprensa de tipos móveis, difundiram-se tardiamente no universo islâmico. Uma vez que todo o conhecimento advém de Alá, reconhecendo-se na autoridade do Corão uma fonte direta, compete aos homens apenas transmiti-lo, *por intermédio da palavra falada*, de professores a estudantes, que se tornam professores e podem assim passar o conhecimento que lhes foi transmitido a outros estudantes, em linhagem que pode ser traçada ascendentemente até Maomé. A palavra falada, hierarquicamente superior à escrita, torna o livro e materiais impressos meros instrumentos por meio dos quais a palavra é preservada, estritamente para auxílio da memória, nunca substituindo a transmissão oral. Por este motivo, a imprensa apenas se difundiu em países islâmicos a partir da popularização de jornais no século XIX.

Ainda teocráticos, os estados islâmicos adotam normas de direito de autor apenas na medida em que essas normas são compatíveis com a *Shari'a*, o Direito Corânico. A *Shari'a*, preceitua a propriedade de bens tangíveis, mas nada diz quanto à hipótese de propriedade sobre bens intangíveis.⁶⁷⁷ O silêncio abriu espaço para a penetração, no mundo islâmico, de normas de direito de autor extraídas dos sistemas europeus, mas não sem controvérsias: discute-se se essas normas seriam compatíveis com a *Shari'a*, com argumentos apontando tanto a compatibilidade quanto a incompatibilidade. Regulação ocorre, como na China, mais quando o assunto é censura do que direito de autor propriamente dito, apesar de proteções limitadas comparáveis às originadas nas tradições européias.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ HESSE, Carla. The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance. *Daedalus*, Spring 2002, p. 26-45.

⁶⁷⁷ Curiosamente, normas análogas às do componente moral específico à tradição do direito de autor se desenvolveram. O componente patrimonial é que não se estabeleceu: “To be sure, a certain notion of ‘authorship’ did emerge from Islamic scribal practices. But a concept of intellectual property did not. *Shari'a* law against ‘imposture’ or ‘fraud’ was used to prevent the unauthorized appropriation of the reputation of authority of a great teacher through false attribution of written texts. But the teacher did not own the ideas expressed within his books. A thief who stole a book was thus not subject to the punishment for theft – the amputation of his hand. Islamic law held that he had not intended to steal the book as paper and ink, but the ideas in the book – and unlike the paper and ink, these ideas were not tangible property” (HESSE, Carla. The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance. *Daedalus*, Spring 2002, p. 28).

⁶⁷⁸ “Because these states remain essentially theocratic in nature, however, the law has preserved the state’s right to censor all publications as it deems necessary, and to assert the broad discretionary power of government to set limits on the terms and duration of an author’s or inventor’s rights in relation to his creations. In Iran, for example, the duration of private copyright claims is set at thirty years after the author’s death. The state then retains an exclusive right on the creation for another thirty years before it is made accessible to the public at

Observe-se que a cultura judaico-cristã, durante muito tempo, também foi hostil à idéia de propriedade intelectual de direito de autor.⁶⁷⁹ Não fossem o crescimento e a sofisticação atingidos pelo comércio do livro após a difusão da imprensa, o surgimento da profissão de autor, voltada às atenções de um crescente público consumidor para livros, bem como a força retórica das idéias lançadas por alguns autores de modo a sustentar as novas relações estabelecidas entre autor/leitor/obra/mercado – a concepção romântica de autor/autoria –, o mundo judaico-cristão também não teria dado origem a sistemas de direito de autor. Contingências histórico-culturais políticas, econômicas e sociais, e não a existência de um direito natural deram origem ao estado atual das coisas, em se tratando de direito de autor.

5.1.2 A invenção da imprensa, o comércio do livro e o sistema de privilégios

No mundo ocidental, apesar de algumas controvérsias,⁶⁸⁰ a invenção da imprensa de tipos móveis é usualmente atribuída a Johannes Gutenberg. Não se sabe precisar exatamente em que data Gutenberg teria inventado a imprensa, mas cogita-se que em 1437 ela já havia surgido.⁶⁸¹ É incontroverso, contudo, que em 1450 Gutenberg se associou ao banqueiro Johann Fust com o objetivo de montar uma oficina para a produção de livros impressos,⁶⁸² e que a Bíblia de Gutenberg teria ficado pronta nos primeiros meses de 1456.⁶⁸³

A invenção se espalhou pela Europa, e por volta de 1490 o comércio de livros impressos já se encontrava bem estabelecido, com uma rede comercial extensa, espalhando-se por toda a Europa com rotas de distribuição e feiras de livro (Lyon, Medina del Campo,

large. Moreover, Islamic states in general do not extend copyright protection to non-nationals, although some bilateral agreements have been signed between Arab nations. In the international arena, Islamic law has thus tended toward the utilitarian position that the state's interest is higher than any notion of the universal natural rights of authors or inventors" (HESSE, Carla. Carla. The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance. *Daedalus*, Spring 2002, p. 44).

⁶⁷⁹ Ibidem, p. 31 e seguintes.

⁶⁸⁰ Discute-se se a imprensa teria surgido primeiro na Alemanha, Holanda ou França. Ver MILLARES CARLO, Agustín. *Introducción a la historia del libro y de las bibliotecas*, p. 91.

⁶⁸¹ Ibidem, p. 94.

⁶⁸² Ibidem, mesma página.

⁶⁸³ Ibidem, p. 95.

Frankfurt e Leipzig).⁶⁸⁴ A cultura e o comércio de manuscritos que antes dominavam a Europa⁶⁸⁵ foram aos poucos sendo suplantados por uma cultura e comércio de materiais impressos, com impactos sociais radicais.⁶⁸⁶ Alterou-se não apenas a quantidade de informação disseminada, em muito ampliada pela produção em massa de livros, mas também foram provocadas mudanças cognitivas substanciais em razão da padronização de textos⁶⁸⁷ e do surgimento de novas formas de sistematização de informação (notas de rodapé, diagramas, índices etc.).⁶⁸⁸

Dentre as várias mudanças que seguiram a invenção da imprensa, é interessante apontar a formação de uma classe de autodidatas antes inexistente;⁶⁸⁹ um aumento no número de indivíduos alfabetizados;⁶⁹⁰ a criação de novas modalidades de interação entre imagem/texto a partir da reprodução facilitada de ilustrações;⁶⁹¹ colaborações que hoje seriam classificadas como “interdisciplinares” entre indivíduos que antes trabalhavam isoladamente (astrônomos, ilustradores, médicos, pintores etc.);⁶⁹² uma transformação na “memória coletiva”, com o abandono da mnemotécnica e maior confiança em material impresso como espaço de armazenamento intelectual;⁶⁹³ e, sobretudo, o surgimento de uma

⁶⁸⁴ FEBVRE, Lucien; MARTIN, Henri-Jean. *O aparecimento do livro*. São Paulo: UNESP/HUCITEC, 1992, p. 326.

⁶⁸⁵ A cultura de manuscritos que havia se desenvolvido na Idade Média persistiu até o final do século XVI. Há duas tradições que se pode identificar: a que se desenvolveu nos mosteiros, e outra, secular, visando a atender os interesses de universidades e a de um crescente público leigo curioso em explorar uma diversidade de materiais escritos: a produção de manuscritos acompanhou o crescimento paralelo da disponibilidade de papel, com o surgimento de oficinas especializadas na criação de manuscritos, e intermediários dedicados à sua compra e venda. Primeiramente, ocorria apenas a venda de manuscritos sob encomenda, mas com o tempo estabeleceu-se um sistema de confecção de manuscritos com base em prognósticos de demanda em um mercado de manuscritos. Escribas começaram produzir quantidades maiores de manuscritos cuja possibilidade de vendas era maior, ao invés de apenas trabalharem com base em pedidos de clientes mais ricos. Diante da maior disponibilidade de manuscritos, bibliotecas públicas começaram a se formar, deslocando-se a ênfase do mero armazenamento para a consulta de livros. Padronização do ensino universitário, por outro lado, também motivou a instituição do sistema das *peciae* em que textos adotados por professores eram depositados em oficinas de *stationarii* vinculados às universidades. O texto completo, denominado *exemplar*, era decomposto em peças menores, *peciae*, distribuídas então a escribas para cópia. Ver D'AMICO, John F. Manuscripts. In: SCHMITT, Charles B.; SKINNER, Quentin; KESSLER, Eckhard. *The Cambridge history of Renaissance philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

⁶⁸⁶ Ver, com farta pesquisa, EISENSTEIN, Elizabeth. *The printing press as an agent of change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

⁶⁸⁷ Ibidem, p. 80-88.

⁶⁸⁸ Ibidem, p. 88-107.

⁶⁸⁹ Ibidem, p. 66.

⁶⁹⁰ Ibidem, p. 61.

⁶⁹¹ Ibidem, p. 54-55.

⁶⁹² Ibidem, p. 56.

⁶⁹³ EISENSTEIN, Elizabeth. *The printing press as an agent of change*, p. 66.

“Commonwealth of Learning” cujos pontos de encontro eram as próprias oficinas de impressores, freqüentadas por uma nova classe de literatos, promovendo-se intenso intercâmbio cultural/intelectual.⁶⁹⁴

Neste contexto, entretanto, a idéia de um direito de reprodução era inexistente e violava o senso comum. Editores e impressores rivais reproduziam obras uns dos outros sem encontrar qualquer obstáculo, independentemente de terem arcado ou não com os investimentos iniciais. Na inexistência de um regime específico para a proteção de interesses empresariais tendencialmente monopolistas, em um mercado cada vez mais competitivo, impressores passaram a procurar proteção a seus investimentos iniciais no único instrumento disponível na época: **privilégios**, pleiteados de diversas autoridades.

Podemos apontar estes privilégios – monopólios permanentes ou temporários válidos no interior de determinada jurisdição⁶⁹⁵ – como antecedentes diretos dos regimes de *copyright*/direito de autor que se formaram posteriormente. Desde o princípio, o problema principal não era o da proteção de direitos dos autores, mas o de se conferir ordem ao comércio do livro. Atualmente, a situação não é tão diferente, como se verá: interesses autorais costumam ceder a interesses empresariais, ainda que os discursos de fundamentação concentrem-se em afirmações de defesa da atividade criativa do autor.

Os primeiros privilégios relacionados ao comércio do livro foram concedidos na segunda metade do século XV, sendo que por vezes a própria atividade de imprimir era objeto de um privilégio: em 1469, Johann de Spira conseguiu um privilégio do governo de Veneza, sustentado por penas de multa e confisco, que o transformaria no único impressor da cidade por um curto lapso de tempo.⁶⁹⁶ O primeiro privilégio voltado a conferir exclusividade na impressão de uma *obra específica*, entretanto, foi provavelmente concedido

⁶⁹⁴ Ibidem, p. 55-56. Eisenstein, escrevendo em 1979, afirmou que as mudanças trazidas pela virada cultural manuscrito/impressos ainda se encontravam em andamento na época, ao contrário do afirmado por McLuhan, e exigiam investigação (ibidem, p. 16-17). Considerando-se que Internet acaba por amplificar algumas das alterações promovidas pelo advento da imprensa (novas formas de sistematização; interação entre texto/imagem/vídeo; aumento do número de autodidatas etc.), essa é uma linha de investigação que pode se tornar fértil no futuro: tomar a Internet não como representante de uma ruptura (como a imprensa em relação ao manuscrito), mas como uma nova etapa na revolução iniciada a partir de Gutenberg.

⁶⁹⁵ ARMSTRONG, Elizabeth. *Before copyright: the French book-privilege system 1498-1526*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 1.

⁶⁹⁶ Spira morreria pouco tempo depois de conseguir o privilégio, abrindo espaço para alguma competitividade no ofício de impressor. Ver ARMSTRONG, Elizabeth. *Before copyright: the French book-privilege system 1498-1526*, p. 2.

em 1479 a três impressores, Stephan Dold, Georg Reyser e Johann Beckenhub, pelo bispo da diocese de Würzburg, tendo como objeto o breviário da diocese. Tratava-se de um privilégio episcopal, que seria seguido por outros em localidades diversas. Os primeiros privilégios municipais voltados a obras específicas seriam concedidos em 1481 (Milão) e Veneza (1486), e a partir de então a idéia de se buscar proteção contra impressores e livreiros competidores por meio da obtenção de um privilégio se incorporou às práticas habituais do comércio do livro. Seguindo o modelo estabelecido na Itália e Alemanha, privilégios de impressão de livros passaram a ser concedidos na Espanha, França, Portugal, Polônia, Escócia, Escandinávia e Inglaterra, consolidando-se a prática no século XVI.

Os privilégios eram longe de ser homogêneos. Variavam as autoridades que os concediam, os prazos de duração, as penas impostas em caso de infração e a extensão dos privilégios. Privilégios eram concedidos não apenas para obras específicas, mas para classes inteiras de obras, e por autoridades muito distintas – municipais, eclesiásticas, imperiais, papais – com prazos de duração igualmente diferenciados. A proteção garantida por um privilégio era em geral de âmbito estreito, porquanto presa a localidades determinadas,⁶⁹⁷ em uma época de fragmentação política muito grande e de um mercado já bastante internacionalizado.⁶⁹⁸

Em razão do alto nível de concentração de poder político, os sistemas de privilégios estabelecidos na Inglaterra e na França atingiram níveis de complexidade e eficácia não verificados em outros locais da Europa. Esses dois países transformar-se-iam nos berços das tradições do *copyright* e do *droit d'auteur*, respectivamente, com influências germânicas consideráveis, entretanto, no caso desta última.

⁶⁹⁷ Os privilégios papais e imperiais, mais amplos, eram extremamente caros. Pleiteá-los não era prática usual (ARMSTRONG, Elizabeth. *Before copyright: the French book-privilege system 1498-1526*, p. 11-15).

⁶⁹⁸ Se a obra fosse de grande interesse local, entretanto, a proteção limitada conferida pelo privilégio já era suficiente: “Privileges were naturally valid only within the jurisdiction of the authority which granted them. The area within which a privilege was effective, even in principle, might thus be relatively small. At first sight therefore it may seem strange that a privilege should be sought at all from the duke of Milan or from the King of England when printers throughout the rest of Europe were free to reprint the books which it purported to protect. In some cases clearly the greatest danger from unauthorised reprints came from printers in the same state, in the same town or even in the same street. Works of great local interest, such as the history of Venice by Sabellicus, or the chronicle of Milan by Bossius, would be most in demand in the place itself and accordingly offer the greatest temptation to printers there. Even if printers outside that area were free to reprint the book, booksellers within the area were not free to put such an edition on sale” (ARMSTRONG, Elizabeth. *Before copyright: the French book-privilege system 1498-1526*, p. 11).

5.1.3 A concepção romântica de autor/autoria e a fundamentação de uma propriedade literária autoral

A concepção de autor/autoria à qual recorreremos nos dias de hoje é uma criação da modernidade, nascida a partir de alterações verificadas nas relações entre autor, público, obra e mercado a partir da evolução do comércio do livro, do nascimento da profissão de autor autônomo e da rápida expansão de um público leitor.

Woodmansee,⁶⁹⁹ tomando como ponto de partida um problema proposto por Foucault,⁷⁰⁰ identifica um deslocamento entre concepções de autor/autoria na Inglaterra e Alemanha do século XVIII. A concepção de autor enquanto um indivíduo inteiramente responsável e, por consequência, merecedor de exclusivo crédito pela produção de uma obra original é diametralmente oposta à concepção anterior, que orientou toda a produção cultural renascentista.

Durante a Renascença, o autor era considerado, em regra, como um *mero artesão*, responsável pela construção, a partir da manipulação de materiais tradicionais, de obras voltadas à apreciação de uma classe bastante restrita de indivíduos: uma audiência composta, principalmente, pelos próprios nobres que financiavam a execução dos trabalhos, e que mantinham uma relação simbiótica com os autores, tendo como base trocas materiais e imaterias (dinheiro, honra e *status*).⁷⁰¹ Quando a idéia de autor enquanto artesão mostrava-se insuficiente em razão da obra aparentar transcender, qualitativamente, uma simples criação artesanal, recorria-se à imagem do *autor enquanto veículo de inspiração divina*. Deus e musas eram identificados como as fontes das quais eram extraídas as obras, por meio de uma canalização, pelo autor, de forças independentes que lhe eram externas. Não havia uma noção, na época, de propriedade *autoral* que fosse além da propriedade dos

⁶⁹⁹ WOODMANSEE, Martha. *The genius and copyright: economic and legal conditions of the emergence of the 'author'*. *Eighteenth-century studies*, v. 17, i. 4, p. 425-448. O estudo de Woodmansee é nossa principal fonte para o presente item da dissertação.

⁷⁰⁰ “Como é que o autor se individualizou numa cultura como a nossa, que estatuto lhe foi atribuído, a partir de que momento, por exemplo, se iniciaram as pesquisas sobre a autenticidade e a atribuição, em que sistema de valorização foi o autor julgado, em que momento se começou a contar a vida dos autores de preferência à dos heróis, como é que se instaurou essa categoria fundamental da crítica que é ‘o-homem-e-a-obra’ – tudo isto mereceria seguramente ser analisado” (FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?*, 3ª ed. Lisboa: Veja, 1997, p. 34.

⁷⁰¹ ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993, p. 16-17.

manuscritos, ou da base física que acomodasse as obras, porquanto incompatível com a idéia de uma fonte de inspiração externa: como apropriar-se daquilo que não é seu?

A partir do século XVIII, entretanto, os conceitos de autor e autoria se modificaram radicalmente, de modo a sustentar o exercício da nova profissão de autor autônomo, e provocar o nascimento da idéia de uma *propriedade literária*, ponto de partida para a noção de propriedade intelectual. Conforme o comércio do livro se desenvolveu, com a expansão de um público leitor que justificasse o mercado, autores se viram diante da possibilidade de se desvincular de um sistema de mecenato, em que deviam sua subsistência à nobreza financiadora, e escrever diretamente para o mercado. Para tanto, mostrou-se necessário alterar a concepção anterior de autor/autoria, para que se fundamentasse o tratamento da obra enquanto propriedade transacionável, de titularidade do autor. Transferiu-se, assim, a fonte *externa* da inspiração divina para a fonte *interna* da inspiração do gênio. Pode-se observar, ademais, que a transição entre as duas concepções acompanhou uma transição entre formas de governo: a transição de aristocracia para democracia é paralela à transição do sustento pelo mecenato para o sustento pelo mercado.

A transição conceitual, entretanto, não ocorreu de forma suave. O primeiro escritor inglês de relevo a conseguir autonomia profissional, Alexander Pope (1688-1744), ainda pautava-se na concepção renascentista de autor/autoria, e os anos que separam Pope de William Woodsworth (1770-1850), já defensor da concepção moderna, são marcados por disputas comerciais, jurídicas e filosóficas conturbadas. No plano filosófico, as idéias que dão sustentação à concepção moderna de autor/autoria podem ser atribuídas originariamente ao inglês Edward Young, mas com articulação posterior sobretudo alemã, por parte de Herder, Goethe, Kant e, notoriamente, Fichte.

Na Alemanha, já a partir da geração de Lessing (1729-1781), escritores tentavam, sem êxito, sobreviver escrevendo para o mercado. A ausência de legislação de direitos autorais e a forte aceitação, por parte do público leitor, de reproduções não-autorizadas, impediam a profissionalização dos autores. Recompensa financeira era usualmente paga a autores por editores, mas somente a título de *honorarium*, uma quantia simbólica que indicava respeito e apreço, mas não contraprestação pela obra, tida como de valor inestimável. Aproveitando-se dos debates em torno das vantagens e desvantagens da

reprodução não-autorizada de livros entre editores, autores alemães inseriram a questão da propriedade literária em pauta e forçaram um deslocamento explícito, por via teórica, de uma a outra concepção de autor/autoria, tendo em vista a obtenção de amparo legislativo para a nascente profissão de autor autônomo.

O raciocínio utilizado pelos autores envolvia duas etapas: (a) o livro, veículo físico, é diferente da obra, criação do espírito materializada em papel; (b) sobre a obra – seu conteúdo – há que se reconhecer um direito de propriedade, a ser juridicamente tutelado. A primeira etapa do raciocínio não é de difícil sustentação, uma vez que há, notadamente, uma diferença entre suporte físico e conteúdo, concretamente apreciável. A segunda etapa, contudo, é de fundamentação muito mais tormentosa, porquanto afirmar um direito de propriedade sobre informação é algo muito mais difícil de se aceitar, exigindo portanto uma boa medida de astúcia argumentativa.⁷⁰²

O problema seria resolvido, no plano teórico, por Fichte em 1793, na Alemanha, e na Inglaterra por via jurisprudencial em *Pope v. Curl* (1741) e *Tonson v. Collins* (1758), sendo também relevante um panfleto de autoria de Francis Hargrave, um dos advogados que atuaram em *Donaldson v. Beckett* (1774), a decisão mais importante na história do

⁷⁰² A perplexidade transmitida por Cavalcanti, ao comentar o art. 72, § 26 da Constituição de 1891, é bastante ilustrativa de como é contra-intuitiva a noção de propriedade intelectual. Ainda que influenciado, o comentarista, pela noção moderna de autor/autoria – note-se a referência à personalidade do autor –, persistem as dificuldades lógicas de se aceitar uma propriedade sobre conteúdo informacional: “(...) por mais proprietário que se queira considerar o autor de uma obra científica, litteraria ou artistica, não se póde deixar de reconhecer que o pensamento, o principio, a verdade, a noção que em seo trabalho elle encorpora, consagra, expõe, ensina, mostra, não lhe pertence como a exclusivo dono e senhor. Proprietário de uma idea?! dono de um pensamento ?!”

Quando muito poder-se-ia dizer tal enquanto essa idea, esse pensamento se conservasse recôndito nos refolhos da intelligencia, guardado no recesso do entendimento. Mas, eis que se exteriorisa, como prendel-o ao dominio de um homem, como ligal-o ao patrimônio de um individuo? Como fazel-o objecto de goso exclusivo d'elle, com o *jus utendi, fruendi et abutendi*?

Por outro lado, o mundo das idéas é uma communhão, e accumula o que lhe hão legado, a titulo gratuito, as cogitações dos doutos, dos sábios, dos genios de muitas e muitas gerações. D'esse repositório commum e inesgotavel, desse patrimonio intellectual da humanidade tiram seos elementos fornecedores as novas concepções no domínio das sciencias, das letras, das artes. Os modernos têm assim a collaboração, gratuita, desinteressada, franca, dos antigos pensadores; e, o que é mais, sem ella bem pouco fariam, além de tateios, ensaios e tentames.

E – si a cada um, á sua discreção, é licito prover-se ahi, nesse grande patrimônio da humanidade, do que precisa para novas creações intellectuaes, e é justo que a sociedade lhe reconheça um direito a ellas, desde que aos elementos assim colhidos e affeçoados o autor ligou o cunho de sua personalidade – não menos licito e justo é que com elle a sociedade seja quinhoeira no novo producto assim elaborado” (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 332-333).

copyright inglês.⁷⁰³ É importante mencionar, ainda, a teoria da propriedade de Locke, como uma das bases de justificação de origem inglesa, de aplicação conturbada à fundamentação de uma propriedade intelectual, mas freqüentemente invocada.⁷⁰⁴

A solução para o problema da fundamentação da propriedade literária autoral daria origem a um dos princípios fundamentais de direito de autor, persistente até os dias de hoje: a dicotomia idéia/expressão,⁷⁰⁵ bem como inseriria no discurso jurídico de direito de autor duas de suas principais categorias: autor e obra. Na França, os debates assumiriam contornos diferentes.

Uma breve exposição dos primeiros esforços de fundamentação da propriedade literária autoral nesses três territórios mostra-se necessária, uma vez que os argumentos que foram lançados nos primeiros anos de formação dos direitos autorais se desenvolveriam em um corpo doutrinário ao qual se faz referência até hoje, em discussões envolvendo políticas públicas de direitos autorais, independentemente de tradição jurídica.⁷⁰⁶

5.1.3.1 Matrizes alemãs para a fundamentação da propriedade literária autoral

Fichte,⁷⁰⁷ trabalhando com as idéias de forma e conteúdo de uma obra, desenvolveu argumentação que ganhou ampla adesão na defesa da possibilidade apropriação, por parte de um autor, de conteúdo imaterial. Conforme o filósofo, cada autor, por processos internos à sua pessoa, chega a conceitos próprios que, para serem comunicados, necessitam adquirir uma forma por meio da qual possam se exteriorizar. Idéias, assim, nascidas do

⁷⁰³ ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*, p. 131.

⁷⁰⁴ Ver item 6.2.2, *infra*.

⁷⁰⁵ Ver COLOMBET, Claude. *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado*. Madrid: UNESCO/CINDOC, 1997, p. 9-12. Colombet, além da dicotomia idéia/expressão, coloca como princípios fundamentais dos sistemas de direitos autorais (no que inclui, em parte, a tradição do *copyright*) a proteção da forma *original*, a irrelevância do destino das obras e a exigência/ausência de formalidades.

⁷⁰⁶ A base de fundamentação que recebemos do século XVIII, na forma como articulada atualmente, será condensada no próximo capítulo, item 7.XX.

⁷⁰⁷ FICHTE, Johann Gottlieb. *Proof of the illegality of printing: a rationale and a parable*. Disponível em: <http://www.case.edu/affil/sce/authorship/Fichte,_Proof.doc>. Acesso em: 24.01.07.

gênio do autor, adquirem uma *expressão* que *pertence* a ele, não podendo ser objeto de apropriação por qualquer outra pessoa sem prévia alteração de forma.⁷⁰⁸

Desenvolvimentos subseqüentes da idéia acabariam dando nascimento aos direitos morais do autor, radicados nos direitos de personalidade. Este trabalho de justificação, agora mais acentuadamente jusfilosófico, caberia a Gierke, pautado pela noção kantiana da criação literária ser uma expressão da personalidade do autor.⁷⁰⁹

Kant, ressalte-se, também tinha participado dos debates em torno da reprodução não-autorizada de livros, denunciando em ensaio de 1785 a “injustiça da contrafação de livros”,⁷¹⁰ seguindo uma linha de raciocínio que soa muito mais como uma forte afirmação de direitos morais do que a de um efetivo direito de propriedade sobre a obra, e que traça uma linha bem nítida entre direitos atribuíveis ao autor e direitos atribuíveis ao editor. Ao

⁷⁰⁸ “What is certainly offered for sale through the publication of a book, then, is first of all the printed paper, to anyone, that is, who has the money to buy it, or a friend who will lend it to him; and secondly, the content of the book, namely to anyone who has enough brains and diligence to appropriate it. As soon as the book is sold, the former ceases to be the property of the author (whom we can still consider here as the seller) and passes exclusively to the buyer, since it cannot have more than one lord and master. The latter, however, which on account of its ideational nature can be the common property of many, and in such a manner that each can possess it entirely, clearly ceases upon the publication of a book to be the exclusive property of its first proprietor (if indeed it was so prior to publication, which is not always the case with some books nowadays), but does continue to be his property in common with many others. What, on the other hand, can absolutely never be appropriated by anyone else, because this is physically impossible, is the form of the ideas, the combination in which, and the signs through which they are presented.

Each individual has his own thought processes, his own way of forming concepts and connecting them. This we take as a presupposition here, as it is universally recognized and accepted by all who understand it, and because we are not writing an empirical study of the mind. All that we think we must think according to the analogy of our other habits of thought; and solely through reworking new thoughts after the analogy of our habitual thought processes do we make them our own. Without this they remain something foreign in our mind, which connects with nothing and affects nothing. It is more improbable than the greatest improbability that two people should ever think about any subject in exactly the same way, in the same sequence of thoughts, and the same images when they know nothing of one another. Still, this is not absolutely impossible. What is absolutely impossible, however, is that someone to whom the ideas must first be imparted by another should ever assimilate them into his own system of thought in exactly the form in which they were given. Now since pure ideas without sensible images cannot be thought, much less are they capable of representation to others. Hence, each writer must give his thoughts a certain form, and he can give them no other form than his own because he has no other. But neither can he be willing to hand over this form in making his thoughts public, for no one can appropriate his thoughts without thereby altering their form. This latter thus remains forever his exclusive property” (FICHTE, Johann Gottlieb. *Proof of the illegality of printing: a rationale and a parable*. Disponível em: <http://www.case.edu/affil/sce/authorship/Fichte,_Proof.doc>. Acesso em: 24.01.07, grifos no original).

⁷⁰⁹ GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 9.

⁷¹⁰ KANT, Immanuel. *Of the injustice of counterfeiting books*. Disponível em: <<http://www.hkbu.edu.hk/~ppp/fne/essay3.html>>. Acesso em: 26.01.07.

mesmo tempo, contudo, Kant explicitamente defendia a existência de uma propriedade imaterial sobre a qual poderiam recair arranjos contratuais.⁷¹¹

5.1.3.2 Matrizes inglesas para a fundamentação da propriedade literária autoral

A mesma idéia defendida por Fichte foi desenvolvida na Inglaterra, de forma esparsa, principalmente por via jurisprudencial, anteriormente ao escrito do filósofo alemão. Já se defendia na Inglaterra a necessidade de proteção a uma propriedade literária atribuível ao autor pelo menos desde alguns textos de Daniel Defoe,⁷¹² e o primeiro passo concreto para tanto já havia sido tomado com o Statute of Anne. A construção de um corpo doutrinário coerente para sustentar a idéia de propriedade literária autoral, contudo, demorou pouco mais de meio século.

O primeiro caso de relevo na formação de uma fundamentação jurídico-estética⁷¹³ para a idéia de propriedade literária foi *Pope v. Curll* (1741). Apesar do Statute of Anne, de 1710, ser considerado a primeira lei de direitos autorais da história, tratava-se muito mais de um diploma legal destinado a regular o comércio do livro e dissolver o monopólio da Stationers' Company, do que uma autêntica lei de direitos autorais. O Statute of Anne, é verdade, atribuiu o *copyright* ao autor, mas não apenas a ele: atribuiu o *copyright* a *qualquer pessoa*. Atribuiu-o, por transferência, principalmente, aos membros da corporação dos Stationers, de modo que mesmo após o Statute of Anne, ainda havia problemas teóricos

⁷¹¹ “The author and the owner of the copy may both say of it with equal right: it is my book! but in a different sense. The first takes the book as a writing or a speech; the second as the mute instrument merely of the delivering of the speech to him or to the public, i.e. as a copy. This right of the author's, however, is no right in the thing, namely, the copy (for the owner may burn it before the author's face), but an innate right in his own person, namely, to hinder another from reading it to the public without his consent, which consent can by no means be presumed, because he has already given it exclusively to another” (KANT, Immanuel. *Of the injustice of counterfeiting books*. Disponível em: <<http://www.hkbu.edu.hk/~ppp/fne/essay3.html>>. Acesso em: 26.01.07).

⁷¹² Ver, em geral, a avaliação do período feita por ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993.

⁷¹³ “(...) the representation of the author as a creator who is entitled to profit from his intellectual labor came into being through a blending of literary and legal discourses in the context of the contest over perpetual copyright. The literary-property struggle generated a body of texts – parliamentary records, pamphlets, and legal reports – in which aesthetic and legal questions are often indistinguishable” (ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*, p. 6).

referentes à sustentação de uma efetiva propriedade literária autoral,⁷¹⁴ o que demandou esforços intelectuais consideráveis.

A controvérsia em *Pope v. Curll*, era a seguinte: o livreiro Curll havia publicado um volume contendo correspondência entre Alexander Pope e Jonathan Swift, dentre outros escritores. Pope, que havia publicado recentemente um volume “oficial” de cartas de sua autoria como parte de suas obras coligidas, acusou Curll de pirataria e levou a disputa à corte.⁷¹⁵ Afirmou Pope, na ocasião, que era proprietário não apenas das cartas que havia escrito, mas das que havia recebido. Curll contestou alegando que não se poderia cogitar de propriedade sobre o que, em essência, era um presente ao destinatário. A decisão, composta por Lord Chancellor Hardwicke em favor de Pope, fazia distinção entre propriedade sobre a *base física* do conteúdo, e propriedade sobre o *conteúdo propriamente dito*.

Mais adiante, em *Tonson v. Collins* (1758), caso que não chegou a uma decisão conclusiva em razão de colusão entre as partes – livreiros envolvidos na célebre *Battle of the Booksellers* –, Blackstone pronunciou-se afirmando que “estilo e sentimento” eram os elementos essenciais de uma composição literária, idéia em sintonia com a trilogia forma/conteúdo/propriedade sustentada por Fichte anos depois. Por fim, o advogado Francis Hargrave, envolvido na decisão que daria desfecho à *Battle of the Booksellers*, *Donaldson v. Beckett* (1774), publicaria um panfleto no mesmo ano da decisão, de título *Argument in defence of literary property*. Conforme Hargrave, o que distinguiria uma propriedade literária de outra seria, justamente, a *forma* de expressão das idéias nelas contidas.⁷¹⁶

A teoria da propriedade de John Locke, ainda, foi bastante relevante para a fundamentação de uma propriedade literária autoral, mas não porque foi elaborada com este objetivo em mente. Muito pelo contrário, é questionável se Locke aprovaria a forma como sua teoria foi empregada, nos séculos seguintes à sua elaboração, na sustentação de

⁷¹⁴ ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*, p. 48.

⁷¹⁵ Observe-se que Pope havia, em 1735, ludibriado Curll a publicar um volume de suas cartas, uma vez que não seria cavalheiresco bancar uma edição em seu nome. A publicação prévia por parte de Curll, assim, serviria como justificativa a Pope para a publicação de uma edição autorizada, sem que Pope sofresse as consequências morais pelo ato. Ver: ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*, p. 60.

⁷¹⁶ ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*, p. 131. Importante mencionar, além disso, que quando ainda pendia *Tonson v. Collins*, um panfleto anônimo já havia defendido a vinculação da forma de uma idéia a um direito de propriedade sobre a expressão (*ibidem*, mesma página).

uma propriedade, do autor, sobre suas obras. É indiscutível, contudo, sua influência, ainda que a aplicação dependa de um excerto do *Segundo tratado sobre o governo* totalmente extraído de seu contexto.⁷¹⁷

5.1.3.3 Matrizes francesas para fundamentação da propriedade literária

No que concerne aos debates em torno da fundamentação da propriedade literária autoral na França, convém fazer menção a dois escritos bastante representativos: a *Carta sobre o comércio do livro* (1763), de Diderot, e *Fragmentos sobre a liberdade da imprensa* (1776), de Condorcet.⁷¹⁸ Estes textos correspondem a noções opostas do que representaria uma “propriedade literária”.

Conforme narra Chartier,⁷¹⁹ desde 1761, quando o Conselho Real transferiu aos herdeiros de La Fontaine os privilégios sobre as edições das *Fábulas*, os livreiros parisienses estavam preocupadas com perturbações ao regime de privilégios que sustentava o comércio do livro na França. Le Breton, síndico dos livreiros e editor da *Encyclopédie*, encomendou a Diderot um texto, destinado a um magistrado, diretor do Ofício dos Livreiros, objetivando a defesa dos privilégios editoriais. Diderot, que mantinha relações conturbadas com os livreiros, apenas aceitou a proposta porque viu na elaboração da carta uma oportunidade para dar forma jurídica à idéia de propriedade literária (conferindo segurança jurídica aos aspectos financeiros da profissão de autor), e ao mesmo tempo explorar uma brecha para o estabelecimento de liberdade de imprensa na França por meio do mecanismo das permissões tácitas.⁷²⁰

⁷¹⁷ Ver *infra*, item 6.2.2.

⁷¹⁸ Para uma análise comparada, ver CHARTIER, Roger. Prefácio: a propriedade e o privilégio. In: DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.

⁷¹⁹ Ibidem, p. 12-26.

⁷²⁰ “Para garantir a ‘liberdade de imprensa’, bastaria ‘multiplicar as permissões tácitas ao infinito’, quer dizer, utilizar um mecanismo já existente e que havia sido inventado pela Direção do Ofício dos Livreiros. A princípio puramente verbais, em seguida registradas como se fossem obras estrangeiras cuja distribuição era autorizada no reino, as permissões tácitas não implicavam, contrariamente às permissões ‘públicas’, a aprovação do chanceler. Instauradas para permitir a impressão na França de títulos que não podiam ser oficialmente aprovados mas que, apesar disso, não eram perigosos o bastante para serem proibidos e, conseqüentemente, deixados para os livreiros estrangeiros, as permissões tácitas tornaram-se, sob a pena de Diderot, o instrumento de derrubada da censura prévia. Com efeito, ‘é quase impossível imaginar que se possa supor um caso em que se deva recusar uma permissão tácita’, visto que os autores das ‘produções infames’ nunca arriscariam pedir uma autorização, mesmo ‘tácita’, para suas obras. Estabelecer a liberdade de imprimir no

Diderot fundou a propriedade literária tanto em argumentos jurídicos, quanto a um apelo à genialidade do autor, a cujos esforços deveria se atribuir uma recompensa justa. Os argumentos jurídicos são simples: a relação autor/editor implica um contrato de compra e venda sobre uma obra que é de propriedade do autor.⁷²¹ A transferência de título se dá por via contratual, e é perpétua assim como a propriedade o é (afasta-se, assim, a possibilidade de transmissão *causa mortis* aos herdeiros do autor, como ocorrera em relação ao trabalho de La Fontaine). Os privilégios não constituem propriedade, são apenas *salvaguardas* a um direito que é transmitido por via contratual, e que sai do patrimônio do autor para integrar o patrimônio do editor, adquirente. Um privilégio, no contexto do comércio do livro, não seria algo odioso como um privilégio tradicional: apenas consistiria em uma chancela real garantidora de um negócio jurídico legítimo e trivial.⁷²²

Além de lançar mão do argumento jurídico, Diderot, à moda de seus colegas ingleses e alemães, refere-se à propriedade literária como uma questão de justiça. A obra é fruto e extensão do intelecto e trabalho do autor e, portanto, mereceria proteção como se sua propriedade fosse.⁷²³ Como recomendação ao magistrado, assim, Diderot defende que

âmbito do regime da censura monárquica, e até graças a ele: este é o primeiro paradoxo do memorial de Diderot” (CHARTIER, Roger. *Prefácio: a propriedade e o privilégio*, p. 11-12, grifos no original).

⁷²¹ Narrando os costumes comerciais dos livreiros, explica Diderot: “O contrato entre o livreiro e o autor daquela época fazia-se como hoje em dia: o autor chamava o livreiro e propunha sua obra; eles entravam em acordo sobre o preço, sobre a forma do livro e sobre outras condições. Essas condições e preço eram estipulados em contrato privado, no qual o autor cedia perpétua e definitivamente sua obra ao livreiro e a seus sucessores” (DIDEROT, Denis. *Carta sobre comércio do livro*, p. 51).

⁷²² “Este título odioso que consiste em conceder gratuitamente a um só o benefício que a todos cabe, uma justa e igual pretensão, eis o privilégio detestado pelo bom cidadão e pelo ministro esclarecido. Resta saber se o privilégio é desta natureza. Mas o senhor viu, por tudo o que foi confirmado aqui, como seria falsa esta idéia: o livreiro compra um manuscrito por um ato; o ministério, por uma permissão, autoriza a publicação deste manuscrito e garante ao comprador a tranqüilidade de sua posse. O que pode haver aí de contrário ao interesse geral? O que é que o livreiro faz que não seja feito por qualquer outro cidadão?” (Ibidem, p. 65-66). Continua Diderot: “O preconceito vem da confusão que se faz entre a condição de livreiro, a comunidade de livreiros, a corporação e o privilégio, e entre o privilégio e o título de posse, todas coisas que não têm nada em comum, não, nada, senhor! Ah! Destrua todas as comunidades, entregue a todos os cidadãos a liberdade de aplicar suas faculdades de acordo com seus gostos e interesses, faça extinguir todos os privilégios, até mesmo os do mercado livreiro, consinto com tudo: tudo estará em ordem desde que as leis sobre os contratos de compra e venda subsistam” (Ibidem, p. 66-67).

⁷²³ “Com efeito, que bem pode um homem possuir se uma obra do espírito, fruto único de sua educação, de seus estudos, de suas noites insones, de seu tempo, de suas pesquisas, de suas observações; se as mais belas horas, os melhores momentos de sua vida; se seus próprios pensamentos, os sentimentos de seu coração, sua porção mais preciosa, aquela que nunca morre, que o imortaliza, não lhe pertencer? Como comparar o homem, a própria substância do homem, sua alma, e o campo, a pastagem, a árvore ou a vinha que a natureza ofereceu no início igualmente a todos, de que o indivíduo só pôde apoderar-se pela cultura, o primeiro meio legítimo de posse? Quem teria mais direito de dispor de sua coisa pelo dom ou pela venda do que o autor?” (Ibidem, p. 67-68).

qualquer obra intelectual seja considerada “propriedade inatacável”, inteiramente alienável, meramente salvaguardada por meio de privilégios.⁷²⁴

Treze anos após a redação da carta de Diderot, Condorcet, também se dedicando ao tema da liberdade de imprensa, chega a conclusões totalmente contrárias às do outro autor. Para Condorcet,⁷²⁵ não há privilégio justificável, e uma propriedade literária apenas poderia existir, dado à natureza de bem público (no sentido econômico) de obras intelectuais, como um privilégio. Além disso, argumenta que privilégios de propriedade literária constituiriam barreiras ao progresso da ciência e das luzes, no que seriam contrários ao interesse público. Escritores, ademais, não deveriam escrever por dinheiro, mas mesmo que precisassem ganhar sustento a partir de suas obras, um regime de propriedade literária não seria necessário, bastando um sistema de assinaturas ou que o autor trabalhasse com o editor em edições autorizadas de qualidade, que ganhariam a preferência do público, em face de edições de competidores não-supervisionadas pelos autores, de qualidade inferior. De todo modo, conforme Condorcet, preços altos existem apenas em razão dos privilégios; se estes não existissem, a produção de edições contrafeitas diminuiria, e a edição original poderia ser escoada com maior velocidade, ostentando um preço mais justo.

As diferenças entre os textos de Diderot e Condorcet se justificam pela situação econômica e profissional de cada um dos autores. Diderot era um escritor profissional que escrevia para o mercado, interessado, portanto, na sustentação de uma forma jurídica para a propriedade literária. Condorcet, por outro lado, era um nobre que escrevia em troca de recompensas não diretamente financeiras, e que não dependia de um mercado literário para sobreviver.⁷²⁶ Retomando o quadro 1, apresentado no capítulo anterior, pode-se dizer que Diderot seguia uma estratégia de produção de informação correspondente a (1), enquanto Condorcet seguia a estratégia (7). As diferenças de pontos-de-vista seguem as diferenças estratégicas.

⁷²⁴ “Que, conforme os decretos 20 de dezembro de 1649, 27 de janeiro de 1665 e as diferentes disposições tomadas em seguida por Luís XIV e pelo soberano reinante, especialmente o regulamento de 28 de fevereiro, artigo primeiro e seguintes, os privilégios sejam vistos pura e simplesmente como salvaguardas; as obras compradas como propriedades inatacáveis, e suas impressões e reimpressões renovadas exclusivamente àqueles que as compraram, a menos que não exista na própria obra uma cláusula derogatória” (DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*. p. 112).

⁷²⁵ MARQUIS DE CONDORCET. Fragments concerning freedom of the press. *Daedalus*, spring 2002, p. 47-59.

⁷²⁶ CHARTIER, Roger. *Prefácio: a propriedade e o privilégio*, p. 26-27.

5.1.3.4 Articulação posterior da base de fundamentação

Resolvidos os impasses teóricos, consolidada a concepção romântica de autor/autoria, os sistemas de direito de autor desenvolveram-se até os dias de hoje sofrendo algumas modificações em relação a que sujeitos poderiam ser considerados autores, e quais seriam as obras dignas de proteção. Inovação tecnológica – principalmente a partir da criação de novas mídias, veículos para expressão intelectual e oportunidades de exploração industrial de informação –, daria impulso a reformas, sem que contudo se alterassem as categorias básicas por meio das quais os direitos autorais foram criados.

Algumas dessas mudanças serão abordadas com maiores detalhes mais adiante, neste capítulo, e o estado atual da base de fundamentação da propriedade autoral no próximo. Importante, por ora, ressaltar como a construção dos direitos autorais dependeu da criação de um corpo de doutrinas voltadas à sustentação de *uma*, dentre várias possíveis, estratégias de produção e comercialização de informação, pautada por uma idéia de propriedade que precisou ser criada e não nasceu espontaneamente.

A concepção de autor/autoria e, por conseqüência, a idéia de propriedade autoral, passa nos dias de hoje por uma fase semelhante à que passou no século XVIII, sendo razoável dizer que o que era conveniente, para aquela época, não é inteiramente adequado às alterações pelas quais estamos passando. Se há algo do que foi desenvolvido no século XVIII a ser mantido, também há o que reconsiderar e examinar criticamente, para a construção ou reconstrução de uma noção de propriedade autoral que seja apropriada ao contexto econômico, social e tecnológico corrente.

5.1.4 A Stationers' Company e o *stationer's copyright*

Ao contrário da França, em que o comércio do livro ficou, até a abolição dos privilégios após a Revolução, inteiramente dependente do sistema de privilégios, algo diferente aconteceu na Inglaterra, demandando esclarecimento. Se basta, para a análise do período de formação da tradição do *droit d'auteur*, simplesmente oferecer um relato a

respeito do sistema de privilégios tal como o já feito, as peculiaridades da situação institucional da Stationers' Company inglesa merecem ser detalhada.

A história da tradição do *copyright* costuma ser relatada a partir da aprovação do Statute of Anne em 1710, tido como a primeira lei de direitos autorais da história. A afirmação não é exatamente correta, apesar do Statute of Anne efetivamente ter dado início ao estabelecimento dos regimes jurídicos de *copyright*.⁷²⁷ A época formativa do *copyright* inglês, que antedata o Statute of Anne em número considerável de anos, merece consideração especial por conferir transparência e destaque a problemas que não são exclusivos à tradição do *copyright*, mas comunicam-se à tradição do *droit d'auteur*. A história revela como um instrumento corporativo, cujo objetivo era o de atender aos interesses de um grupo bastante estrito de atores econômicos, adquiriu contornos jurídicos de modo a dar origem a direitos atribuíveis ao autor, que, contudo, funcionalmente continuaram direitos corporativos. Cumpre investigar, assim, a transição entre o *stationer's copyright*, corporativo e atribuível aos membros da corporação dos stationers, ao *statutory copyright*, jurídico e atribuível aos autores ou às pessoas que com eles transacionem.

5.1.4.1 A incorporação dos *stationers* e o desenvolvimento de um monopólio no comércio do livro

Nos valeremos, para a exposição que se inicia neste item e termina no item 5.2.2, da valiosa investigação história realizada por Patterson no clássico *Copyright in historical perspective*,⁷²⁸ provavelmente uma das obras mais importantes de que se dispõe para a compreensão do significado histórico do *copyright*, e como sua evolução acabou por deixar ocultos interesses de autores e público em favor dos interesses de editores.

⁷²⁷ A linha do tempo da história do *copyright* pode ser traçada do Statute of Anne de 1710 (aprovado, no calendário da época, em 1709, entrando em vigor, naquele mesmo calendário, no ano seguinte), passando pela principal decisão do período inicial de vigência da lei, Donaldson v. Beckett (House of Lords, 1774), até chegar à Constituição dos EUA e à primeira lei federal norte-americana de *copyright* em 1790, chegando finalmente à primeira grande decisão estadunidense envolvendo a lei, Wheaton v. Peters (Supreme Court, 1834). Ver PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2004, p. 1-2.

⁷²⁸ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2004.

A introdução da imprensa na Inglaterra ocorreria em 1476 por William Caxton, marcando o início da história do ofício de impressor em solo inglês.⁷²⁹ O comércio do livro foi aos poucos ganhando força, e em 1557 seus participantes, já bem organizados na época, receberam uma Royal Charter e transformaram-se na Company of Stationers of London.⁷³⁰ Teve início, assim, uma parceria que durou longos anos entre a Coroa e a Stationers' Company: os *stationers* se asseguravam de que as políticas oficiais de censura eram cumpridas à risca, enquanto a Coroa assegurava aos *stationers* monopólio sobre o comércio do livro. A Charter, com efeito, concedeu aos *stationers* exclusividade na atividade de imprimir, além de poderes nacionais de regulação. Impressores fora da corporação acabavam inevitavelmente sendo incorporados e submetidos à autoridade do corpo legiferante e judicante da companhia, a Court of Assistants.

A Corporação abrigava praticantes de três ofícios relacionados ao comércio do livro: os *bookbinders* (encadernadores), os *printers* (impressores), e os *booksellers* (livreiros), concentrando estes últimos as funções de edição e venda de livros. Houve variação entre focos de poder interno na Corporação, com poder concentrado primeiramente nas mãos dos impressores, e posteriormente nas mãos dos livreiros, situação que se manteve até após a dissolução da Stationers' Company.

A estrutura da Corporação, sustentada pela Charter e por um grande número de normas de censura, foi o que ensejou a utilização efetiva de um instrumento de regulação corporativo – o *stationer's copyright* –, e sustentou, por muito tempo, o monopólio extremamente poderoso no comércio do livro exercido pela Stationers' Company. O *stationer's copyright* provavelmente teria se desenvolvido mesmo sem a existência de normas de censura, mas apenas pôde ganhar força em razão dessas normas: o Judiciário não interferia com políticas públicas de censura, o que impediu que limitações jurisdicionais ao *stationer's copyright* emergissem, consolidando-se assim uma enorme medida de poder nas mãos dos *stationers*.⁷³¹

⁷²⁹ Ibidem, p. 20.

⁷³⁰ A Charter foi cofirmada por Elizabeth I em 1559, nos mesmos termos de 1557 (Ibidem, p. 36).

⁷³¹ "Censorship in England began without any reference to copyright, and there is little doubt that copyright would have developed without it. Copyright, however, became an instrument of censorship, a policy of the sovereign, with which the courts did not interfere. Except for censorship, the courts might well have imposed limitations on the early copyright to preclude its use as an instrument of monopoly; but the presence of censorship protected copyright from judicial interference, and favored few, in using copyright to develop an

Em razão dos poderes conferidos pelas leis de censura, os *stationers* puderam conferir um grau de eficácia altíssimo ao *stationer's copyright*, desenvolvido no interior da Corporação, o que tornou desnecessário pleitear privilégios de impressão para evitar a entrada de competidores no mercado. Como o monopólio já era um fato, a necessidade básica dos *stationers* era apenas a de regular o comércio do livro entre os próprios membros da Corporação, surgindo daí a criação do *stationer's copyright*, um *copyright de facto* e não *de iure*.

5.1.4.2 Das *printing patents* ao *stationer's copyright*

Concedida por prerrogativa real, a *printing patent* era o privilégio de impressão concedido pela Coroa inglesa sobre a publicação de uma obra. Cogita-se que foi o modelo no qual se inspiraram os *stationers* para o desenvolvimento do *stationer's copyright*, que acabou eventualmente suplantando as *printing patents* em utilidade: nos anos iniciais da Corporação as *printing patents* consistiam um instrumento mais desejável do que o *stationer's copyright*, mas pouco a pouco foram dando espaço a este, que ao final do século XVII já era a forma dominante de proteção às obras comercializadas pelos *stationers*.⁷³²

A primeira *printing patent* data de 1518.⁷³³ Não se confundia com a licença para imprimir, referente à autorização, pelas autoridades censoras, de se publicar a obra.⁷³⁴ Ao contrário do *stationer's copyright*, eram amparadas por sanções próprias, e podiam cobrir classes inteiras de obras, como bíblias, abecedários e livros de direito, além de obras individualmente consideradas. No caso das *patents* referentes a classes de obras, a regra era a de que eram vitalícias; aquelas referentes a obras específicas duravam de 7 a 10 anos.⁷³⁵

A fonte, para a concessão, era a prerrogativa real, expressão direta da soberania do monarca, mas também envolvia uma questão de direito, derivada da *common law*. Abusos da prerrogativa real, principalmente por parte de Elizabeth I, resultaram na aprovação do

oppressive and long-continued monopoly, caused it to be so associated with monopoly that even today copyright is deemed to be a grant of government, a privilege, not a right" (PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 114).

⁷³² PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 113.

⁷³³ Ibidem, p. 86.

⁷³⁴ Ibidem, p. 87.

⁷³⁵ Ibidem, p. 79.

Statute of Monopolies em 1623, sujeitando-se a partir de então as cartas patentes à *common law*. O estatuto não se aplicava às printing patents, entretanto, por motivos não muito claros.⁷³⁶

A força das patentes e a concentração de poder dentro da Corporação por elas provocada levou a fortes disputas internas na década de 1580, a primeira vez em que o problema do monopólio do comércio do livro foi notado com preocupação considerável.⁷³⁷ Como as *printing patents* eram privilégios bastante lucrativos e prestigiosos, cuja concessão era limitada a poucos editores favorecidos, formou-se uma situação de monopólio interno em uma corporação que já era monopolista.⁷³⁸ O resultado das disputas seria o Star Chamber Decree of 1586, que acabou por ampliar os poderes da Corporação.⁷³⁹ O problema dos monopólios seria novamente levantado durante a *Battle of the Booksellers*, no século XVIII, mesmo após a dissolução formal do monopólio no comércio do livro com o Statute of Anne.

Talvez já houvesse um *stationer's copyright* pré-incorporação (1557), mas isso não é claro.⁷⁴⁰ O desenvolvimento de um efetivo *copyright* corporativo só pôde ocorrer com os poderes concedidos pela Charter. O termo “*copy right*” aparece pela primeira vez, conforme os registros da corporação, em 1701, sendo o termo usual até então simplesmente “*copy*”,⁷⁴¹ datando o primeiro uso registrado da palavra de 1580,⁷⁴² e seu uso corrente a partir de 1588.⁷⁴³ Propriedade da cópia, entretanto, não correspondia à propriedade da obra,⁷⁴⁴ e as criações passíveis de *stationer's copyright* eram exclusivamente textos, mapas, retratos, formulários oficiais e leis.⁷⁴⁵

O *stationer's copyright* era bastante limitado: compreendia apenas o direito de copiar (reproduzir) um manuscrito, tendo em vista sua publicação. Era um direito de editor, que não se confundia com o direito de impressão, um direito autônomo (um não implicava o

⁷³⁶ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 86.

⁷³⁷ Ibidem, p. 90-106.

⁷³⁸ Ibidem, p. 80.

⁷³⁹ Ibidem, p. 91.

⁷⁴⁰ Ibidem, p. 42.

⁷⁴¹ Ibidem, p. 4.

⁷⁴² Ibidem, p. 53.

⁷⁴³ Ibidem, p. 53-54.

⁷⁴⁴ Ibidem, p. 54-55.

⁷⁴⁵ Ibidem, p. 55.

outro), estabelecido a partir de 1584, e atribuível a impressores.⁷⁴⁶ O *stationer's copyright* era *interna corporis*, perpétuo, e alienável apenas no âmbito da Corporação; nunca, portanto, atribuível aos autores, que não eram membros da corporação:⁷⁴⁷ apenas um *stationer* poderia ser detentor de um *stationer's copyright*.

Usualmente era objeto de registro interno na Corporação, mas é discutível se o registro era constitutivo do direito, sendo mais provável que não fosse.⁷⁴⁸ Privilégios de impressão também eram registrados.⁷⁴⁹ O Star Chamber Decree de 1637, contudo, tornaria obrigatório o registro de *copyright* na Corporação, além do licenciamento.⁷⁵⁰

Apesar do *stationer's copyright* não ser um direito de autor, havia o reconhecimento implícito de direitos morais e patrimoniais do autor por parte dos *stationers*, em interesse às atividades da própria Corporação. Em outras palavras, o reconhecimento de alguns direitos a autores era conveniente em razão da forma pela qual era conduzido o comércio do livro pelos *stationers*. Observe-se que as relações autor/editor eram colaborativas e não competitivas,⁷⁵¹ e algumas edições, principalmente quando o retorno financeiro era pouco provável, eram bancadas pelo próprio autor.⁷⁵²

O reconhecimento de direitos patrimoniais do autor é fácil de ser provado, pelo fato de que era sempre necessário um pagamento ao autor pelo manuscrito.⁷⁵³ O reconhecimento de direitos morais é mais difícil de ser constatado, mas existia: era conveniente aos editores reconhecer no autor direitos de paternidade e, sobretudo, integridade, para impedir que obras fossem alteradas e ganhassem proteção sob um *copyright* distinto.⁷⁵⁴

⁷⁴⁶ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 50.

⁷⁴⁷ Muito raramente, o *copyright* era atribuído ao autor (ibidem, p. 65).

⁷⁴⁸ Ibidem, p. 55-56.

⁷⁴⁹ Ibidem, p. 59.

⁷⁵⁰ Ibidem, p. 121-122.

⁷⁵¹ Ibidem, p. 66.

⁷⁵² Ibidem, p. 67.

⁷⁵³ Ibidem, p. 68-70.

⁷⁵⁴ "To maintain its value, a book had to be a good copy – that is, one which was faithful to the author's creation as he had written it. Moreover, since altered works were eligible for copyright, the practice whereby copyright owners could change the work presented a real danger that other stationers could, by altering or hiring a hack to alter a particular work, acquire a competing copyright. Mutual respect for each other's rights required that the stationers not interfere with the works to which they held the copyright.

The integrity of copyright, which was of paramount importance to the stationers, depended in large measure upon the integrity of the underlying work. The most effective way to maintain that integrity was to deny the copyright owner the right to meddle with the work itself in any way. Any altering of the work was to

O contrato autor/editor era mais do que a simples venda de um manuscrito. Não era uma cessão do direito de publicar, porque este não era de titularidade do autor, mas concedido pela Coroa após o processo de licenciamento; tampouco era uma transferência de *copyright*, porque este era corporativo e concedido pela Stationers' Company. Na verdade, o contrato autor/editor, além de importar a venda do manuscrito, abarcava uma *obrigação de não-fazer*, consistente em não obstar a publicação da obra pelo editor.⁷⁵⁵

5.1.4.3 Das leis de censura ao Statute of Anne

Em um período de intensas disputas religiosas, e censura prévia incorporada ao rol de políticas públicas, mostrou-se conveniente para a Coroa controlar o fluxo de idéias por meio da concessão de poderes especiais aos *stationers*. Controlar acesso ao instrumento, afinal, era mais eficiente do que controlar os próprios autores. Aos *stationers*, por outro lado, mostrou-se conveniente aceitar os poderes concedidos pela Cora, uma vez que eles garantiam o monopólio da corporação no comércio do livro. Estabeleceu-se assim uma relação simbiótica Coroa/*stationers*, fundada em exclusividade de acesso à tecnologia de impressão, e auxílio da Corporação na execução de normas de censura.

A primeira regulação da imprensa na Inglaterra, em 1484, não fazia qualquer referência a censura, apesar desta encontrar-se instituída até antes da chegada de Caxton. A lei de 1484 apenas incentivava estrangeiros a se estabelecerem como impressores no país, persistindo o tratamento favorecido até 1523, com a lei de 1484 sendo revogada por outra em 1533. A lei de 1533, contudo, também proibiu a importação de livros para revenda, não apenas por razões econômicas, mas principalmente como reflexo da política de censura oficial de Henrique VIII.

be done by the author, and as to this right of the author, the stationers probably had little choice. They had no jurisdiction over the author and could not control his activities in regard to his work, except by means of contract, which explains the promises exacted from the author in their conveyances to the booksellers. There were, then, very practical reasons for the stationers to recognize the author's creative rights, to protect the integrity of their copyright by maintaining the integrity of the copyrighted work and also to protect their copyrights from a subtle form of piracy" (PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 76).

⁷⁵⁵ Ibidem, p. 73.

Em 1538, os mecanismos de censura se fortaleceram a partir da inauguração do *royal licensing system* de Henrique VIII, estabelecendo-se uma política de censura prévia sistemática, pautada por questões religiosas, que duraria até 1694, com o colapso do Licensing Act de 1662 (principal motivador do percurso que conduziu à aprovação do Statute of Anne).

As leis de censura mais relevantes para a atividade dos *stationers* foram os Star Chamber Decrees de 1566, 1586 e 1637, bem como o Licensing Act de 1662. Todas contribuíram para o monopólio da Stationers' Company e para o fortalecimento do *stationer's copyright*. A progressão das leis de censura e dos poderes concedidos aos *stationers* é interessante.

Em 1566, foi baixado o primeiro Star Chamber Decree regulando a impressão, concedendo aos *stationers* poderes de busca de apreensão. O Star Chamber Decree of 1586, por sua vez, foi baixado como reação a problemas derivados de uma concentração de poder monopolista nos anos 1580, no próprio interior da Stationers' Company. Como consequência do Decree de 1586 tornou-se obrigatório o registro e controle das imprensas, bem como restrição ao número de aprendizes, aumentando-se, assim, o grau de controle sobre os próprios meios de produção.⁷⁵⁶

O Star Chamber Decree of 1637 reproduziu o conteúdo do Decree de 1586, mas o foco não era o controle da produção de livros via o controle físico da imprensa: o objetivo era prevenir a *publicação* de “livros perigosos”, o que se fez a partir de novas disposições endurecendo o sistema de licenciamento e o regime de importação de livros.⁷⁵⁷

A Star Chamber seria dissolvida em 1641 pelo Long Parliament, mas o *decree* de 1637 seria ressuscitado por Charles II em 1662 na forma do Licensing Act. Durante o Interregnum, o Long Parliament (1640-1653) aprovaria uma *ordinance* em 1643, adotando uma abordagem mais similar à do Star Chamber Decree de 1586.⁷⁵⁸ Uma *ordinance* subsequente, em 1647 aproximar-se-ia contudo do Decree de 1637, e foi o primeiro ato de censura que se endereçou, concomitantemente, tanto a autores quanto impressores.⁷⁵⁹ Uma

⁷⁵⁶ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 115-119.

⁷⁵⁷ Ibidem, p. 121.

⁷⁵⁸ Ibidem, p. 130-131.

⁷⁵⁹ Ibidem, p. 131.

ordinance de 1649, por fim, seria modelada diretamente a partir do Decree de 1637, mas menos detalhada.⁷⁶⁰

Provavelmente por motivo de insatisfações com a prática da censura, a *ordinance* de 1649 foi aprovada com um prazo de duração limitado: só vigeria por 2 anos, cessando em 1651. Sobreveio, entretanto, o Act of 1653, aprovado com o intuito de renovar a *ordinance* de 1649. Estabeleceu-se então uma estratégia seria retomada pelo Licensing Act: fixação de prazos limitados para vigência de leis de censura, mas sujeitos a renovações periódicas.

Depois da Restauração, com o retorno de Charles II ao trono em 1660, foi aprovado o Licensing Act de 1662.⁷⁶¹ O Act adotou explicitamente o sistema de renovações periódicas, o que ocorreu até 1694, quando o ato não foi renovado por decisão da House of Commons.⁷⁶²

A expiração do Act de 1662 redirecionou as discussões da questão da censura para questões de propriedade.⁷⁶³ Os livreiros tentariam obter novas leis de censura, mas não lograriam êxito. Em 1710, seria aprovado o Statute of Anne, dando origem ao primeiro sistema de direitos autorais da história, ainda que apenas em superfície.

5.2 Consolidação dos direitos de autor

A aprovação do Statute of Anne serve como um marco divisor, na história dos direitos autorais, entre sistemas informais e formais. O regime de privilégios, bem como o sistema *interna corporis* do *stationer's copyright*, deixam de orientar a regulação do comércio do livro, e surgem sistemas de “direitos autorais”, que em realidade apenas dão continuidade à regulação do comércio de bens informacionais, a partir da concessão de direitos ao autor, que então são transferidos ao editor. Apesar de um sistema de direitos morais ter sido desenvolvido na tradição do *droit d'auteur*, o resultado prático dos regimes que seguem esta tradição é exatamente o mesmo do da tradição do *copyright*. Analisar os eventos que marcaram a transição entre a fase de formação e de consolidação dos direitos de autor é crucial para que se compreenda este problema.

⁷⁶⁰ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 132.

⁷⁶¹ Ibidem, p. 134.

⁷⁶² Ibidem, p. 139.

⁷⁶³ Ibidem, p. 140.

5.2.1 Inglaterra: o Statute of Anne e a Battle of the Booksellers

Os *stationers* tinham plena consciência da importância da censura para o monopólio, e sustentaram sempre que puderam a continuidade da censura por meio de *lobby*.⁷⁶⁴ Quando foi dissolvido o Licensing Act of 1662, por ausência de renovação em 1694, as primeiras iniciativas dos livreiros para assegurar o monopólio que até então detinham foram no sentido de pleitear a volta da censura. Não obtiveram êxito, mas a desordem no comércio do livro era tamanha que eles se viram forçados a demandar legislação específica, o que resultou no Statute of Anne.⁷⁶⁵

O Statute of Anne não foi concebido como uma lei de direito de autor, mas viria a se tornar uma. Na verdade, tratava-se de uma lei voltada a regular o comércio do livro na ausência de censura.⁷⁶⁶ Permitiu, ao que tudo indica, a continuidade das *printing patents*, e estabeleceu dois *copyrights*:

- 1) estatutário, para todos os livros publicados a partir de então;
- 2) *statitoner's copyright*, por 21 anos, em relação às obras já publicadas.

Apenas haveria uma interpretação definitiva da Lei em 1774, quando a House of Lords julgou o caso Donaldson v. Beckett. O *copyright* estatutário que nasceu a partir deste caso, entretanto, seria bastante diferente do *copyright* estatutário que havia sido estabelecido em 1710.⁷⁶⁷

Na época do Statute of Anne, havia três monopólios no comércio do livro. Havia o monopólio da Stationers' Company, globalmente considerada. Havia o monopólio dos livreiros, dentro da Corporação. E havia o monopólio dos recipientes de *printing patents*, ainda que de pouca expressividade.⁷⁶⁸

⁷⁶⁴ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 115.

⁷⁶⁵ Ibidem, mesma página.

⁷⁶⁶ Ibidem, p. 143.

⁷⁶⁷ Ibidem, p. 144.

⁷⁶⁸ Ibidem, mesma página.

O objetivo do Statute of Anne foi o de prevenir, além do monopólio da própria corporação, outros futuros monopólios. O Statute of Anne estendeu o direito de *copyright* estatutário a *qualquer* pessoa, no que se incluía o autor.⁷⁶⁹ Não era, apesar da linguagem por vezes se reportar diretamente à pessoa do autor, uma lei de direito autoral propriamente dita. Na verdade, era uma *codificação do stationer's copyright*.⁷⁷⁰

O prazo do *copyright* estatutário era de 14 anos, renovável por mais 14 a critério do autor (o único direito atribuível exclusivamente ao autor pelo Statute of Anne). A aquisição do direito ocorria a partir do registro na Corporação, aberto, contudo, a qualquer interessado. O *copyright* estatutário, assim, era o próprio *stationer's copyright*, modificado de modo a constituir um instrumento de destruição do monopólio no comércio do livro.⁷⁷¹

O *statutory copyright* não foi elaborado para ser um instituto abrangente de todos os interesses do ator em suas obras.⁷⁷² A transformação do *copyright* em direito de autor ocorreu apenas em razão das disputas que tiveram início *após* o fim do período de graça de 21 anos para o *stationer's copyright* pretérito, nos conflitos que ficaram conhecidos pelo nome **Battle of the Booksellers**.⁷⁷³ Em outras palavras, o período de graça acabou por atrasar a interpretação judicial da lei,⁷⁷⁴ dando oportunidade a livreiros monopolistas argumentarem no sentido da existência de um *copyright* de *common law* perpétuo, à moda do antigo *stationer's copyright*.⁷⁷⁵

Os livreiros fracassaram, mas o fato de que o *copyright* passou, após a Battle of the Booksellers, a abrigar *todos* os direitos referentes a obras publicadas acabou por prejudicar o autor, e impedir o desenvolvimento de uma legislação que atendesse satisfatoriamente aos interesses da classe.⁷⁷⁶ a prática que se estabeleceu após o Statute of Anne foi a de se exigir dos autores a transferência do *copyright* como pré-requisito à publicação,⁷⁷⁷ o que em alguns casos continua a acontecer até hoje, dependendo do contrato de edição (a reserva de direitos

⁷⁶⁹ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 145.

⁷⁷⁰ Ibidem, p. 146.

⁷⁷¹ Ibidem, p. 147.

⁷⁷² Ibidem, mesma página.

⁷⁷³ Ibidem, p. 148.

⁷⁷⁴ Ibidem, p. 150.

⁷⁷⁵ Ibidem, p. 151.

⁷⁷⁶ Ibidem, mesma página.

⁷⁷⁷ Ibidem, p. 152.

morais, em países da tradição do *droit d'auteur*, pouco atenua os prejuízos que o autor pode sofrer com a cessão integral dos direitos patrimoniais).

Decorridos vinte e um anos da aprovação do Statute of Anne, o poder de monopólio havia passado da Stationers' Company a um grupo de livreiros conhecidos como Conger, que controlava a publicação de autores lucrativos como Shakespeare, Milton, Dryden e Congrave.⁷⁷⁸ O monopólio era tão intenso que contava com oposição organizada, formando-se em maio de 1736 a Society for the Encouragement of Learning.⁷⁷⁹

As disputas na Battle of the Booksellers concentraram-se em torno da seguinte questão: o *copyright* seria uma concessão estritamente legal, ou seria decorrência de um direito natural? Caso fosse de direito natural, haveria por consequência um *copyright* perpétuo de *common law*, transmissível aos livreiros como se propriedade fosse?⁷⁸⁰

Antes de recorrer aos tribunais, os livreiros tentaram, sem sucesso, conseguir nova legislação.⁷⁸¹ Ao final da Battle of the Booksellers, a House of Lords acabou por decidir que após a publicação não se poderia falar em um *copyright* de *common law*, apenas estatutário.⁷⁸²

Houve, antes de se iniciar a Battle of the Booksellers, alguns poucos casos envolvendo autores em juízo, tendo como controvérsia a publicação não autorizada de manuscritos. Os casos mais importantes foram Webb v. Rose (1732), Pope v. Curl (1741), Duke of Queensberry v. Shebbeare (1758), Macklin v. Richardson (1770).⁷⁸³ Os autores saíram-se vencedores nestes casos, que representam os primeiros reconhecimentos judiciais de um interesse de propriedade, por parte dos autores, sobre seus manuscritos. Estes casos foram citados pelos livreiros posteriormente para sustentar o argumento de que haveria um *copyright* de *common law*.⁷⁸⁴

Apesar dos litígios autorais apontados, as principais partes litigantes pós-Statute of Anne eram livreiros: livreiros monopolistas interessados na perpetuidade do *copyright*, de um lado, e livreiros interessados em publicar obras não mais protegidas por *copyright*, de

⁷⁷⁸ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 151-152.

⁷⁷⁹ Ibidem, p. 153.

⁷⁸⁰ Ibidem, mesma página.

⁷⁸¹ Ibidem, p. 154-158.

⁷⁸² Ibidem, p. 159.

⁷⁸³ Ibidem, p. 158-162.

⁷⁸⁴ Ibidem, mesma página.

outro. Inicialmente, os livreiros monopolistas obtiveram êxito em alguns casos, conseguindo decisões que contrariavam diretamente o Statute of Anne, por motivos poucos claros em razão de falta de registros. A situação, contudo, mudou na década de 1750. Em *Tonson v. Walker* (1752), apesar de tecnicamente vitoriosos, os livreiros do Conger começaram a ficar preocupados com o sinal dado pelo tribunal de que o Statute of Anne seria efetivamente aplicado. Tamanha era a preocupação que chegaram até a recorrer a colusão em *Tonson v. Collins* (1758), caso que ficou sem decisão porquanto exposta a fraude processual.⁷⁸⁵

Em *Millar v. Taylor* (1767), os livreiros finalmente conseguiram a vitória desejada, que não duraria, todavia, por muito tempo. A decisão reconheceu um *copyright* de *common law*, atribuível ao autor, mas inteiramente alienável aos livreiros. Foi um litígio disputado em nome do direito de autor, mas a serviço dos interesses de editores, algo que continua a acontecer.⁷⁸⁶

Em *Donaldson v. Beckett* (1774), a House of Commons daria interpretação definitiva ao Statute of Anne. Ao contrário de *Millar v. Taylor*, o caso não pressupôs que o *copyright* englobasse a totalidade dos interesses do autor e, em conformidade com o Statute of Anne, tomou o *copyright* no sentido limitado de um *direito de imprimir para publicação*. Confirmou-se o período limitado de proteção legal ao *copyright*, bem como a inexistência de um *copyright* de *common law* pós-publicação.⁷⁸⁷ Note-se que *Donaldson v. Beckett* não decidiu que autores não teriam *outros* direitos de *common-law* que não o de *copyright*, no sentido já apontado. Interpretações equivocadas da decisão, contudo, estabeleceriam que a totalidade dos interesses do autor corresponde, exatamente, ao *copyright*, de modo que após a publicação da obra não existiriam quaisquer direitos autorais de *common law*. Esta interpretação de *Donaldson v. Beckett* impediu que a tradição do *copyright* desenvolvesse um corpo doutrinário de direitos morais.⁷⁸⁸

O Statute of Anne serviria de modelo para as primeiras legislações estaduais de *copyright* norte-americanas, bem como para a primeira lei federal, o Copyright Act de 1790.

⁷⁸⁵ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 164-168.

⁷⁸⁶ Ibidem, p. 168-172.

⁷⁸⁷ Ibidem, p. 172-179.

⁷⁸⁸ Ibidem, p. 174-175.

Wheaton v. Peters, a primeira grande decisão envolvendo a matéria nos EUA, seguiria o entendimento fixado em Donaldson v. Beckett, mas a partir da interpretação equivocada.⁷⁸⁹

Consolidou-se, assim, a tradição do *copyright*. Conforme Patterson, os propósitos do *copyright* estatutário – proteger autor e editor, de um lado, e garantir ordem ao comércio do livro e prevenir monopólio, de outro – são em alguma medida compatíveis e, em outra, incompatíveis.⁷⁹⁰ A união desses propósitos em um único instituto, bem como o não-reconhecimento, em Donaldson v. Beckett, de direitos outros atribuíveis ao autor que não correspondentes ao *copyright* (no sentido original, limitado), trariam conseqüências indesejáveis para criação e aplicação de leis de *copyright* nos EUA.

5.2.2 Estados Unidos: entre propriedade autoral e monopólio limitado

Tão logo os EUA atingiram a independência, já se começou a legislar a respeito de *copyright*. Patterson identifica quatro fases no período inicial de desenvolvimento do *copyright* nos EUA (1783-1834), cada qual dominada por uma idéia diferente a respeito das funções ideais a serem cumpridas pelo regime, e pautada por um documento emanado de uma fonte diferente:

Quadro 2 - Desenvolvimento inicial do *copyright* nos EUA (Patterson)⁷⁹¹

Fase	Documento	Fonte	Função ideal dominante do <i>copyright</i>
(1)	Leis estaduais de <i>copyright</i>	Legislativos estaduais	Proteção dos direitos do autor
(2)	Constituição	Poder Constituinte	Promoção do aprendizado
(3)	Copyright Act de 1790	Congresso	Promover ordem no comércio do livro por meio de um privilégio legal
(4)	Wheaton v. Peters (1834)	Suprema Corte	Prevenção de monopólios

⁷⁸⁹ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 203-212.

⁷⁹⁰ Ibidem, p. 77.

⁷⁹¹ Ibidem, p. 180-181.

Primeiramente, os legislativos estaduais cuidaram de aprovar leis próprias de *copyright*, o que ensejava uma grande dose de confusão em razão da proliferação de padrões diferentes de proteção. A Constituição dos EUA solucionaria o problema conferindo ao Congresso o poder de legislar “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries” (artigo I, seção 8, cláusula 8). A lei viria na forma do Copyright Act de 1790, modelada, assim como as leis estaduais, no Statute of Anne.⁷⁹² *Wheaton v. Peters*, o primeiro grande caso envolvendo *copyright* nos EUA, fixaria uma interpretação dos propósitos da lei espelhada em *Donaldson v. Beckett*.

Observe-se que as funções tidas como ideais no quadro acima não afastavam as demais, em cada uma das fases de evolução inicial do *copyright* norte-americano. Assim, por ordem de importância: **Primeira fase:** funções (1), (2), (3), (4); **Segunda fase:** (2), (1), (3), (4); **Terceira fase:** (3), (2), (1), (4); **Quarta fase:** (4), (3), (2), (1).⁷⁹³ Em cada fase, portanto, uma definição diferente de *copyright* pode ser derivada. Conforme a definição de *copyright* muda, muda também a interpretação das normas pertinentes, com as funções acessórias sendo submetidas à função principal:

Quadro 3 – Definições de *copyright* por fase de evolução (Patterson)⁷⁹⁴

Fase	Definição de <i>copyright</i>
(1)	Um direito que protege os interesses de autores, concedido para a promoção do aprendizado, assegurado pelo Estado para conferir ordem ao comércio do livro, mas limitado de modo a impedir a formação de um monopólio danoso.
(2)	Um mecanismo para a promoção do aprendizado, por meio da concessão de proteção aos interesses de autores sob uma lei que confira ordem ao comércio do livro, mas limitada de modo a impedir a formação de monopólio danoso.
(3)	Um privilégio legal cujo propósito é ordenar o comércio do livro e promover o aprendizado, dado a autores por tempo limitado de modo a impedir a formação de um monopólio danoso.
(4)	Uma concessão legal cujo objetivo é impedir a formação de um monopólio danoso, mantendo ordem no comércio do livro, e promovendo o aprendizado por proteger autores de modo a encorajá-los a produzir.

⁷⁹² PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 180.

⁷⁹³ Ibidem, p. 181.

⁷⁹⁴ Ibidem, p. 182-183.

O caso *Wheaton v. Peters* dividiria opiniões entre os magistrados da Suprema Corte, em relação a concepções do âmbito e significado do *copyright*. A opinião majoritária (quatro votos) foi a acima apontada: não há, efetivamente, um *copyright* de *common law* após a publicação da obra, ocorrendo a partir deste momento a concessão de um privilégio legal ao autor, com preocupações de se regular o comércio do livro, e indiretamente promover aprendizado a partir da concessão incentivos a autores. Houve dois votos de dissenso, contudo, com fortes discursos de propriedade autoral, fundados em direito natural.

A opinião majoritária segue o mesmo raciocínio de *Donaldson v. Beckett*, mas sem se dar conta de que propriedade sobre o *copyright* não equivale a uma plena propriedade sobre a obra, ampliando-se assim o âmbito de um direito editorial limitado (*copyright*) para abranger a totalidade da esfera dos interesses autorais sobre uma obra. Este erro é explicado pelo fato de que tanto *Millar v. Taylor* quanto *Donaldson v. Beckett* foram decisões referentes a conflitos entre editores, mas que foram argumentados como se referissem a interesses autorais.⁷⁹⁵

Como consequência, não apenas restou impossibilitado o desenvolvimento de uma doutrina de direitos morais nos EUA (e na Inglaterra, pelo mesmo motivo de se interpretar equivocadamente *Donaldson v. Beckett*), mas também passou-se a confundir direitos editoriais com direitos autorais. Esta é uma confusão que persiste até hoje, e é benéfica aos interesses editoriais: argumentar com base nos direitos do autor é um ótimo recurso para a conquista de direitos para o editor.

A confusão também se comunica ao plano teórico. É possível, com base em *Millar v. Taylor*, *Donaldson v. Beckett* e *Wheaton v. Peters* (incluindo-se os votos de dissenso), apontar duas teorias gerais a respeito da natureza do *copyright*. A primeira (*Millar v. Taylor* e votos de dissenso em *Wheaton v. Peters*) vê o *copyright* como propriedade autoral de direito natural, absoluta e ilimitada, fruto da atividade criativa do autor. Trata-se da teoria que freqüentemente se procura associar ao pensamento de John Locke, mas que não é necessariamente com ele compatível.⁷⁹⁶ A segunda teoria, por outro lado, vê o *copyright* como monopólio limitado, e essencialmente como um instrumento de regulação

⁷⁹⁵ PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*, p. 113.

⁷⁹⁶ Ver *infra*, item 6.2.2.

concorrencial. Durante a evolução do *copyright* nos EUA, ambas estiveram presentes, com o Congresso se decidindo, contudo, explicitamente, pela teoria do monopólio limitado no Copyright Act de 1976. Ocorre que tanto os detentores de *copyright* quanto o judiciário não notam ou aceitam a decisão legislativa, e a confusão continua criando problemas na criação e aplicação de normas de *copyright* nos dias de hoje.⁷⁹⁷

Conforme Patterson e Lindberg,⁷⁹⁸ fica claro a partir de uma análise do Copyright Act de 1976, que a lei adotou a teoria de que o *copyright* é um direito limitado, estabelecido por lei e relacionado a uma obra, mas que não se confunde com esta e não corresponde aos interesses dos autores, inter-relacionados porém autônomos. O motivo para a demarcação é o fato de que o *copyright* necessariamente envolve uma série de interesses distribuídos em três grupos – autores, empreendedores e usuários –, que precisam ser balanceados por via legislativa, e judicialmente interpretados sem que se confunda obra e *copyright*, e interesses autorais, empresariais e de usuários. Apesar da nitidez dos princípios estabelecidos em 1976, concepções de *copyright* que incorrem nestas confusões ainda persistem. E orientam, podemos acrescentar, não apenas os debates norte-americanos, mas aqueles que ocorrem na arena internacional e em outros países.

Conseqüentemente, o que deveria ser tomado como um direito limitado, vigente em um período de tempo limitado, acaba sendo tomado como um direito *ilimitado*, vigente por um período de tempo limitado.⁷⁹⁹ Pior ainda: em razão dos avanços recentes de extensão dos termos de proteção, corre-se o risco de se estabelecer um direito ilimitado, vigente por um prazo que se aproxima cada vez mais da perpetuidade.

5.2.3 França e Alemanha: desenvolvimento da tradição do *droit d'auteur*

Ao contrário do que ocorreu na Inglaterra, com a Stationers' Company construindo um mecanismo interno de proteção a interesses editoriais sobre obras literárias (*stationers' copyright*), o comércio do livro na França e Alemanha permaneceu inteiramente dependente do sistema de privilégios de impressão. Apesar da censura também ser uma política pública

⁷⁹⁷ PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*, p. 109-111.

⁷⁹⁸ Ibidem, p. 122.

⁷⁹⁹ PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 18.

francesa, e da corporação dos livreiros parisienses igualmente exercer funções de policiamento intelectual,⁸⁰⁰ os franceses não desenvolveram um *copyright* corporativo; como relata Diderot,⁸⁰¹ simplesmente acordaram honrar entre si os privilégios concedidos pela Coroa. Na Alemanha pré-unificação, por outro lado, a fragmentação do poder político inviabilizou o desenvolvimento de um sistema forte de privilégios como o francês, inexistindo condições para que estruturas semelhantes às que inglesas pudessem emergir.

Houve, entretanto, na França, um desenvolvimento peculiar, que daria tom à evolução da tradição do *droit d'auteur*: autores começaram a se organizar em grupos de pressão.⁸⁰² Os primeiros a se organizarem foram os dramaturgos, que liderados por Beaumarchais, formaram em 1777 o Bureau de Législation Dramatique, que logo após a Revolução converter-se-ia em uma agência geral de arrecadação de direitos e, portanto, na primeira entidade de gestão coletiva de direitos autorais, transformando-se em 1829 na Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD), ainda em operação nos dias de hoje.

Com o advento da Revolução e a abolição de todos os privilégios, a primeira iniciativa legislativa de proteção a direitos autorais ocorreu em 1791, provocada por ação lobista dos dramaturgos. A lei de 1791, relatada por Le Chapelier, concedeu aos dramaturgos direitos de exploração sobre a representação de suas obras teatrais. As demais classes de autores, ainda não organizadas em grupos de pressão, apenas conseguiriam proteção por meio de uma lei de 1793, relatada por Lakanal, reconhecendo um “monopólio de exploração” sobre a reprodução de “obras do espírito”.⁸⁰³

Os direitos autorais ficariam de fora do Code Napoléon, de 1804, e as duas leis citadas vigeriam por quase cento e setenta anos, acumulando intensa produção jurisprudencial, sendo acompanhadas de outras leis, que expandiram incrementalmente o rol de disposições sobre direitos autorais: em 1866, o prazo de proteção legal seria ampliado para cinquenta anos após a morte do autor; em 1902 as obras ganhariam proteção

⁸⁰⁰ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 31-32.

⁸⁰¹ “(...) a comunidade dos livreiros reuniu-se, em 27 de agosto de 1660, e elaborou uma ata em que ficou de acordo, pela maioria dos votos, que aqueles que obtivessem um privilégio ou prorrogação de privilégio, mesmo de obras publicadas fora do reino, teriam o seu usufruto exclusivo” (DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*, p. 57).

⁸⁰² GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*, 5e ed., p. 20.

⁸⁰³ Ibidem, mesma página.

independentemente de considerações de mérito; em 1910 surgiria distinção legal explícita entre obra e suporte físico; em 1920, a criação do *droit de suite*; em 1925, o depósito legal tornar-se-ia puramente administrativo, eliminando-se a imposição de formalidades para a constituição do direito autoral.⁸⁰⁴

Reconhecimento explícito de direitos morais, apesar de já constar do texto de 1928 da Convenção de Berna, viria apenas com a Lei sobre a Propriedade Artística e Literária de 1957.⁸⁰⁵ Em razão de avanços tecnológicos e do fortalecimento de outros grupos de pressão, uma nova lei seria aprovada em 1985 e, enfim, em 1992, o *Code de la propriété intellectuelle*.⁸⁰⁶ Atualmente os franceses encontram-se engajados em intensos debates públicos em torno da implementação doméstica da EUCD, a Loi DADVSI.⁸⁰⁷

Na Alemanha os direitos autorais viriam consideravelmente mais tarde. A primeira lei alemã de direitos autorais data de 1837, um diploma legal prussiano conferindo proteção, até trinta anos após a morte do autor, contra a reprodução de obras científicas e artísticas. Uma lei nacional de direitos autorais apenas surgiria em 1871 no Segundo Reich, abrangendo obras literárias, ilustrações, composições musicais e peças teatrais. A lei foi emendada em 1876, com extensão do âmbito de proteção para obras gráficas e obras tridimensionais. Reforma em ampla escala apenas aconteceria décadas depois, com lei de 1965, ainda vigente com alterações.⁸⁰⁸

A característica distintiva da tradição do *droit d'auteur*, o regime de direitos morais que é colocado ao lado dos direitos patrimoniais, ao contrário do que se pode concluir a partir de uma abordagem comparativa apressada, não surgiu do dia para a noite. Foi preciso anos de criação jurisprudencial e legislativa até que uma doutrina de direitos morais emergisse na tradição, e o que se observa no início é uma nítida ênfase em direitos patrimoniais, como não poderia deixar de ser: a transição de um regime de privilégios de impressão, regendo o comércio do livro, para um regime de direitos autorais, centrado na figura do autor, impôs essa progressão. Direitos empresariais foram transformados repentinamente, assim como na Inglaterra, em direitos autorais: o que mais importa à

⁸⁰⁴ Ibidem, p. 21.

⁸⁰⁵ Ibidem, p. 23.

⁸⁰⁶ Ibidem, p. 24-25.

⁸⁰⁷ Ver o site da campanha anti-DADVSI EUCD.info, disponível em: <<http://eucd.info/>>. Acesso em: 13.02.07.

⁸⁰⁸ GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 09.

atividade empresarial são os direitos patrimoniais, daí sua precedência histórica em relação aos direitos morais.

Quando se refere à tradição do *droit d'auteur*, há o estereótipo muito freqüentemente lembrado pela literatura autoralista, de que os países que seguem a tradição são mais sensíveis à atividade criativa do autor, e menos orientados pelo mercado, mas a realidade é que **não há diferença alguma entre as tradições, se o critério de distinção adotado for seu caráter empresarial**: ambas são voltadas a interesses corporativos porque nasceram no interior de corporações. O artifício retórico de se utilizar o autor como escudo para a obtenção de direitos que, em essência, são editoriais, desenvolvido na Inglaterra pelos *stationers*, repetiu-se na França e na Alemanha. E era, no início, conveniente aos autores sustentar o discurso empresarial, diante de um mercado literário que se abria há não muito tempo, e cujos sustentáculos conceituais ajudaram a construir na forma das doutrinas de fundamentação da propriedade literária. Os efeitos a longo prazo, entretanto, acabaram por reforçar o fato de que o direito de autor não é, em realidade, um direito de autor. O componente patrimonial, transacionável como é, acaba sustentando a proliferação de modelos de negócios que tendem à concentração de poder econômico de mercado nas mãos de um número reduzido de atores: aqueles que controlam os meios de produção física e de distribuição do conteúdo criado pelos autores, cujo título deles adquirem. O componente moral, por mais importante que seja, acaba servindo como um verniz simbólico que se aplica sobre o componente material, ocultando a verdadeira natureza dos direitos autorais.

A história da tradição do *droit d'auteur* acabou sendo reescrita de forma deturpada pela retórica autoralista. Prova disto é o fato de que se costuma citar as palavras de Le Chapelier ao relatar a lei de 1791 fora de contexto. Le Chapelier, no que é provavelmente o mais recorrente clichê em exposições históricas a respeito das origens da tradição do *droit d'auteur*, disse que a obra autoral deveria ser reconhecida como “la plus sacrée, la plus légitime, la plus personnelle des propriétés”.⁸⁰⁹ Mas Le Chapelier não disse apenas isso, e se **referia explicitamente a obras não-publicadas**. Uma vez publicada a obra, segundo Le Chapelier, **o trabalho era entregue ao público**: o princípio ordenador das normas de direito autoral não era a propriedade autoral, mas sim o domínio público, ao qual aquela era

⁸⁰⁹ Para um de muitos exemplos de citação das palavras de Le Chapelier fora de contexto, ver CHAVES, Antonio. *Direito de autor*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 26.

exceção e não regra. Para Le Chapelier, uma obra publicada é, essencialmente, *propriedade pública* e não propriedade do autor.⁸¹⁰ O relatório completo de Le Chapelier contraria o conteúdo do pequeno excerto que se costuma repetir, *ad nauseam*, em manuais de direitos autorais.

Lakanal, relator da lei de 1793, a seu turno, também tinha uma visão sobre a propriedade literária que não corresponde exatamente à imagem individualista que se costuma associar à tradição do *droit d'auteur*. Seu relatório também costuma ser citado seletivamente, e o fato de que foi elaborado no contexto de um comitê destinado a elaborar políticas públicas de educação pública, esquecido.⁸¹¹ Conforme Ginsburg, apesar de indiscutivelmente a retórica revolucionária dos direitos naturais de propriedade ter influenciado os debates iniciais em torno dos direitos de autor e propriedade literária na França, a visão inicial dos franceses inseria a questão principalmente em termos da proteção ser ou não vantajosa ao progresso do ensino público.⁸¹²

Como já afirmado, o desenvolvimento de uma doutrina e legislação de direitos morais ocorreu lentamente, e no plano teórico se deve principalmente a construções além das relativas aos direitos de personalidade, sendo importante destacar a obra de Otto von Gierke, de inspiração kantiana.⁸¹³ Conforme foi ganhando aceitação a idéia de direitos morais de autor, Alemanha e França desenvolveram sistemas diferentes. Na Alemanha, vingou uma teoria monista que funde direitos morais e patrimoniais, submetidos às mesmas regras: formalmente inalienáveis, mas limitados, ambos, no prazo de duração. Na França,

⁸¹⁰ “Le Chapelier did declare that ‘the most personal of all properties, is the work which is the fruit of a writer’s thoughts’. But his remark concerned *unpublished* works. Once disseminated, Le Chapelier went on to assert, the manuscript is ‘give[n] over to the public...by the nature of things, everything is finished for the author and the publisher when the public has in this way [through publication] acquired the work.’ According to Le Chapelier, the main principle is the public domain, to which authors’ rights are an exception. He stressed that the new French law must put the principle and its exception in the right place; were the exception to replace the principle that ‘a published work is by its nature a public property’ then ‘you will no longer have any basis for your law’. Indeed, he criticized the English copyright law for setting up a strongly protected right rather than appreciating the principle of public domain. [...] Le Chapelier’s suggestion that the English law lacked proper solicitude for the public domain is difficult to reconcile with the later popular view of Le Chapelier as an ardent advocate of authors’ literary-property rights” (GINSBURG, Jane C. A tale of two copyrights: literary property in Revolutionary France and America, p. 288-299. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004, grifos no original).

⁸¹¹ Ibidem, p. 299.

⁸¹² Ibidem, p. 290.

⁸¹³ GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 9.

prevaleceu uma teoria dualista que separa os grupos de direitos em domínios distintos, afirmando-se a plena alienabilidade do componente patrimonial, bem à moda do *copyright* inglês, também limitado no tempo, sustentando-se por outro lado a perpetuidade, imprescritibilidade e inalienabilidade nominal dos direitos morais.⁸¹⁴ A realidade dos negócios jurídicos habituais entre autor e editor, entretanto, torna os direitos morais uma mera concessão simbólica à figura do autor, cínica por um lado, e útil munição retórica para maximização de direitos, por outro.

5.3 Expansão dos direitos de autor

Fixadas as raízes de ambas as tradições de regimes de direito de autor, os anos seguintes foram marcados por expansão em duas frentes. Primeiramente, houve expansão territorial: o direito de autor expandiu-se a outros países que não os de origem tanto por adoção voluntária como em razão de colonização. O comércio do livro, internacional desde suas origens, motivou ainda a elaboração de uma sistemática de tratados internacionais de direitos autorais, o primeiro dos quais, a Convenção de Berna de 1886, ainda é o principal, tendo sofrido um número razoável de alterações ao longo dos anos.

Além da **expansão territorial**, houve **expansão substancial**. Conforme novas tecnologias foram sendo inventadas e produção cultural e comercial foram se transformando, o rol de obras protegidas foi ampliado, e outros fatores de maximização foram surgindo, como no caso das sucessivas extensões de períodos de proteção legal. No caso da tradição do *droit d'auteur*, ademais, um sistema duplo de direitos de autor e direitos conexos foi instituído.

A expansão substancial reflete na expansão territorial e vice-versa, mas é conveniente dividir a exposição para que se tenha nítida idéia dos planos de expansão. Feita essa exposição, faremos um relato de como foram introduzidos e evoluíram os direitos autorais em território brasileiro, antes de concluir o capítulo analisando o período atual de evolução dos direitos autorais, com a reestruturação que se iniciou em meados dos anos 80, quando

⁸¹⁴ Ibidem, p. 9-10.

os EUA decidiram vincular disposições de direitos autorais a normas referentes ao comércio exterior.

5.3.1 Expansão territorial

As primeiras leis de direitos autorais, apesar do já internacional comércio do livro, limitavam-se a conferir proteção a autores nacionais, às vezes impondo formalidades adicionais a autores estrangeiros. Já na primeira metade do século XIX, entretanto, foram surgindo acordos bilaterais entre países europeus, impondo ou condições de reciprocidade material na proteção a direitos autorais, ou extensão do tratamento nacional a obras estrangeiras. Em 1852, a França adotou uma estratégia diferente, estendendo proteção de direitos autorais a *todas* as obras estrangeiras, independentemente de reciprocidade a obras francesas por parte de outros países. A iniciativa francesa incentivou uma série de acordos bilaterais entre países europeus, incluindo a Inglaterra, que como a França sentia dificuldades em negociar tratados bilaterais na primeira metade do século (ambos os países eram os principais exportadores de livros).

Estabeleceu-se, assim, uma prática de redação de acordos bilaterais, que foram se multiplicando em número, freqüentemente com termos muito diferentes. Como os acordos também costumavam conter cláusulas de “nação mais favorecida”, e era preciso examinar diversos acordos para se determinar o âmbito de proteção conferido por cada estado a obras estrangeiras.

A Convenção de Berna, um tratado multilateral, viria a solucionar o problema dos acordos bilaterais conflitantes. Desde a decisão francesa de conferir de proteção a obras estrangeiras em 1852, falava-se neste país na redação de uma “lei universal de direitos autorais” fundada em ideais de direito natural, o que deu origem a um movimento universalista que ganhou adeptos em outros países. A primeira grande manifestação deste movimento se deu em um encontro internacional, o Congresso de Autores e Artistas em Bruxelas (1858), onde se reuniram representantes de diversas sociedades literárias, autores, artistas, jornalistas, bibliotecários e advogados. Em 1878, o movimento tomou corpo em um congresso literário internacional ocorrido em Paris, e presidido por Victor Hugo, formando-se a Association Littéraire et Artistique Internationale, liderada pelo próprio

Hugo. Os trabalhos da Association, após rodadas de negociações internacionais, resultariam na assinatura, em 1886, da Convenção de Berna.⁸¹⁵

Novos textos para a Convenção foram fixados em 1908 (Berlim), 1928 (Roma), 1948 (Bruxelas) e 1971 (Paris), aumentando-se sucessivamente os padrões mínimos de proteção estabelecidos, com direitos mais fortes, menor número de formalidades, e ampliação do âmbito de obras protegidas.⁸¹⁶ Em 1908, proibiu-se a imposição de formalidades para aquisição, exercício ou fruição de direitos autorais, bem como criou-se um direito de fazer gravações de obras musicais; em 1928 acrescentou-se à Convenção os direitos morais de paternidade e integridade, e um direito de radiodifusão (comunicação ao público), com a possibilidade de que fosse sujeitado a licenças compulsórias, a critério de cada país; o texto de 1948 continuou a tendência maximalista, tornando obrigatório o prazo de proteção da vida do autor acrescida de 50 anos para descendentes, fortalecendo também os direitos morais de adaptação e tradução, expandindo o direito de radiodifusão para incluir transmissões de televisão e criando direitos sobre desenhos industriais e obras de arte aplicada.⁸¹⁷ Curiosamente, o direito de reprodução apenas seria acrescentado de forma explícita à Convenção em 1971, em razão das dificuldades de se estabelecer um regime de exceções quanto a este direito.⁸¹⁸ A solução adotada foi o célebre “teste em três etapas de Berna”.⁸¹⁹

A expansão promovida pela Convenção não se deu apenas a partir de adesão voluntária: colônias de países signatários como a França, Reino Unido e Alemanha receberam à força os padrões estabelecidos pelo tratado. Na década de 50, quando as colônias começaram conquistar independência, protestaram contra as normas impostas, o que conduziu a uma reunião da União em Estocolmo (1967), para tentar solucionar os problemas das ex-colônias.⁸²⁰ Não se chegou a acordo na época, mas algumas disposições referentes a países em desenvolvimento foram acrescentadas à revisão de 1971, na forma de um

⁸¹⁵ Importante notar que “there was a lot of rhetoric, especially from the French, about the immutable rights of authors, the need to protect works of genius and so on, but essentially trade agendas drove this process” (DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 32).

⁸¹⁶ Ibidem, p. 126.

⁸¹⁷ Ibidem, p. 21-23.

⁸¹⁸ Ibidem, p. 23, nota 69.

⁸¹⁹ Ver *infra*, item 9.2.

⁸²⁰ Ibidem, p. 22-23.

apêndice, que entretanto não cumpriu seus objetivos.⁸²¹ O sistema de Berna, afinal, havia sido estabelecido por e para países com uma forte indústria do conteúdo, com preocupações apenas simbólicas em relação a países em desenvolvimento. Por trás de retórica autoralista e elogios ao gênio do autor, escondiam-se interesses estritamente econômicos.⁸²²

Como diz Chang,⁸²³ é uma boa estratégia de desenvolvimento não oferecer proteção a interesses estrangeiros sobre propriedade intelectual (em geral), e depois de se alcançar um nível de desenvolvimento adequado, “chutar a escada” que permitiria a outros países atingir uma situação equiparável, a partir da imposição de rígidas normas de propriedade intelectual. O mercado editorial e autores brasileiros, por exemplo, muito se beneficiaram da publicação de edições piratas de obras estrangeiras.⁸²⁴ O melhor exemplo, entretanto, de

⁸²¹ “The Stockholm Conference produced a Protocol Regarding Developing Countries, but it proved to be of no use to developing countries. Developed countries were under no obligation to ratify the protocol and no major copyright exporter ever did. Rather than risk a collapse of the Berne Union a compromise was reached in the Paris Revision Conference of 1971. An appendix was added to the Berne Convention containing special provisions for developing countries. Highly complex, they had little positive impact on the ability of developing countries to get access to copyright material on affordable terms. For approximately ten years, developing countries had been working their way through the intergovernmental committees, study groups, committees of governmental experts and consultative committees that constituted the labyrinthine structure of international copyright treaty negotiations with little to show for their efforts. Their need for textbooks remained. By 1975 the student populations of some developing countries had increased by 150 percent on what it had been in 1965. The capacity of governments in these countries to fund this demand for education had not always increased. In some cases, for complex reasons having to do with shocks in the world economy, the debt burden and the structural adjustment policies of the IMF and World Bank, it had actually decreased. It was also obvious that Western publishers would not tolerate any significant change to the intellectual property arrangements that underpinned their business. [...] After Stockholm it would have been very hard for developing countries to conclude anything other than that international copyright was a trade game, the rules of which were run by key copyright exporting nations. If they were to meet the educational needs of their populations they would have to do so outside the Berne system” (DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 77-78).

⁸²² “The more and more rights that accrued to copyright holders the better, because it meant that there were more and more uses of a copyright work for which a charge could be made. For copyright exporters this translated into trade gains. By the time many countries shed their colonial statues they were confronted by a Berne system that was run by an Old World club of former or diminished colonial powers to suit their economic interests. Beneath the dissembling rhetoric about the need to protect authors and provide incentives lay a harsh global economic reality of cartelized publishing industry, price fixing and world market-sharing agreements (DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 76).

⁸²³ CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

⁸²⁴ Proteção internacional a direitos autorais só seria instituída no Brasil em 1912. Sua ausência foi de enorme importância para o estabelecimento e desenvolvimento de editoras nacionais, como a Laemmert, o que acabou por refletir positivamente, inclusive, na produção cultural local. Como argumenta Hallewell, “foi precisamente a ausência da proteção de direitos autorais estrangeiros que salvou a nascente indústria editorial brasileira de ser destruída pelas importações de Portugal e das impressões em português feitas em Paris, com suas edições maiores e, portanto, direitos autorais à parte, custos mais baixos. Se essa indústria tivesse sido tragada no nascedouro, é difícil ver como é que os autores brasileiros lograriam obter a publicação de suas

um país se beneficiando a partir da não-adoção de normas de proteção a obras intelectuais estrangeiras é o dos EUA.

Apesar da abrangência pretendida e em grande medida alcançada por Berna, os EUA por muito tempo permaneceram fora da União. Firmariam seu primeiro tratado bilateral, por sinal, apenas em 1892, após aprovação do Chace Act em 1891.⁸²⁵ Até então, os EUA haviam permanecido inteiramente isolados da normativa internacional de direitos autorais, e eram, efetivamente, uma “nação pirata”.⁸²⁶ Adesão a Berna ocorreria quase um século depois do primeiro acordo bilateral, em 1989, e apenas porque era um passo necessário para assegurar a inclusão de uma agenda de propriedade intelectual nas discussões da Rodada do Uruguai do GATT, que resultaram na formação da OMC e redação do acordo TRIPs.⁸²⁷

O motivo oficial da resistência era a hostilidade de Berna em relação à imposição de formalidades (os EUA exigiam depósito, registro e manufatura doméstica),⁸²⁸ também sendo relevante a imposição, desde 1928, do reconhecimento de direitos morais (o que não impediu o Reino Unido de aderir à União desde 1886). Em realidade, nos anos iniciais do tratado simplesmente não era conveniente aos EUA fazer parte da União: uma brecha na Convenção, a “*back door to Berne*”, permitia aos editores norte-americanos assegurar proteção nos termos do tratado caso simultaneamente publicassem obras nos EUA e em um país da União.⁸²⁹ Ao invés de aderir a Berna, os EUA acabaram aderindo à United Copyright Convention, firmada em 1952 em Genebra, para acomodar países que se

obras!” (HALLEWELL, Laurence. *O livro no Brasil*: sua história. São Paulo: T.A. Queiroz, Editor/Editora da Universidade de São Paulo, 1985, p. 174).

⁸²⁵ O Chace Act permitiu a proteção nos EUA de obras de cidadãos de outros estados, se estes já protegessem obras estadunidenses da mesma forma que obras nacionais, ou se tivessem assinado com os EUA acordos de reciprocidade. Após o Chace Act, os EUA firmaram acordos com países europeus, dentre os quais a França, Alemanha e o Reino Unido, com base no princípio do tratamento nacional. Ver GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 18.

⁸²⁶ A Section 5 do Copyright Act de 1790 explicitamente permitia a pirataria de obras estrangeiras, estabelecendo que “Nothing in this act shall be construed to extend to prohibit the importation or vending, reprinting, or publishing within the United States, of any map, chart, book or books, written, printed, or published by any person not a citizen of the United States, in foreign parts or places without the jurisdiction of the United States” (PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 198).

⁸²⁷ GINSBURG, Jane C.; KERNCHAN, John M. One hundred and two years later: the U.S. joins the Berne Convention. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

⁸²⁸ Ibidem, p. 21.

⁸²⁹ Pressão do Reino Unido provocaria a inclusão de normas permitindo retaliação no caso de exploração da brecha, em 1914. Ver GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 23.

sentiam insatisfeitos com os padrões de proteção excessivamente rigorosos estabelecidos pela Convenção de Berna.⁸³⁰

Estabelecida a União, o próximo passo na expansão internacional dos direitos autorais ocorreria em 1892, com a criação de uma camada administrativa à Convenção de Berna e à Convenção de Paris (propriedade industrial, 1883) na forma dos BIRPI (Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle). Os escritórios seriam suplantados em 1967 pela criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO), que administra os tratados até hoje, conjuntamente a, dentre outros, os recentes WCT (WIPO Copyright Treaty) e WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty).

Atualmente, há um complexo sistema de tratados internacionais de direitos autorais e direitos conexos, integrados a um sistema de proteção geral à propriedade intelectual, estabelecido após a fundação da OMC e a criação do acordo TRIPs. OMC e OMPI funcionam, desta maneira, como os atuais fóruns internacionais em matéria de propriedade intelectual, desenvolvimento que, contudo, concerne à quarta fase da exposição histórica aqui empreendida.

5.3.2 Expansão substancial

Ao mesmo tempo em que os direitos autorais espalhavam-se pelos países do mundo, perturbações sofridas no plano do direito doméstico, principalmente, conduziram a mutações dos regimes estabelecidos, que então foram alimentadas aos poucos ao sistema internacional, por pressão industrial. Os direitos autorais, em um primeiro momento voltados apenas a material impresso e à execução pública de obras dramáticas, foram se ampliando conforme novos veículos para expressão surgiram, e novas modalidades de

⁸³⁰ “The central object of the Universal Copyright Convention was to secure multilateral copyright protection relations between the countries of the Berne Union and the many countries outside the Union that found the Berne Convention’s stringent minimum standards incompatible with their domestic law. In addition to the United States, the list included several Latin American countries that had already entered into regional copyright treaties, the then Soviet Union, and several African and Asian nations. The steps leading to the Universal Copyright Convention trace back to a *vœu* – wish – adopted at the 1928 Rome Conference of the Berne Union to create a bridge between the Berne Convention and the 1910 Buenos Aires Agreement, the principal Pan-American treaty to include the United States as a party” (GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 28).

distribuição e consumo de informação foram inventadas. O rol de obras consideradas como protegidas foi se ampliando, novos direitos foram sendo criados, e um movimento curioso pode ser observado, com atores industriais primeiramente sendo considerados “piratas”, mas depois se estabelecendo como empresas dominantes.⁸³¹

Na tradição do *droit d’auteur*, dificuldades em se conciliar a concepção romântica de autoria com novas formas de produção e distribuição de conteúdo, bem como outras modalidades de criação ainda menos tangíveis do que as habitualmente protegidas – como a atividade dos intérpretes, por exemplo – conduziram à formação de um sistema paralelo de direitos conexos ou vizinhos, que integram o sistema de direitos autorais mas não constituem direitos “de autor” em nome.⁸³² A consolidação da idéia de que era necessário um regime paralelo de proteção, vinculado mas não exatamente equivalente ao regime de direitos de autor, veio com a Convenção de Roma, assinada em 1961, cujo objetivo é a “proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão”.

Para que se sinta a dimensão da expansão substancial em relação aos direitos de autor em sentido estrito, basta comparar o art. 2 (1) do texto de 1971 da Convenção de Berna com a proteção inicial conferida na fase de consolidação dos regimes de direito de autor, predominantemente a material impresso (no que se incluíam as partituras) e execução pública de obras dramáticas.⁸³³

Olhar para o direito internacional, entretanto, dá uma idéia por demais ordenada dos impactos tecnológicos que podem ser observados nos regimes de direito de autor. A expansão se deu de forma pouco suave, com noções de autoria, obra, distribuição,

⁸³¹ É o caso das indústrias construídas em torno de gravações musicais, cinema, rádio e TV a cabo, caso tomemos como “pirataria” o “uso de propriedade criativa alheia sem permissão” (LESSIG, Lawrence. *Free culture: the nature and future of creativity*, p. 53-61).

⁸³² O direito brasileiro utiliza a expressão “direitos autorais” como conglobante dos direitos de autor propriamente ditos e dos direitos conexos: Lei n.º 9.610/98, art. 1º: “Esta lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos”.

⁸³³ Convenção de Berna, art. 2 (1): “Os termos ‘obras literárias e artísticas’ abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, aloções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantominas; as composições musicais, com ou sem palavras, as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou as ciências”

reprodução etc., sendo criadas artificialmente, e direitos nem sempre acomodados de forma coerente às legislações (o caso dos direitos conexos é emblemático). Além disso, apesar de intensa retórica autoralista (que não se observa, ressalte-se, apenas nos países que seguem a tradição do *droit d'auteur*), na maior parte das vezes os movimentos de expansão substancial dos direitos autorais foram motivados em função das estruturas do mercado cultural, e não em razão de um reconhecimento da necessidade de proteção do gênio do autor.

Durante muito tempo não se reconheceu proteção de direito de autor a fotografias: equiparar um fotógrafo a um autor, no século XIX, era algo problemático.⁸³⁴ O que hoje é evidente – fotografar envolve, em muitos casos, sensibilidade artística além de proeza técnica –, nos primeiros anos da fotografia era difícil de se perceber. O mesmo se pode dizer em relação a outras mídias que sucederam à fotografia. Novas formas de expressão costumam desafiar as percepções tradicionais do que se deve ou não considerar como detentor de mérito artístico.

Mas a expansão substancial dos direitos autorais, apesar da retórica autoralista, centralizou-se no autor e suas obras apenas simbolicamente. A figura do autor sempre foi de certa maneira instrumental – vide o exemplo do *lobby* da Stationers' Company londrina, que argumentava em favor do autor para aquisição de benefícios editoriais –, mas no início do século XX instrumentalizou-se de forma definitiva, com o auxílio da doutrina jurídica da proteção independente de mérito: a qualidade da obra não é um critério apto para se distinguir obras protegidas de não-protegidas.⁸³⁵

Se por um lado a doutrina é extremamente benéfica e necessária, porque a apreciação de mérito é sempre subjetiva – ainda mais se houver componentes artísticos em jogo –, por outro foi um instrumento retórico bastante poderoso para uma estratégia expansionista, por auxiliar a ocultação da trama de interesses que a normativa de direitos autorais esconde. Protege-se a criação, independentemente de mérito, como se isso fosse apenas uma salvaguarda à atividade criativa do autor. Em realidade, contudo, a doutrina acabou contribuindo para o obscurecimento das estruturas que operam sob a superfície do

⁸³⁴ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, p. 84.

⁸³⁵ COLOMBET, Claude. *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado*, 3ª ed. Madrid: UNESCO/CINDOC, p. 15-16.

direito autoral, não permitindo que importantes questões de política pública relativas a esse direito pudessem ganhar o merecido destaque.

Em um momento inicial, quando o *status* de proteção a fotografias ainda era incerto e, nos EUA, **Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony (Supreme Court, 1884)**, resolveu o impasse, as discussões ainda eram orientadas por critérios que procuravam determinar se uma “criação” mereceria proteção enquanto “criação”. Ainda se discutia a atividade do autor, e em que medida ele era digno de proteção em razão de seus esforços intelectuais.⁸³⁶ Uma virada ocorreria a partir de **Bleinstein v. Donaldson Lithographing Co. (Supreme Court, 1903)**, caso em que, talvez em razão do gosto de Oliver Wendell Holmes Jr. pelo teatro popular, a Suprema Corte estabeleceu que era incabível utilizar critérios de distinção entre alta e baixa cultura para determinar se era aplicável a proteção conferida pelo *copyright*.⁸³⁷ Progressista e correta, a decisão contudo forneceu um escudo argumentativo ao vício, observado em ambas as tradições de regimes de direitos autorais, **de se legislar em nome do autor, mas em favor do editor.**

Não importava mais, em questões de implementação normativa, a atividade criativa do autor; não havia mais necessidade de se analisar nem as criações, nem os criadores. A questão, agora, era apenas a de se expandir proteção a qualquer manifestação intelectual que pudesse assumir algum valor econômico. As reformas seguintes ocorreram, principalmente, em razão de pressão industrial, ainda que sociedades de autores viessem a reclamar proteção legislativa; em uma época em que os meios de produção ou distribuição ainda eram altamente centralizados, e caminhavam para maiores graus de concentração nos anos seguintes, era conveniente aos autores profissionais apoiar as iniciativas industriais – algo que hoje em dia é de vantagem discutível. Como, afinal, escoar produção intelectual para o mercado na ausência da indústria?

Reconhecido o *copyright* sobre fotografias em Burrow-Giles, proteção a obras cinematográficas apenas viria, nos EUA em 1912, por obra do Congresso, provocada por *lobby* da ainda incipiente, mas já consideravelmente poderosa indústria cinematográfica.⁸³⁸

⁸³⁶ A controvérsia envolvia uma fotografia de Oscar Wilde, composta com cuidado pelo fotógrafo Napoleon Sarony. A Suprema Corte fez uma avaliação estética da fotografia e concluiu que era digna de *copyright* porque era arte, não simples comércio. Ver GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway*, p. 46-48.

⁸³⁷ Ibidem, p. 48-49. Na França, a mesma doutrina surgiu no ano anterior, 1902.

⁸³⁸ LITMAN, Jessica. *Digital copyright*, p. 40-41.

Composições fixadas em notação musical, a seu turno, já eram protegidas nos EUA desde 1831, mas havia lacuna quanto a gravações: não se sabia se uma gravação infringiria os direitos sobre a composição. Conforme o mercado para rolos de piano passou a suplantar o de partituras, editoras organizaram *lobby* e atuaram sobre as reuniões inter-industriais patrocinadas pelo Congresso, para a reforma do Copyright Act em 1909.⁸³⁹ Em **White-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co. (Supreme Court, 1908)**, caso envolvendo uma editora musical e um fabricante de pianolas e rolos de piano, julgado quando ainda não haviam se concluído as negociações que deram origem ao Copyright Act de 1909, decidiu-se que era necessária uma lei a respeito do assunto, e que a Suprema Corte não iria inovar e interferir com as expectativas de milhares de pessoas que haviam comprado pianolas.⁸⁴⁰

O *lobby* de editoras teria, simultaneamente, sucesso e fracasso: o Copyright Act de 1909 reconheceria proteção de *copyright* contra reprodução mecânica de composições, mas também imporia um regime de licença compulsória. Assim que uma composição fosse mecanicamente reproduzida de forma autorizada, qualquer pessoa poderia fazer uma nova gravação da composição pagando dois centavos por gravação fabricada ao detentor do *copyright*.⁸⁴¹ O sistema continua até hoje, com a Harry Fox Agency⁸⁴² e AMRA (American Mechanical Rights Agency) sendo as principais arrecadadoras dos chamados *mechanical rights*.⁸⁴³

Na tradição do *droit d'auteur*, a Convenção de Berna explicitamente havia considerado lícita a fabricação e venda de instrumentos para a reprodução mecânica de obras musicais, desde que de uso privado, provavelmente como concessão aos fabricantes suíços de aparelhos musicais. A revisão de 1908, contudo, impôs uma exigência de prévia autorização do autor quanto à reprodução mecânica de obras musicais, e a execução pública destas reproduções,⁸⁴⁴ estabelecendo-se assim um ambiente jurídico favorável ao crescimento de uma indústria musical.

Foi também a indústria musical, observe-se, que inventou as sociedades de gestão e arrecadação de direitos, posteriormente incorporadas aos regimes jurídicos de direito de

⁸³⁹ GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway*, p. 51.

⁸⁴⁰ Ibidem, p. 52-53.

⁸⁴¹ Ibidem, p. 53.

⁸⁴² Site disponível em: <<http://www.harryfox.com/>>. Acesso em: 14.02.07.

⁸⁴³ Site disponível em: <<http://www.amermechrights.com/>>. Acesso em: 14.02.07.

⁸⁴⁴ LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, p. 353-354.

autor. O modelo foi estabelecido na França em 1851, com a fundação da SACEM (Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique),⁸⁴⁵ após a concessão, por lei de 1850, de um direito sobre a execução pública de obras não-dramáticas (o direito sobre a execução pública de obras dramáticas já existia desde 1791 na primeira lei a dispor sobre direitos autorais na França). Apesar das origens francesas do modelo, a contribuição norte-americana foi substancial.

Um direito de performance pública havia sido estabelecido para composições musicais nos EUA em 1897, e posteriormente recepcionado pela lei de 1909, com o acréscimo do requisito do intuito de lucro. Mas era um direito difícil de ser efetivado, o que levou à formação da entidade de gestão de direitos ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers)⁸⁴⁶ em 1913.⁸⁴⁷ Após uma decisão da Suprema Corte em 1917, considerando lucrativa a atividade de estabelecimentos comerciais que se valessem de música ambiente, e performances ao vivo, a ASCAP começou a processar hotéis e restaurantes, exigindo adesão a *blanket licenses* que autorizavam a execução pública de qualquer obra constante do catálogo da associação.⁸⁴⁸

Mal os impactos decorrentes da reprodução mecânica de obras musicais haviam sido absorvidos, uma nova invenção motivou transformações nos regimes de direitos autorais: a radiodifusão. A popularização do rádio nos anos 30 causaria distúrbios nos modelos de negócio de editoras e gravadoras musicais, o que levou a ASCAP a iniciar uma campanha jurídica contra as emissoras de rádio, na expectativa de estabelecer um precedente preceituando que a radiodifusão sonora consistiria execução musical pública com intuito de lucro. As emissoras contra-argumentaram que não se poderia dizer que a performance era pública, uma vez que nenhum membro do público encontrava-se presente nos estúdios no momento da transmissão, e que como não se exigia contraprestação pecuniária, não havia intuito de lucro na performance.⁸⁴⁹ As emissoras perderam a disputa, mas reagiram pouco tempo depois, com uma ação antitruste, alegando que a ASCAP estaria praticando fixação

⁸⁴⁵ Site disponível em: <<http://www.sacem.fr/>>. Acesso em: 14.02.07.

⁸⁴⁶ Site disponível em: <<http://www.ascap.com/>>. Acesso em: 14.02.07.

⁸⁴⁷ GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway*, p. 54-61.

⁸⁴⁸ Ibidem, p. 56-57.

⁸⁴⁹ Ibidem, p. 58.

de preço monopolista, e em realidade lucrando com a radiodifusão em razão da publicidade gratuita a gravações sonoras e partituras musicais. Novamente, as emissoras perderam.⁸⁵⁰

A terceira reação das emissoras foi mais eficaz. Em 1939, ano anterior ao da expiração das licenças preteritamente adquiridas da ASCAP, as emissoras decidiram competir diretamente com a entidade formando uma nova sociedade, a BMI (Broadcast Music Incorporated).⁸⁵¹ A partir de 1941, emissoras de rádio abandonaram as obras constantes do catálogo da ASCAP, e passaram a apenas executar música gerida pela BMI. O catálogo da BMI, apesar de não ser comparável, na época, ao da ASCAP, foi aos poucos crescendo a partir de pagamentos antecipados a novos artistas e compositores, bem como da aquisição de direitos a um vasto repertório de música latino-americana pelo qual a ASCAP não havia demonstrado interesse.⁸⁵² No mesmo ano a ASCAP se rendeu, diminuiu substancialmente os preços de suas licenças, e em 1943 voltou a ser um empreendimento lucrativo. Ambas as entidades continuam em atuação nos dias de hoje.⁸⁵³

Os próximos avanços tecnológicos causariam problemas até hoje sem solução, por transferir aos usuários comuns ferramentas de reprodução às quais antes não tinham acesso: reprografia, e gravação de áudio e vídeo. Os problemas – bem-vindos – que surgiram após a disseminação dessas tecnologias foram amplificados na era atual da história dos direitos autorais, e acrescidos de outros: se antes o problema era apenas reprodução não-autorizada, agora também há distribuição não-autorizada em larga escala.

As primeiras grandes decisões estadunidenses referentes a essas tecnologias merecem comentário: *Williams & Wilkins Co. v. The United States* (Supreme Court, 1975) e *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* (Supreme Court, 1984).

Em *Williams & Wilkins Co. v. The United States*, o problema era a reprodução de artigos de medicina veiculados em periódicos da editora Williams & Wilkins, pelos usuários de duas bibliotecas governamentais. O caso se prolongou por quase uma década, e se transformou em uma questão pessoal para o editor William Passano e para o diretor da National Library of Medicine, Martin Cummings. **Williams & Wilkins envolveu uma série de questões políticas importantíssimas, fazendo notar a conflituosa relação interesse**

⁸⁵⁰ Ibidem, p. 58-59.

⁸⁵¹ Site disponível em: <<http://www.bmi.com/>>. Acesso em: 14.02.07.

⁸⁵² GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway*, p. 59.

⁸⁵³ Ibidem, p. 60.

público vs. interesses privados em matéria de direito de autor, muitas vezes deixada em segundo plano. Também revelou algumas tendências que podem ser observadas nas discussões atuais em torno de sistemas de compartilhamento de arquivos, como a dificuldade de se mensurar o impacto que a livre reprodução de conteúdo poderia ter nos negócios de uma empresa cujo modelo de negócios é orientado pela venda de conteúdo no mercado. O caso foi decidido sem que se soubesse exatamente se as fotocópias exerciam impactos negativos nos negócios da Williams & Wilkins.⁸⁵⁴

As discussões revolveram em torno da apreciação do comportamento das bibliotecas, em termos de *fair use*, de um lado, ou violação de *copyright*, de outro. Curiosamente, a questão da cópia privada foi levantada pela Suprema Corte durante a arguição oral das partes, mas a Williams & Wilkins procurou dar respostas evasivas e conduzir a discussão de volta à conduta das bibliotecas. Pressionada, afirmou que simplesmente não haveria interesse em processar usuários individuais por violação de *copyright*, por ser pouco prático;⁸⁵⁵ uma ironia histórica, ao se considerar a campanha processual da RIAA, IFPI e MPAA nos dias de hoje contra usuários de sistemas de compartilhamento de arquivos.

Sustentando oralmente o caso em favor do governo, Robert Bork lançou mão de três argumentos: 1) fotocópias não afetam editoras negativamente, e são os meios mais eficientes de se permitir o acesso de cientistas à literatura científica; 2) reserva legal: caberia ao Congresso determinar se as normas de *copyright* deveriam ser alteradas; 3) fotocópias transformaram-se em costume, ao qual editoras haviam há muito se adaptado, e adquirido força de lei.⁸⁵⁶ A decisão da Suprema Corte foi favorável ao governo.

Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., a seu turno, já analisada no capítulo 3, abordou diretamente o problema da cópia privada, reconhecendo como *fair use* a gravação de material protegido em vídeo por usuários domésticos, para efeitos de *time-shifting*.

Williams & Wilkins e Sony Corp. são casos importantes por envolverem a reprodução não-autorizada, por usuários/consumidores, de material submetido às leis de direitos autorais. Ainda que os processos tenham sido dirigidos, respectivamente, a duas

⁸⁵⁴ Ibidem, p. 76-81.

⁸⁵⁵ Ibidem, p. 92-96.

⁸⁵⁶ Ibidem, p. 97.

bibliotecas governamentais e a uma empresa japonesa de aparelhos eletrônicos, foram as primeiras decisões norte-americanas de relevo envolvendo práticas que, em razão de avanços tecnológicos, haviam se tornado recorrentes: reprodução não-autorizada de conteúdo, por usuários, para fins não-comerciais. São essas mesmas práticas que atualmente se amplificaram no espaço da Internet.

As decisões também são importantes porque suscitaram questões relevantes de interesse público (Williams & Wilkins) e uso privado (Sony Corp.), conflitantes em tese com a proteção rígida e abrangente do regime de *copyright*, mas solucionadas pela doutrina do *fair use*. A doutrina tem se enfraquecido bastante atualmente nos EUA, principalmente em razão das recentes normas de proteção a TPMs e sistemas de DRM e sua interpretação judicial (vide *Universal v. Reimerdes*),⁸⁵⁷ mas pelo menos serve como uma válvula de escape para os abusos que podem decorrer de uma legislação de direitos autorais ultra-protecionista, voltada inteiramente a interesses industriais. A tradição do *droit d'auteur*, com suas listas rígidas de limitações a direitos autorais (erroneamente interpretadas como *numerus clausus*, conforme se verá),⁸⁵⁸ são muito menos flexíveis, e mais convenientes aos interesses industriais.

Conforme as tecnologias de reprodução foram se disseminando, um discurso antipirataria direcionado aos *usuários* dessas tecnologias – que atuam fora do mercado, sem intuito de lucro e, portanto, não são piratas – foi sendo desenvolvido.

Desde o começo da década de 60, quando fitas cassete se popularizaram, a indústria fonográfica passou a defender que qualquer usuário doméstico que fizesse a cópia de um fonograma era um pirata.⁸⁵⁹ Que esses usuários não vendiam o material reproduzido, em competição direta com a indústria – este sim o comportamento de um legítimo pirata –, mas apenas utilizavam as cópias para uso privado, não importava: o discurso criou raízes se fortaleceu. Em 1971, pressão por parte da indústria fonográfica conduziria à elaboração da Convenção para a Proteção de Produtores de Fonogramas contra a Duplicação Não-Autorizada de Seus Fonogramas (Convenção de Genebra), exigindo-se que todos os estados

⁸⁵⁷ Ver capítulo 3.

⁸⁵⁸ Ver *infra*, item 9.1.

⁸⁵⁹ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 181-183.

contratantes protegessem a indústria contra a reprodução de fonogramas por meio de legislação de direitos autorais, concorrência desleal, ou sanções penais (art. 3).⁸⁶⁰

A criação de travas tecnológicas de proteção também começou a ser defendida e efetivada pela indústria, que percebeu desde cedo que regulação por arquitetura seria necessária para complementar regulação por direito. Como narram Drahos e Braithwaite,⁸⁶¹ se em um primeiro momento houve um choque violento entre os fabricantes das tecnologias que viabilizavam as cópias, de um lado, e a indústria do conteúdo, de outro – inicialmente um conflito Japão vs. EUA –, desenvolvimentos futuros conduziram a uma situação diferente.

Em 1986 a indústria fonográfica norte-americana e a empresa japonesa Sony entraram em disputas quanto ao potencial das DATs (Digital Audio Tapes) para reprodução não-autorizada de áudio sem perda de qualidade sonora. Como resultado da controvérsia, as gravadoras bloquearam o acesso a seus catálogos à Sony, provocando esta a adquirir a CBS em 1981 como resposta. A Matsushita compraria a MCA em 1991, e integrações empresariais estratégicas como essas possibilitaram a construção de uma base de consenso industrial quanto à necessidade de se impor travas tecnológicas a conteúdo. Indústria fonográfica e fabricantes de aparelhos eletrônicos reuniram-se e chegaram a um acordo, o Athens Agreement, impondo a implementação do SCMS (*Serial Copy Management System*) nas DATs, um sistema de proteção anticópias que afetava cópias de segunda geração (cópias de cópias). Também se estabeleceu, no acordo, uma sistemática de reuniões de grupos de trabalho inter-industriais a ser acionada toda vez que surgisse uma nova tecnologia destinada ao mercado de massa, com o objetivo de estabelecer novas tecnologias de proteção.⁸⁶² O Athens Agreement acabou sendo incorporado em legislação nos EUA com o Audio Home Recording Act de 1992 (AHRA), e na União Europeia por meio de uma diretiva, convertendo-se em direito um grupo de princípios estabelecidos em um documento privado referente a interesses industriais extremamente setorizados.⁸⁶³

A luta contra usuários e cópias para uso não-comercial também ensejaria a criação de propaganda, como as já citadas *Home Taping Is Killing Music* e *Don't Copy that Floppy*.

⁸⁶⁰ GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 41.

⁸⁶¹ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 183-186.

⁸⁶² Ibidem, p. 183.

⁸⁶³ Ibidem, p. 184.

Como visto no capítulo 3, ambas as estratégias (travas tecnológicas e propaganda) persistem em relação à reprodução e distribuição de conteúdo via redes de compartilhamento de arquivos. Não que as estratégias tenham se transferido inteiramente para condutas praticadas no espaço da rede: a cópia privada via reprografia, por exemplo, continua sendo combatida pela indústria como se pirataria fosse, sendo particularmente problemática para avanços em pesquisa e educação no Brasil a ação organizada de editoras contra bibliotecas universitárias.⁸⁶⁴

A expansão substancial dos direitos autorais, como se pode perceber, também acabou por expandir as hipóteses de *violação* a esses direitos, sem que se estabelecessem – principalmente nos países da tradição do *droit d'auteur* –, mecanismos eficazes de proteção a interesses outros que não os dos *detentores* dos direitos autorais (que, ressalte-se, na maior parte das vezes não são autores).

Conforme a divisão aqui adotada, a próxima fase na história da propriedade intelectual sobre direitos de autor *continua* a tendência expansionista que se estabeleceu após a fase de consolidação. Há a necessidade de se acrescentar ao estudo, entretanto, uma quarta fase em razão de uma virada estratégica da indústria do conteúdo, a partir da década de 80, consistente na vinculação de normas de proteção à propriedade intelectual ao direito internacional do comércio exterior, tendo em vista uma intensificação dos níveis de proteção, já bastante intensos. Também surge a necessidade de uma quarta fase em razão de avanços recentes de reação *contrária* à maximização dos direitos autorais (e da propriedade intelectual em geral).

Antes, contudo, de passarmos à próxima fase, é importante explicar como se deu a implantação, no ordenamento jurídico brasileiro, das normas de direito autoral.

5.3.3 A introdução dos direitos autorais no direito Brasil

No Brasil, a história dos direitos autorais começa com a Lei de 11 de agosto de 1827, que estabeleceu os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda. Determinou a lei um privilégio exclusivo de dez anos sobre os compêndios preparados por professores,

⁸⁶⁴ Ver ROSA, Flávia G. M. G et alii. *Cópia de livros nas universidades brasileiras*. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/FlaviaRosa.pdf>>. Acesso em: 16.02.07.

obedecidas algumas condições.⁸⁶⁵ A regulação dos direitos autorais penetra efetivamente o ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, a partir da legislação penal e não civil. Se a imposição de normas de direitos penal relativas a direitos autorais é um evento mais recente em outros países, no Brasil *sempre* se enfatizou proteção por via do direito penal (cuja efetividade, em relação à matéria, é cada vez mais discutível).

O Código Criminal do Império, de 1831, em sua parte III, título III (“Crimes contra a propriedade”), art. 261, criou indiretamente um direito autoral de reprodução a partir de um tipo incriminador que proibia a reprodução, em várias modalidades, de escritos ou estampas feitos, compostos ou traduzidos por *cidadãos brasileiros* (note-se a ausência de proteção a estrangeiros). A proteção conferida pela lei durava a vida do autor, e um período de dez anos após a morte deste na existência de herdeiros.⁸⁶⁶

O Código Penal de 1890 continuaria a tradição de se legislar a respeito de direitos autorais por meio do direito penal. O título XII, capítulo V do código, (“Dos crimes contra a propriedade litteraria, artística, industrial e comercial”) dispôs em seus arts. 342-350 a respeito da “violação dos direitos da propriedade litteraria e scientifica”. Inspirado diretamente nos códigos penais francês e português quanto a estes dispositivos,⁸⁶⁷ o Código Penal de 1890 estabeleceu em seus arts. 342 e 344 direitos autorais sobre leis, decretos, resoluções, regulamentos, relatórios e quaisquer atos dos poderes legislativo ou executivo da Nação e dos Estados, mas também fixou uma limitação a estes no parágrafo único do art. 344.⁸⁶⁸

⁸⁶⁵ “Art. 7.º Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém á approvação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos”.

⁸⁶⁶ “Art. 261. Imprimir, gravar, lithographar ou introduzir quaesquer escriptos ou estampas que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, emquanto estes viverem, e dez annos depois de sua morte, se deixarem herdeiros.

Pennas:

Perda de todos os exemplares para o autor ou traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta delles, do seu valor e outro tanto, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares.

Se os escriptos ou estampas pertencerem a corporações, a proibição de imprimir, gravar, lithographar ou introduzir, durará sómente por espaço de dez annos”.

⁸⁶⁷ GALDINO SIQUEIRA. *Direito penal brasileiro*, v. II: parte especial. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932, p. 793.

⁸⁶⁸ Art. 344, parágrafo único: “O privilégio da fazenda publica resultante deste e do art. 342 não importa prohibição de transcrever, ou inserir qualquer dos actos acima indicados nos periódicos, gazetas, em

O art. 345 manteve o prazo de vigência para os direitos de reprodução estabelecidos no Código Criminal do Império: vida mais 10 anos, se houvesse herdeiros. Importante, ainda, o art. 347, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio um direito sobre traduções, a partir da proibição de traduções não-autorizadas, mas também fixou uma limitação: “Esta proibição não importa a de fazer citação parcial de qualquer escripto, com o fim de crítica, polemica, ou ensino”. O art. 348, proibiu a execução ou representação “em theatros ou espetáculos públicos, composição musical, tragédia, drama, comedia ou qualquer outra producção, seja qual for sua denominação, sem consentimento, para cada vez, do dono ou autor”, e o art. 350 proibiu a reprodução de “qualquer producção artística, sem consentimento do dono, por imitação ou contrafacção”.

Nota-se, assim, a abrangência das proibições impostas pelo código, e a amplitude da idéia de obra protegida. Entre o Código Criminal do Império e o Código Penal de 1890 percebe-se nitidamente um movimento de expansão na normativa pátria de direitos autorais.

Previsão constitucional, todavia, apenas viria na Constituição de 1891, que em seu Título IV, (“Dos cidadãos brasileiros”), Seção II (“Declaração de direitos”), art. 72., § 26, estabeleceu: “Aos autores de obras literarias e artisticas é garantido o direito exclusivo e reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mechanico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”. Cogita Hallewell⁸⁶⁹ que a inclusão do dispositivo na Constituição de 1891 decorreu em razão da então recente Convenção Pan-Americana de Direitos Autorais (Montevideu, 1889), mas não se deve desconsiderar as influências que a Constituição de 1891 recebeu da Constituição dos EUA, que já havia disposto sobre a matéria.

Todas as constituições seguintes, com exceção da de 1937, mantiveram a disposição em termos quase idênticos.⁸⁷⁰ Mudanças de redação mais substanciais e inserção de outros

compêndios, tratados, ou quaesquer obras scientificas ou literarias; nem a de revender os objectos especificados, tendo sido legitimamente adquiridos”.

⁸⁶⁹ HALLEWELL, Laurence. *O livro no Brasil*, p. 171-172.

⁸⁷⁰ Constituição de 1934, art. 113, 20: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar”; Constituição de 1946, art. 141, § 19: “Aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar”; Constituição de 1967, art. 153, § 25: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar”.

direitos de autor (como o de fiscalização de aproveitamento econômico) apenas ocorreram com a Constituição de 1988,⁸⁷¹ apesar de o dispositivo principal ter mantido redação bastante similar à do art. 72, § 26 da Constituição de 1891.

A legislação civil demoraria para conferir proteção aos direitos autorais. Infraconstitucionalmente, a Lei n. 496 de 1º de agosto de 1898 (Lei Medeiros Albuquerque) seria a primeira lei brasileira de direitos autorais. Aprovada não muito tempo após a Convenção de Berna (1886 – o Brasil apenas aderiria em 1922),⁸⁷² a lei encara o direito de autor como um privilégio, conferindo-lhe duração de cinquenta anos após o primeiro de janeiro do ano da publicação (art.3º, 1º), condicionada a proteção a depósito na Biblioteca Nacional, dentro de dois anos, (art. 13), sob pena do direito perecer.

O direito de o autor fazer ou autorizar traduções, representações ou execuções também era limitado no tempo, pelo prazo de dez anos (art. 3º, 2º). O art. 19 definiu “contrafação” como “todo o atentado doloso ou fraudulento contra o direito do autor”, mas a Lei Medeiros e Albuquerque também inaugurou o mecanismo do rol de limitações aos direitos autorais, que mantemos até hoje em forma. O art. 22 trouxe sete limitações aos direitos autorais, descaracterizando as condutas descritas como contrafação. Preocupações referentes a entraves possivelmente colocados pelos direitos autorais à liberdade de expressão e educação são nítidos.⁸⁷³

⁸⁷¹ Constituição de 1988, art. 5º, XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; art. 5º, XXVIII: “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

⁸⁷² GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 34.

⁸⁷³ Lei Medeiros e Albuquerque: “Art. 22. Não se considera contrafacção:

1) a reprodução de passagens ou pequenas partes de obras já publicadas, nem a inserção, mesmo integral, de pequenos escriptos no corpo de uma obra maior, comtanto que esta tenha caracter scientifico ou que seja uma compilação de escriptos de diversos escriptores, composta para uso da instrucção publica. Em caso algum a reproducção póde dar-se sem a citação da obra de onde é extrahida e do nome do autor

2) a reproducção em diarios e periódicos de noticias e artigos politicos extrahidos de outros diários e periódicos, e a reproducção de discursos pronunciados em reuniões publicas, qualquer que seja a sua natureza.

Na transcripção de artigos deve haver a menção do jornal de onde são extrahidos e o nome do autor. O autor, porém, quer dos artigos, qualquer que seja a sua natureza, quer dos discursos, é o unico que os póde imprimir em separado;

3) a reproducção de todos os actos officiaes da União, dos Estados ou das Municipalidades;

4) a reproducção em livros ou jornaes, de passagens de uma obra qualquer com um fim crítico ou de polemica;

A Lei n.º 2.577 de 17 de janeiro de 1912 estenderia as disposições da Lei Medeiros e Albuquerque (com exceção da imposição das formalidades do art. 13) a obras editadas no estrangeiro, bastando que se comprovasse o cumprimento das formalidades impostas pelo país de origem (art. 2º).

O Código Civil de 1916 veio a substituir as disposições da Lei Medeiros e Albuquerque, mas nela nitidamente se inspirou. Os arts. 649-673 do CC/16 trataram da matéria sob a designação “Propriedade literária, científica e artística”, apesar do projeto do Código ter proposto a denominação “direito autoral”.⁸⁷⁴ O direito exclusivo de reprodução das obras literárias, científicas ou artísticas foi assegurado ao autor pelo período de sua vida, mais sessenta anos a herdeiros e cessionários, a contar do dia do falecimento (art. 649). O art. 666 trouxe um rol de dez limitações aos direitos de autor, e a redação do art. 673 por muito tempo deu espaço à discussão de se o depósito da obra constituiria o direito ou seria simplesmente comprobatório.⁸⁷⁵

A controvérsia sobre as formalidades seria solucionada com a Lei n.º 5.988/73, de “espírito nitidamente empresarial”, conforme Silveira,⁸⁷⁶ que suplantou as disposições do Código Civil. A lei de 1973 explicitamente eliminou a ambigüidade do art. 673 do CC/16, apesar de manter muito da redação deste, acrescentando em seu art. 17 que o autor da obra “*poderá* registrá-la” (grifamos). O prazo de proteção para direitos patrimoniais foi modificado para a vida do autor, acrescido da vida dos sucessores, se filhos, pais ou cônjuge, ou 60 anos no caso dos outros sucessores (art. 42, §§ 1º e 2º). Foi fixado um prazo de sessenta anos de duração para os direitos patrimoniais sobre obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas e de arte aplicada, contados do dia 1º de janeiro do ano subsequente de sua conclusão (art. 45).

A lei de 1973 seria substituída pela Lei 9.610 de 1998, que juntamente à Lei 9.609 de 1998 (programas de computador) contém as principais normas de direitos autorais

5) a reprodução no corpo de um escripto de obra de artes figurativas, contanto que o escripto seja o principal texto, sendo, porém, obrigatoria a citação do nome do autor;

6) a reprodução de obras de arte que se encontram nas ruas e praças;

7) a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando ella e feita pelo proprietário dos objectos encomendados”

⁸⁷⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*, 1º v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 270.

⁸⁷⁵ HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*, 3ª ed., p. 59-67.

⁸⁷⁶ SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*, 3ª ed., p. 53.

atualmente vigentes. Dentre as modificações relevantes inseridas na Lei 9.610/98, podem-se mencionar as graves restrições feitas ao sistema de limitações, sob o ponto de vista do usuário (art. 46); a modificação do prazo de proteção para a vida do autor, acrescida de setenta anos aos sucessores (art. 41), e setenta anos após a fixação para direitos conexos (art. 96); proteção a bases de dados (arts. 87); e disposições referentes à violação de TPMs e sistemas de DRM (art. 107), no que fica evidente o espírito maximalista da lei de 1998.

Dando continuidade ao impulso maximalista, uma lei de 2003 introduziu alterações ao título III, capítulo I (“Dos crimes contra a propriedade intelectual”) da parte especial do Código Penal. As alterações foram extremamente mal-redigidas, e abrem espaço a diversos problemas de exegese.⁸⁷⁷

5.4 Reestruturação dos direitos de autor

O poder conquistado pela indústria do conteúdo durante a fase de expansão dos direitos autorais provocaria a formação de cartéis globais setorializados (por exemplo: MPAA, filmes; RIAA, música; BSA, software), organizados em grandes conglomerados corporativos, fixando preços e dividindo mercados internacionalmente. Os departamentos jurídicos de grandes corporações se sofisticaram, e a utilização de cercas jurídicas a conteúdo informacional por meio de patentes, direitos autorais, marcas registradas e outros direitos de propriedade intelectual passou a ser uma estratégia cada vez mais importante, e não apenas para a indústria do conteúdo. As indústrias farmacêutica, do *hardware* e de biotecnologia, assumindo as estruturas desenvolvidas no transcorrer do século XX, também passaram a defender regimes maximalistas de propriedade intelectual.

A quarta e última fase da história dos direitos autorais, descrita no presente capítulo, é uma fase de reestruturação, ainda em andamento. Os direitos autorais passaram por uma longa fase de formação após a invenção da imprensa, nascendo no interior de regimes de privilégios, sustentados por censura estatal e corporações de ofício, e finalmente ganharam autonomia jurídica no século XVIII, dividindo-se em duas tradições muito mais semelhantes do que distintas, que se espalharam pelo mundo e, aos poucos, foram

⁸⁷⁷ Ver *infra*, item 9.1.2.

conduzidas a graus cada vez maiores e mais abrangentes de proteção, sempre relativos à produção de informação voltada ao mercado, em detrimento dos modelos alternativos apontados no capítulo anterior, no quadro 1.

Consolidada a tendência expansionista dos regimes de direitos autorais, iniciou-se a partir dos anos 80 um movimento rumo a uma maximização ainda mais radical das normas de direitos autorais, conforme ganharam corpo uma série de iniciativas inter-industriais de escala global, objetivando uma reconfiguração da normativa internacional de direitos autorais, e sua inserção no interior de um sistema global de propriedade intelectual, em sentido amplo.

Por outro lado, os avanços tecnológicos que surgiram a partir da popularização da Internet e outras tecnologias da informação, como apontado nos capítulos anteriores, ensejaram um contra-movimento rumo a uma reordenação (de fato, não de direito) das normas de direito de autor, contribuindo para a conscientização, da sociedade civil, de que o regime de propriedade intelectual estabelecido merece reconsideração por desatender a uma vasta gama interesses públicos e privados, em favor de um número reduzido de atores industriais, predominantemente norte-americanos, europeus e japoneses.

Não há como prever a próxima etapa do desenvolvimento histórico dos direitos autorais, mas é possível afirmar sem muito receio de erro que profundas alterações irão ocorrer nos próximos anos. Se para um regime ainda mais maximalista, ou para um regime que procure atender os demais interesses em jogo, é uma questão que permanece em aberto.

5.4.1 Reformulação industrial do direito internacional de propriedade intelectual

Boa parte da história recente da propriedade intelectual (em sentido amplo), decorre de iniciativas industriais altamente organizadas, que tiveram início no começo dos anos 80.⁸⁷⁸ A idéia principal que norteou os esforços de reformulação foi a da vinculação de regimes de propriedade intelectual maximalistas ao direito do comércio exterior, objetivando-se, com isso, a adoção pela comunidade internacional de normas benéficas a um pequeno número de países exportadores de conteúdo industrialmente desenvolvido

⁸⁷⁸ A principal referência utilizada para este item é DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: The New Press, 2003.

(filmes, livros, música, medicamentos, tecnologia em geral), em prejuízo de um grande número de países importadores de informação.

Como antecedente histórico da virada estratégica representada pela vinculação propriedade intelectual/comércio exterior, pode-se mencionar, primeiramente, uma tentativa mal-sucedida de se conseguir um código versando sobre contrafação na Rodada de Tóquio do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) (1973-1979). A estratégia, entretanto, apenas ganharia impulso e um plano de ação devidamente estruturado no início dos anos 80.

A progressão foi a seguinte: (1) a elaboração de uma doutrina que colocava os países exportadores de informação como grandes inovadores vitimados por saques de “países piratas”, sendo necessária a transferência, da OMPI para o GATT, do fórum adequado para as negociações de um acordo multilateral sobre propriedade intelectual, em razão da ausência de sanções eficazes na OMPI; (2) um teste da vinculação propriedade intelectual/comércio exterior na Caribbean Basin Initiative, como primeira implementação da estratégia; (3) estabelecimento de um mecanismo de coerção, nos EUA (Special 301), como arma para a obtenção de acordos bilaterais; (4) negociação por “círculos de consenso”, no GATT, para isolar países em desenvolvimento das discussões referentes ao texto a ser aprovado; (5) criação da OMC /TRIPs.

Nos anos 80, principalmente por motivo da atuação da Pfizer e IBM, um cargo consultivo foi criado no gabinete do US Trade Representative (USTR), o Assistant Secretary for International Investment and Intellectual Property, já se enraizando na burocracia governamental o vínculo propriedade intelectual/comércio exterior. O vínculo se formalizou, entretanto, apenas depois de uma força-tarefa do Advisory Committee on Trade Negotiations (ACTN), cujo presidente na época era Edward Pratt, da Pfizer, redigir um relatório recomendando três estratégias para a reformulação da normativa internacional de propriedade intelectual. Ataques em três frentes diferentes foram indicados como sendo desejáveis:⁸⁷⁹ (a) desenvolver no contexto da rodada subsequente do GATT um código de propriedade intelectual, vinculado a um mecanismo de resolução de disputas (multilateralismo); (b) iniciar acordos bilaterais com países que não conferiam proteção

⁸⁷⁹ Ibidem, p. 73.

considerada adequada à propriedade intelectual norte-americana (bilateralismo); (c) ameaçar “países piratas” com sanções comerciais caso não alterassem e colocassem em prática suas leis de propriedade intelectual, para acomodar interesses norte-americanos (unilateralismo). O plano de ataque começou a ser implementado em 1984, com a Caribbean Basin Initiative.

Os estados caribenhos, nos anos 80, possuíam excelentes sistemas de radiodifusão por microondas, conectados a sistemas globais de comunicação. Alguns dos estados aproveitavam essa infra-estrutura para a redistribuição de sinais de transmissão de filmes norte-americanos, sem obtenção de licença dos detentores dos direitos autorais. O governo estadunidense resolveu intervir e, por pressão da MPAA, o presidente Reagan sancionou o Caribbean Recovery Act of 1983, concedendo aos estados caribenhos privilégios fiscais para a entrada de seus bens em solo norte-americano, atendidos determinados critérios, dentre os quais o de estabelecer padrões mais altos de proteção à propriedade intelectual.⁸⁸⁰

A iniciativa teve êxito, com alguns estados reescrevendo suas leis de propriedade intelectual com auxílio de representantes da indústria cinematográfica norte-americana, e percebeu-se a partir de então que vincular comércio exterior e propriedade intelectual era uma opção viável para a reestruturação de todo o sistema internacional de propriedade intelectual.

A atuação da MPAA em relação aos estados caribenhos estabeleceu as bases para uma reformulação no US Trade Act, que ocorreu em 1984. Desde 1976, os Estados Unidos mantinham o GSP (Generalized System of Privileges), que concedia a países estrangeiros benefícios fiscais para a exportação de bens para os EUA. **Proteção à propriedade intelectual não era critério para admissibilidade no GPS, mas a partir da reforma de 1984, passou a exigir-se níveis de proteção que beneficiassem os EUA como condição para inclusão no GSP.**⁸⁸¹ Além disso, alterou-se a Section 301 do Trade Act para transferir ao presidente autoridade para retaliar, com sanções comerciais, países que não oferecessem proteção adequada e eficiente à propriedade intelectual norte-americana, também autorizando-se o US Trade Representative (USTR) a iniciar *ex officio* ações contra países estrangeiros que não garantissem proteção adequada e eficiente aos interesses da

⁸⁸⁰ Ibidem, p. 83.

⁸⁸¹ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 86-87.

indústria norte-americana.⁸⁸² Em 1988, reformou-se novamente a Section 301 para a inclusão do procedimento Special 301: o USTR foi obrigado a anualmente identificar os países que não oferecessem proteção adequada e eficiente à propriedade intelectual norte-americana, fazendo uma lista de prioridade dividida três em níveis (*priority foreign country*, *priority watch list* e *watch list*).⁸⁸³ Instituiu-se, ainda, um sistema de petições autorizando qualquer pessoa interessada (no caso, representantes da indústria) a acionar o USTR para efetuar investigações sob o Special 301, e ao mesmo tempo requisitar a imposição de medidas retaliatórias.⁸⁸⁴

O procedimento do Special 301, além disso, passou a aceitar contribuições de representantes da indústria a título consultivo. Duas grandes associações surgiram durante a época das reformas ao Trade Act: o Intellectual Property Committee (IPC), em 1986, que exerceria papel de destaque nas negociações que conduziram à criação da OMC e do acordo TRIPs, e a Intellectual Property Alliance (IIPA), em 1984, para representação da indústria do *copyright* norte-americana.⁸⁸⁵

Anualmente, a IIPA envia ao USTR um relatório fazendo detalhadas recomendações a respeito de legislação e execução de direitos autorais ao redor do mundo. Cada país é alvo de um relatório específico, e o de 2007 recomenda que o Brasil seja colocado terceiro nível da lista (*watch list*),⁸⁸⁶ demonstrando preocupações com a inclusão de limitações na legislação brasileira de direitos autorais em benefício de estudantes universitários,⁸⁸⁷ dentre outras objeções maximalistas.

⁸⁸² Ibidem, p. 88-90.

⁸⁸³ Ibidem, p. 89.-90.

⁸⁸⁴ Ibidem, p. 93.

⁸⁸⁵ A IIPA é um corpo formado pela Association of American Publishers (APA); American Film Marketing Association (AFMA), hoje Independent Film and Television Association; Business Software Alliance (BSA); Motion Picture Association of America (MPAA); National Music Publishers' Association (NMPA); e RIAA (Recording Industry Association of America). Site oficial disponível em: <<http://www.iipa.com/>>. Acesso em: 17.02.07.

⁸⁸⁶ IIPA. 2007 *Special 301* (Brazil). Disponível em: <<http://www.iipa.com/rbc/2007/2007SPEC301BRAZIL.pdf>>. Acesso em 17.02.07

⁸⁸⁷ Os projetos de lei 5046/2005 (Câmara, Deputado Antonio Carlos Mendes Thame) e 131/2006 (Senado, Senador Valdir Raupp). Ambos incluem limitações, no rol do art. 46 da Lei de Direitos Autorais, referentes à reprografia de livros em universidades. O projeto do Deputado Thame autoriza cópias integrais, em um só exemplar, para uso não-comercial de estudantes universitários, e o projeto do Senador Raupp autoriza cópias em até 25% de qualquer obra, sem a necessidade de que se trate de um estudante (embora o projeto seja nitidamente voltado a solucionar o problema da ação abusiva da ABDR – Associação Brasileira de Direitos Reprográficos – face a instituições de ensino). O relatório da IIPA menciona expressamente medida administrativa da USP autorizando as cópias, em reação à ABDR, e mostra-se preocupado, em linhas gerais,

A redação do relatório da IIPA ocorre por volta de fevereiro, e a lista de países do Special 301 é publicada pelo USTR até o final de abril, diretamente influenciada pelas considerações da indústria, que recorre a estatísticas duvidosas para defender a imposição de sanções comerciais a países tidos como “piratas”.⁸⁸⁸ Observa-se nitidamente, ainda, nos relatórios da IIPA, a atuação organizada da indústria estrangeira nos países analisados no sentido de se tentar alterar as leis de cada estado por pressão direta, tendo como base interpretações do direito pátrio e internacional altamente discutíveis.⁸⁸⁹

O sistema do Special 301, em essência um mecanismo de coerção, foi utilizado diversas vezes para a imposição de sanções a países envolvidos na Rodada do Uruguai, bem como iniciou uma sistemática de reformas no direito internacional de propriedade intelectual conduzida, sobretudo, pela indústria norte-americana, que funciona da seguinte maneira:

- 1) em uma primeira etapa, os EUA ameaçam outros países com as medidas da Section 301 caso não assinem acordos bilaterais instituindo legislação maximalista de propriedade intelectual (em troca de benefícios duvidosos);⁸⁹⁰
- 2) assinados os acordos bilaterais, estes são utilizados em bloco como prova de que é necessária harmonização internacional por via multilateral;⁸⁹¹

com mudanças legislativas que garantiriam “overbroad privileges to university students” (IIPA. 2007 *Special 301* (Brazil). Disponível em: <<http://www.iipa.com/rbc/2007/2007SPEC301BRAZIL.pdf>>. Acesso em 17.02.07, p. 211).

⁸⁸⁸ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p., 93-99.

⁸⁸⁹ Assim é que a IIPA considera como ofensivos a um inexistente “*international fair use*” os projetos de lei em tramitação que procuram inserir limitações no rol do art. 46 da Lei de Direitos Autorais IIPA. 2007 *Special 301* (Brazil). Disponível em: <<http://www.iipa.com/rbc/2007/2007SPEC301BRAZIL.pdf>>. Acesso em 17.02.07, p. 216.

⁸⁹⁰ Como, por exemplo, benefícios sobre a exportação de produtos agrícolas, em uma era em que os insumos agrícolas são objetos de legislação cada vez mais rígida de propriedade intelectual, em favor da indústria agroquímica e biotecnológica. Ver DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 11.

⁸⁹¹ “(...) the United States has more recently begun to negotiate bilateral free trade agreements (FTAs) with individual nations. The structure of the negotiation is roughly as follows: The United States will say to Thailand, or India, or whoever the trading partner is: If you would like preferential treatment of your core export, say textiles or rice, we would like you to include this provision or that in your domestic copyright or patent law. Once this is agreed to in a number of bilateral FTAs, the major IP exporters can come back to the multilateral negotiations and claim an emerging international practice, which may provide more exclusivity than their then applicable domestic law” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*, p. 454-455).

- 3) conseguidos os novos padrões de proteção, gradativamente mais altos,⁸⁹² os EUA voltam à primeira etapa para uma nova onda de acordos bilaterais, que são seguidos por novas tentativas de se aumentar padrões de proteção multilateralmente.

O primeiro grande tratado de propriedade intelectual concluído no contexto desse plano de ação foi o acordo TRIPs (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), no âmbito do GATT, após a Rodada do Uruguai (que também deu origem à Organização Mundial do Comércio – OMC). Como o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) não era considerado um fórum adequado para a discussão de temas relativos à propriedade intelectual antes da Rodada do Uruguai (1986-1993), incluir na agenda das negociações a elaboração de um código geral de propriedade intelectual exigiu certo esforço, e a ação de redes inter-corporativas mundiais, coordenadas pelo Intellectual Property Committee, uma coalizão de treze corporações norte-americanas (Bristol-Myers, DuPont, FMC Corporation, General Electric, General Motors, Hewlett-Packard, IBM, Johnson & Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Rockwell International e Wardner Communications).⁸⁹³ Reação de países em desenvolvimento em oposição à inclusão de um acordo sobre propriedade internacional na Rodada do Uruguai não teve êxito.⁸⁹⁴

O processo de negociações da Rodada do Uruguai transcorreu no âmbito de “círculos de consenso”, que se abriam e fechavam conforme conveniente aos atores industriais norte-americanos, europeus e japoneses (nesta ordem).⁸⁹⁵ Preocupações quanto a dissenso norte/norte (países desenvolvidos/países desenvolvidos) haviam conduzido, desde a Rodada de Tóquio, à formação de grupos informais e exclusivos de negociação. Esses grupos podem ser vistos como círculos concêntricos, dispostos do centro para a periferia da seguinte maneira:⁸⁹⁶ (1) EUA e Comunidade Européia; (2) EUA, Comunidade Européia e Japão; (3) EUA, Comunidade Européia, Japão e Canadá (Quad); (4) Quad “plus” (o “plus”

⁸⁹² “‘Harmonization’ is never invoked to de-escalate exclusivity – for example, as a reason to eliminate the European database right in order to harmonize with the obviously successful American model of no protection, or to shorten the length of protection for sound recordings in the United States” (ibidem, p. 454).

⁸⁹³ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 118.

⁸⁹⁴ Ibidem, p. 119-129.

⁸⁹⁵ Ibidem, p. 137-139.

⁸⁹⁶ Ibidem, p. 138.

variando conforme a questão em discussão, sendo freqüente a participação de Austrália e Suíça); (5) Friends of Intellectual Property (Quad + Austrália, Suíça, países nórdicos, e alguns países em desenvolvimento); (6) 10+10 e variantes (5+5, 3+3): 10 países desenvolvidos + 10 países em desenvolvimento; (7) Grupos de países em desenvolvimento; (8) Grupo 11 (todos os países envolvidos nas negociações do TRIPs).⁸⁹⁷

Não foi difícil para a indústria, com base nesta disposição de grupos, obter um texto que consagrasse os princípios estabelecidos na *Basic framework of GATT provisions on intellectual property: statement of views of the European, Japanese and United States Business Communities*, um documento preparado em 1988 pela IPC, para orientar as negociações da Rodada do Uruguai.⁸⁹⁸ **O processo como um todo, como dizem Drahos e Braithwaite, foi conduzido por comitês industriais, que bloquearam a participação de outras partes interessadas nas negociações, mas ao mesmo tempo mantiveram vínculos simbólicos com os excluídos, de modo a conferir um lastro de legitimidade às decisões.**⁸⁹⁹

No que concerne aos direitos autorais, o TRIPs incorpora os padrões estabelecidos na Convenção de Berna (com a conveniente exceção do artigo 6*bis*, direitos morais); torna obrigatória a proteção de *software* (tanto código-fonte como código-objeto) como obra autoral; adota uma versão do procedimento de três etapas da Convenção de Berna, no que concerne às limitações a direitos autorais; estende proteção, como obra autoral, a “compilações de dados”, dentre outras disposições.⁹⁰⁰ O fundamental, entretanto, é a

⁸⁹⁷ “The US and European Community had membership in almost all of these groups. This allowed them to soak up more information than anyone else about the overall negotiations. Whenever they needed higher levels of secrecy they could re-form into a smaller negotiating globule. The transparency of the TRIPs negotiations was in some ways like the transparency of a one-way mirror. This arrangement of groups also allowed the US and the EC the fluidity to build a consensus when and where it was required. For certain issues, such as how royalties from collective licensing were to be divided or the scope of exclusions from patentability, they negotiated privately. Even though they were not always able to secure an agreement between themselves, their disagreement did not derail the TRIPs process itself. Developing negotiators knew about these ‘bilaterals’ and that in a sense they were wasting their time in the TRIPs negotiations: ‘We lost interest’ (developing country negotiator)” (Ibidem, p. 138-139).

⁸⁹⁸ Ibidem, p. 121-127. Sobre o conteúdo do documento, dizem Drahos e Braithwaite: “Implicit in the Basic Framework was also a morality of investment in information that states would have to foster if they wished to see the benefits of a high-technology entrepreneurialism within their borders. Piracy would have to be eliminated, infringement of intellectual property would have to be criminalized, states would have to set severe limits on public interest exceptions to intellectual property protection and finally states themselves would have to agree to become the subjects of meaningful enforcement procedures if they did not comply with their obligations to spread the fundamentals of intellectual property. It was a morality that placed corporate private interests in knowledge at the very center of societally protectible interests” (Ibidem, p. 123).

⁸⁹⁹ Ibidem, p. 72.

⁹⁰⁰ Acordo TRIPs, arts. 9-21.

inserção do sistema de proteção a propriedade intelectual no âmbito do mecanismo de resolução de disputas da OMC.⁹⁰¹

Após a conclusão do TRIPs, as discussões se voltaram às possíveis reações da indústria em relação aos avanços da tecnologia digital e à popularização da Internet, e resultaram na elaboração do Lehmann Report, nos tratados da OMPI (WCT e WPPT), e na EUCD e suas implementações, já abordados no capítulo 3.

5.4.2 Reformulação contra-industrial do direito internacional de propriedade intelectual

Enquanto a indústria continua defendendo a elaboração de padrões mínimos internacionais de proteção cada vez maiores, as práticas sociais de compartilhamento de informação a partir da reprodução não-autorizada de conteúdo, que remontam à proliferação de fitas magnéticas e popularização da reprografia, amplificadas atualmente pelo ambiente da Internet e outras tecnologias da informação, também têm provocado um movimento de reformulação contra-industrial do direito internacional de propriedade intelectual, pelo menos no que concerne aos direitos autorais.

O movimento de reformulação contra-industrial é **extra-estatal**, porquanto não tem ocorrido nos fóruns oficiais de deliberação, mas sim por meio da atuação de associações, organizações não-governamentais ou grupos de indivíduos não formalmente organizados, a partir de meios outros que não o *lobby* em escala global. Também é um movimento de reformulação **comunitário**, uma vez que tem sido construído por sobre práticas reiteradas ocorridas no âmbito de comunidades, sustentadas mais pela força de normas sociais, do que pelo direito propriamente dito.

O exemplo mais nítido desta nova onda de reformulação é a proliferação de licenças alternativas de direitos autorais, como as licenças de *software* livre e as licenças Creative Commons. Em ambos os casos vê-se uma nítida tentativa de se valer do direito contratual para provocar alterações nos regimes de direito autoral, “de baixo para cima”,⁹⁰² modificando-se as percepções da sociedade civil quanto a qual seria um regime de direitos

⁹⁰¹ Acordo TRIPs, arts. 63-64.

⁹⁰² LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*, p. 75.

autorais desejável, construindo-se um *commons* não afetado por alguns dos direitos de exclusivo estabelecidos pelas legislações de direito autoral.

Por outro lado, a reformulação contra-industrial nem sempre ocorre em conformidade com o direito vigente, ou por meio do direito contratual. O caso do compartilhamento de arquivos é bastante expressivo, neste sentido. Práticas reiteradas de compartilhamento – partindo-se, aqui, ainda, do pressuposto de que são contrárias ao direito – sustentadas por normas sociais bastante fortes, podem igualmente provocar uma reformulação dos sistemas de direito autoral, uma vez que atuam diretamente sobre a percepção que os indivíduos têm sobre as normas de direito autoral, e os inserem em debates que antes eram exclusivamente de domínio dos atores industriais.

Desta maneira, o que se observa atualmente é, de um lado, o prosseguimento da campanha internacional de reformulação industrial dos sistemas de direito autoral e, de outro, (a) a criação de novos regimes de licenciamento, que funcionam como uma segunda camada sobre o atual sistema de direitos autorais, e que têm o potencial de causar mudanças legislativas concretas no futuro, conforme passem a ser utilizados por um número maior de autores e causem alterações de percepção em relação ao regime atual por parte da sociedade civil, e (b) a violação, em massa, das normas em vigor, pela ação coordenada de milhares de indivíduos em dezenas de países diferentes, que igualmente tem o potencial de conduzir a alterações legislativas concretas no futuro, conforme se dê conta de que o sistema atual de direitos autorais não tem como persistir diante do contexto da Internet e das redes de compartilhamento, sem reestruturação radical.

Da mesma forma que a indústria elaborou uma doutrina de “países piratas” nos anos 80, e defendeu a vinculação dos regimes de propriedade intelectual às normas relativas ao comércio exterior, elaborando no percurso um discurso de sustentação jurídico/econômico para a postura maximalista assumida, o movimento de reformulação contra-industrial também tem produzido discursos no sentido contrário, e o que se observa, no estado atual do conflito, é uma disputa discursiva que está longe de ser resolvida, e que envolve a fundamentação clássica dos direitos autorais vista sob perspectivas muito diferentes.

O estudo aqui proposto é um estudo de direito constitucional, e o intérprete da Constituição se vê atingido, por todos os lados, por uma variedade considerável de discursos, que precisam ser canalizados de forma ordenada e racional para a tarefa de interpretação da Constituição. É preciso que o intérprete tenha *consciência* da variedade discursiva existente, e procure contrastar esses discursos ao discurso da Constituição, para não incorrer em vícios interpretativos. O capítulo seguinte dedica-se à delimitação desses discursos.

CAPÍTULO 6. FUNDAMENTAÇÃO CLÁSSICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE DIREITOS DE AUTOR E DISCURSOS CONTEMPORÂNEOS

Esclarecidos os problemas que atualmente gravitam em torno da idéia de propriedade intelectual (capítulo 4), e exposta a trajetória histórico-conceitual da propriedade intelectual de direitos autorais desde suas origens no século XV até o período de reestruturação por qual ela passa (capítulo 5), é importante, como conclusão à segunda etapa da presente investigação, identificar e isolar os discursos que podem exercer influências sobre a tarefa de interpretação do direito.

A identificação dos discursos clássicos e contemporâneos em torno da propriedade intelectual sobre direitos de autor prepara a *transição* para o núcleo dogmático do estudo. Apenas após se identificar *como* as controvérsias observáveis em relação aos direitos autorais se manifestam discursivamente, é possível canalizar os discursos em questão ao discurso jurídico, e verificar sua integridade face a um esforço de interpretação constitucional.

O ponto de contato entre os componentes zetético e dogmático do trabalho – em outras palavras, como exatamente se vislumbra a canalização acima referida – ficará claro no próximo capítulo, que cuida das perspectivas teórico-metodológicas de ciência do direito às quais faremos referência. Antes, contudo, de se passar aos discursos clássicos e contemporâneos em torno da propriedade intelectual sobre direitos de autor, cabe esclarecer qual o quadro conceitual que orientará nossa análise.

6.1 Discursos e pré-compreensão do intérprete

O que afinal se entende, aqui, por “discurso”, e em que contexto nos referimos a “discurso”? Para responder a estas indagações, faremos uso de algumas contribuições da CDA (Critical Discourse Analysis – análise crítica do discurso), na vertente elaborada por

Fairclough,⁹⁰³ e da noção de pré-compreensão do intérprete, de inspiração heideggeriana, tal como concebida por Gadamer.⁹⁰⁴

O objetivo, ressalte-se, não é nem uma aplicação direta da análise crítica do discurso ao material analisado – o que exigiria uma pesquisa à parte –, nem ancorar até as últimas conseqüências a hermenêutica jurídica a uma hermenêutica filosófica, tal como alguns autores têm defendido nos últimos anos.⁹⁰⁵ Aproveitaremos a idéia de pré-compreensão do intérprete de forma pontual, à maneira de alguns constitucionalistas alemães,⁹⁰⁶ associada a conceitos da análise crítica do discurso, também tomados de forma pontual.

Diante da necessidade de se entender quais são os principais *argumentos* contrastantes em torno de questões relativas à propriedade intelectual sobre direitos autorais, as *formas discursivas* (estratégias de propagação) por eles assumidas, e como eles podem afetar a tarefa de interpretação do direito, a articulação de alguns conceitos de análise crítica do discurso com a idéia de pré-compreensão do intérprete parecem ser úteis para uma avaliação da pluralidade discursiva representada nas controvérsias em torno da propriedade intelectual. A incorporação inconsciente, pelo intérprete – especialmente em temas politicamente conturbados, como o estudado –, de discursos dominantes de fundamentação, muitas vezes sem a avaliação de discursos contrários que *devem* ser levados em conta, é um problema que merece consideração.

⁹⁰³ FAIRCLOUGH, Norman. *Language and power*. London: Longman, 1990; FAIRCLOUGH, Norman. *Critical discourse analysis: the critical study of language*. Harlow: Longman, 1995; FAIRCLOUGH, Norman. *Analysing discourse: textual analysis for social research*. London/New York: Routledge, 2003.

⁹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

⁹⁰⁵ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Itujui: Unijuí, 2004, p. 151-170; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 197-288.

⁹⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996, p. 215-220; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 51-52; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61-63.

6.1.1 Preconceitos e pré-compreensão (Gadamer)

Todo esforço de compreensão – o que implica interpretação mediatizada pela linguagem⁹⁰⁷ – encontra-se inserido em um processo que se desenvolve de forma circular, não linear, e que pressupõe a influência de pré-juízos e preconceitos no raciocínio do intérprete, bem como a elaboração de múltiplas projeções de sentido que podem ou não se confirmar no objeto interpretando.

“Compreensão” envolve, em outras palavras, *pré-compreensão*, e a obrigação do intérprete de levar conta os preconceitos que podem influir na elaboração de sucessivos projetos de compreensão que podem ou não obter confirmação naquilo que é interpretado. Por esse motivo, na perspectiva de Gadamer, “é só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza”.⁹⁰⁸

O processo de interpretação já começa a partir de um primeiro contato com o texto – visto aqui em um sentido amplo: escrito, não-escrito, imagético etc. –, e se desenvolve de forma circular.⁹⁰⁹ Projeções de sentido vão se formando no transcorrer da leitura, competindo entre si e conduzindo à reformulação de projetos antigos e à formulação de projetos novos. Nesse movimento, o intérprete “está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas”,⁹¹⁰ de modo que a tarefa principal no processo de compreensão é “elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’”.⁹¹¹ Dessa forma, preconceitos são *condicionantes* de todo o processo de interpretação,⁹¹² e precisam ser legitimados quanto à sua origem e validade.⁹¹³

A palavra “preconceito”, apesar de ter adquirido uma conotação pejorativa principalmente após Descartes, não deve ser tomada necessariamente no sentido negativo:

⁹⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 6ª ed., p. 497-504.

⁹⁰⁸ Ibidem, p. 360.

⁹⁰⁹ Ibidem, p. 354-368.

⁹¹⁰ Ibidem, p. 356..

⁹¹¹ Ibidem, mesma página.

⁹¹² Ibidem, p. 368.

⁹¹³ Ibidem, p. 356.

há preconceitos que podem corresponder efetivamente ao objeto interpretado, e que por este motivo são perfeitamente legítimos.⁹¹⁴ É preciso, contudo, que o intérprete tenha consciência de que está submetido à influência de opiniões prévias, e incorporá-las ao processo de interpretação de forma crítica. Se “nós compreendemos os textos transmitidos sobre a base de expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação precedente com o assunto”,⁹¹⁵ é importante também termos a consciência de que é possível que estejamos errados, e verificar em que medida nossas expectativas de sentido correspondem ao sentido que é próprio daquilo que se busca interpretar. Este é um problema que merece especial consideração no caso da interpretação do direito, considerando-se o impacto que decisões judiciais, administrativas ou legislativas podem ter nas esferas pública e privada.

Observe-se que as idéias de círculo hermenêutico e pré-compreensão do intérprete podem conduzir a um ceticismo metodológico, que questiona a existência de um método próprio da ciência jurídica,⁹¹⁶ e que pode muito bem ser uma perspectiva correta. O intérprete do direito, afinal, inserido no círculo hermenêutico, procura compreender uma série de textos qualitativamente diferentes (legislação, doutrina, jurisprudência, variadas leituras dos fatos etc.), em grau de intertextualidade acentuada, e empreende centenas de micro-decisões durante o percurso interpretativo. A atividade é não-linear, de certa forma caótica, e difícil de se acomodar à retidão de métodos pretensamente rígidos de interpretação, tais quais os da dogmática jurídica tradicional (aqui fazemos referência aos elementos de interpretação de Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático – incorporados como “métodos” pelos manuais de hermenêutica jurídica).⁹¹⁷

Por mais que o percurso seja conturbado, entretanto, uma vez que se chegue a uma interpretação conclusiva sob o ponto de vista do intérprete, este precisa, por exigências formais vinculadas à existência de um estado democrático de direito, motivar/justificar sua decisão ordenadamente, o que faz quase sempre na forma de raciocínios lógico-subsuntivos que, se de fato não são determinantes da decisão, acabam sendo reduzidos a termo. Neste contexto, é fácil perder de vista que por trás de uma imagem ordenada de interpretação,

⁹¹⁴ Ibidem, p. 360-361.

⁹¹⁵ Ibidem, p. 389.

⁹¹⁶ Ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª ed., p. 197-288.

⁹¹⁷ Ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., p. 9-19.

formalmente correta, esconde-se a atuação de preconceitos que podem muito bem não ser legítimos.

O intérprete do direito encontra-se vulnerável à influência de uma pluralidade de discursos muitas vezes conflitantes, que incidem diretamente sobre (e formam) os pré-juízos e preconceitos relativos às questões de fato e de direito envolvidas em determinados casos concretos. A influência discursiva, por atuar diretamente sobre os preconceitos do intérprete, pode conduzir o processo de interpretação das normas jurídicas pertinentes – processo que envolve, ressalte-se, não apenas textos de normas jurídicas, mas uma série de outras manifestações textuais – a um resultado específico em detrimento de outros perfeitamente possíveis, e quiçá mais legítimos.

A consciência de que é comum se verificar a existência de uma pluralidade de discursos conflitantes, em se tratando questões controvertidas como a aqui estudada, é crucial para o desenvolvimento de uma interpretação jurídica correta, não-viciada pela “*arbitrariedade das opiniões prévias*”.⁹¹⁸

6.1.2 Discursos dominantes e senso-comum (Fairclough)

Identificado o problema da ação de preconceitos durante o processo de compreensão, surge o problema de delimitá-los. Intérpretes encontram-se não apenas sujeitados a preconceitos oriundos de suas trajetórias pessoais de vida e experiências pretéritas, mas também a corpos sistematizados de preconceitos, mais sofisticados do que simples preconceitos aleatórios, porquanto instrumentalizados por padrões de linguagem e estratégias técnicas de proliferação próprios, referentes a sistemas ideológicos fechados. Estes corpos sistematizados de preconceitos podem ser concebidos na forma de *discursos*. É nesse

⁹¹⁸ “Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 6ª ed., p. 358).

sentido que nos referimos, ao longo desta dissertação, aos discursos de fundamentação da propriedade intelectual, ao discurso da indústria do conteúdo, ao discurso do movimento do *software* livre etc.

Dentre diversas abordagens possíveis de análise discursiva, parece especialmente útil ao presente trabalho a vertente concebida por Fairclough, dentro de uma perspectiva de análise *crítica* do discurso (análise do discurso politicamente motivada). Conforme a análise crítica do discurso, a linguagem é um campo em que relações assimétricas de poder são estabelecidas, fortalecidas, enfraquecidas, propagadas e alteradas.⁹¹⁹ Práticas sociais⁹²⁰ são condicionadas pelo uso da linguagem, assim como condicionam esse próprio uso e, neste contexto, discursos podem ser encarados como unidades de análise para a explicitação de relações de poder e conflitos ideológicos que permanecem ocultos no uso cotidiano da linguagem, e cuja força reside justamente no fato de que não costumam ser desvelados.

O objetivo de esforços de análise crítica da linguagem, ao revelar as relações de poder e ideologias que se embrenham no uso da linguagem, é o de provocar um estado de “consciência crítica de linguagem” (*critical language awareness*), tendo em vista a promoção de valores consistentes com os de uma sociedade democrática.⁹²¹ Por este motivo, é uma abordagem confessadamente política, que não esconde os próprios pressupostos ideológicos, ainda que tenha como objetivo – ou talvez *justamente* porque tenha como objetivo – lidar com assimetrias de poder ideologicamente condicionadas e linguisticamente verificáveis.

Como afirmado, não é nosso objetivo partir para uma análise crítica dos discursos relacionados ao tema proposto, porquanto isto exigiria uma dissertação à parte, com coleta bastante abrangente de material textual, e um escrutínio semântico e sintático integrado em um nível de detalhamento que extrapola o âmbito da presente investigação.⁹²² Isso não impede, contudo, tomar a análise crítica do discurso como um modelo que fornece uma

⁹¹⁹ Ver, em geral, FAIRCLOUGH, Norman. *Language and power*. London: Longman, 1990

⁹²⁰ Vistas como articulações entre uma série de elementos diferentes: ação/interação, relações sociais, pessoas (e suas crenças, atitudes, história etc.), o mundo material e discurso. (FAIRCLOUGH, Norman. *Analysing discourse: textual analysis for social research*, p. 25).

⁹²¹ FAIRCLOUGH, Norman. *Critical discourse analysis: the critical study of language*, p. 222.

⁹²² Ao contrário de abordagens discursivas foucaultianas tradicionais, a análise crítica do discurso confere especial atenção aos traços essencialmente lingüísticos de textos, e a influência que *estes* podem exercer sobre práticas sociais (ver FAIRCLOUGH, Norman. *Analysing discourse: textual analysis for social research*, p. 2-3). Um bom exemplo é a idéia de “nominalização” (*nominalization*), por meio da qual substantivos são utilizados na de exclusão/ocultação de agentes responsáveis por determinados processos, como é o caso da palavra “globalização” (ibidem, p. 220).

explicação convincente de *como* o uso da linguagem, principalmente organizado em torno de discursos, pode conduzir à formação de preconceitos que atuam diretamente no processo de compreensão de textos.

Discursos podem ser vistos como interações complexas entre três elementos, que se influenciam reciprocamente:⁹²³ práticas sociais, práticas discursivas em sentido estrito (produção, distribuição e consumo de textos), e textos. Vistos sob um ângulo menos analítico, são formas de representação de aspectos mundo (tanto material quanto intelectual), que oferecem perspectivas diferentes sobre as relações que as pessoas estabelecem em relação ao próprio mundo e às outras pessoas; podem conviver com e complementar outros discursos, e podem competir com outros discursos tendo em vista dominação hegemônica, modificando as formas como o mundo é percebido e vivenciado, atuando diretamente sobre uma variedade de relações sociais.⁹²⁴ Dito de outra forma, discursos provocam a formação de “convenções sociolingüísticas”, que mantêm uma relação dúplice com focos de concentração de poder: podem tanto incorporar diferenças de poder, como nascer de, ou dar origem a, específicas relações de poder.⁹²⁵

Discursos se manifestam em *ordens de discurso*, termo que Fairclough empresta de Foucault, mas utiliza de maneira diferente. Ordens de discurso, na construção de Fairclough, são combinações de gêneros, estilos e discursos específicos, que correspondem ao “aspecto discursivo” de determinadas redes de práticas sociais. **Gêneros**⁹²⁶ são quadros de atuação discursiva que podem ser concebidos de forma abstrata – narrativa, relatório etc. – ou concreta – entrevista, palestra etc. – e que podem ser combinados em cadeias e misturas. **Estilos**,⁹²⁷ por outro lado, são aspectos formais/estéticos atribuíveis a seres/entidades, que determinam as maneiras de se falar, escrever, vestir etc., e que se manifestam em uma pluralidade de traços lingüísticos, como entonação, linguagem corporal, vocabulário específico, vinculados a diferentes personalidades e papéis sociais. A interação entre esses elementos no interior de uma ordem de discurso é ao mesmo tempo uma força de conformação e um objeto de conformação de redes de práticas sociais.

⁹²³ FAIRCLOUGH, Norman. *Critical discourse analysis: the critical study of language*, p. 74.

⁹²⁴ FAIRCLOUGH, Norman. *Analysing discourse: textual analysis for social research*, p. 124

⁹²⁵ FAIRCLOUGH, Norman. *Language and power*, p. 1-2.

⁹²⁶ FAIRCLOUGH, Norman. *Analysing discourse: textual analysis for social research*, p. 65-86.

⁹²⁷ Ibidem, p. 159-163.

É fácil compreender a noção de ordem de discurso se voltarmos nossos olhos para as instituições jurídicas. Há uma rede de práticas sociais bastante complexas na interação entre advogados, clientes, juízes, promotores etc., que atuam dentro de uma ordem discursiva específica, com gêneros discursivos próprios (abstratos, como uma narrativa dos fatos direcionada a um juiz; concretos, como petições, sentenças, sustentações orais, argüição de testemunhas etc.), organizados em cadeias e misturas, envolvendo uma série de papéis sociais nitidamente identificáveis (juiz, advogado, promotor, cliente), e estilos próprios (como se vestir em fórum, como dirigir-se oralmente a um juiz, que vocabulário utilizar em uma petição etc.).

Ordens de discurso não funcionam, ressaltem-se, como entidades isoladas. O que acontece, por exemplo, numa ordem discursiva forense, pode ter reflexos no âmbito de outras ordens discursivas (tome-se uma família como exemplo). Os aspectos lingüísticos de determinados âmbitos de relações sociais podem influenciar outros, e vice-versa. Todos os elementos que compõem as ordens de discurso, ademais, podem ser ideologicamente condicionados. **Ideologia – e as relações de poder que elas procuram sustentar – imiscuem-se no uso da linguagem a partir de infiltrações no senso comum, construindo assunções/pressuposições que posteriormente não são questionadas, e tidas como ideologicamente neutras.**

A consciência de como o uso da linguagem pode ser um fator de condicionamento social, bem como tentativas deliberadas de construção de vocabulário e manipulação lingüística do senso comum, são traços bastante visíveis nos discursos relativos à idéia de propriedade intelectual, tanto para seu fortalecimento, quanto para seu enfraquecimento (ou melhor dizendo, transformação estrutural). Há um patente uso instrumental de técnicas lingüísticas para a provocação de resultados judiciais e legislativos específicos, que costuma permanecer oculto à avaliação crítica, e que não pode ser ignorado sob pena do trabalho de interpretação do direito restar viciado por falhas de compreensão. A questão que se coloca, portanto, é a seguinte: os discursos que afetam a pré-compreensão do intérprete se confirmam ou não nas normas jurídicas?

A abordagem feita a seguir concentra-se nos aspectos substanciais dos discursos, com a identificação dos principais argumentos defendidos por cada vertente discursiva, mas volta-se, em dados momentos, a considerações de ordem formal (ou melhor dizendo, do

próprio uso da linguagem). O objetivo é identificar quais são os discursos em jogo, para que, tendo-se consciência de que eles exercem influência direta na construção de preconceitos (na forma de assunções incorporadas ao senso comum), possa-se no processo de interpretação/compreensão do direito constitucional (capítulo 8) e infraconstitucional/internacional (capítulo 9), fazê-los passar por um teste de legitimação. Dito de outro modo, é importante saber como se manifestam discursivamente os debates em torno da propriedade intelectual sobre direitos autorais, para a identificação dos preconceitos a serem colocados à prova durante o processo de interpretação do direito.

Esse trabalho é importante porque é muito comum ver o discurso da indústria do conteúdo – e *exclusivamente* o discurso da indústria do conteúdo, incorporado a obras doutrinárias e, pior ainda, sentenças judiciais, sem que se observe um esforço mínimo de controle crítico por parte do intérprete, ou a avaliação de discursos opostos que podem muito bem receber confirmação no texto constitucional e infraconstitucional.

Como exemplo, podemos mencionar uma sentença de primeira instância, em ação movida pela ABDR (Associação Brasileira de Direitos Reprográficos) contra a Universidade de Fortaleza, tendo como controvérsia a cópia reprográfica de livros por centros acadêmicos instalados no interior da instituição de ensino. Citada orgulhosamente no *site* da ABDR, a sentença incorpora de forma bastante visível o discurso da indústria do conteúdo:

“Sabe-se quão danosa é a atividade de reprodução não autorizada de livros que ainda se encontram em comercialização, não somente porque atinge a própria essência da atividade de editoras e distribuidoras, como afeta os direitos autorais do idealizador intelectual da obra. Assim, todos os meios devem ser empregados para coibir esse ato de extorsão contra os direitos autorais, ainda mais se praticadas dentro de universidades, locais onde o respeito à lei e à ordem deve servir de paradigma em suas atividades”.⁹²⁸

“*Sabe-se quão danosa*” é uma assunção bastante discutível. Se não há prova empírica conclusiva ligando o compartilhamento de arquivos a uma diminuição em vendas

⁹²⁸ 11ª Vara Cível de Fortaleza, processo 2000.02.07960-7, juiz Mantovanni Colares Cavalcante. Sentença prolatada em 10 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.abdr.org.br/sent.html>>. Acesso em: 24.02.07.

de bens culturais, é muito menos possível presumir que isso aconteça em razão de uma prática que ocorre em menor escala, como a cópia de livros em universidades. A indústria certamente afirma que isso ocorre, mas quem realmente confirma a veracidade da afirmação, além da própria indústria e matérias de jornal que repetem dados fornecidos pela própria indústria?

“Afeta os direitos autorais do idealizador intelectual da obra” também é uma colocação discutível; lucro proveniente de venda de livros é muito mais atribuível a editores do que autores, o que implica, pelo juiz, uma incorporação acrítica da fundamentação jusnaturalista de direitos autorais, na forma radicalizada defendida pelo discurso da indústria, que assume a inevitabilidade de uma falência criativa mundial diante da inexistência de direitos autorais, como se antes da criação de sistemas de direitos autorais não houvesse incentivos para criação intelectual. Também toma a atribuição de direitos ao idealizador da obra como um fim em si mesmo, desprovido de qualquer função social, o que contraria diretamente um dos principais argumentos que sustentam a necessidade de um regime de direitos autorais (o argumento utilitarista – ver *infra*, item 6.2.1).

Continuando a análise, dizer que *“todos os meios devem ser empregados para coibir esse ato de extorsão contra os direitos autorais”*, também é uma nítida assunção irrefletida do discurso jusnaturalista de direitos autorais, que tem na idéia de “propriedade” um **limite absoluto** para qualquer interesse de ordem pública ou privada que se contraponha aos direitos autorais. O uso do termo “extorsão” é bastante revelador, neste sentido, ainda mais quando estamos a nos referir a uma instituição de ensino, o que é tomado pelo magistrado como um agravante à situação (universidades são *“locais onde o respeito à lei e à ordem deve servir de paradigma em suas atividades”*), mas é um fato que deveria ser interpretado pelo que efetivamente representa: uma tensão entre um interesse público/privado (educação) e um interesse estritamente privado (direitos exclusivos atribuíveis a autores e editoras). Contrapondo os valores em jogo, educação e “propriedade”, o juiz defende a superioridade do segundo em relação ao primeiro, repetindo o discurso da indústria do conteúdo: maximização de lucros por atores privados é um objetivo que não poderia encontrar qualquer limitação. Basta, todavia, um breve passeio pelos arts. 5º e 6º da CF/88 – independentemente do afirmado pela Lei de Direitos Autorais e, especialmente, pela

equivocada interpretação doutrinária de que o art. 46 deste diploma legal encerraria um rol *numerus clausus* –, que a tensão de interesses emerge, e dela a necessidade de se levar em conta discursos conflitantes.

O que complica uma análise adequada do caso concreto em questão é, justamente, o fato de muitas das assunções que se pode perceber no texto da sentença terem sido incorporadas de tal forma ao senso comum, que discursos conflitantes, porém relevantes diante do texto da Constituição e do próprio fato de que o Brasil é um estado democrático (e social) de direito, são **inteiramente** ignorados, com a decisão sendo posta como se fosse ideologicamente neutra e, para intensificar o acinte, justa. Trazer os preconceitos dos bastidores para o palco, desta forma, é algo que não pode ser evitado se o objetivo for uma interpretação correta do direito.

Esperamos, a partir da identificação dos pontos principais dos discursos de fundamentação clássica dos direitos autorais, e das maneiras como eles são lidos e incorporados pelos discursos contemporâneos em torno do tema, não incorrer em vícios de interpretação como os que afetam a sentença acima citada. Começamos, assim, delineando a essência dos discursos clássicos – tradicionais – de fundamentação dos direitos autorais, para então passar aos discursos contemporâneos, construídos por sobre os discursos clássicos.

6.2 Discursos clássicos de fundamentação

Os discursos clássicos de fundamentação dos regimes de direito de autor/*copyright* dividem-se em dois grupos, um de inspiração utilitarista, outro de inspiração jusnaturalista.⁹²⁹ Costuma-se atribuir à tradição do *copyright* fundamentações utilitaristas, e à tradição do *droit d'auteur* fundamentações jusnaturalistas, mas isso é longe de ser correto. Ambas as tradições partem, em seus discursos de fundamentação, de idéias utilitaristas e

⁹²⁹ MENELL, Peter S. Intellectual property: general theories. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics*, v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000; GORDON, Wendy J.; BONE, Robert G. Copyright. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics*, v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

jusnaturalistas.⁹³⁰ É notável, evidentemente, na doutrina autoralista da Europa continental e dos países latino-americanos, uma ênfase na fundamentação jusnaturalista, mesmo quando os autores em questão partem de uma abordagem juspositivista no plano teórico. Isso não evita, contudo, que os argumentos utilitaristas sejam ainda assim freqüentemente utilizados no discurso doutrinário.

Ambas as vertentes clássicas de discursos de fundamentação são incorporadas aos discursos contemporâneos em torno da propriedade intelectual sobre direitos autorais, mas assumem contornos diferenciados conforme os pontos de vista e os emissores dos discursos mudem. Também é possível perceber, no uso conjunto dos discursos clássicos de fundamentação, processos de legitimação recíproca: o discurso utilitarista reforça a legitimidade do discurso jusnaturalista, que a seu turno reforça a legitimidade do discurso utilitarista. Contradições entre ambos são deixadas em segundo plano, com força retórica imediata obstaculizando avaliações críticas de coerência.

6.2.1 Fundamentação utilitarista

Desde 1710, com a aprovação do Statute of Anne na Inglaterra, fundamenta-se sistemas de direitos autorais a partir de raciocínios utilitaristas; desde antes, portanto, da formação de um corpo filosófico-doutrinário que se autodenominasse “utilitarista”, algo que apenas ocorreria depois de Bentham, nas últimas décadas do século XVIII.⁹³¹

A fundamentação utilitarista toma a legislação de direitos autorais como um *instrumento* que concede direitos a uma minoria (autores/editores), por tempo limitado, de

⁹³⁰ GINSBURG, Jane C. A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

⁹³¹ A formulação do princípio da utilidade, nas palavras do próprio Bentham, pode ser útil para compreensão da fundamentação utilitarista dos direitos autorais: "By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness. I say of every action whatsoever; and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government". Continua: "By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness, (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, then the happiness of the community; if a particular individual, then the happiness of that individual" (BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London: Oxford Clarendon Press, 1907, p. 2).

modo a garantir benefícios para a maioria (público), a serem colhidos em longo prazo. A concessão de benefícios para a minoria é tida como condição sem a qual os benefícios para a maioria não poderiam ser colhidos.

Assim é que o Statute of Anne ostentava o título “*An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of printed Books in the Authors, or Purchasers, of such Copies, during the Times therein mentioned*”.⁹³² O benefício (para a maioria) explicitamente mencionado no Statute of Anne é “*the Encouragement of Learning*”, mas a lei também procurava, implicitamente, dissolver o monopólio da Stationers’ Company sobre o comércio do livro,⁹³³ o que revela outro benefício a ser considerado na fundamentação utilitarista: a preservação de um campo de atuação concorrencial adequado para o mercado cultural.⁹³⁴

Tal como se desenvolveu e chegou até nós, a base utilitarista clássica de fundamentação dos direitos autorais pode ser vista sob três pontos de vista: (1) do autor; (2) do editor/distribuidor; (3) do público.

Sob o ponto de vista do autor (1), a concessão de direitos exclusivos serviria como recompensa e incentivo para a própria atividade de criação, partindo-se do pressuposto de que autores apenas criarão caso tenham certeza de que obterão contraprestação pecuniária a partir da venda de suas obras no mercado cultural.

Sob o ponto de vista do editor/distribuidor (2), a recompensa serviria como salvaguarda para a recuperação dos custos de investimento na produção/distribuição da obra, solucionando-se assim o problema do carona (*free rider*).

Sob o ponto de vista do público (3), os direitos autorais garantiriam um influxo constante de obras literárias/artísticas em razão dos incentivos concedidos a autores, o **acesso** a essas obras em razão dos benefícios concedidos a editores/distribuidores,⁹³⁵ além da perspectiva de que em um futuro próximo – hoje em dia cada vez mais distante em razão de

⁹³² PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*, p. 142.

⁹³³ Ibidem, p. 143-150.

⁹³⁴ A *intellectual property clause* da Constituição dos EUA também estabelece uma nítida fórmula utilitarista, com poderes sendo concedidos ao Congresso “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Time to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries” (artigo I, seção 8, cláusula 8).

⁹³⁵ A principal razão de ser do direito de autor, segundo Patterson. Ver: PATTERSON, L. Ray. Free speech, copyright, and fair use. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004, p. 306.

sucessivas extensões do termo de proteção – as obras cairiam em domínio público. As idéias essenciais por trás da fundamentação utilitarista são, portanto, a promoção de atividade literária/artística, e a difusão das obras criadas, a partir da concessão de direitos de exclusivo a autores (e por extensão, editores), limitados temporalmente para que não se promova situações indesejáveis no plano concorrencial.⁹³⁶

Importante ressaltar que, apesar de bastante enraizada tanto na tradição do *copyright* quanto na tradição do *droit d'auteur*, **a fundamentação utilitarista não tem comprovação empírica**, por uma série de razões.⁹³⁷ Não se tem uma resposta conclusiva, até o momento, se os direitos concedidos pelas legislações de direitos autorais cumprem ou não as funções que lhes são atribuídas.⁹³⁸ Dependendo da estratégia de produção de informação envolvida – (1) a (3) no quadro 1, capítulo 4, *supra* –, talvez o raciocínio tenha procedência. Mesmo nessas hipóteses, contudo, não há como mensurar sua importância de forma definitiva, e em relação a outras estratégias pode-se inclusive criar incentivos *negativos* para produção de informação.

A perspectiva das partes cujos direitos são limitados pelos direitos concedidos a autores e editores, além disso, não costuma ser adequadamente considerada pelo discurso utilitarista,⁹³⁹ que todavia tem uma força retórica indiscutível, principalmente quando associado à fundamentação jusnaturalista.

⁹³⁶ MENELL, Peter S. Intellectual property: general theories. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics*, v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 148.

⁹³⁷ Dentre as quais a diversidade da atividade inventiva, a diversidade de ambientes de pesquisa, complexidades relacionadas à difusão de tecnologia, problemas de medida, a natureza mutável de algumas instituições etc., de modo que as vantagens de um regime de propriedade intelectual, em geral, são difíceis de se avaliar (MENELL, Peter S. Intellectual property: general theories. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics*, v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 163).

⁹³⁸ GORDON, Wendy J. Intellectual property. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (eds.). *The Oxford handbook of legal studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 643. Ver, ainda: GORDON, Wendy J.; BONE, Robert G. Copyright. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics*, v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 189.

⁹³⁹ “The perspective of the person constrained is particularly important when we are dealing, as we are in the case of intellectual property, with a practice that claims justification on utilitarian grounds. We say glibly that we are conferring rights as a means to the greater public good, and that sounds fine and socially respectable. Intellectual property rights are rewards or incentives, and they serve the excellent purpose of encouraging authors. But the rewards here are not just medals or Nobel prizes; the incentives we dole out amount literally to restrictions on others’ freedom that may be exploited for authors’ benefits. It sounds a lot less pleasant if, instead of saying we are rewarding authors, we turn the matter around and say we are imposing duties, restricting freedom, and inflicting burdens on certain individuals for the sake of the greater social good. In

6.2.2 Fundamentação jusnaturalista

A fundamentação jusnaturalista da propriedade intelectual de direitos autorais remonta aos debates em torno da questão da propriedade literária no século XVIII, e justifica a proteção concedida por via legislativa não a partir de um cálculo utilitarista, mas por uma simples afirmação de direitos naturais: é justo que os autores tenham a proteção garantida pela lei, por uma questão de merecimento. Ignora-se, via de regra, os evidentes problemas de interesse público que sistemas de direito autoral suscitam, e transfere-se à importância da figura do autor toda a fundamentação do regime.

Em síntese, a idéia transmitida é a de que ao autor é cabível proteção, e quanto maior possível, melhor. A própria linguagem das legislações de direito autoral, com o uso de palavras como “originalidade” e “proteção”, revela uma nítida influência jusnaturalista, com o autor sendo equiparado a uma entidade quase sobrenatural, que produz obras originais de valor inestimável, e é oprimido pela ação do público e do mercado, motivo pelo qual deve ser protegido pelo direito. É um discurso que assume uma forte oposição nós/eles, com eles, os autores, devendo ser protegidos de nós, o público, e que ignora o fato de que autores somos **todos** nós; alguns melhores, outros piores, mas é uma função que todos exercem cotidianamente, e não é apenas atribuível a uma frágil entidade semi-divina, igualada ao autor profissional, que escreve para o mercado.

São duas as vertentes básicas da justificativa jusnaturalista aos direitos autorais. A primeira é centrada na idéia de (a) **propriedade-trabalho**, e a segunda na de (b) **propriedade-personalidade**.

A **teoria da propriedade-trabalho** (a), na concepção mais utilizada na fundamentação de sistemas de direitos autorais, é a proposta por Locke no *Segundo tratado sobre o governo civil*, mas em uma versão bastante simplificada e inteiramente removida do contexto do *Tratado*.

moral philosophy, where suspicion of utilitarian arguments is rampant, that rings alarm bells. To say that rights are a means to an end is one thing; but the correlative proposition that some should be forced to bear sacrifices for the greater social good smacks dangerously of throwing Christians to the lions for the delectation of Roman society [...]" (WALDRON, Jeremy. From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004, p. 337).

O trecho citado de Locke é, quase que invariavelmente, o parágrafo 27 do *Segundo tratado*.⁹⁴⁰ O raciocínio é o seguinte: Deus fez a natureza para os homens, que dele a receberam em comum, de modo que não há propriedade, de nenhum homem em relação aos demais, sobre os bens naturais. Mas isto apenas em princípio: o homem tem propriedade sobre sua própria pessoa e sobre seu trabalho; conforme remova uma coisa de seu estado natural, **agregando** a ela o trabalho que é de sua propriedade, também passa a ter propriedade sobre a coisa, desde que deixe recursos naturais o bastante para o aproveitamento dos demais. Assim sendo, “*as much Land as a Man Tills, Plants, Improves, Cultivates, and can use the Product of, so much is his Property. He by his Labour does, as it were, enclose it from the Common*”.⁹⁴¹

Parece simples e razoável, mas há muito mais na teoria de Locke do que o trecho revela. O raciocínio dá suas voltas, vai além do parágrafo 27, e acrescenta outros fatores – como o surgimento do dinheiro e a questão da distribuição de recursos pós-contrato social – que tornam sua interpretação pouco simples.⁹⁴² Além disso, é uma teoria que foi concebida tendo em vista a propriedade sobre *bens materiais* – os exemplos dados por Locke são nítidos quanto a isso –, e cuja adaptação à idéia de propriedade imaterial não é fácil de ser realizada, caso o objetivo seja ir além do parágrafo 27 do *Segundo tratado*.⁹⁴³ Sua popularidade como matriz de fundamentação da propriedade intelectual, em sentido

⁹⁴⁰ “Though the Earth and all inferior Creatures be common to all Men, yet every man has a *Property* in his own *Person*. This no Body has any Right but himself. The *Labour* of his Body and the *Work* of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided and left it in, he hath mixed his *Labour* with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his *Property*. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this *labour* something annexed to it, that excludes the common right of other Men. For this *Labour* being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others” (LOCKE, John. *Two treatises of government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 287-288, grifos no original). Ressalte-se que em outras edições da obra – que não a citada, editada por Peter Laslett –, o parágrafo em questão pode ser o 26º.

⁹⁴¹ Ibidem, p. 290-291, grifos no original.

⁹⁴² Ver, por exemplo, as dificuldades apontadas por Macpherson, ele mesmo autor de uma interpretação bastante influente – e criticada – da teoria de Locke: MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo*: de Hobbes até Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 205-273.

⁹⁴³ Para uma tentativa interessante, extraindo da teoria de Locke fundamentos para a doutrina do *fair use*, ver: DAMSTEDT, Benjamin G. Limiting Locke: a natural law justification for the fair use doctrine. *The Yale law journal*, v. 112, n. 5, p. 1179-1221.

amplo, ocorre principalmente em razão da patente influência exercida pela obra de Locke sobre os redatores da Constituição dos EUA.⁹⁴⁴

O fato de que Locke, grande defensor do domínio público que era, talvez estranhasse o uso de sua teoria para a justificação de uma propriedade autoral,⁹⁴⁵ não impediu que ela fosse amplamente adotada e até incorporada às legislações de direitos autorais: não é a toa que se usa termo “obra” (“*work*”) para identificar os bens protegidos. A palavra reflete exatamente a idéia de que ao autor é devido um direito de propriedade sobre suas criações, em razão do trabalho/obra realizado.

A teoria, tal como adotada, considera justa a colocação de cercas imateriais sobre bens intelectuais, uma vez que estes foram destacados do *Common* pelo trabalho do autor. Essa idéia efetivamente ganharia instrumentalização de direito, como apontado no capítulo anterior (*supra*, item 5.1.3 e seguintes), após a criação da doutrina da idéia/expressão: cercas jurídicas são colocadas na *forma* utilizada pelo autor na construção de sua obra, o que teoricamente deixaria “*enough, and as good left in common for others*”.⁹⁴⁶

A **teoria da propriedade-personalidade (b)**, a seu turno, é uma invenção alemã que pode ser atribuída a Kant e Hegel, e toma a propriedade imaterial representada pelos direitos autorais como derivada da própria personalidade do autor.⁹⁴⁷ A obra é considerada uma *emanação* da personalidade do autor, e conceptualizada em termos de uma dicotomia criador/criatura ou, ainda pai/filho, o que imprime ao discurso um apelo emocional bastante forte. Que seja difícil, entretanto, conceber um filho ou uma criatura como

⁹⁴⁴ Ver McDONALD, Forrest. *Novus ordo seclorum: the intellectual origins of the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1985, p. 57-66. Conforme McDonald, a teoria “accorded with the goals of the Patriots of 1776; it did not accord with the desires of the society of acquisitive individualists that emerged afterward. Perhaps that helps to explain why, after the only edition published in America during the colonial period (1773), there was no new American printing of the *Two Treatises* for 164 years” (Ibidem, p. 66).

⁹⁴⁵ “One of the earliest writers to agitate against the booksellers’ perpetual monopolies was John Locke. In 1693, the Licensing Act, the instrument through which the Stationers’ Company was empowered to regulate the trade, faced renewal. Concerned particularly with the guild’s monopolies in Latin writers, Locke wrote to his friend, Edward Clarke, a Member of Parliament, urging him to speak in Parliament for the interests of the educated public at large [...]. One year later, when the Licensing Act was again being considered, Locke drafted a formal *Memorandum* for Clarke in which he repeated his objection to the guild’s monopolies in the Latin classics, and argued that copyrights in contemporary authors should also be limited in term”. (ROSE, Mark. *Nine-tenths of the law: the English copyright debates and the rhetoric of the public domain*. *Law and contemporary problems*, v. 66, n. 1-2. p. 75-87).

⁹⁴⁶ LOCKE, John. *Two treatises of government*, p. 288.

⁹⁴⁷ MENELL, Peter S. Intellectual property: general theories. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics*, v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 157-158.

propriedade, é uma questão de inconsistência interna da teoria que todavia não dificultou sua plena adoção, principalmente pela doutrina autoralista.

Foi preciso, entretanto, uma série de manobras teóricas para ocultação desta inconsistência: a incorporação da teoria da propriedade-personalidade à doutrina jurídica e, então, às legislações da tradição do *droit d'auteur*, deveu-se inicialmente ao trabalho de Gierke,⁹⁴⁸ diretamente influenciado por Kant, voltado à construção de um sistema de direitos de personalidade. A idéia de propriedade sobre emanções da personalidade autoral, neste contexto, é absorvida por um sistema de direitos inalienáveis, que convive lado a lado com direitos alienáveis. Vende-se um produto, mas mantém-se um elemento “pessoal” no “patrimônio moral” do autor, inalienável.

Há um enlace, assim, na tradição do *droit d'auteur*, entre os regimes de direito autoral – no que concerne aos direitos morais –, aos direitos da personalidade, o que pode causar uma série de complicações. É difícil acomodar a inalienabilidade dos direitos da personalidade com a idéia de propriedade intelectual, o que acabou por ensejar a criação do sistema esquizofrênico que herdamos. De um lado, há um núcleo de direitos morais inalienáveis, porquanto vinculados aos direitos de personalidade. De outro, um núcleo de direitos patrimoniais, alienáveis, *mas não totalmente desvinculados dos direitos morais*.⁹⁴⁹

Pelos motivos históricos relatados no capítulo anterior, **os direitos autorais sempre foram direitos empresariais em essência, e seu núcleo fundamental – retórica autoralista à parte – sempre foi o dos direitos patrimoniais**. Por mais importantes que alguns direitos morais sejam – como, por exemplo, o direito de paternidade –, eles acabam sempre ficando em segundo plano em relação aos direitos patrimoniais. Em um sistema de produção industrial de conteúdo, os detentores dos meios de produção e distribuição de informação

⁹⁴⁸ GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 9.

⁹⁴⁹ Na Lei de Direitos Autorais brasileira, um bom exemplo é o direito sobre a criação de obras derivadas. O art. 24, dispõe em seu inciso IV que é direito moral do autor “o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra”. O inciso V do mesmo artigo, a seu turno, dispõe que é direito moral do autor “o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada”. Tanto um como outro incidem no caso de traduções e outras obras derivadas: podem muito bem ser ofensivos à reputação do autor uma tradução ou arranjo musical malfeitos. Ocorre que o art. 29, inserido no capítulo III da Lei (“Dos direitos patrimoniais do autor e de sua duração”), preceitua em seu inciso IV, como direito patrimonial, “a tradução para qualquer idioma”. O inciso III do mesmo artigo, a seu turno, dispõe como direito patrimonial: “a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações”. Traduções e outras obras derivadas, desta maneira, ficam em uma zona de penumbra moral/patrimonial, com o elemento patrimonial saindo-se vencedor no caso de uma cessão de direitos que transfira ao editor a totalidade dos direitos patrimoniais.

têm enorme controle sobre a atividade autoral, e **exercem este controle por via contratual**. Trata-se de uma questão de poder *de fato*, instrumentalizado contratualmente, suplantando, em última análise, todo um núcleo de direitos consagrado por lei.

Na medida em que os direitos morais sejam convenientes para a atividade empresarial, eles são respeitados, da mesma forma como os *stationers* obedeciam alguns interesses equivalentes aos protegidos pelos direitos morais nas legislações dos dias de hoje, quando representavam retornos comerciais desejáveis. Quando provocam obstáculos, entretanto, os direitos morais não são respeitados: por mais *formalmente* indisponíveis que eles sejam, autores acabam deles dispondo *contratualmente*. Que a disposição não é conforme ao direito não importa diante das estruturas do mercado e da atividade do autor profissional. A parte mais poderosa vence, e apenas em raros casos ela é o autor.⁹⁵⁰

De utilidade discutível para o autor, tanto a justificativa da propriedade-trabalho quanto a da propriedade-personalidade são bastante úteis para *editores*: argumentar com base nas habilidades quase sobrenaturais de criação do autor, e de seu justo merecimento a uma propriedade (transacionável) sobre suas obras é um excelente instrumento para a ocultação de discursos pró-indústria como se pró-autor fossem, inclusive no fórum internacional.⁹⁵¹ Lauda-se o autor, tendo-se em vista os interesses do editor/distribuidor, como sempre se fez desde a virada estratégica dos *stationers* após a derrubada do Licensing Act.

O termo “direito moral” tem, ademais, como diz Gordon, ares de “*unquestionable justifiability*”, algo perigoso quando a doutrina pode interferir com os direitos de liberdade de expressão de “iconoclastas, dissidentes e humoristas”.⁹⁵² A aposição do termo “moral” a “direito” acaba por *imunizar* a fundamentação jusnaturalista contra discursos que possam

⁹⁵⁰ Compare-se, por exemplo, o poder de barganha de Madonna, com o de um artist recém-contratado. Ou o de João Soares, com o de um autor iniciante.

⁹⁵¹ “The dominance of natural-rights view leads to immediate suffering and to the appropriation of local knowledge for international gain. The loss of a legal balance in the global arena risks giving monopolistic power to exporter nations. Equally important, it puts at risk the liberal political balance between individual gain and the public good that was the foundational aim of the intellectual property laws within Western democratic polities themselves. The cultural and scientific health of Western democracies in the future will depend on a public renewal of the animating mission of the Enlightenment concept of intellectual property: to dismantle commercial monopolies on the circulation of thought and to spread knowledge freely among our citizenry” (HESSE, Carla. The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance. *Daedalus*, Spring 2002, p. 45).

⁹⁵² GORDON, Wendy J. Intellectual property. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (eds.). *The Oxford handbook of legal studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 637.

levantar problemas relativos a interesses públicos e individuais que conflitem com os do autor. Em outras palavras: inviabilizam debate.⁹⁵³ Acoplado ao discurso utilitarista, o discurso jusnaturalista atenua o viés publicista daquele, e contribui para uma conformação maximalista dos sistemas de direito autoral.

6.3 Discursos contemporâneos

Os discursos contemporâneos em torno da propriedade intelectual de direitos autorais utilizam os discursos clássicos **de forma seletiva e composta**, implicando leituras e interpretações divergentes dos argumentos tradicionais. A análise feita a seguir agrupa os discursos contemporâneos em quatro grupos: (a) o discurso da indústria do conteúdo; (b) o discurso da literatura acadêmica e doutrinária; (c) o discurso dos autores; e (d) o discurso do movimento *software livre*.

Não se abriu espaço para o discurso dos compartilhadores de arquivos, porque não há um corpo discursivo homogêneo que vá além das normas sociais expostas no capítulo 2. Discursos assumidos por compartilhadores de arquivos individualmente considerados, além disso, não raramente tendem a incorporar elementos de todos os grupos de discursos aqui indicados. Há, evidentemente, focos discursivos mais homogêneos, como os dos Partidos Piratas e de grupos como a Association des Audionautes, mas mesmo nestes casos o que mais se observa é a incorporação de elementos do discurso de uma das alas da literatura acadêmica norte-americana.

6.3.1 O discurso da indústria do conteúdo

O discurso da indústria do conteúdo corresponde a uma associação maximalista dos discursos clássicos de matriz utilitarista e jusnaturalista, com a porção jusnaturalista sendo instrumentalmente utilizada para a ocultação do componente público que o discurso utilitarista necessariamente envolve. Além disso, há uma nova construção utilitarista na forma de discursos de justificação *ex post* criação (a forma clássica é *ex ante*), que de certa

⁹⁵³ VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2003, p. 11-12.

forma contrariam os argumentos utilitaristas tradicionais, mas são utilizados em conjunto eles. A vertente jusnaturalista, a seu turno, enfatiza a idéia de propriedade, usualmente em termos ilimitados, atenuados por concessões simbólicas a ideais de compartilhamento cultural que são vinculados à necessidade de uma prévia defesa maximalista da propriedade intelectual.

Abaixo, analisaremos a releitura pela indústria dos discursos jusnaturalista e utilitarista, mas também indicaremos outros traços distintivos do discurso industrial: criação de vocabulário específico, deslegitimação de estratégias alternativas de produção de informação e produção normativa extra-estatal.

6.3.1.1 Propriedade enquanto valor absoluto

O componente jusnaturalista assume, no discurso da indústria, a forma retórica de um forte discurso de defesa à propriedade, seja em razão de proteção à atividade criadora do autor, seja em razão da assunção de que a propriedade deveria ser protegida enquanto e porquanto propriedade, **como se propriedade imaterial fosse equivalente a propriedade material**.

A defesa inflexível de interesses privados, encerrados na idéia de propriedade – independentemente dos problemas conceituais apontados no capítulo 4 –, deixam em segundo plano a existência de interesses públicos (ou de interesses privados que não os do autor/editor), afetados pelos regimes de direitos autorais. Este fenômeno pode ser constatado com bastante nitidez, em manifestação discursiva, no acordo TRIPs. O preâmbulo do acordo afirma, em primeiro lugar, que os estados-partes reconhecem que “intellectual property rights are private rights”; apenas depois que há “underlying public policy objectives of national systems for the protection of intellectual property, including developmental and technological objectives”. A ordem de apresentação indica uma ordem hierárquica na visão dos redatores do acordo: direitos privados são mais importantes do que interesses públicos, e a defesa desses interesses é necessária porque eles são “propriedade”.

Conforme Vaidhyanathan, referências à idéia de “propriedade”, no contexto do discurso industrial, contribuem para a formação de uma “*property talk*”, um sistema retórico fechado, cujo objetivo é **bloquear discursos opostos** (não se defende o esbulho de

propriedade alheia), e que parte do pressuposto de que a forma mais eficiente de distribuição de recursos (que no caso sequer são escassos) se dá apenas em um regime de controle privado, de exclusão.⁹⁵⁴ Desta maneira, um apelo à idéia de “propriedade” retira qualquer discussão referente a políticas públicas relativas à produção, distribuição e consumo de informação, do domínio do interesse público, e as insere exclusivamente no domínio de interesses privados.⁹⁵⁵

Como consequência, assume-se a “propriedade” como um valor absoluto, imune a argumentos que coloquem em destaque a existência de uma série de interesses, direitos e valores violentamente afetados pelos regimes de direitos autorais, como educação, liberdade de expressão e acesso à cultura, intimamente vinculados à própria existência de uma democracia saudável. A defesa dos interesses de autores e editores é vista como um fim em si mesmo, porque a defesa da propriedade, por mais limitada que ela costume ser, geralmente assume esses contornos. Caso não assumisse, não teria surgido a idéia de se falar em “função social da propriedade”; fala-se em função social da propriedade justamente porque a tendência, em se tratando de propriedade, é a sua defesa como valor absoluto: **em outras palavras, fala-se em função social para a correção de uma distorção.**

A indústria, tendo como base a fundamentação jusnaturalista clássica, aproveita respostas emocionais e raciocínios vinculados à propriedade sobre **bens materiais**, e os estendem a bens imateriais. Mesmo que a transposição, na maior parte das vezes, não resista aos esforços de análise mais débeis, acaba exercendo considerável influência sobre o senso comum. Tão grande é a força da *property talk*.

É cada vez mais comum, por exemplo, a afirmação de que a conduta de violação de direitos autorais (*copyright infringement*, nos sistemas de *copyright*) seria a mesma coisa que “furto” ou “roubo”. Seguindo essa lógica, há uma peça de propaganda que a MPAA força compradores legítimos de DVDs a assistir,⁹⁵⁶ que diz: “*Você roubaria um carro? Você roubaria uma bolsa? Você roubaria um filme? Pirataria é crime!*”⁹⁵⁷ Não se trata de um exemplo isolado: as equiparações entre essas condutas são recorrentes.⁹⁵⁸

⁹⁵⁴ Ibidem, p. 22-23.

⁹⁵⁵ Ibidem, p. xiii.

⁹⁵⁶ As versões não-autorizadas cortam a propaganda.

⁹⁵⁷ Ver, por exemplo, o DVD comercializado no Brasil pela Warner do filme *Batman Begins* (2005), dirigido por Christopher Nolan. A mesma propaganda é colocada no início de diversos DVDs, e em exhibições de

É evidente, contudo, que as condutas são inteiramente diferentes, algo que o próprio sistema jurídico confirma. “Furto” e “roubo” são figuras típicas autônomas, que não se confundem com a figura típica da “violação de direitos autorais”.⁹⁵⁹ Condutas diferentes, crimes diferentes. O apelo à moral dos destinatários do discurso, entretanto, é uma estratégia de força retórica considerável: o usuário médio que baixa um filme da Internet de fato não furtaria um DVD de uma loja. **Furtar um DVD é, sem dúvida alguma, uma ofensa à propriedade. Fazer o *download* de um filme não é: trata-se, potencialmente, de uma violação de direitos autorais.**

Percebe-se, assim, a força da *property talk*: não se argumenta em favor de um furto (o usuário de sistemas de compartilhamento não se encontra na posição de um Jean Valjean), e o discurso **bloqueia** com sucesso argumentos em prol do compartilhamento de arquivos, ou argumentos que encarem o compartilhamento de arquivos por um viés diferenciado, que o insira no contexto de crise da propriedade intelectual.

Cabe, aqui, lembrar as palavras do juiz Noonan, durante a arguição oral perante a 9th Circuit Court of Appeals, no caso MGM v. Grokster, quando o advogado da MGM tentou defender o falacioso argumento de que violação de direitos autorais seria equivalente a um furto:

“Let me say what your problem is. You can use these harsh terms, but you are dealing with something new. And the question is, Does the statutory monopoly that Congress has given you reach out to that something new? And that's a very debatable question. **You don't solve it by calling it theft. You have to show why this court should extend a statutory monopoly to cover the new thing. That's your problem**”.⁹⁶⁰

filmes em cinemas. No caso dos DVDs, não é possível ao espectador pular a propaganda: sempre é forçado a assisti-la.

⁹⁵⁸ Diz a MPAA em seu *site* oficial: "Piracy is theft, and pirates are thieves, plain and simple. Downloading a movie off of the Internet is the same as taking a DVD off a store shelf without paying for it. In 2005, MPAA studios lost \$2.3 billion worldwide to Internet piracy alone. Posting movies on a Peer-to-Peer (P2P) service or an unauthorized website is akin to giving illegal copies to millions of people." <http://www.mpaa.org/piracy_internet.asp>. Acesso em: 22.05.06

⁹⁵⁹ Art. 184 do Código Penal.

⁹⁶⁰ Disponível em: <<http://www.groklaw.net/article.php?story=20040823002045984>>. Acesso em: 02.03.07, grifamos. Compare-se o nível argumentativo do juiz norte-americano com o do juiz brasileiro citado anteriormente no caso de reprodução de cópias não-autorizadas na Universidade de Fortaleza, no final do item 6.1.2.

Propaganda recorrente por parte da indústria, contudo, acaba sendo incorporada pelos veículos de comunicação de massa, e a equiparação resta como uma manifestação discursiva com o potencial de causar distúrbios ao intérprete do direito, principalmente em se tratando do intérprete formado na tradição da doutrina autoralista, que enfatiza o discurso de fundamentação jusnaturalista.

6.3.1.2 Recurso a vocabulário auxiliar

O discurso jusnaturalista, tal como visto pela indústria, costuma ser acompanhado da criação de vocabulário auxiliar, especificamente concebido para a ocultação de controvérsias jurídicas e a estigmatização de parcela da população que diverge dos fundamentos ideológicos do sistema atual de proteção à propriedade intelectual. Como apontado no capítulo 3, expressões como “*songlifting*” e “*copyright theft*”⁹⁶¹ (ao invés de “*copyright infringement*”) têm reforçado a equiparação entre violação de direitos autorais e “furto”/“roubo”, e são exemplos claros de discurso ideologicamente conformado, com pretensões de se embrenhar no senso comum. Tem sido comum também a vinculação da conduta de violação de direitos autorais não apenas a furto e roubo, mas ao tráfico de drogas. Assim é que se fala em “*movie trafficking*”, e se equipara os participantes de sistemas de compartilhamentos a “*dealers*”⁹⁶² (“*dealer*” evoca, no caso, não a imagem de “*car dealer*”, mas de “*drug dealer*”).

Nenhum termo, contudo, é mais abusado do que “pirataria”. De uso tradicional por parte da indústria e população em geral, trata-se de um bom exemplo do fenômeno identificado por Fairclough como “nominalização”.⁹⁶³ “Pirataria” é um termo com apelo emocional bastante forte, e que convenientemente oculta os atores responsáveis pelas ações

⁹⁶¹ MPAA: “Today the association continues to advocate for strong protection of the creative works produced and distributed by the industry, fights copyright theft around the world, and provides leadership in meeting new and emerging industry challenges”. Disponível em: <<http://www.mpaa.org/AboutUs.asp>>. Acesso em: 24.02.07.

⁹⁶² MPAA: “**When you download a file from the P2P services, you're not just receiving stolen goods. You're now a dealer, responsible for all the violations that others are enabled to commit as a result.**” Disponível em: <http://www.mpaa.org/piracy_internet.asp>. Acesso em: 22.05.06. Em negrito no original.

⁹⁶³ FAIRCLOUGH, Norman. *Analysing discourse: textual analysis for social research*, p. 220.

a que faz referência. Quem são, afinal, os piratas? A nominalização abre a possibilidade de que se faça atribuição da conduta aos mais diversos indivíduos, responsáveis por violações de direitos autorais que não obstante ocorrem em modalidades consideravelmente diferentes, com objetivos igualmente variados. A conduta do indivíduo que reproduz um livro sem autorização para vendê-lo é, evidentemente, diferente da ação do indivíduo que reproduz um livro (ou o trecho de um livro) para estudá-lo, sem qualquer intuito de lucro, mas ambos são considerados piratas no discurso da indústria. O conceito de “pirataria”, hoje em dia, é o mais amplo e flexível possível,⁹⁶⁴ e também exerce a função de bloquear discursos: não se argumenta em prol de “piratas” (a imagem a que se faz alusão não é a do pirata amigável hollywoodiano, mas sim a do pirata saqueador, estuprador e sanguinário).

Todos os termos que fazem parte do vocabulário da indústria – criados com fins propagandísticos – devem ser rejeitados pelo intérprete do direito. Não se deve pensar em “pirataria”, ou “furto de direitos autorais”, por dois motivos. **Em primeiro lugar, porque não é técnico: não existe um “crime de pirataria”, o que existe é violação de direitos autorais. Em segundo lugar, porque esses termos têm um forte componente emocional, e inviabilizam discussão.** São emanações da *property talk*, e devem ser tomadas como tal. Uma análise do direito que parta de expressões como “pirataria” e “furto de direitos autorais” está fadada a uma compreensão viciada dos problemas em jogo, e portanto é imperativo que se afaste a incorporação de vocabulário auxiliar da indústria, e preste-se atenção ao vocabulário que é próprio ao direito.

6.3.1.3 A fundamentação utilitarista clássica e sua releitura

Afirmada a propriedade enquanto um valor absoluto, e protegida por meio da construção e difusão de vocabulário auxiliar, a indústria também recorre à fundamentação utilitarista clássica: na inexistência de um regime forte de propriedade intelectual,

⁹⁶⁴ MPAA: "Anyone who sells, acquires copies or distributes copyrighted materials without permission is called a pirate. Downloading a movie without paying for it is no different than walking into a store and stealing a DVD off the shelf. Motion Picture Piracy is committed in many ways, including via the Internet through downloadable files, selling pirated DVDs on the street or capturing and redistributing live broadcasts or performances without a license on the Internet. Downloading movies and music without the authorization of copyright holders is a growing international problem that presents serious challenges for the movie industry and has serious legal consequences." Disponível em: <http://www.mpaa.org/piracy_whoAre.asp>. Acesso em: 22.05.06.

inexistiriam incentivos para que se produzisse conteúdo informacional.⁹⁶⁵ Além de afirmar implicitamente que não há vida cultural fora da produção industrial,⁹⁶⁶ a indústria se coloca como uma das principais molas propulsoras da economia,⁹⁶⁷ e como a fonte produtora de cultura por excelência, cuja existência se vê ameaçada por ataques piratas. A fundamentação utilitarista clássica sustenta um discurso de auto-vitimização, que é eclipsado pela afirmação de que a grande perdedora – em razão de reprodução não-autorizada de conteúdo ou regimes fracos de propriedade intelectual –, seria a coletividade como um todo, diante da ausência de incentivos para criação. Faz-se apelo, então, a níveis de proteção maximalistas defendendo-se que os beneficiários primários seriam todos os membros da coletividade.

Recentemente, contudo, além do discurso utilitarista clássico, a indústria tem desenvolvido uma nova vertente utilitarista de justificação da propriedade intelectual (em sentido amplo). A fundamentação utilitarista clássica parte de incentivos que operam *ex ante* criação; ou seja, a concessão de incentivos a autores/detentores de direitos autorais ocorre *ex ante*, para que autores se sintam motivados a criar e editores/distribuidores invistam na edição e distribuição de bens intelectuais sem receio de serem explorados por *free riders*.

As novas vertentes utilitaristas partem de novos pressupostos. Como explica Lemley,⁹⁶⁸ tem-se percebido a difusão de discursos defendendo a maximização dos regimes de propriedade intelectual como incentivo *ex post* criação. Os argumentos agora não colocam os regimes de propriedade intelectual como necessários para a produção de informação, mas defendem que deve haver proteção legal para a concessão de incentivos para (a) novos investimentos em melhoria, manutenção e comercialização/distribuição dos

⁹⁶⁵ É assim que a APA (Association of American Publishers) avoca para si a missão de “to nurture creativity by protecting and strengthening intellectual property rights, especially copyright” (Disponível em: <<http://www.publishers.org/about/index.cfm>>. Acesso em: 24.02.07). Ou que a BSA afirma que “**Innovators benefit from the financial rewards of their creative spirit**” (BSA. *Expanding the frontiers of our digital future: reducing software piracy to accelerate global IT benefits*. Disponível em: <http://www.bsa.org/idcstudy/pdfs/White_Paper.pdf>. Acesso em: 24.02.07, grifos no original).

⁹⁶⁶ Ver *infra*, item 6.3.1.4.

⁹⁶⁷ Ver MPAA. *The economic impact of the motion picture & television production industry on the United States: 2006 report*. Disponível em: <http://www.mpaa.org/press_releases/mpa%20us%20economic%20impact%20report_final.pdf>. Acesso em: 01.02.07.

⁹⁶⁸ LEMLEY, Mark A. Ex ante versus ex post justifications for intellectual property. *The University of Chicago law review*, v. 71, n. 1, p. 129-149.

bens produzidos, ou (b) para prevenir uma “tragédia dos *commons*” em que uso excessivo de informação depreciaria seu valor.

Por mais carente de comprovação empírica que o discurso utilitarista clássico seja, ainda consegue ser razoavelmente coerente. As justificativas *ex post*, entretanto, não resistem sequer a um exame perfunctório, apesar de estarem na base da aprovação de alguns avanços maximalistas recentes em sede de legislação de propriedade intelectual, como o Sonny Bono Copyright Extension Act nos EUA.⁹⁶⁹

Em essência, o objetivo das novas justificativas utilitaristas é a apropriação totalizante de bens intelectuais, seguindo-se uma lógica “se propriedade, então bom”, sustentando-se inclusive a eliminação de limitações à propriedade intelectual, em prol da indústria e em desfavor da coletividade.⁹⁷⁰ As teorias são duas, e cumpre examiná-las brevemente.

A primeira teoria *ex post* defende que a proteção à propriedade intelectual garante incentivos para a maximização da eficiência do uso de obras já existentes. Os incentivos são de administração, manutenção e melhoramento das obras: “The argument here is that not just preservation but production and dissemination of copies require investment that will

⁹⁶⁹ “Congress obviously could not justify retroactive extension on the ground that it would encourage dead people to produce more works. Instead, Congress, the copyright industries, and even some prominent academics argued that extended intellectual property rights were necessary to give existing copyright owners an incentive to preserve films they had already made and to distribute books they had already created. Once a work entered the public domain, they argued, it was an ‘orphan’ and no one had any incentive to take care of it” (LEMLEY, Mark A. *Ex ante versus ex post justifications for intellectual property*, p. 133-134).

⁹⁷⁰ “The new *ex post* justifications [...] endorse a greater and perhaps unlimited duration and scope of intellectual property rights. If the reason for granting intellectual property rights is to ensure that an invention, a movie, or a personal name is managed efficiently, there seems little reason to terminate that right after a period of years. Similarly, if intellectual property rights are designed to prevent overuse of an information resource, permitting significant ‘fair use’ by third parties would seem to undermine that goal. The *ex post* justifications seem to provide economic support for the legions of new intellectual property owners who claim a moral entitlement to capture all possible value from ‘their’ information – a view that scholars have derided as ‘if value, then right’” (Ibidem, p. 131). Continua Lemley: ““We need to give creators of patented and copyrighted works power over price because the act of creation imposes a cost that imitators do not share. There is no similar cost imbalance when it comes to the distribution of a work that has already been created. Some companies may be more efficient manufacturers and distributors than others, but we need not worry that no one will distribute a work without monopoly incentive. If people are willing to pay enough to justify printing copies of *Ulysses*, copies of *Ulysses* will be printed. And if people are not willing to pay even the marginal cost of printing, granting exclusive rights over *Ulysses* would not solve the problem. Indeed, it will make it worse – people who are not willing to pay marginal cost surely will not pay the supracompetitive price sole owners can command” (LEMLEY, Mark A. *Ex ante versus ex post justifications for intellectual property*, p. 137-138).

not occur absent exclusivity”.⁹⁷¹ O argumento não se sustenta, seguindo a lógica habitual de uma economia de mercado: é a competição entre diferentes empresas que direciona um mercado à eficiência, não a concessão de benefícios a um ator exclusivo, o que pode inclusive ser comprovado empiricamente.⁹⁷² Além disso, nada indica que o próprio criador/titular da obra vai ser seu melhor administrador; a situação se complica ainda mais quando se pensa nos descendentes do autor.⁹⁷³

A idéia é contraintuitiva: conferir direitos tendentes à perpetuidade como incentivo à manutenção e distribuição das obras é uma presunção absurda diante das práticas comerciais habituais da indústria. Tome-se, como exemplo, o *back catalogue* de editoras, gravadoras e produtoras/estúdios de cinema. Se não há perspectiva de retornos financeiros expressivos o suficiente, material constante de catálogo **simplesmente não é distribuído**. Se um indivíduo tiver interesse em assistir ao excelente filme *Unman, Wittering and Zigo*, de John Mackenzie, em sua versão de 1971, não vai encontrá-lo em lojas ou locadoras porque ele não é mais distribuído; a única versão disponível, no momento, é uma cópia não-autorizada que pode ser comprada em sites de leilão como o eBay, ou baixada de algum sistema de compartilhamento de arquivos.

Outra situação que demonstra como é absurdo o argumento é a que ocorre quando os herdeiros de autores não têm interesse em distribuir as obras de seus ascendentes. A comunidade jurídica brasileira sofre, por exemplo, com a recusa dos herdeiros de Nelson Hungria em autorizar novas edições das excepcionais obras do autor, o que leva penalistas a procurar os livros em sebos, com preços inflacionados devido à demanda, e em bibliotecas que nem sempre vão ter os livros em acervo. É simplesmente insustentável o argumento da proteção *ex post*.

⁹⁷¹ Ibidem, p. 134-135.

⁹⁷² “Empirical evidence strongly supports the intuition of the market, not the arguments of the lobbyists and ex post theorists. A comparison of copyrighted works from the 1920s with public domain works from the 1910s and 1920s reveals that far more public domain works than copyrighted works are actually distributed to the public, and generally at a somewhat lower price. In percentage terms, twice as many books published in 1920 (and therefore in the public domain) are in print today than books published in 1930. Similarly, films already in the public domain are more likely to be preserved than films that are the subject of copyright. Not only is the argument that monopoly increases distribution counterintuitive, it is empirically incorrect” (LEMLEY, Mark A. *Ex ante versus ex post justifications for intellectual property*, p. 136-137).

⁹⁷³ Ibidem, p. 137-138.

A segunda teoria *ex post*, que defende a necessidade de extensão e maximização de direitos autorais para prevenir uma “tragédia do *commons*”, é ainda mais insustentável. A expressão “tragédia do *commons*” remonta a artigo de Garrett Hardin, publicado em 1968 no periódico *Science*. Conforme Hardin, *commons* são propensos à “tragédia”, porquanto na ausência de direitos de propriedade demarcando titularidade sobre recursos escassos, há uma tendência ao supraconsumo tendente à eliminação.⁹⁷⁴ Direitos de propriedade garantiriam uma alocação ótima de recursos e impediriam abusos no consumo de recursos.

Como é possível perceber, o raciocínio se aplica a recursos *escassos*. Não há escassez em se tratando de informação: é um bem não-rival, como já afirmado. Consumo de informação por parte de um indivíduo não impede o aproveitamento da mesma informação por parte de outros. Como diz Lemley, a idéia de que haveria uma “tragédia do commons informacional” contraria noções básicas de economia.⁹⁷⁵

As duas teorias se contradizem: uma afirma que controle exclusivo vai aumentar o incentivo para distribuição de informação, e a outra defende que o contrário ocorra. Ambas, entretanto, são utilizadas em conjunto para a maximização de controle *ex post*.⁹⁷⁶

⁹⁷⁴ Diz Hardin, exemplificando com pastos de uso comum: “As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, ‘What is the utility *to me* of adding one more animal to my herd?’ This utility has one negative and one positive component.

1) The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly +1.

2) The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decision making herdsman is only a fraction of -1.

Adding together the component partial utilities, the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another... But this is the conclusion reached by every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit – in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all” (HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1244).

⁹⁷⁵ “A tragedy of the information commons occurs when a finite natural resource is depleted by overuse. Information cannot be depleted, however; in economic terms, its consumption is nonrivalrous. It simple cannot be ‘used up.’ Indeed, copying information actually multiplies the available resources, not only by making a new physical copy but by spreading the idea and therefore permitting others to use and enjoy it. The result is that rather than a tragedy, an information commons is a ‘comedy’ in which everyone benefits. The notion that information will be depleted by overuse simply ignores basic economics” (LEMLEY, Mark A. Ex ante versus ex post justifications for intellectual property. *The University of Chicago law review*, v. 71, n. 1, p. 143).

⁹⁷⁶ Ibidem, p. 148.

6.3.1.4 Deslegitimação de estratégias alternativas de produção de informação

Por consequência da forma como é utilizada a fundamentação clássica utilitarista, a indústria do conteúdo defende que não existem estratégias de produção cultural que não as apontadas nos números (1) a (3), no quadro 1, *supra*. Afinal, se as normas de direitos autorais servem como *incentivo* à produção cultural, e se na ausência dessas normas cenários apocalípticos são traçados em que arte e conhecimento não serão mais produzidos, a indústria ignora que existe produção cultural fora do modelo adotado pela economia de informação industrial: o que é afirmado implicitamente é que não há arte ou conhecimento fora do que é produzido ou distribuído pela indústria do conteúdo.

Como já explicado no item 4.2 e seguintes, *supra*, essa é uma visão que não corresponde à realidade, principalmente em uma época em que estratégias alternativas de produção de conteúdo têm recebido impulso a partir da popularização da Internet e uma vasta gama de tecnologias da informação. Mas não é, exatamente, um posicionamento discursivo recente. Praticamente qualquer manual que tente apresentar principiantes a campos diversos de produção cultural tem um viés industrial bastante acentuado.⁹⁷⁷

Manuais de como se escrever romances, por exemplo, alertam escritores contra *vanity presses* (observe-se a conotação negativa do nome), e afirmam que nunca se deve pagar para publicar um livro. Pergunta-se: e se o interesse do escritor for apenas divulgar uma mensagem? E se não estiver interessado em retorno financeiro? E se o seu trabalho não corresponder às expectativas que editoras têm em relação ao mercado, e seja recusado não por questões de mérito, mas por censura mercadológica?

Há uma série de motivos pelos quais um escritor pode se ver motivado a publicar um livro fora do sistema industrial, e não é por isso que é menos autor do que autores que tenham encontrado espaço na indústria. O fato de que a mesma proteção lhe é concedida pela lei já serve como prova, mas o discurso da indústria tende a dizer que “produção industrial” é sinônimo exclusivo de “produção relevante”, conforme enfatiza a idéia de que apenas a partir de fortes incentivos à indústria cultural haverá produção de cultura (e informação em geral).

⁹⁷⁷ Por exemplo: MARSHALL, Evan. *Novel writing: 16 steps to success*, 2nd ed. London: A&C Black Publishers, 2004.

O resultado, como apontam Drahos e Braithwaite, é a **criação de incentivos negativos para a participação no processo de produção cultural**, com a produção de bens culturais para um mercado de massa globalizado, dentro das estruturas industriais internacionais, sendo colocada como superior a outras formas de produção.⁹⁷⁸ Nada mais contrário à fundamentação utilitarista clássica.

6.3.1.5 Produção normativa extra-estatal

Além de procurar influenciar a interpretação do direito por meio dos discursos clássicos de fundamentação, a indústria do conteúdo também procura inovar normativamente com a divulgação de recomendações que acabam tomando força de direito positivo e, mais desonestamente, com a inclusão de notas de afirmação de direitos que em realidade não existem. Esse fenômeno foi observado por Patterson e Lindberg,⁹⁷⁹ e é fácil de ser constatado no caso de livros.

Já há algum tempo, editoras costumam incluir notas de advertência relacionadas a direitos autorais que vão muito além da tradicional fórmula “*Todos os direitos reservados*”, e que estilisticamente assumem ares de declarações jurídicas oficiais.⁹⁸⁰ Não é uma prática assumida por todas as editoras, mas é extremamente comum. O objetivo da inclusão de notas de advertência é eliminar, totalmente, qualquer direito de reprodução que usuários do conteúdo editado possam ter, mesmo quando explicitamente assegurados pelo direito.⁹⁸¹

Tomando o direito brasileiro como exemplo, podemos encontrar no art. 46, inciso II, da Lei n.º 9.610/98 um direito de reprodução parcial:

“**Art. 46.** Não constitui ofensa aos direitos autorais:
[...]

⁹⁷⁸ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?*, p. 179.

⁹⁷⁹ PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*, p. 7-11.

⁹⁸⁰ Ibidem, p. 7.

⁹⁸¹ “It seems clear that many copyright holders are actively promoting the notion that users may quote or reproduce copyrighted material only at the sufferance of the copyright owner. If such fallacies go unchallenged long enough, they are likely to become a substitute for the truth. It is important, therefore, that all overly restrictive and spurious guidelines – along with false-claim copyright notices – be directly refuted” (PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*, p. 11).

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

O texto da Lei abre espaço à interpretação do que exatamente consistiriam os pequenos trechos, mas não é controverso quanto à *possibilidade* de reprodução parcial.

Outra limitação imposta pelo art. 46, que também implica reprodução parcial, é aquela fixada no inciso III:

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

[...]

III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, 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”

Novamente, uma concessão indiscutível, ao usuário, de um direito que implica reprodução parcial do conteúdo da obra. Observe-se, agora, a nota de advertência inserida na tradução nacional de *Os demônios*, de Dostoiévski, feita por Paulo Bezerra para a Editora 34:

“A FOTOCÓPIA DE QUALQUER FOLHA DESTE LIVRO É ILEGAL, E CONFIGURA UMA APROPRIAÇÃO INDEVIDA DOS DIREITOS INTELECTUAIS E PATRIMONIAIS DO AUTOR”
[maiúsculas no original].⁹⁸²

A julgar pela nota, a Editora 34 acredita encontrar-se investida no direito de impedir a fotocópia de “qualquer folha” do livro, mesmo quando em tese o usuário poderia, por expressa determinação legal, efetuar uma reprodução parcial da obra. Uma folha com certeza poderia ser considerada como “pequeno trecho” – principalmente, digamos, quando contenha apenas um parágrafo – e **não há como dizer** que o responsável pela reprodução, feita sem intuito de lucro ou para citação, esteja incorrendo em ilegalidade.

⁹⁸² Na seguinte edição: DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Os demônios*. São Paulo: Editora 34, 2004.

Esta é uma nota de advertência que deliberadamente **mente** ao leitor. Utilizamos a palavra “mente”, porque qualquer outra seria um eufemismo: editoras simplesmente **mentem** aos usuários dos livros ao negar a existência de um direito de reprodução parcial, e o fazem deliberada e sistematicamente.

Provar a colocação é muito simples. Tomemos outro exemplo de nota de advertência, extraído de *História das idéias políticas*, de Evelyne Pisier, publicado no Brasil pela Editora Manole:

“Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, por qualquer processo, sem a permissão expressa dos editores.

É proibida a reprodução por xerox”.⁹⁸³

Faz-se, na nota, a habitual referência à reserva de todos os direitos, mas logo em seguida proíbe-se o usuário de reproduzir *qualquer* parte do livro, por *qualquer* processo (o que inclui, imagina-se, transcrição manual e gravação da leitura oral de um parágrafo), sem permissão dos editores (não se faz menção à figura do autor). Para ênfase, proíbe-se a reprodução por xerox. Novamente, uma nota de advertência que não hesita em mentir ao usuário.

Em alguns casos, as notas são extremamente elaboradas, e fazem referência específica a dispositivos legais. Por exemplo, veja-se a seguinte nota, retirada do livro de doutrina penal *Dos crimes contra a propriedade intelectual*, de Eduardo Pimenta e Rui Caldas Pimenta, publicada pela Editora Revista dos Tribunais:

“**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.** Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte dessa obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código

⁹⁸³ Na seguinte edição: PISIER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Barueri: Manole, [s.d.].

Penal), com a pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais)”.⁹⁸⁴

Todos os direitos reservados, e reprodução total ou *parcial* proibida por um rol bastante diverso de meios, bem como a inclusão de *qualquer parte* da obra em “qualquer sistema de processamento de dados”. Faz-se referência, em primeiro lugar, à punição da violação de direitos autorais como crime – sem, evidentemente, mencionar que se trata de um tipo penal em branco, cuja incidência é vinculada a uma interpretação da legislação civil –, para apenas depois mencionar a Lei de Direitos Autorais, sem nenhuma referência ao seu art. 46. O usuário leigo, que não tem conhecimento jurídico médio, toma a nota como verdadeira e sequer procura se informar das limitações do art. 46. As disposições da nota passam a valer como se direito fossem, até porque são escritas com linguajar jurídico e dão impressão de oficialidade.

Por vezes, as notas também fazem referência a práticas habituais em instituições de ensino, como a composição de apostilas. O exemplo citado a seguir, ironicamente, foi extraído do manual *Direito de autor*, de Carlos Alberto Bittar:

“Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei nº 9.610, de 19.02.1998)”.⁹⁸⁵

Ressalte-se que as notas são colocadas nos livros independentemente da vontade dos autores. Lamentavelmente, a edição de um livro de nossa autoria, *O conceito de constituição no pensamento de John Rawls*, foi publicado com a seguinte nota, mentirosa como todas as acima citadas:

“Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio

⁹⁸⁴ Na seguinte edição: PIMENTA, Eduardo; PIMENTA, Rui Caldas. *Dos crimes contra a propriedade intelectual*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

⁹⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ou processo, sem prévia autorização do autor. (Lei nº 9.610, de 19.02.1998 – DOU 20.02.1998)”.⁹⁸⁶

Imagine-se o efeito cumulativo de notas como as citadas, principalmente na mente de pessoas que não têm formação jurídica, e desconhecem o conteúdo da Lei de Direitos Autorais: produção normativa extra-estatal, por ação coordenada de editoras, na prática comercial eticamente discutível – e ilegal, considerando-se a legislação consumerista – de notas de advertência mentirosas. Os exemplos, evidentemente, não se limitam a editoras, mas são extensíveis à totalidade da indústria do conteúdo. Filmes, discos, revistas em quadrinhos, software etc., são todos sujeitos a limitações que são elididas por notas de advertência.

Por manipulação discursiva, a indústria do conteúdo procura construir uma versão paralela do direito autoral, que acaba sendo tomada como se oficialmente jurídica fosse.

6.3.2 O discurso da literatura acadêmica e doutrinária

Cabe diferenciar, aqui, entre o discurso que se observa nas obras de autoralistas brasileiros – em outras palavras, na doutrina brasileira de direitos autorais – e o discurso da literatura acadêmica que tem sido feita no estrangeiro, principalmente a norte-americana. Há divergências discursivas notáveis entre ambos

6.3.2.1 Os autoralistas brasileiros

Há anos, a doutrina autoralista brasileira assume uma postura pró-autor, que em última análise acaba sendo pró-indústria. Às vezes consciente, às vezes não, de que os direitos autorais não são realmente direitos *autorais*, os autoralistas fazem contudo uma leitura do regime de direitos de autor que não esconde uma alta medida de deslumbramento em relação aos direitos morais e à figura do autor, e que acaba conduzindo a uma defesa da necessidade de proteção absoluta aos direitos autorais, custe o que custar. Como diz Silveira, avaliando a doutrina autoralista brasileira, com exceção de Hermano

⁹⁸⁶ Na seguinte edição: MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *O conceito de constituição no pensamento de John Rawls*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

Duval e Eduardo Vieira Manso, os doutrinadores maciçamente defendem “uma posição exacerbada do direito autoral”.⁹⁸⁷

Discursos contrários a regimes ultra-protecionistas, quando abordados, às vezes são desacreditados. Bevilacqua, por exemplo, identificando os discursos que dão relevo aos interesses públicos em matéria de direito autoral, desconsidera-os dizendo que “a evolução prossegue, não recua”,⁹⁸⁸ e que eles levariam a “enveredar por caminho equivoco, ao extremo do qual está o comunismo, a abolição da propriedade”.⁹⁸⁹ Quando não desacreditados, os demais interesses afetados pelo regime de direitos autorais recebem menção passageira, em demonstração de respeito e reconhecimento, mas são bloqueados por uma interpretação restritiva do rol de limitações aos direitos de autor, tomados como *numerus clausus*.⁹⁹⁰

Os discursos clássicos utilitarista e jusnaturalista são ingenuamente incorporados à doutrina, em conformidade com as versões defendidas pela indústria, sem qualquer questionamento crítico.⁹⁹¹ Os discursos laudatórios ao gênio do autor por vezes assumem

⁹⁸⁷ SILVEIRA, Newton. Prefácio. In: SOUZA, Allan Rocha. *A função social dos direitos autorais*. Campo dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.

⁹⁸⁸ Seja lá qual for o significado exato da frase. Eis o contexto: “Reproduz-se o velho argumento de que o autor recebe do povo os elementos da sua produção; que não se deve separar o artista creador, do meio social, onde vive; que o direito do autor, em sua verdadeira natureza, não é individualista, está vinculado á sociedade. Então, encarecem, é necessário conciliar os interesses dos autores, dos concessionários do direito autoral e do publico. Taes interesses têm merecido a atenção da doutrina e das legislações. E não autorizam restricções ao direito, na sua parte puramente pessoal nem na sua feição econômica, segunda alguns pretendem. A evolução prossegue, não recua” (BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*, 1º v., 276).

⁹⁸⁹ Ibidem, p. 279-280.

⁹⁹⁰ Esta é uma interpretação inconstitucional do art. 46 da Lei de Direitos Autorais. Ver *infra*, item 9.1.

⁹⁹¹ Por exemplo, Hammes: “Os autores criam cultura. A literatura e a arte são frutos da atividade intelectual humana. Dando proteção aos autores, o país promove e aumenta o patrimônio cultural” (HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*, 3ª ed., p. 34); “A cultura é fator de progresso. Um povo culto progride sob todos os pontos de vista. O progresso econômico está na dependência direta da cultura. O direito de autor é fonte de riquezas econômicas. Há importantes setores econômicos que dependem dele” (Ibidem, p. 36).

Ainda, Chaves: “Se algum direito natural existe, nenhum poderá ser mais ‘natural’ que o direito de autor” (CHAVES, Antônio. *Direito de autor*, v. 1, p. 4); “Continuarão escravas as nações, mesmo poderosas economicamente, que não estiverem em condições de preparar, a par de suas tropas aguerridas com os mais modernos equipamentos bélicos, outro exército, silencioso e pacífico: o dos obreiros do espírito, o dos homens do pensamento, o dos artistas que embelezam e suavizam a existência, com sua música, com seus cantos, com sua poesia, com sua arte, haurindo sua inspiração das forças vivas da nacionalidade, da sua história, das tradições de seu povo.

Ora, essa meta só se alcança por um caminho lógico, natural, autógeno, no sentido de que de si mesmo auferem novas forças: amparar, proteger indistintamente, todas as criações intelectuais: obras orais, composições musicais, mímica, dança, obras coreográficas, pantominas, obras jornalísticas, de arte figurativa,

um lirismo questionável e desnecessário considerando-se a seriedade da temática em pauta,⁹⁹² e instituem uma distinção nós/eles (reles mortais/autores), **retirando da população em geral a própria possibilidade de assumir a função autoral, relegando esta a seres sobre-humanos, quase divinos (“criadores”, note-se a palavra), sempre inseridos no sistema industrial.**

O discurso pró-indústria se esconde em um discurso pró-autor da seguinte forma:

- 1) Como as expressões “direitos autorais” e “direito de autor” fazem referência explícita ao autor, mas reportam-se a direitos que podem ser transferidos à indústria em sua dimensão patrimonial (e por costume o são), sustentam a falsa idéia de que os direitos autorais são realmente centrados na figura do autor;
- 2) Isso conduz a uma confiança cega na fundamentação de direito natural, que a seu turno deixa em segundo plano o componente público da fundamentação utilitarista (à qual, não obstante, faz-se recurso, de forma inconsistente). Enxerga-se, por conseqüência, na proteção autoral, um fim em si mesmo, desconsiderando-se os motivos pelos quais ela existe em primeiro lugar, e os motivos pelos quais ela tem

de engenharia, arquitetura, cinematografia, fotografia de desenho, paisagismo, de modas, dos artistas intérpretes e executantes, obras anônimas do folclore.

Onde houver criatividade, originalidade, aí estará, sempre solícito e solerte, o direito de autor, procurando dignificar e salvaguardar o trabalho do criador e do artista, a fim de que dele possam auferir meios de subsistência para continuar produzindo cada vez mais e melhor” (CHAVES, Antônio. *Direito de autor*, v. 1, p. 20).

⁹⁹² “A matéria-prima do direito de autor é, com efeito, mais preciosa do que petróleo, o ouro ou os brilhantes: a criatividade, extraordinário e maravilhoso atributo de que a natureza dotou ao homem.

Empunhando uma caneta os antigos, uma máquina de escrever, os passados, um ditafone, os atuais, quem sabe, dentro em breve, os futuros, algum apetrecho que recolha diretamente as ondas cerebrais para traduzi-las em escrita, os cientistas e os artistas, ao lado das belezas que a policromia da natureza nos oferece, dos personagens e dos acontecimentos históricos, outros panoramas, outros acontecimentos e outros personagens, que, nem pelo fato de serem fruto da fantasia, deixam de ter uma existência menos verdadeira, no sentido de que passam a fazer parte do mundo do nosso conhecimento e dos nossos sentimentos, com a vantagem de uma universalização que não fica restrita por limites geográficos, nem de tempo, alcançando todas as latitudes e todas as gerações.

A medida que vai se disseminando a cultura, que camadas mais amplas de população atingem esse segundo grau de vivência que é a escrita e a leitura, alarga-se a compreensão da indispensabilidade dos bens do intelecto, torna-se mais verdadeira a afirmação de Cristo de que não só de pão vive o homem.

O indivíduo nunca é bruto ou ignorante por sua vontade, e sim como vítima de uma fatalidade: liberto da obsessão pela própria subsistência, poderá atingir alturas insuspeitadas, é a crisálida que contém dentro de si todos os elementos que irão dar-lhe as asas que a transformarão em borboleta” (CHAVES, Antônio. *Direito de autor*, v. 1, p. 17-18).

âmbito limitado. Mesmo quando a função dos direitos autorais face à coletividade é lembrada, não se procura interpretar o direito conforme esta função;

- 3) A fundamentação jusnaturalista, ademais, reforça a idéia de que se deva proteger o trabalho dos autores porque se trata de uma manifestação da personalidade humana, o que dificulta a consideração de discursos que levem em conta os componentes públicos ou mesmo individuais que se contrapõem aos direitos de autor: há uma forte vinculação dos direitos de personalidade com o princípio da dignidade humana,⁹⁹³ e os argumentos anti-maximalistas acabam sendo tomados como uma afronta a este princípio.

Com base nesse núcleo discursivo, a doutrina autoralista costuma fazer referência a alguns dispositivos constitucionais, quase como uma formalidade, e passa a um esforço de exegese estritamente infraconstitucional (com referências à normativa internacional), no fenômeno identificado na introdução desta dissertação com o nome de “preclusão constitucional”. Em uma época em que civilistas sentem-se cada vez mais envolvidos em uma reavaliação do âmbito do direito privado, com a consideração de elementos constitucionais na regulação da ordem civil, os autoralistas têm se demonstrado um núcleo isolado de representantes de uma tradição de civilistas cuja abordagem, frente à interpretação e aplicação do direito, remonta à da Escola da Exegese,⁹⁹⁴ seguindo ademais uma lógica *dura lex sed lex*. Em alguns momentos, o discurso dos autoralistas brasileiros chega a explicitamente incorporar propaganda industrial.⁹⁹⁵

Que isso ocorra geralmente se explica pela tradição da doutrina autoralista brasileira, mas também não é raro que os doutrinadores sejam advogados da própria indústria do conteúdo, e por mais que aspirem a uma posição de neutralidade, esta é praticamente impossível de ser atingida quando a defesa de interesses industriais está em jogo. O

⁹⁹³ Ver, vinculando um direito geral da personalidade ao princípio da dignidade da pessoa humana: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

⁹⁹⁴ No sentido de “uma interpretação mecânica e passiva” do direito (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito, p. 78).

⁹⁹⁵ Exemplo pouco sutil, que poderia muito bem constar de um panfleto da ABDR: “Existem nas faculdades as chamadas ‘pastas do professor’ onde, sem qualquer ordem, título ou autor, amontoam-se, desordenadamente, cópias de trechos de obras protegidas. Trata-se de um verdadeiro lixo pedagógico, um atentado à cultura e uma ofensa à formação de nossos jovens, além de grosseira violação dos direitos autorais” (CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direitos Autorais*: comentários, 4ª ed. São Paulo: Habra, 2003, p.72).

problema é que esses mesmos doutrinadores são lidos por juízes e legisladores, e exercem uma indiscutível influência sobre decisões concretas nas esferas legislativa e judicial, como se efetivamente levassem em consideração todos os interesses envolvidos, de forma eqüitativa.

Atualmente, o cenário jurídico brasileiro parece caminhar para uma reformulação da postura tradicional autoralista. Alguns autores, como Abrão, têm se mostrado mais sensíveis à perspectiva constitucional,⁹⁹⁶ enquanto obras não-doutrinárias inspiradas na literatura norte-americana, como a de Lemos,⁹⁹⁷ ou autores com uma perspectiva menos autoralista e mais abrangente quanto a temas de propriedade intelectual, como Barbosa,⁹⁹⁸ parecem preparar terreno para uma futura – mas não necessariamente a curto prazo – reconfiguração da doutrina autoralista brasileira. Enquanto isso não ocorre, os debates continuam sendo **prejudicados** (no mau sentido) pelo discurso autoralista tradicional, principalmente quando a questão é a interpretação das normas de limitação a direitos autorais.

6.3.2.2 Literatura estrangeira

Conforme Goldstein,⁹⁹⁹ ao menos nos EUA, debates em torno de questões relativas ao *copyright* podem ser divididos em dois campos: de um lado, otimistas que encaram a proteção legal conferida a autores e editores/distribuidores como necessária, tendo como fundamentação os discursos clássicos de justificação em ambas as suas vertentes; de outro, pessimistas que questionam a necessidade do regime de *copyright*, e enfatizam a existência de interesses que podem ser afetados em razão da proteção. Ao transcorrer da história do *copyright*, é possível perceber uma flutuação entre os dois campos quanto às políticas públicas enfim implementadas, com ora políticas otimistas prevalecendo, ora políticas pessimistas.

Goldstein, que assume uma postura confessadamente otimista e defende que “the best prescription for connecting authors to their audiences is to extend rights into every

⁹⁹⁶ ABRÃO, Eliane Y. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais. In: *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁹⁹⁷ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV Editora,

⁹⁹⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

⁹⁹⁹ GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway*, p. 12-15.

corner where consumers derive value from literary and artistic works”,¹⁰⁰⁰ é um dos poucos autores acadêmicos norte-americanos relevantes que ainda se inserem neste campo; a literatura jurídica norte-americana dos dias de hoje é, predominantemente, “pessimista”, em uma época de legislação draconianamente otimista. Note-se que a divisão apontada por Goldstein revela um artifício retórico: a palavra “pessimista”, dependendo da audiência, pode adquirir conotação negativa (muito mais do que a palavra “otimista”), e passa uma imagem inadequada daqueles que apontam falhas nos sistemas. Mas apesar de grosseira, não deixa de revelar uma divisão que de fato existe, e que não é exclusivamente norte-americana,¹⁰⁰¹ apesar da literatura jurídica brasileira e da Europa continental sempre ter sido predominantemente otimista em relação à necessidade e potencialidades da legislação de direitos autorais.

Mais do que simplesmente “pessimista”, entretanto, a literatura norte-americana (principalmente, mas não exclusivamente a literatura jurídica) de propriedade intelectual, desde os anos 80 tem se desenvolvido rumo à formação de um corpo discursivo que, concorde-se ou não com as opiniões defendidas, tem criado um ambiente intelectual bastante fértil para uma revisão crítica dos regimes instituídos. É possível tanto apontar autores mais tradicionalmente “pessimistas”, como Patterson, como autores que, mais recentemente, têm identificado e construído um repertório de teorias, problemas, soluções e propostas de reforma, principalmente em razão dos distúrbios causados pela Internet e tecnologia digital à legislação vigente, e cujos trabalhos não se reduzem à esfera acadêmica, mas também compreendem ativismo.

Antes dos anos 80, já havia reações contra distorções de fundamentação e implementação dos regimes de propriedade intelectual,¹⁰⁰² mas a literatura crítica apenas começou a tomar corpo após a metade dos anos 80, quando os avanços maximalistas em escala global ganharam força, e Pamela Samuelson, Jessica Litman, Wendy Gordon e James Boyle começaram a alertar contra os perigos desses avanços.¹⁰⁰³ Durante o processo de

¹⁰⁰⁰ Ibidem, p. 216.

¹⁰⁰¹ Vide as opiniões diametralmente opostas de Diderot e Condorcet quanto à necessidade de uma propriedade literária (*supra*, item 5.1.3.3).

¹⁰⁰² Pode-se mencionar, além de Lyman Ray Patterson, David Lange, bem como Stephen Breyer (que anos depois seria admitido como Justice na Suprema Corte), autor de um famoso artigo em 1970, *The uneasy case for copyright*. Ver: HUNTER, Dan. *Culture war*, p. 1111; GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's highway*, p. 16-20.

¹⁰⁰³ HUNTER, Dan. *Culture war*, p. 1112.

elaboração do Lehmann Report, a produção acadêmica aumentou consideravelmente, bem como o engajamento de uma ala de professores “pessimistas” em relação à reestruturação “otimista” das normas de *copyright* e propriedade intelectual em sentido amplo.

Atualmente, é possível identificar um núcleo de autores, bastante produtivos, que problematizam os temas decorrentes da tensão entre propriedade intelectual e tecnologias da informação em termos de um “ambientalismo cultural”, conforme expressão de Boyle.¹⁰⁰⁴

Percebendo que havia a falta de um tema para a aglutinação de interesses da frente contrária aos avanços maximalistas no campo da propriedade intelectual, e que o estado do movimento era o mesmo em que se encontravam os ambientalistas nos anos 50/60, Boyle propôs falar-se em um ambientalismo cultural como forma de se estabelecer um ponto de contato para diversos grupos afetados negativamente pela maximização dos direitos de propriedade intelectual.¹⁰⁰⁵ Da mesma forma como foi necessário aos ambientalistas construir a idéia de “ambiente” para então defender sua proteção, seria necessário investir na defesa do domínio público como um objetivo comum.¹⁰⁰⁶

Apesar do movimento não ter se assumido como ambientalista, e ter deslocado a idéia de proteção ao domínio público para a construção de um *commons* intelectual, noção mais abrangente, Boyle identificou corretamente a necessidade da construção de um repertório teórico e valorativo comum para a organização dos autores e grupos sociais contrários à maximização dos direitos de propriedade intelectual. Base teórica seria

¹⁰⁰⁴ BOYLE, James. A politics of intellectual property: environmentalism for the net? *Duke law journal*, v. 47, n. 1, p. 87-116.

¹⁰⁰⁵ “Right now, it seems to me that, in a number of respects, we are at the stage that the American environmental movement was at in the 1950s or 1960s. At that time, there were people – supporters of the park system, hunters, birdwatchers and so on – who cared about what we would now identify as ‘environmental’ issues. In the world of intellectual property we now have start-up software engineers, libraries, appropriationist artists, parodists, biographers, biotech researchers, and others. In the 1950s, there were flurries of outrage over particular environmental crises, such as proposals to build dams in national parks. In later years, the public was shocked by burning rivers and oil spills. In the world of intellectual property, we currently worry about Microsoft’s allegedly anti-competitive practices, the uncertain ethics of patenting human genes, and the propriety of using copyright to silence critics of the Church of Scientology. We are notably lacking two things, however. The first is a theoretical framework, a set of analytical tools with which issues should be analyzed. The second is a perception of common interest among apparently disparate groups, a common interest which cuts across traditional oppositions. (Hunter vs. Birdwatcher, for example.)” (BOYLE, James. A politics of intellectual property: environmentalism for the net? *Duke law journal*, v. 47, n. 1, p. 108).

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*, p. 110-113.

elaborada pelo próprio Boyle¹⁰⁰⁷ e, sobretudo, por Lessig¹⁰⁰⁸ e Benkler.¹⁰⁰⁹ Ativismo político e social por parte de autores individualmente considerados, como Lessig e Litman, bem como a organização e fortalecimento de associações como a Electronic Frontier Foundation (EFF), estabeleceria um campo de preocupações comum e uma plataforma para produção discursiva anti-maximalista.

Ressalte-se que, apesar de anti-maximalista, não se trata de um movimento abolicionista.¹⁰¹⁰ Os discursos clássicos de fundamentação à propriedade intelectual não são inteiramente abandonados, mas submetidos a uma tarefa de apreciação crítica, tendo-se em vista a elaboração de um regime menos unilateral quanto aos interesses protegidos, e mais sensível à criação de um ambiente/infra-estrutura em que produção cultural possa ocorrer e fluir com um número menor de restrições. Além dos nomes já citados, podemos mencionar os de William W. Fisher, Julie E. Cohen, Eben Moglen, Mark Lemley, Jonathan Zittrain, Neil Weinstock Netanel, Mark Rose, Carol M. Rose, dentre outros, inclusive fora da área do direito, como é o caso de Siva Vaidhyanathan. Internacionalmente, o movimento tem influenciado diretamente, ou encontrado sintonia em, obras de outros autores, como José de Oliveira Ascensão em Portugal, Peter Drahos na Austrália, Michael Geist no Canadá, Bernt Hugenholtz na Holanda, e Ronaldo Lemos no Brasil.

6.3.3 O discurso dos autores

O discurso dos autores, frente à situação atual dos regimes de direito autoral demonstra uma pluralidade de pontos de vista diferentes, sendo mais heterogêneo que o discurso que se formou a partir da profissionalização autoral, depois do século XVIII.

¹⁰⁰⁷ BOYLE, James. *Shamans, software, & spleens: law and the construction of the information society*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1996.

¹⁰⁰⁸ LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999; LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Vintage, 2002; LESSIG, Lawrence. *Free culture: the nature and future of creativity*. New York: Penguin Books, 2005; LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

¹⁰⁰⁹ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006.

¹⁰¹⁰ "[...] our choice is *not* between zero protection and perfect protection. No one serious in this debate is promoting the abolition of copyright. Yet the Hilary Rosens and Jack Valentis of the world have convinced policy makers and ordinary people that this is a war about basic American values, and that they, the lobbyists, represent America, while we, their opponents, are essentially communists" (LESSIG, Lawrence, *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. xvi).

Apesar de ainda ser freqüente o apelo, à moda de Victor Hugo, à necessidade de proteção pelo direito de interesses autorais, com a repetição de argumentos retirados dos discursos clássicos (quase sempre na forma como vistos pela indústria), enfatizando-se a fundamentação jusnaturalista (“É meu trabalho, é minha propriedade”), a popularização dos sistemas de compartilhamento de arquivos, bem como iniciativas como o projeto Creative Commons, têm semeado divergência no discurso dos autores e polarizado as opiniões de autores.

Não há homogeneidade, desta maneira, nos discursos defendidos pelos autores. Para começar a compreender as divergências, é importante, em primeiro lugar, definir-se a que *tipos* de autores estamos a nos referir, com base na estratégia de produção de informação (quadro 1, capítulo 4, *supra*) adotada, motivação para produção, e nível de profissionalização. Conforme um autor dependa de uma estratégia de produção seguindo o binômio mercado/exclusão, e atue profissionalmente (tal como os escritores que contribuíram para a formação do conceito romântico de autoria no XVIII), o discurso pode muito bem se aproximar ao discurso da indústria. Conforme, por outro lado, baseie-se em estratégias de produção *mercado/não-exclusão* ou *fora do mercado/não-exclusão*, seja vinculado a instituições de ensino, dependa de bolsas para produzir, produza por simples amor à atividade intelectual, ou não atue profissionalmente na cadeia de produção da indústria, o discurso provavelmente será outro.

Mas mesmo fazendo-se essas distinções fica difícil encontrar homogeneidade discursiva. Em alguns casos, é difícil saber onde começa a opinião pessoal do autor, e onde termina a obrigação contratual. Autores que se encontram em grau de dependência e vinculação profissional intensa com a indústria do conteúdo tendem a repetir o discurso da indústria. É o caso emblemático da banda Metallica,¹⁰¹¹ de Britney Spears¹⁰¹² e de Daniela

¹⁰¹¹ O Metallica foi a primeira banda a se manifestar diretamente contra o Napster original, movendo um processo contra a Napster, Inc. Manifestou-se o baterista Lars Ulrich na ocasião, comparando a conduta dos usuários da rede a um “tráfico de bens furtados”: “We take our craft -- whether it be the music, the lyrics, or the photos and artwork -- very seriously, as do most artists. It is therefore sickening to know that our art is being traded like a commodity rather than the art that it is. From a business standpoint, this is about piracy -- a/k/a taking something that doesn't belong to you; and that is morally and legally wrong. The trading of such information -- whether it's music, videos, photos, or whatever - is, in effect, trafficking in stolen goods” (JONES, Christopher. Metallica rips Napster. *Wired News*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,35670,00.html>>. Acesso em: 28.02.07).

Mercury.¹⁰¹³ Autores como esses são tão dependentes das estruturas industriais e de uma cultura de consumo de massa de bens culturais, que seria difícil esperar outra posição discursiva. Vemos, desta maneira, o discurso da indústria sendo internalizado e propagado por alguns autores.

Por outro lado, mesmo autores inseridos no sistema de produção industrial não raramente demonstram insatisfações com a indústria, e defendem regimes de direito autoral não-maximalistas. Um dos casos mais representativos, em se tratando de música, é o de Courtney Love,¹⁰¹⁴ que chega a desvincular o termo “pirataria” da prática da reprodução não-autorizada de música por fãs, associando-o às práticas negociais da própria indústria (os verdadeiros piratas na opinião da autora).¹⁰¹⁵ Outros, como Jeff Tweedy, do Wilco, apontam a falácia na comparação entre *download* e furto, e ressaltam a importância dos fãs. Diz Tweedy que qualquer um que opte por ouvir sua música é automaticamente um colaborador, e que não está interessado em vender “pedaços de plástico”.¹⁰¹⁶ Bob Dylan, por

¹⁰¹² Já citada no início do trabalho, Spears é porta-voz fiel do discurso da indústria: “Would you go into a CD store and steal a CD? It's the same thing – people going into their computers and logging on and stealing our music” (MPAA; JUNIOR ACHIEVEMENT. *What's the diff: a guide to digital citizenship for volunteers and teachers*. Disponível em: <http://www.respectcopyrights.org/CG_FINAL.pdf>. Acesso em: 08.02.07).

¹⁰¹³ Mercury repete o discurso da indústria, inclusive valendo-se da falaciosa comparação entre *downloads* e furto/roubo que é característica da propaganda industrial: “Gosto da liberdade da internet, e acho que temos que pensá-la como instrumento de divulgação, gosto dessa possibilidade da democratização da música, da arte. Mas como essas pessoas que fazem download e compram disco pirata se sentiriam se tivessem um grupo de cem pessoas envolvidas no trabalho, dependendo daquilo, e não fossem contemplados? Mais uma questão ética para o mundo”.

Aí falam: “pela liberdade, pela democracia, temos direito de tudo”. Por que então a gente não está roubando os carros, assaltando supermercados? Se é para todo mundo ter direito a tudo, então vamos quebrar tudo. É preciso encontrar alguma maneira de as pessoas receberem pelo que fazem. Se elas fizessem um carro e botassem no meio da rua para cada um pegar e levar, como ia pagar o ferro, os empregados? Alguma coisa tem que ser recolhida para se viabilizar uma indústria cultural que é importantíssima para o mundo. A desonestidade, o download, a pirataria feitos deste jeito sucatearam todo o mercado de disco do Brasil” (MUNIZ, Diógenes. Daniela Mercury critica lei “antijabá” e compara download a assalto. Folha Online. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u67075.shtml>>. Acesso em: 25.02.07).

¹⁰¹⁴ “Today I want to talk about piracy and music. What is piracy? Piracy is the act of stealing an artist's work without any intention of paying for it. I'm not talking about Napster-type software. I'm talking about major label recording contracts”. (LOVE, Courtney. Courtney Love does the math. *Salon*. Disponível em: <<http://archive.salon.com/tech/feature/2000/06/14/love/>>. Acesso em: 25.02.07).

¹⁰¹⁵ A indústria fonográfica é notória por explorar e abusar artistas. Ver ALBINI, Steve. *The problem with music*. Disponível em: <<http://negativland.com/albini.html>>. Acesso em: 25.02.07.

¹⁰¹⁶ “A piece of art is not a loaf of bread. When someone steals a loaf of bread from the store, that's it. The loaf of bread is gone. When someone downloads a piece of music, it's just data until the listener puts that music back together with their own ears, their mind, their subjective experience. How they perceive your work changes your work.

Treating your audience like thieves is absurd. Anyone who chooses to listen to our music becomes a collaborator.

sua vez, demonstra falta de interesse em relação à questão do compartilhamento de arquivos, por considerar que a música produzida hoje em dia sequer mereceria proteção legal por ser *ruim*. O problema, para Dylan, é a qualidade da produção musical, não a reprodução não-autorizada.¹⁰¹⁷

Passando para o cinema, há diretores que, como Terry Gilliam, sentem uma grande dose de ressentimento em relação à indústria, e estão mais preocupados com a qualidade das versões “piratas” dos filmes do que com qualquer decréscimo em vendas (para Gilliam, não há problemas com a reprodução não-autorizada de obras, desde que bem feita).¹⁰¹⁸ Observa-se, assim, discursos autorais que enfatizam os bens intelectuais enquanto arte a ser apreciada, e deixam de lado a qualidade de produto a ser vendido. É o que ocorre com Trey Parker e Matt Stone, criadores do desenho South Park, que abertamente se declararam favoráveis ao compartilhamento de arquivos, porque querem ser apreciados pelos fãs: fazem os desenhos para serem vistos, e se os meios utilizados pelos fãs envolverem reprodução não-autorizada, que assim seja.¹⁰¹⁹

Criar não por dinheiro, mas para o deleite dos fãs e como forma de participação no processo cultural é uma característica marcante de uma vertente antiga do discurso autoral. Como disse Woody Guthrie em uma nota de *copyright*: “This song is Copyrighted in the

People who look at music as commerce don't understand that. They are talking about pieces of plastic they want to sell, packages of intellectual property.

I'm not interested in selling pieces of plastic” (JARDIN, Xeni. ‘Music is not a loaf of bread’. *Wired News*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/culture/0,1284,65688,00.html>>. Acesso em: 25.02.07).

¹⁰¹⁷ Diz Dylan. “You listen to these modern records, they're atrocious, they have sound all over them. There's no definition of nothing, no vocal, no nothing, just like -- *static*. Even these songs probably sounded ten times better in the studio when we recorded 'em. CDs are *small*. There's no stature to it. I remember when that Napster guy came up across, it was like, 'Everybody's gettin' music for free.' I was like, 'Well, why not? It ain't *worth* nothing anyway.” (LETHEM, Jonathan. The genius of Bob Dylan. *Rolling Stone*. Disponível em: <http://www.rollingstone.com/news/story/11216877/the_modern_times_of_bob_dylan_a_legend_comes_to_grips_with_his_iconic_status/1>. Acesso em: 25.02.07).

¹⁰¹⁸ Pronunciou-se Gilliam: “It's hard for me to worry about the studios losing money. I'm not very sympathetic to their money problems, because they certainly haven't been sympathetic to mine. When you look at one of their accounting sheets you realise you're never going to see a penny, so if someone wants to rip them off that's fine with me. If you're going to pirate, though, make sure the quality's good. Have some respect for what you're pirating!” (SMITH, Neil. Battle-scarred Gilliam looks to future. *BBC Online*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/4732374.stm>>. Acesso em: 01.03.07).

¹⁰¹⁹ Trey Parker: “We’re always in favor of people downloading. Always. [...] It’s how a lot of people see the show. And it’s never hurt us. We’ve done nothing but been successful with the show. How could you ever get mad about somebody who wants to see your stuff?”; Matt Stone: “We worked really hard making that show, and the reason you do it is because you want people to see it”. (WALKER, Jesse; GILLESPIE, Nick. South Park libertarians. *Reason Online*. Disponível em: <<http://www.reason.com/news/show/116787.html>>. Acesso em: 25.02.07).

U.S., under Seal of Copyright # 154085, for a period of 28 years, and anybody caught singin it without our permission, will be mighty good friends of ourn, cause we don't give a dern. Publish it. Write it. Sing it. Swing to it. Yodel it. We wrote it, that's all we wanted to do".¹⁰²⁰

Além de autores que assumem uma postura de “criar pela arte, não para o mercado”, ressalte-se que no contexto atual, alguns autores têm demonstrado uma visão de conjunto mais ampla, compreendendo que o principal problema em relação aos direitos autorais na era pós-Internet é a crise de modelos de negócios que eles proporcionam. É o caso de Steven Soderbergh, que diz que diante da situação atual, Hollywood deve ser “remodelada a partir do rascunho”.¹⁰²¹

Observe-se, ainda, que as gerações mais recentes de autores, que estão crescendo no ambiente do compartilhamento de arquivos, e participando dos sistemas de compartilhamento, tendem a assumir posições muito mais favoráveis ao fenômeno, e uma perspectiva diferenciada face a questões de direito autoral,¹⁰²² ainda mais quando o

¹⁰²⁰ SUNSTEIN, Cass. *Infotopia: how many minds produce knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 164.

¹⁰²¹ SILVERMAN, Jason. Soderbergh: burn, Hollywood, burn. *Wired News*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/culture/0,70795-0.html>>. Acesso em: 01.03.07.

¹⁰²² Diz, por exemplo, DJ Dolores Hélder Aragão: "Os softwares P2P são um avanço para humanidade, estimulam a curiosidade. Seria injusto fechar essas portas, principalmente num país economicamente deficiente como o Brasil. Sabe o que é pior? Nós, os artistas, em grande maioria, não nos importamos que o moleque baixe um, dois, três discos ou mesmo a nossa discografia completa. Quem se importa é o executivo de gravadora do alto de sua ganância. Participei do CD de lançamento do Creative Commons. No mesmo CD tinha David Byrne, Beastie Boys, Matmos, Gilberto Gil, Thievery Corporation... todos artistas do primeiro time da indústria que não se importam em liberar faixas em MP3" (REBÊLO, Paulo. Indústria pensa em punir quem baixa MP3 no Brasil. *Web Insider*. Disponível em: <http://webinsider.uol.com.br/vernoticia.php/Industria_pensa_em_punir_quem_baixa_MP3_no_Brasil/id/2700>. Acesso em: 23.05.06.

Silvério Pessoa, no mesmo sentido: “A possibilidade de ser processado por baixar música é absurda. Meus melhores amigos são o meu Macintosh e o meu iPod, onde tenho mais de cinco mil arquivos de MP3 e vivo conectado. Como usuário, acho um anacronismo a possibilidade de um processo cair nas nossas costas. Não faz sentido as indústrias fonográficas remarem contra a maré. Elas precisam entender que a troca de arquivos na rede é um caminho sem volta. Eu mesmo vou colocar todas as faixas do meu CD na internet, na boa.

Qual vai ser o critério da ABPD para processar os usuários? Não entendo como alguém pode ser preso porque baixou um disco do Marcelo D2 ou porque fez o download de músicas da Madonna. Sou totalmente a favor, não só do MP3, mas também das cópias.

O artista tem que investir nos shows, nas apresentações, que é quando realmente se ganha dinheiro. Não vejo problemas com os piratas. Ficarei realizado como artista quando encontrar um disco meu para vender nessas barraquinhas de CD pirateados. Hoje, os próprios artistas não se opõem ao MP3. Muitos, inclusive, já utilizam o formato como forma de divulgação. Não vejo razão alguma para combater um formato que já está consolidado, que já faz parte da cultura dos jovens." (Ibidem).

compartilhamento de arquivos serve como plataforma para o sucesso.¹⁰²³ Um discurso mais flexível em torno de direitos autorais, menos jusnaturalista e utilitarista, mais voltado à integridade artística e formas alternativas de se explorar os benefícios da livre reprodução já se encontra em difusão, e defendido pelos próprios destinatários (ainda que em nome) das legislações de direitos autorais.

6.3.4 O discurso do movimento do *software* livre

Já deve ter ficado clara, do exposto até o momento, a importância do discurso do movimento do *software* livre para os debates contemporâneos em torno da idéia de propriedade intelectual, com repercussões práticas consideráveis, se considerarmos não apenas a intensa produção de *software* livre enquanto produto, mas também iniciativas que se inspiraram nos ideais do movimento, como os projetos Creative Commons e Wikipedia, contribuições que se revelam cada vez mais frutuosas para a construção de um *commons* intelectual abrangente.

Apesar de nos referirmos ao “movimento do *software* livre”, há que se diferenciar entre dois movimentos distintos, que concordam quanto a uma pauta valorativa comum, mas divergem em relação à ênfase que conferem a determinados aspectos do fenômeno multifacetado do *software* livre. Colocando o problema em termos rawlsianos, existe uma situação de *consenso sobreposto* (*overlapping consensus*) quanto a um grupo de princípios referentes ao *software* livre,¹⁰²⁴ mas divergência em relação a outros pontos.

¹⁰²³ Caso das bandas Arcade Fire, Clap Your Hands Say Yeah e Arctic Monkeys, para mencionarmos os exemplos mais célebres em que bandas desconhecidas ganharam público e popularidade a partir do compartilhamento de arquivos. Ver, para o caso dos Arctic Monkeys: MONKEYS let the music do the talking. *BBC News*; Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/4644214.stm>>. Acesso em: 01.03.07.

¹⁰²⁴ Rawls concebeu o conceito de consenso sobreposto preocupado com a questão de como compatibilizar a pluralidade de idéias e visões de mundo típicas de uma sociedade democrática com uma concepção pública de justiça que pudesse ser endossada por todos, de modo a conferir legitimidade às instituições sociais. Apesar de ter sido elaborado tendo como referência a sociedade como um todo, o conceito de consenso sobreposto pode ser utilizado para esclarecer a atual situação discursiva em torno do *software* livre, e estabelecer as bases do discurso comum que une ambas as suas sub-comunidades.

Na construção de Rawls, toda sociedade tem uma cultura de fundo, composta por diversas doutrinas abrangentes (filosóficas, religiosas, morais, etc.), que muitas vezes são conflitantes e opostas. Para que exista um discurso público, é necessário um acordo quanto a um núcleo de princípios que todos possam endossar. É tarefa de cada indivíduo, partindo de sua própria visão de mundo, encontrar argumentos que a

Há o movimento original do *software* livre, iniciado (e ainda liderado) por Richard M. Stallman, nos anos 80, e o mais recente movimento *open source*, que data do final dos anos 90. Em relação a ambos, pode-se verificar uma autêntica consciência crítica de linguagem, nos textos mais representativos dos movimentos,¹⁰²⁵ com nítida e deliberada infiltração ideológica nos elementos de linguagem escolhidos, inclusive em relação ao movimento *open source*, que se pretende em alguma medida ideologicamente neutro.

O movimento *free software*, nascido no interior da comunidade científica, é herdeiro do *ethos* dessa comunidade.¹⁰²⁶ Enquanto o objetivo da comunidade científica pode ser descrito em termos da construção de um repertório intelectual comum para a humanidade, o movimento do *software* livre tem como meta a construção de um acervo de *software* livre, no sentido de não-proprietário (desembaraçado pelos limites impostos pelo sistema *default* de *copyright*/direitos autorais). Ambos os objetivos (comunidade científica/movimento do *software* livre) podem ser colocados em termos da construção de um *commons* intelectual, com o *software* representando não apenas instrumentos auxiliares de

compatibilizem com uma concepção pública de justiça, tida como modular por poder ser acoplada a qualquer doutrina abrangente (ver RAWLS, John. *O liberalismo político*, 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 179-219).

No campo da discussão em torno do *software* livre, há consenso sobreposto em torno de um grupo de princípios que devem ser aplicados às licenças de *software*, para que se possa considerar livre determinado programa, mas não há acordo entre os pontos principais dos respectivos programas ideológicos dos movimentos *free software* e *open source*. Os critérios de licenciamento é que acabam unindo os movimentos.

¹⁰²⁵ Em relação ao movimento do *software* livre, os textos publicados nos *sites* oficiais do projeto GNU e da própria Free Software Foundation, boa parte redigidos por Richard M. Stallman, sendo também relevantes os textos das licenças GNU GPL, GNU Lesser GPL e GNU Free Documentation License. Em relação ao movimento *open source*, os textos constantes do *site* da Open Source Initiative, bem como vários dos textos publicados pela editora O'Reilly. Ver: GNU.org, disponível em: <<http://www.gnu.org/>>; Free Software Foundation, disponível em: <<http://www.fsf.org/>>; Open Source Initiative, disponível em: <<http://www.opensource.org/>>. Acesso, para todos, em: 27.02.03.

Para uma compreensão da base discursiva do movimento *free software*, além do exame dos textos e licenças que podem ser encontrados nos endereços indicados, a biografia de Stallman escrita por Sam Williams é bastante reveladora: WILLIAMS, Sam. *Free as in freedom: Richard Stallman's crusade for free software*. Sebastopol: O'Reilly, 2002.

Para a extração e isolamento dos pressupostos discursivos/argumentativos do movimento *open source*, também são particularmente úteis os seguintes textos: RAYMOND, Eric. S. *The cathedral and the bazaar*, revised edition. Sebastopol: O'Reilly, 2001; O'REILLY, Tim. The open source paradigm shift. In: FELLER, Joseph et alii (eds.). *Perspectives on free and open source software*. Cambridge: MIT Press, 2005; PERENS, Bruce. The open source definition. In: DIBONA, Chris; OCKMAN, Sam; STONE, Mark (eds.). *Open sources*. Sebastopol: O'Reilly, 2005. A iniciativa deliberada de se construir uma base discursiva para o movimento *open source* é descrita com bastante clareza em O'REILLY, Tim. Remaking the peer-to-peer meme. In: ORAM, Andy (ed.), *Peer-to-peer: harnessing the power of disruptive technology*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.

¹⁰²⁶ Ver *supra*, item 1.3.5, e KELTY, Christopher. Free science. In: FELLER, Joseph et alii (eds.). *Perspectives on free and open source software*. Cambridge: MIT Press, 2005.

pesquisa/desenvolvimento, mas também um objeto de estudo e conhecimento em si mesmo. Conforme o movimento do *software* livre evoluiu, suas preocupações ampliaram-se de modo a incluir não apenas *software*, mas conhecimento em geral. Atualmente, o movimento propaga o que é um dos principais discursos em torno de questões relacionadas à propriedade intelectual, e serve como base para outros discursos, como o do movimento Cultura Livre (*Free Culture*).¹⁰²⁷

O movimento do *software* livre não é, ao contrário de uma percepção muito difundida (e equivocada em igual medida), um movimento hostil à idéia de direitos autorais ou *copyright* propriamente dita, apesar de abertamente contrário ao termo “propriedade intelectual”, e a determinadas normas e usos de normas de propriedade intelectual. É um movimento que se propõe a construir um sistema alternativo de direitos autorais, no topo do sistema atual, procurando fundar as bases de um acervo intelectual comum a partir de regimes de licenciamento diferenciados. Discursivamente, o movimento do *software* livre parte de um forte discurso de afirmação de direitos civis, com ênfase nos valores da liberdade e solidariedade, preocupando-se muito mais com regimes de licenciamento (tendo como ideais regimes que imponham normas de reciprocidade – *copyleft*), do que com o modelo de desenvolvimento que usualmente é vinculado ao *software* livre (uma instância de *commons-based peer production*).

O movimento *open source*, por outro lado, foi proposto tendo em vista o estabelecimento de um ambiente que proporcionasse segurança aos setores empresariais, de modo a viabilizar o desenvolvimento de um mercado de *software livre* (orientado pela prestação de serviços, não pela venda de produtos).¹⁰²⁸ Ao contrário do discurso do movimento do *software* livre, que não esconde seus componentes ideológicos, o discurso do movimento *open source* se pretende ideologicamente neutro, justamente para não afastar potenciais fontes de investimento. Ambigüidades quanto ao termo “*free*” em inglês, que pode tanto significar “livre” quanto “grátis”, conduziram o movimento *open source* a optar pelo termo “*open*”, referente à abertura dos códigos-fonte dos programas. Ao invés de enfatizar liberdade e solidariedade, o movimento *open source* constrói seu discurso em torno

¹⁰²⁷ Free Culture Foundation. Site disponível em: <<http://freeculturefoundation.org/>>. Acesso em: 27.02.07. Freeculture.org. Site disponível em: <<http://freeculture.org/>>. Acesso em: 27.02.07.

¹⁰²⁸ RAYMOND, Eric S. The magic cauldron. In: RAYMOND, Eric. S. *The cathedral and the bazaar*, revised edition. Sebastopol: O'Reilly, 2001.

dos valores “eficiência” e “qualidade”. O *software open source* seria superior ao *software* proprietário em razão de um modelo de desenvolvimento específico, aberto e colaborativo: a abertura do código permitiria maior facilidade na identificação e correção de erros; a auto-seleção de trabalho por parte de desenvolvedores conduziria a código superior; código elaborado para o atendimento de necessidades específicas dos desenvolvedores motivaria desenvolvimento freqüente etc.¹⁰²⁹ Para o movimento *open source*, falar em liberdade e solidariedade é o mesmo que assustar o setor empresarial; falar em eficiência e qualidade seria, ao contrário, um estímulo para o mercado de *software livre*.

Colocados em um quadro, os principais pontos argumentativos/discursivos dos movimentos podem ser vistos da seguinte maneira:

Quadro 4 – Movimentos *free software* e *open source*¹⁰³⁰

	Movimento <i>free software</i>	Movimento <i>open source</i>
Valores	* liberdade; * solidariedade.	* eficiência; * qualidade.
Objetivos	* garantir a prevalência do <i>software</i> livre sobre o <i>software</i> proprietário, se possível com a total exclusão deste, a partir de um forte discurso de direitos civis.	* promover a adoção e a popularização do <i>software</i> livre a partir de um discurso que ressalte a) a existência de modelos de negócio alternativos àqueles da indústria de <i>software</i> proprietário, e b) a qualidade técnica superior dos programas abertos.
Argumentos principais	* ao usuário de <i>software</i> são devidas algumas liberdades fundamentais; * o <i>software</i> livre é moralmente superior ao <i>software</i> proprietário, porque procura	* a popularização do <i>software</i> livre representa um momento de quebra paradigmática em relação ao modelo do <i>software</i> proprietário, acelerando o processo de conversão dos softwares em <i>commodities</i> , e a

¹⁰²⁹ Ver, em geral: RAYMOND, Eric. S. *The cathedral and the bazaar*, revised edition. Sebastopol: O'Reilly, 2001.

¹⁰³⁰ Quadro construído com base em: STALLMAN, Richard M., *Why 'free software' is better than 'open source'*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-software-for-freedom.html>>. Acesso em: 12.02.06; OPEN SOURCE INITIATIVE, *Frequently asked questions*. Disponível em: <<http://www.opensource.org/advocacy/faq.php>>. Acesso em: 12.02.06; e O'REILLY, Tim. Remaking the peer-to-peer meme. In: ORAM, Andy (ed.), *Peer-to-peer: harnessing the power of disruptive technology*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.

	preservar essas liberdades; * há um dever de assistência mútua e solidariedade entre as pessoas, que a existência de programas livres fortalece e viabiliza, a partir da construção de um repertório compartilhado de ferramentas e informação; * por preservarem mais eficientemente as liberdades dos usuários, licenças de <i>software</i> livre que adotem um modelo de <i>copyleft</i> são preferíveis a licenças que possibilitem a conversão de <i>software</i> livre em <i>software</i> proprietário; * as liberdades salvaguardadas pelo <i>software</i> livre são instrumentais para a garantia de outras liberdades.	transição de modelos de negócio que gravitem em torno da <i>venda</i> de produtos para modelos de negócio que gravitem em torno da <i>prestação de serviços</i>; * o modelo de desenvolvimento do <i>software</i> livre enseja um produto tecnicamente superior àquele produzido sob o modelo de desenvolvimento do <i>software</i> proprietário; * o <i>software</i> livre garante competitividade, ao mesmo tempo em que acelera a rapidez da inovação; * licenças de <i>software</i> livre devem ser julgadas de acordo com os modelos de negócio que se pretenda adotar; não é por eleger um modelo de <i>copyleft</i> que uma licença de <i>software</i> livre é superior a outras

As contribuições discursivas dos movimentos têm sido assimiladas e incorporadas aos debates em torno da propriedade intelectual principalmente por literatura acadêmica – a literatura jurídica norte-americana é bastante representativa, neste sentido –, e são interessantes por corresponderem a argumentos que não podem ser ignorados após o advento da economia de informação em rede.

O movimento do *software* livre coloca em discussão valores que costumam ser deixados de lado nos discursos clássicos de fundamentação da propriedade intelectual, revelando que o sistema vigente de propriedade intelectual não é a única alternativa existente, nem necessariamente a mais desejável, para a produção de conhecimento.

Confiando em impulsos de compartilhamento e de construção colaborativa de conhecimento, o movimento do *software* livre apresenta provas empíricas de como o argumento utilitarista é discutível, ou, pelo menos, como é interpretado de forma

questionável. Os incentivos concedidos, principalmente quanto à exclusividade de reprodução/derivação, não são as únicas vias para a produção de conhecimento e, em muitos casos, colocam entraves à própria finalidade desejada. Carências humanas de divisão de conhecimento, além disso, merecem consideração em um sistema que privilegia uma exclusividade cada vez mais próxima da perpetuidade, em prejuízo da partilha de informação, e favorece uma política de produção de informação estritamente industrial.

O movimento *open source*, por outro lado, também tem relevância ao transferir as discussões para a própria qualidade da informação produzida colaborativamente, e da desnecessidade, pelo menos em algumas situações, dos direitos exclusivos concedidos pelos sistemas atuais de direito autoral. O alerta quanto à importância de se buscar modelos de negócios alternativos, compatíveis com um ambiente de livre troca e produção de informação, também é um ponto expressivo, ainda mais quando os modelos de negócios tradicionais têm direcionado a adoção de normas de propriedade intelectual (e *interpretação* de normas de propriedade intelectual) que tomam como garantida a inevitabilidade de regimes maximalistas. Livre fluxo de informação não equivale a uma impossibilidade de lucro.

Ambas as vertentes dos discursos relacionados à idéia de *software* livre devem ser consideradas quando o tema é propriedade intelectual, sobretudo a de direitos autorais. É necessário que elas sejam trazidas à baila, junto aos discursos clássicos e aos demais discursos contemporâneos, quando se analisa a extensão, propósitos e conformações dos regimes atuais de direito autoral, principalmente quando a análise for de direito constitucional.

6.4 Transição para um estudo jurídico-dogmático

O presente capítulo e os cinco anteriores podem ser vistos como um trabalho de preparação, imprescindível, para a tarefa de interpretação do direito constitucional (e infraconstitucional e internacional) que será realizada em seqüência. Como diz Lessig, os problemas relacionados à propriedade intelectual demoram mais de dez segundos para serem compreendidos.¹⁰³¹ Deve-se tomar cuidado com opiniões de senso comum, evitar

¹⁰³¹ LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, p. xvii.

interpretações fáceis, analisar todos os ângulos do problema e ter consciência de que ideologias se manifestam discursivamente, atuando no plano da pré-compreensão do intérprete.

Analisando-se os discursos expostos, é possível elaborar uma lista de recomendações (obviamente não exaustiva) a serem consideradas em relação ao tema da presente dissertação. São recomendações que seguiremos:

- 1) Deve-se **tomar cuidado com o termo “propriedade”**, nunca se perdendo de vista que “propriedade intelectual” não é a mesma coisa que “propriedade” no sentido habitual da palavra. O conceito é outro, a qualidade de bens a que se refere é distinta, e comparações que recorram a exemplos referentes a objetos materiais devem ser submetidas a exame rigoroso.;
- 2) Deve-se **evitar falar em “pirataria”**; é um termo pouco preciso, que é usualmente empregado em relação a condutas bastante diversificadas, e que é utilizado estrategicamente pela indústria de modo a garantir avaliações incorretas da legislação de direitos autorais, e do regime constitucional ao qual ela se submete. “Pirataria”, assim como “furto” e “roubo” (quando associados à propriedade intelectual) são termos fortes demais, que apelam à emoção e não à razão do intérprete, e obstaculizam uma avaliação ponderada dos interesses em jogo. É melhor que se reserve a palavra a violações de direitos autorais que sejam feitas com intuito de lucro, mas ainda assim é necessário cautela;
- 3) Deve-se chamar “violação de direitos autorais” pelo seu próprio nome: **“violação de direitos autorais”**. A conduta não é equiparável a “furto” e “roubo” em termos morais, e a correspondência jurídica é simplesmente inexistente. “Furto” e “roubo” são figuras típicas próprias, que nenhuma relação guardam com a figura da “violação de direitos autorais”. O termo técnico a ser utilizado é justamente este, e não outro, para que não se incorra em distorções de interpretação. O ideal seria que sequer se falasse em violação de direitos **“autorais”**, porquanto a referência à figura do autor também pode causar distorções. Isso é inevitável, contudo, uma vez que a legislação utiliza explicitamente o nome do autor, ainda que faça referência a um sistema dedicado à tutela de interesses que não são exclusivamente autorais;

- 4) Deve-se encarar o compartilhamento de arquivos como o **fenômeno social sério e relevante** que é. Não se trata, aqui, de uma massa de indivíduos “furtando” ou “roubando” a indústria do conteúdo. Trata-se de uma massa de indivíduos praticando o que – em tese – são violações aos direitos autorais, mas sem intuito comercial e inteiramente fora do mercado. Há benefícios sociais evidentes decorrentes da prática do compartilhamento, e a frequência com que a prática ocorre indica a participação de uma parcela considerável dos cidadãos em um processo de divisão de bens culturais que é expressiva demais para que seja simplesmente considerada inconstitucional/ilegal. É uma prática que tem uma grande medida de legitimidade *de facto*, sustentada por normas sociais de força expressiva, e que merece respeito no momento da interpretação do direito. O intérprete deve tomar cuidado especial para que seus preconceitos realmente se confirmem nos textos interpretados;
- 5) Deve-se **tomar cuidado com números**. Estudos empíricos, como já se viu, não proporcionaram respostas conclusivas quanto aos danos provocados pela prática do compartilhamento (ou qualquer outra forma de violação a direitos autorais) à indústria do conteúdo, e há motivos suficientes para se acreditar que ele possa ser benéfico, dependendo da classe de autores e obras envolvida. Não há motivo, ademais, para se concluir que mesmo o impacto sendo negativo, seja negativo em grau substancial. Há uma série de razões pelas quais a indústria pode presenciar diminuição de lucros, e não se pode estabelecer uma relação de causalidade entre a prática do compartilhamento e a totalidade das quedas em vendas porventura presenciadas. **Qualquer estudo empírico deve ser colocado à prova quanto a seus métodos, e avaliado extensivamente em relação à coleta e interpretação de dados, antes de ser aceito pelo intérprete como elemento a ser considerado em sua atividade;**
- 6) Deve-se **inserir o compartilhamento de arquivos no contexto maior de uma crise da propriedade intelectual**, e o intérprete deve ter consciência de que o assunto é complicado e envolve uma série de interesses distintos, que necessariamente precisam ser considerados na tarefa de interpretação do direito – principalmente na seara constitucional. Não se trata aqui, de uma simples atribuição de competência

- ao Congresso para legislar como bem entenda em matéria de direitos autorais. O Congresso está vinculado à Constituição, e há um dever de interpretação constitucional responsável, não apenas por parte do Legislativo, mas também por parte do Judiciário, Executivo, doutrinadores, cidadãos comuns e grupos de pressão;
- 7) Deve-se ter em mente que a **expressão “direitos de autor”** (ou direitos autorais, direito do autor etc.) **pode ofuscar uma devida compreensão dos interesses em jogo**. Se os discursos clássicos de fundamentação, em suas vertentes utilitarista e jusnaturalista forem levados em consideração – como é inevitável ocorrer – deve-se ter em consciência de que a vertente utilitarista **exige** a avaliação de **outros** interesses individuais, bem como os interesses da coletividade, e de que a defesa jusnaturalista não preclui outros interesses que possam encontrar-se em tensão com os interesses de autores e editores/distribuidores. Defesas vinculando direitos autorais aos direitos da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana devem ser contrastadas a defesas de outros interesses também vinculados ao princípio mencionado. Há questões extremamente complicadas, entrelaçadas com a da proteção autoral, relativas ao direito à educação, liberdade de expressão e acesso à cultura, que exigem avaliação constitucional ponderada. Todo o sistema de limitações aos direitos autorais se vincula ao que a Constituição preceitua, e se as limitações não estiverem exercendo a função que lhes é atribuída – abrir espaço a interesses que se vêem atingidos negativamente pelos direitos autorais – é importante que os dispositivos infraconstitucionais pertinente sejam interpretados em conformidade à Constituição, e à pluralidade de direitos e interesses em conflito;
 - 8) Devem-se considerar os **danos colaterais** que determinadas interpretações do direito podem ocasionar. Proteção maximalista e a defesa de normas proibindo a violação de TPMs e sistemas de DRM devem ser avaliadas tendo-se em consideração os danos que elas possam proporcionar aos demais interesses em jogo. Fundamentação utilitarista *ex post* à propriedade intelectual, em termos gerais, deve ser rejeitada;
 - 9) Deve-se levar em conta a **existência de estratégias alternativas de produção de informação**, ao se valer dos argumentos utilitaristas. **Modelos de negócios**

inovadores também devem ser levados a sério. Argumentos utilitaristas correspondem a uma interpretação teleológica do direito, e deve-se observar se há realmente uma relação de necessidade e adequação entre os meios e fins envolvidos, antes de se aceitar acriticamente prognósticos que tenham a proteção maximalista à propriedade intelectual como imprescindível ao processo de produção cultural. Se existem outras estratégias de produção de informação, estas também devem ser levadas em conta, e a produção industrial não deve assumir posição de prevalência face a elas. Todas as estratégias merecem consideração constitucional, e *diversidade* em termos de produção de informação – já se pode afirmar antes de se passar à interpretação da Constituição –, é algo que merece incentivo em um regime democrático. Os problemas constitucionais relacionados à propriedade intelectual em sentido amplo devem ser orientados face à construção e manutenção de uma infra-estrutura jurídica e tecnológica compatível com a pluralidade de estratégias de produção de informação que se verifica atualmente em tantos projetos e iniciativas de *commons-based peer production*, ou mesmo produção individual fora do mercado ou pautada por um modelo mercado/não-exclusão.

Feita essa síntese, podemos passar ao núcleo dogmático da dissertação. Antes, entretanto, são necessárias algumas considerações quanto às perspectivas teórico-metodológicas de ciência do direito assumidas, não apenas por motivos relacionados ao *status* acadêmico do presente trabalho, mas também por questões de ordem política.

CAPÍTULO 7. PERSPECTIVAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS DE CIÊNCIA DO DIREITO

Os capítulos 1 a 6 corresponderam, como já afirmado, a um esforço de investigação zetética do problema de pesquisa escolhido (e do contexto em que ele se insere), como trabalho preparatório a uma investigação jurídico-dogmática, que então será devolvida ao todo zetético do trabalho para a delineação de conclusões. O referencial teórico base que orienta a dissertação como um todo é a teoria das quatro modalidades de regulação de Lessig, já exposta no primeiro capítulo. Esta é uma teoria jus-sociológica, não preocupada com especificidades de ordem dogmática ou de teoria do direito; Lessig se vale do conceito de direito mais prático diante dos propósitos de sua teoria, que é o de Austin. O modelo de Lessig é muito mais orientado à resolução de disputas de ordem política quanto a *quais* seriam as medidas mais desejáveis a se implementar no plano legislativo – a partir do desvelamento de um jogo entre equivalentes funcionais em matéria regulatória –, do que a oferecer subsídios para a tarefa de interpretação do direito.

O problema de pesquisa escolhido depende, todavia, de investigação dogmática, ainda que realizada no interior de um plano maior, de natureza preeminentemente zetética. Cabe, assim, antes de se passar para o estudo dogmático, esclarecer quais os referenciais teórico-metodológicos adotados para o núcleo de ciência do direito inserido no todo zetético da dissertação. Esta é longe de ser uma tarefa simples, e algumas decisões talvez causem certa estranheza (e perturbação), mas isto é inevitável. O estado atual da literatura jurídica brasileira no que concerne a questões teórico-metodológicas é marcado por extrema confusão, afirmações duvidosas de ruptura paradigmática e disputas acadêmicas extremamente acirradas. Isto, ressalte-se, quando ainda existe uma *consciência* sobre os problemas teóricos e metodológicos e os autores se dedicam a delimitá-los e a tomar um posicionamento. Em muitos casos, o discurso jurídico acadêmico brasileiro permanece indiferente à necessidade de justificação teórico-metodológica, ou se limita a fazer

referências pontuais a autores que não concordam entre si, sem qualquer preocupação com coerência conceitual.¹⁰³²

O título do capítulo indica “perspectivas” teórico-metodológicas, no plural, porque não partiremos apenas de uma. É possível identificar, neste trabalho, *três* perspectivas distintas, uma delas sendo utilizada em um plano *meta*, e as outras duas logo abaixo, separadas e não conjuntamente. No plano *meta*, adotaremos uma postura moderadamente kelseniana, com ênfase nas considerações de Kelsen a respeito da interpretação jurídica. As outras duas perspectivas teóricas adotadas (com suas conseqüências metodológicas) serão duas vertentes teóricas “pós-positivistas”:¹⁰³³ a teoria estruturante de Müller e a teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Ambas, ressalte-se, consideradas separadamente porquanto incompatíveis entre si.

Se causa espanto ao leitor ver uma teoria juspositivista por excelência como a de Kelsen associada a teorias “pós-positivistas”, adverte-se que não há o que temer: o plano *meta* paira sobre os outros dois planos teóricos, considerados paralelamente, sem comunicação com o plano superior (sequer o enxergam), nem comunicação entre si. Em outras palavras, o estudo aplicará, *isoladamente*, métodos fundados em duas perspectivas teóricas diferentes (as de Müller e Alexy), apreciará os resultados de ambas sob uma outra perspectiva (a de Kelsen), e devolverá então esta análise ao todo zetético da investigação, que é orientado pelo modelo de Lessig.

Esta abordagem em compartimentos se justifica por dois motivos: (a) a pluralidade de orientações que contribuem para o discurso jurídico brasileiro contemporâneo impõe a necessidade de se especificar *exatamente* quais os pressupostos teórico-metodológicos do trabalho, e considerá-los de forma *séria*, ou seja, sem miscelânea conceitual arbitrária; (b) tendo preocupações de justificação *política* em primeiro lugar, vemo-nos obrigados, no que

¹⁰³² Silva revela de forma bastante incômoda como a literatura jurídica brasileira de direito constitucional tem adotado uma pluralidade referenciais estrangeiros bastante heterogêneos, sem preocupação com problemas sérios de compatibilidade, via, principalmente, uma leitura irrefletida de obras de Canotilho. Ver SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, a. 91, v. 798, p. 23-50.

¹⁰³³ Entre aspas, porquanto se trata de um termo bastante discutível, conforme veremos *infra*, item 7.1.

tange ao núcleo dogmático do trabalho, considerar perspectivas diferentes, para não receber a acusação de privilegiar uma alternativa em detrimento de outras possíveis.

O corte realizado, admite-se, não é muito abrangente. A escolha é principalmente uma concessão à literatura acadêmica constitucionalista predominante no momento, que busca em Müller e Alexy – algumas vezes de maneira equivocada – recursos para a análise de temas relativos à dogmática de direito constitucional, e não revela uma convicção íntima do autor da dissertação quanto aos méritos das teorias adotadas. Não se tem, com este comentário, o objetivo de se desprestigiar uma ou outra teoria; muito pelo contrário, ambas são interessantíssimas, e merecem toda a consideração da comunidade jurídica. Mas não são as únicas alternativas e, dentre outras, não necessariamente as mais desejáveis.

Tampouco, ressalte-se, far-se-á uma exposição exaustiva de todos os meandros dos pensamentos dos autores referidos. Também será realizado, aqui, um recorte, quanto ao que for mais relevante para o esforço dogmático a ser empreendido nos capítulos 8 e 9. Com a preocupação, entretanto, de se respeitar a coerência interna de cada teoria, evitando-se omissões que tenham o potencial de causar distorções de compreensão das perspectivas adotadas.

O presente capítulo dedica-se, assim, a um posicionamento (justificação) quanto aos referenciais adotados, e sua descrição. Primeiramente, cuidar-se-á de justificar a escolha, fazendo-se uma breve análise do estado atual da teoria do direito na literatura jurídica brasileira, com ênfase na literatura de direito constitucional. Logo após, far-se-á referência a respeito de como e em que medida o pensamento kelseniano será empregado. Finalmente, descreveremos os pontos principais das outras duas abordagens escolhidas. Far-se-á recurso a ambas *separadamente* no capítulo 8, que cuida da análise do direito constitucional pertinente. O capítulo 9, referente a questões de direito infraconstitucional e internacional, será pautado pelas conclusões do capítulo 8.

7.1 Positivismo(s) e pós-positivismo(s): afirmações precoces de ruptura paradigmática

Diz-se que atualmente vivemos em uma fase de superação do positivismo jurídico, com o advento de teorias “pós-positivistas” emancipatórias dos “terrores” causados pelo positivismo, ao qual se atribui a responsabilidade por uma série de mazelas sociais. Fala-se,

ainda, em um “neoconstitucionalismo”, e como estaríamos vivenciando um momento de ruptura paradigmática no campo do direito, rumo a uma suplantação de juspositivismo e jusnaturalismo por um novo paradigma.¹⁰³⁴

As afirmações definitivamente cumprem algumas funções acadêmicas (estabelecem linhas de pesquisa, identificam “novos” objetos de estudo, demarcam território para alguns professores etc.), mas não deixam de causar alguma perplexidade. Principalmente quando se examina o que exatamente se defende como “pós-positivismo” e “neoconstitucionalismo”, e se considera a opinião dos autores sobre qual, afinal, o paradigma que supostamente está sendo superado. Além de não se identificar com muita precisão este paradigma, é de se questionar a viabilidade de se estabelecer viradas paradigmáticas *por decreto*. Se se parte do pressuposto de que a ciência do direito encontra-se em uma fase de desestruturação, rumo a uma transição paradigmática, também há que se levar em conta que paradigmas *competem* entre si por adesão e futura articulação pela comunidade científica.¹⁰³⁵ As discussões travadas atualmente valem-se de um discurso que lauda as virtudes e potencialidades de “um novo paradigma”, anunciam o potencial progressista do direito sob este paradigma (solução para todos os problemas sociais vinculados a direitos fundamentais), e tomam a questão como resolvida (ou fazem apelos à comunidade jurídica quanto à necessidade de aceitar as novas propostas).

A situação teórica contemporânea é, entretanto, muito mais tumultuosa do que os relatos podem dar a entender. Ao invés de se falar no advento de **um** pós-positivismo, pode-se muito bem falar, como lembra Campilongo, em “pós-positivismos”, no plural, que atualmente disputam entre si por dominação, e neste sentido são propostas “pré-paradigmáticas”.¹⁰³⁶ E da mesma forma que é possível falar-se em pós-positivismos, também é possível falar-se em *positivismos*, no plural.

¹⁰³⁴ Ver, por exemplo: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003; STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

¹⁰³⁵ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975, p. 43-44.

¹⁰³⁶ Aula ministrada no programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, disciplina de Teoria Geral do Direito, em 02.08.04.

7.1.1 Positivismos

Bobbio, notando a diversidade abrigada pelo rótulo “positivismo jurídico”, estabelece três critérios segundo os quais é possível compreender o sentido da expressão.¹⁰³⁷ Quando se fala em positivismo jurídico, pode-se referir a (a) um modo de encarar o estudo do direito (juspositivismo enquanto “*approach*”); (b) uma teoria do direito (juspositivismo teórico); e (c) uma ideologia (juspositivismo ideológico). Enquanto “*approach*”, entende-se que “partir del derecho tal como es y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el de proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema del derecho vigente”.¹⁰³⁸ Enquanto teoria, entende-se que “es facticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que directa o indirectamente son formuladas por el Estado”.¹⁰³⁹ E enquanto ideologia, entende-se que “el derecho, por la manera como es puesto y hecho valer o por el fin al que sirve, cualquiera que sea su contenido, tiene por sí un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicionada a sus prescripciones”.¹⁰⁴⁰ Aceitar o positivismo jurídico enquanto “*approach*” e enquanto teoria não significa necessariamente aceitá-lo como ideologia.¹⁰⁴¹ A proposta kelseniana, por exemplo, não é representativa de um positivismo ideológico, conforme os critérios estabelecidos por Bobbio,¹⁰⁴² por mais que se tente propagar o clichê absurdo de que a Teoria Pura do Direito serviria para justificar (no sentido de chancelar) estados totalitários.

Mas mesmo no plano estritamente teórico há grande espaço para variedade, em se tratando do positivismo jurídico, o que pode ser constatado a partir de uma análise que leve em conta os *conceitos de direito* adotados por diferentes teorias. Conforme Alexy, pode-se construir um conceito de direito a partir da relação entre três elementos: (a) legalidade

¹⁰³⁷ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1965, p. 37-64.

¹⁰³⁸ Ibidem, p. 49.

¹⁰³⁹ Ibidem, p. 50.

¹⁰⁴⁰ Ibidem, p. 50-51.

¹⁰⁴¹ Ibidem, p. 40-41.

¹⁰⁴² Ibidem, . 48-49.

conforme o ordenamento; (b) eficácia social; (c) correção material.¹⁰⁴³ Caso se confira ênfase à correção material, em detrimento de legalidade e eficácia social, está-se a defender um conceito de direito jusnaturalista. Se, ao contrário, deixa-se de lado a correção material, e constrói-se um conceito de direito pautado por legalidade e/ou eficácia, está-se a defender um conceito de direito juspositivista, abrindo-se espaço para um número de abordagens juspositivistas diferentes conforme a intensidade recaia sobre legalidade ou eficácia.¹⁰⁴⁴

A proposta kelseniana, como se percebe, é *uma* de várias abordagens de juspositivismo teórico possíveis, e é bastante discutível que ela seja paradigmática, se formos considerar o quão pouco lido e compreendido é Kelsen, e o papel que este estabelece para o cientista do direito.¹⁰⁴⁵ Além disso, cumpre ressaltar que o que é “paradigmático” na academia, pode não ser paradigmático em juízo, por mais que aquela deseje dar conformidade ao que sucede neste (certos pós-positivismos têm um nítido caráter normativo-prescritivo, que se volta não apenas à ciência do direito, mas também ao trabalho efetivamente executado pelos profissionais do direito).

7.1.2 “Pós-positivismos”, “neoconstitucionalismo” e diversidade teórica

O próprio rótulo “pós-positivismo”, tal como adotado pela literatura brasileira, é longe de ser imune a críticas. Não deixa de ser o “pós-moderno” do universo jurídico, e tem sido alvo de muitos abusos por parte de autores nacionais. Reporta-se ao “pós-positivismo” como se fosse um grande movimento de escala mundial, fazendo-se referência a um grupo de autores que, em alguns casos, discordam veementemente entre si, e em poucos casos explicitamente identificam-se como pós-positivistas (Müller é um deles).¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴³ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, p. 21. Seguindo linha de raciocínio semelhante, com base nos três mesmos critérios (valendo-se de “justiça” ao invés de “correção material”), mas aplicados à uma análise da norma jurídica, ver: BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 45-68.

¹⁰⁴⁴ “La tripartición muestra que el positivismo dispone de dos elementos definitorios. Un positivista puede excluir el elemento de la corrección material pero, puede precisar de manera muy diferente la relación entre los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Surgen así numerosas variantes” (Ibidem, mesma página).

¹⁰⁴⁵ Ver *infra*, item 7.2.

¹⁰⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 47-48. Como diz Dimoulis, “[...] os autores nacionais que se intitulam pós-positivistas, baseando sua abordagem em uma rejeição do positivismo jurídico e constituindo,

“Neoconstitucionalismo”, a seu turno, é um rótulo ainda pior. O que significa, afinal, neoconstitucionalismo? Dois autores que usam o termo, Barroso e Streck, parecem discordar quanto ao que ele representa, se formos considerar o apelo de Barroso a teorias da argumentação e o desprezo de Streck por estas.¹⁰⁴⁷ Em última análise, o rótulo quer reunir modificações e disputas de ordem teórica que têm afetado a academia jurídica nos últimos anos, como se fossem uniformemente conducentes a uma ruptura paradigmática, simplificando um campo discursivo que é razoavelmente heterogêneo. Neoconstitucionalismo, atualmente, é exatamente o que cada autor que utiliza o termo quer que ele represente e nada mais. E o mesmo vale para pós-positivismo.

Ao invés de contribuir para lucidez teórico-metodológica – com espaço a discordância e dissenso produtivo –, procura-se unificar uma série de abordagens distintas, em contraposição a um juspositivismo supostamente definhante. Observe-se que mesmo quando os autores discordam quanto ao que realmente implica ser pós-positivista e neoconstitucionalista, há nítida concordância quanto às *estratégias argumentativas* utilizadas, que são exatamente as mesmas: (1) ataques ao juspositivismo; (2) afirmação de uma ruptura paradigmática; (3) sustentação de um pós-positivismo (ou simplesmente de um “novo paradigma”, por parte dos que se dignam a evitar o rótulo), que é preenchido ao bel-prazer do autor, defendendo suas perspectivas com pretensões universais.

Contudo, há *várias* perspectivas que influenciam a teoria do direito que se faz (ou, em alguns casos, se resenha) atualmente Brasil. Não exaustivamente, e em diversas áreas, podemos apontar:

na atualidade, a corrente que predomina nos debates sobre a teoria do direito não possuem uma clara orientação teórica, limitando-se a uma retomada de posturas idealistas do passado e fazendo referências ecléticas a autores estrangeiros cujas obras são teoricamente incompatíveis entre si e, seguramente, não podem ser classificadas em uma única corrente” (Ibidem, p. 62-63).

¹⁰⁴⁷ Contrapor BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, a STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- a) Recurso à sociologia, sobretudo a partir das abordagens diametralmente opostas de Luhmann¹⁰⁴⁸ e Habermas (tanto para se fazer sociologia do direito, quanto para se tentar encontrar subsídios para a construção de uma teoria do direito a partir de contribuições da sociologia);
- b) Apelo à hermenêutica filosófica heideggeriana/gadameriana;¹⁰⁴⁹
- c) Inspiração na literatura acadêmica norte-americana contemporânea, principalmente ao pensamento de Dworkin e, em menor escala, Rawls;
- d) Abordagens que incorporam elementos do positivismo lógico à teoria do direito, inspiradas em Wittgenstein;¹⁰⁵⁰
- e) Referências ao pensamento de autores que se dedicam a teorizações mais estritamente dogmático-jurídicas, e que por sua vez são influenciados por perspectivas teóricas distintas, como as de Müller e Alexy;¹⁰⁵¹
- f) Infiltração – ainda tímida, mas tendente ao crescimento –, na literatura nacional, da análise econômica do direito,¹⁰⁵² sobretudo em obras de direito concorrencial e econômico;

¹⁰⁴⁸ Como, por exemplo, Celso Fernandes Campilongo e Marcelo Neves. Ver: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002; NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994; NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁰⁴⁹ O maior representante da corrente é Lenio Luiz Streck. Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁰⁵⁰ Caso de Paulo de Barros Carvalho.

¹⁰⁵¹ Por vezes misturando – conscientemente ou não – perspectivas incompatíveis, como por exemplo Canotilho e Barroso, ou por vezes limitando-se a seguir apenas um dos autores, como é o caso de Silva com Alexy, e Bornholdt com Müller. Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002; BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003; e SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005; BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2005.

¹⁰⁵² Bastante influente nos EUA, a corrente da *law and economics* é bem menos expressiva nos países da Europa continental e na América Latina, mas é uma questão de tempo para que ganhe mais força no Brasil. Ver

- g) Abordagens de semiótica jurídica;¹⁰⁵³
- h) Autores que se filiam a correntes jusnaturalistas;¹⁰⁵⁴
- i) Insistência em um juspositivismo kelseniano,¹⁰⁵⁵ ou em outras vertentes positivistas.¹⁰⁵⁶

Não há, como se pode perceber, uma *concordância* quanto aos pressupostos de teoria do direito de modo a justificar a declaração de que exista um novo paradigma em superação a um paradigma anterior (que a seu turno, é menos nítido do que se costuma defender, como se verá abaixo). No máximo, estamos em um período de disputas paradigmáticas: a revolução ainda não chegou. Lamentavelmente, não é raro ver estudos que partem de *todas* as abordagens acima indicadas como se elas fossem compatíveis entre si e constituíssem, em bloco, uma virada paradigmática. Não se quer, aqui, dizer que inexistia espaço para comunicação entre as diferentes propostas, ou que esforços de síntese sejam inviáveis, mas simplesmente que (a) *algumas* das perspectivas não são compatíveis entre si, (b) são heterogêneas demais para que se faça afirmações de virada paradigmática, e (c) deve-se tomar cuidado especial com coerência ao se valer de referenciais teóricos tão díspares.

7.1.3 Positivismo, “teoria da razão” e auto-descrição do direito (Luhmann)

Já se referiu aqui algumas vezes à nebulosidade em torno de qual, exatamente, seria o paradigma sucumbente face às afirmações precoces de ruptura paradigmática. Se formos nos deter às abordagens teóricas que partem de dentro do próprio sistema do direito – seguindo neste ponto, e apenas neste, a análise feita por Luhmann¹⁰⁵⁷ – é possível dizer que

POSNER, Richard A. Law and economics in common-law, civil-law, and developing nations. *Ratio juris*, v. 17, n. 1, p. 66-79.

¹⁰⁵³ ARAÚJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

¹⁰⁵⁴ Ver NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002.

¹⁰⁵⁵ Um bom exemplo são alguns autores associados à Escola de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, como Celso Antônio Bandeira de Mello.

¹⁰⁵⁶ Dimoulis, por exemplo, propõe um positivismo pautado por um “pragmatismo jurídico-político”. Ver DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

¹⁰⁵⁷ Com a ênfase, queremos dizer que este não se trata de um estudo que adota a teoria da sociedade de Niklas Luhmann, mas aproveita a descrição extremamente lúcida que o autor faz da situação atual da teoria

não há apenas *um* paradigma, mas duas vertentes opostas que dominam o discurso jurídico-teórico contemporâneo, e que não há, atualmente, expectativa de resolução para o conflito. Observe-se que para Luhmann, tanto a filosofia do direito e as teorias dogmáticas tradicionais, quanto as mais recentes “teorias do direito” de viés interdisciplinar, são abordagens teóricas que nascem do interior do próprio sistema do direito, mesmo quando pretendem colocar-se em um ponto de observação exterior a ele:¹⁰⁵⁸ são teorias de autodescrição do sistema.¹⁰⁵⁹

do direito (a partir, é claro, de um ponto de vista sociológico). Ver, especialmente: LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 53-75 e 421-463).

Para uma exposição sintética da complexa teoria luhmanniana, com ênfase nos sistemas jurídico e político, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, p. 65-100. Luhmann desenvolve um modelo teórico que tem como uma de suas dicotomias centrais a de sistema/ambiente, construindo uma teoria da sociedade enquanto um sistema autopoiético cuja operação básica é a *comunicação*. É nesse contexto que se devem avaliar suas considerações a respeito do estado atual da teoria do direito, às quais fazemos referência no presente trabalho. O que separa o sistema da sociedade de seu ambiente (no qual se encontram outros sistemas, como os sistemas psíquicos e biológicos), é uma operação-base que só a sociedade tem: *comunicação*. Comunicar compreende: o ato de comunicar, o que é comunicado, e a compreensão do que é comunicado. Após um lento processo de evolução, a sociedade se diferenciou internamente em subsistemas, cada qual com uma espécie de comunicação que lhe é peculiar, e uma função que lhe é específica (diferenciação funcional). Assim é que o sistema jurídico opera por meio de comunicação jurídica, o econômico por meio de comunicação econômica, o político por meio de comunicação política, e assim por diante, distinguindo-se as comunicações por códigos específicos. Comunicação jurídica é aquela orientada pelo código lícito/ilícito; comunicação política é aquela pautada pelo código governo/oposição etc. No que tange ao aspecto funcional, o sistema jurídico procura estabilizar expectativas normativas (contrafáticas), e o sistema político, formar decisões coletivamente vinculantes, e a cada subsistema da sociedade é atribuível uma função que lhe é peculiar, e apenas ele cumpre.

Os sistemas concebidos por Luhmann são operativamente fechados (são *autopoiéticos* – suas operações só podem ser geradas por operações do próprio sistema, que se autoreproduz), mas cognitivamente abertos (podem “aprender” sofrendo “irritações” do ambiente). Sendo cognitivamente abertos, os sistemas desenvolvem mecanismos de *acoplamento estrutural*, que são estruturas que permitem a um sistema absorver as demandas de outros, e as traduzir no seu repertório interno. A constituição é um exemplo desses mecanismos, acoplando estruturalmente política e direito, representando, neste sentido, para Luhmann, uma *aquisição evolutiva* que apenas se observou após o processo evolutivo de diferenciação interna da sociedade, uma vez que o sistema político separou-se do jurídico (LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.) *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996). Ver, além do já citado *Law as social system* (tradução em inglês de *Das Recht der Gesellschaft*): LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Mexico/Barcelona: Iberoamericana/Anthropos, 1996; LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto: contributi allá sociologia e allá teoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985; NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Guadalajara-Barcelona: ITESO, Anthropos, 1996.

¹⁰⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Law as social system*, p. 54-55.

¹⁰⁵⁹ Teorias de autodescrição do sistema são teorias reflexivas – que se voltam ao próprio sistema – cujo propósito é dar fundamento à unidade do sistema (ibidem, p. 424). Elas se diferenciam de outras teorias jurídicas feitas no interior do sistema do direito (como aquelas da dogmática jurídica) a partir de uma distinção entre filosofia do direito (ou teoria do direito), de um lado, e jurisprudência (ou ciência do direito)

A primeira das vertentes em conflito é o **positivismo jurídico**, que começou a ganhar vulto desde a segunda metade do século XVIII e se estabeleceu firmemente a partir de 1800, suplantando o jusnaturalismo. Já a segunda vertente teve origem após a falência teórica e semântica do direito natural,¹⁰⁶⁰ a partir da formação de uma nova abordagem jurracionalista na forma de uma “**teoria da razão**” que se vale de argumentos produzidos no interior do próprio sistema para sustentar que existem razões melhores e piores de decisão para controvérsias jurídicas, princípios razoáveis e valores últimos do sistema.¹⁰⁶¹ Luhmann indica Dworkin como o autor mais representativo desta segunda vertente.¹⁰⁶²

Ambas as vertentes de autodescrição do direito, conforme Luhmann, podem ser vistas como um “debate sobre o positivismo” em que cada lado critica os defeitos do outro sem enxergar os próprios,¹⁰⁶³ e para o qual não há solução para o presente ou futuro próximo.¹⁰⁶⁴ Desta maneira, o sistema do direito produz um número de autodescrições

de outro (ibidem, p. 425). Essas teorias envolvem um paradoxo: um sistema apenas consegue enxergar a unidade do próprio sistema a partir da perspectiva do ambiente, mas não tem recurso a qualquer outra operação que não consista em comunicação que seja própria do sistema (“clausura operacional”, no linguajar luhmanniano). Ainda assim, as teorias autodescritivas colocam-se como se fossem observações externas ao sistema do qual fazem parte (ibidem, p. 451). Por este motivo é que se diz que as teorias auto-descritivas correspondem a uma tarefa paradoxal: lidam com descrição interna, como se descrição externa fosse (ibidem, p. 459). A teoria pura do direito, por exemplo, seria uma teoria autodescritiva, feita no interior do sistema do direito, que se assume como uma descrição deste sistema feita a partir do sistema da ciência (ibidem, p. 429).

¹⁰⁶⁰ “The natural law of old Europe is so far back in the past and is so removed from us today that not even the full extent of this distance registers properly with us. On the other hand, the reflexive theories in current legal thought can be understood only if we see both that distance and how they developed from natural law and, in doing so, encountered the problems that define the current discussion” (ibidem, p. 431).

¹⁰⁶¹ Ibidem, p. 442.

¹⁰⁶² Ibidem, mesma página.

¹⁰⁶³ Ibidem, p. 440. Por exemplo, em relação aos proponentes da “teoria da razão”: “To the same degree that understanding for the views of others increases and becomes a requirement of civilized behaviour, so hope in the persuasive power of a common creed diminishes. Hence all that is left to the theory of reason is to justify its statements in an increasingly polemical way and to warn that doing away with all common grounds or values subjects everything to arbitrariness. All those who reject this are called destructive, nihilists, anarchists, decisionists, opportunists, positivists. From there it is only a short step to insinuating or arguing openly that theories of this kind are disposed to or, in a given context, can be used to legitimize any crime in society and, above all, any political crime” (LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*, p. 442).

Em relação aos defeitos da teoria da razão e do positivismo, respectivamente, diz o seguinte: “[...] the defect of one approach is the absence of a reason for validity in a decision between conflicting principles. The defect of the other is the absence of an ultimate justification for what is practised as valid law. Neither of these approaches to the self-description of the system can account for the unity of the system in the system. Validity and justifying reasoning cannot be reconciled and hence one must opt for one version or the other”. (Ibidem, p. 448).

¹⁰⁶⁴ Luhmann sugere que talvez fosse possível, às teorias autodescritivas, buscar amparo na teoria dos sistemas por ele proposta, considerando (no jargão da teoria) a hipótese de um acoplamento estrutural entre os sistemas da ciência e do direito a partir do mecanismo da *teoria* (Ibidem, p. 458-459). Mas também observa o seguinte: “However, this would mean designing reflexive theory in far more complex way. For the legal system is, after

diferentes seguindo essas vertentes, o que enseja problemas de consistência que não conseguem ser solucionados pela falta de contato entre os dois campos principais de auto-descrição.¹⁰⁶⁵

Neste contexto, observa-se como é problemático falar-se em ruptura paradigmática quanto aos fundamentos teóricos da ciência do direito, e como autores deveriam proceder com cautela antes de avocar para si o papel de arauto de uma revolução científica no campo do direito.

A postura aqui adotada frente ao “debate sobre o positivismo” apontado por Luhmann é a mais conservadora o possível, diante das circunstâncias: um “retorno” ao kelsenianismo, ainda que em um plano metateórico (ou profundo; ou de observação).

7.2 Kelsenianismo moderado como posição metateórica

O principal motivo da opção pela teoria pura do direito como ponto de partida para a estrutura teórico-metodológica adotada é o seguinte: Kelsen delimita, com precisão, campos distintos para considerações de ordem jurídica, de ordem política, e de ordem moral, delineando um campo epistemológico nítido para a ciência do direito. Por mais criticável que a abordagem kelseniana seja,¹⁰⁶⁶ é impossível dizer que ela não seja clara, que não almeje ser compreendida por qualquer pessoa que se dedique a ler os escritos do autor, e que careça de rigor lógico. A opção por um estudo kelseniano, apesar de não ser politicamente correta no contexto atual da literatura jurídica nacional, é muito mais segura do que partir para um “pós-positivismo” sincrético¹⁰⁶⁷ como o que domina atualmente o discurso de alguns constitucionalistas.

all, a sub-system of the social system and, in referring to society, it thus refers both to its environment inside society and to itself. In this form, which is guided by systems theory, we can perhaps find a convincing solution to the problem. However, this has not yet been attempted, at least not in a form that could demonstrate its benefits to the legal system's own operations” (Ibidem, p. 430).

¹⁰⁶⁵ Ibidem, p. 455.

¹⁰⁶⁶ Ver, para um apanhado: BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980, p. 119-142.

¹⁰⁶⁷ Aqui, novamente, cumpre lembrar o artigo de Silva: SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005

Em um trabalho, ademais, com um núcleo dogmático mas preocupações predominantemente zetéticas, ela já é o suficiente: cumpre o propósito funcional adequado de viabilizar uma análise do direito positivo, a ser utilizada em um estudo que se preocupa mais com questões de política do direito do que dogmática jurídica pura. Não fosse isso o bastante, acomoda-se perfeitamente com o modelo teórico de Lessig, cujas bases já foram descritas no primeiro capítulo. Como Lessig parte do conceito de direito de Austin, compatível com o de Kelsen,¹⁰⁶⁸ isso nos permite associar a análise de direito positivo aqui realizada, como se fosse um módulo, aos módulos de análise das normas sociais, do mercado e, sobretudo, de arquitetura, aos quais nos dedicamos nos capítulos precedentes.

Mas já se disse que o recurso ao pensamento kelseniano ocorrerá em um plano metateórico, o que demanda explicações. Como se vislumbra, em outras palavras, a interação (ou melhor, a *falta* de interação), entre a perspectiva kelseniana profunda, e as outras duas perspectivas que serão trabalhadas na superfície? As respostas se encontram na própria Teoria Pura do Direito e, especialmente, nas considerações que Kelsen faz a respeito da tarefa da interpretação do direito, sua “teoria da interpretação”.¹⁰⁶⁹

A perspectiva aqui adotada é kelseniana no sentido de que:¹⁰⁷⁰ (a) aceita a distinção feita por Kelsen entre direito e moral, e direito e política jurídica; (b) tem como correta a distinção entre *ser* e *dever ser* (não necessariamente em termos ontológicos, mas como pressuposto funcional para o raciocínio jurídico-dogmático); (c) adota a idéia de que as ciências normativas (direito e ética) são organizadas por um princípio diferente do que aquele que rege as ciências naturais (princípio da imputação, em oposição ao princípio da

¹⁰⁶⁸ Diz o próprio Kelsen: “A orientação da teoria pura do Direito é, em princípio, a mesma da chamada jurisprudência analítica. Como John Austin, no seu famoso *Lectures on Jurisprudence*, a teoria pura do Direito procura obter seus resultados exclusivamente por meio de uma análise do Direito positivo. Toda asserção exposta por uma ciência do Direito deve estar fundamentada numa ordem jurídica positiva ou numa comparação dos conteúdos de várias ordens jurídicas. É confinando a jurisprudência a uma análise do Direito positivo que se separa a ciência jurídica da filosofia da justiça e da sociologia do Direito e se obtém a pureza do seu método. Neste aspecto, não existe nenhuma diferença essencial entre a jurisprudência analítica e a teoria pura do Direito. No que elas divergem, elas o fazem porque a teoria pura do Direito tenta conduzir o método da jurisprudência analítica de modo mais coerente que Austin e seus seguidores” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. xxx-xxxi).

¹⁰⁶⁹ “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É *teoria geral do Direito*, não *interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais*. Contudo, fornece uma *teoria da interpretação*” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 1, grifamos).

¹⁰⁷⁰ Tomamos como referência, principalmente, a segunda edição da *Teoria pura do direito*: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

causalidade); (d) encara o direito enquanto um processo de produção normativa que parte da norma fundamental, passa pela constituição e pelas leis ordinárias, e termina na criação de uma norma concreta e específica pelo Judiciário (sentença), Administração Pública (ato administrativo) e particulares (contratos); (e) assume que a tarefa da ciência do direito é apenas identificar, dentro de uma moldura fixada pelas normas interpretadas, quais as interpretações possíveis nestes limites.

Para Kelsen, o direito é visto como uma ciência normativa – regida, portanto, não pelo princípio da causalidade, mas pelo princípio da imputação¹⁰⁷¹ – que se diferencia da ética porquanto voltada a um sistema dinâmico, e não estático,¹⁰⁷² constituindo uma ordem coativa¹⁰⁷³ cujos mecanismos de aplicação de sanção são centralizados.¹⁰⁷⁴ O sistema do direito é tido como um constante *processo* de produção normativa,¹⁰⁷⁵ que se inicia a partir do estabelecimento da primeira constituição – precedida por uma norma fundamental pressuposta, que dá fecho ao mecanismo de atribuição de validade que sustenta o ordenamento –, e é propagado escalonadamente de normas gerais e abstratas até normas individuais e concretas, com a positivação das quais têm fim várias – e constantes – possíveis manifestações do processo.¹⁰⁷⁶ Desta maneira, a atividade do juiz ou do órgão da administração pública que aplica o direito não é apenas “aplicadora”, mas sobretudo criadora.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷¹ Ibidem, p. 100-102.

¹⁰⁷² Kelsen, Hans. A doutrina do direito natural e o positivismo jurídico. In: Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 570-572.

¹⁰⁷³ Ibidem, p. 35-37.

¹⁰⁷⁴ Ibidem, p. 39-40 e 71.

¹⁰⁷⁵ Sendo este, para Bobbio, o traço marcadamente positivista do pensamento kelseniano. Apenas a partir do momento em que o direito é tido como um produto, e não como um dado, e que estudá-lo não implica descobri-lo ou revelá-lo, mas interpretar uma atividade humana de criação e recriação permanentes, é que se está diante de uma abordagem positivista (BOBBIO, Norberto. *Diritto e potere: saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 93).

¹⁰⁷⁶ “A partir de uma perspectiva dinâmica, a norma individual criada pela decisão judicial é um estágio de um processo que começa com o estabelecimento da primeira constituição, é continuado pela legislação e pelo costume, e conduz a decisões judiciais. O processo é completado pela execução da sanção individual. Os estatutos e as leis consuetudinárias são, por assim dizer, apenas produtos semimanufaturados, acabados apenas através da decisão judicial e da sua execução. O processo através do qual o Direito se recria constantemente vai do geral e abstrato ao individual e concreto. Trata-se de um processo de individualização e concretização constante e crescente” (Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 196).

¹⁰⁷⁷ “Apenas o preconceito, característico da jurisprudência da Europa continental, de que o Direito é, por definição, apenas normas gerais, apenas a identificação errônea do Direito com as regras gerais do Direito

Nesse contexto, cabe à ciência jurídica o estudo das normas que compõem o direito, por meio da elaboração de *proposições jurídicas*, isto é, juízos hipotéticos que desvendam os esquemas imputacionais consubstanciados nas normas jurídicas, descrevendo que sob certas condições ou pressupostos pelo ordenamento jurídico fixados, devem intervir conseqüências determinadas pelo mesmo ordenamento.¹⁰⁷⁸ As proposições jurídicas não se confundem com as normas jurídicas, que trazem proposições prescritivas, e a preocupação da ciência do direito é apenas a emissão de proposições descritivas, na forma de proposições jurídicas. As conseqüências da teoria da interpretação de Kelsen para o papel a ser exercido pela ciência do direito são interessantes.

Durante o processo de produção normativa, quando se mostra necessária uma interpretação do direito, há sempre um *universo* de possibilidades de decisão vistas por Kelsen como “indeterminações” do ato de aplicação do direito, e que podem ser intencionais ou não-intencionais.¹⁰⁷⁹ Intencionais, quando as próprias normas conferem uma margem de discricionariedade ao intérprete.¹⁰⁸⁰ Não-intencionais, em razão daquilo que Hart denomina de “textura aberta” das normas,¹⁰⁸¹ ou seja em razão da própria natureza de indeterminação da linguagem.¹⁰⁸² O criador da norma individual e concreta recebe, no ato de criação, o influxo de normas da moral, de concepções de justiça, de

estatutário e consuetudinário, poderiam obscurecer o fato de que a decisão judicial continua o processo criador de Direito, da esfera do geral e abstrato para a esfera do individual e concreto” (Ibidem, p. 197).

¹⁰⁷⁸ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, p. 80.

¹⁰⁷⁹ Ibidem, p. 388-390.

¹⁰⁸⁰ Ibidem, p. 388-389.

¹⁰⁸¹ HART, H. L. A. *The concept of law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 127-128. A textura aberta implica que “[...] there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests, which vary in weight from case to case” (ibidem p. 135), ainda que nem sempre: “[...] the life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determinate rules which, unlike the applications of variable standards, do *not* require from them a fresh judgment from case to case” (Ibidem, p. 135, grifo no original).

¹⁰⁸² “[...] a indeterminação do ato jurídico pode também ser a conseqüência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. A mesma situação se apresenta quando o que executa a norma crê poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela decisão verbal, existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta à questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada. De todo o modo, tem de aceitar-se como possível investigá-la a partir de outras fontes que não a expressão verbal da própria norma, na medida em que possa presumir-se que esta não corresponde à vontade de quem estabeleceu a norma” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 388).

valores sociais, de pressões políticas etc., de modo que há uma abertura muito grande para o indivíduo a criar a norma individual e concreta, desde que não se extrapole uma moldura determinada pelas normas gerais e abstratas, no interior da qual há espaço para decisões com base em critérios não-jurídicos.¹⁰⁸³ Há uma grande margem de liberdade, portanto, para o criador da norma.

Interpretar, para Kelsen, compreende justamente *a fixação de uma moldura com base no texto das normas*, dentro da qual são lícitas múltiplas leituras e a sugestão de proposições jurídicas que podem muito bem ser contraditórias.¹⁰⁸⁴ Os métodos a serem utilizados para a interpretação do direito, além disso, podem ser os mais variados possíveis, sem que exista um método capaz de conduzir a um resultado que seja o único correto:¹⁰⁸⁵ a perspectiva kelseniana está aberta à pluralidade metodológica. Diante deste quadro, à ciência do direito cumpre estritamente a tarefa de fixar a moldura e indicar as proposições jurídicas que podem conviver no interior de seus limites. A *escolha* dentre as proposições jurídicas apontadas pela ciência do direito como presentes no interior da moldura, no momento da criação de normas jurídicas individuais e concretas, é uma questão de *política do direito*,¹⁰⁸⁶ e

¹⁰⁸³ “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato” (ibidem, p. 393).

¹⁰⁸⁴ “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (ibidem, p. 390-391, grifos no original).

¹⁰⁸⁵ Ibidem, p. 391-392.

¹⁰⁸⁶ “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis

está, evidentemente, sujeita às orientações de ordem moral e ideológica próprias do aplicador-criador (e, para utilizar o vocabulário gadameriano, à influência de preconceitos e pré-juízos no processo de compreensão). Como diz Dimoulis, “o estudo da teoria da interpretação de Kelsen desmente a difundida opinião que o apresenta como adepto da aplicação automática das leis e como crítico da subjetividade do juiz”.¹⁰⁸⁷

É possível criticar a teoria da interpretação de Kelsen tanto pela falta de propositura de um método para a fixação da moldura,¹⁰⁸⁸ quanto pela crença de que é possível, mesmo no plano da ciência do direito, fixar-se uma moldura como se o intérprete científico estivesse imune ao influxo de interferência ideológicas e emocionais que afeta o aplicador-criador do direito. Seguindo esta última linha de raciocínio, Ross critica a teoria da interpretação de Kelsen afirmando que, no pensamento deste, “a interpretação doutrinária degenera num dogmatismo no qual os postulados políticos são mascarados por uma falsa objetividade científica”,¹⁰⁸⁹ e que “a idéia de uma interpretação puramente lógica, isenta de todo pragmatismo é uma ilusão [...]”.¹⁰⁹⁰ Defende Ross que se deve ter consciência de que há decisões valorativas e atitudes emocionais em jogo, e que “a solução está em ser consciente acerca delas e apresentá-las como pressupostos explícitos; e [...] que as conclusões práticas sejam expressas como recomendações e não como postulados”.¹⁰⁹¹

São críticas que têm razão de ser, mas a abordagem aqui adotada assume a teoria de Kelsen em um plano estritamente metateórico, e ambas as teorias que a serem utilizadas no plano teórico definem métodos e explicitam a posição do intérprete enquanto sujeito que opera a partir de valorizações. A importância do pensamento kelseniano para o presente trabalho é a de que ele determina para a ciência do direito uma tarefa clara: *a da determinação do domínio do possível*, o que implica uma redução das hipóteses de decisão às quais se pode chegar, após a tarefa de interpretação/criação do direito, a uma constelação específica. *Como* determinar o domínio do possível, e o fato de que mesmo abrindo-se o

corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas” (Ibidem, p. 393).

¹⁰⁸⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político, p. 216.

¹⁰⁸⁸ Ibidem, p. 211.

¹⁰⁸⁹ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, p. 387.

¹⁰⁹⁰ Ibidem, mesma página.

¹⁰⁹¹ Ibidem, p. 388.

intérprete à possibilidade de uma pluralidade de interpretações válidas deixa-se influenciar pelos fatores que Kelsen transfere ao aplicador-criador do direito (aquele que faz interpretação autêntica), são outras questões, que, contudo, não ficam sem respostas no presente trabalho.

Posiciona-se, aqui, tanto em relação à adoção de métodos, quanto à possibilidade de interferências ideológicas, em relação às quais, atendendo-se às recomendações de Ross, tem-se perfeita consciência, e cujos resultados, em termos práticos, propõe-se como recomendações e não de forma impositiva. **Dentro, todavia, do domínio do que é juridicamente possível**, o que é bastante relevante em se tratando de um tema que preclui interpretações viáveis do direito constitucional e infraconstitucional, em favor de uma interpretação que talvez seja inviável e fora do universo de possibilidades do texto da Constituição. Não obstante as dificuldades de se estabelecer com precisão a moldura dentro da qual se orientará o processo de escolha de normas individuais e concretas, há que se considerar que pode haver acordo entre o que **não pertence** ao interior moldura em hipótese alguma. Leituras maximalistas das disposições constitucionais que afetam o regime da propriedade intelectual, como se verá nos capítulos 8 e 9, não são muito fáceis de se sustentar.

Estabelecidas as bases em que se adotará, no plano metateórico, a perspectiva kelseniana, cumpre passar ao plano teórico. Primeiramente, faremos algumas considerações a respeito da teoria estruturante de Friedrich Müller, para depois passarmos à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Ambas serão trabalhadas em separado no próximo capítulo, tendo-se como marco primário a atividade do legislador, e como marco secundário, a atividade do juiz.

7.3 A teoria estruturante de Friedrich Müller

Müller constrói sua teoria estruturante do direito a partir de quatro elementos: teoria da norma (ou do direito), teoria da constituição, dogmática e metódica¹⁰⁹² jurídicas,

¹⁰⁹² As versões para o português feitas por Peter Naumann de obras de Müller se valem do termo “metódica” para “Methodik”, ao invés de metodologia (“Methodologie”), uma vez que se trata aqui não do plano do discurso sobre o método, mas sobre o método (ou conjunto de métodos) em si. Ver NAUMANN, Peter.

tidas como quatro domínios de trabalho com áreas de sobreposição.¹⁰⁹³ A exposição feita no presente capítulo concentra-se na dimensão metódica da teoria da estruturante, que, entretanto, tem pontos de contato bastante expressivos com os demais domínios da teoria, principalmente com a teoria da norma. Os aspectos metodológicos, de todo modo, parecem ser os mais importantes no contexto deste trabalho.

O autor, que explicitamente se diz pós-positivista, ataca uma vertente do positivismo jurídico que denomina “positivismo legalista”, ou seja, o positivismo de inspiração estatista que “identifica a positividade do direito no fato dele ter sido instituído e coercitivamente garantido por uma instância estatal de poder”.¹⁰⁹⁴ Vê nele um posicionamento teórico insuficiente para a compreensão do fenômeno jurídico, criticando a idéia de que toda norma já estaria pronta para aplicação, sendo parte de um sistema fechado e coerente, no qual caberia apenas efetuar uma operação lógica de subsunção dos fatos às leis, confundindo-se assim a expressão literal do texto da norma com a norma em si. Ao mesmo tempo, admite que “os objetivos do positivismo de cientificar na medida do possível a Ciência Jurídica e de elaborar uma dogmática racional não merecem ser esquecidos”,¹⁰⁹⁵ de modo que sua abordagem é dita pós-positivista por ter a pretensão de superar o positivismo, mantendo, contudo, algumas de suas contribuições e objetivos.¹⁰⁹⁶ Apesar do modelo de Müller ser bastante diferente do modelo kelseniano, pode-se, com efeito, verificar paralelos interessantes entre ambos, como a compreensão do direito enquanto processos de produção normativa, e a orientação por funções (legislativa, judiciária e executiva).

Nota do tradutor. In: MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, 3ª ed. A tradução francesa da terceira edição da *Juristische Methodik, Discours de la méthode juridique*, usa “metodologia” quando Müller se refere a *Methodik*, mas optamos aqui por seguir a opção de Naumann.

¹⁰⁹³ JOUANJAN, Olivier. Présentation du traducteur. In: MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996.

¹⁰⁹⁴ MÜLLER, Friedrich. Positivismo. In: MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., p. 154.

¹⁰⁹⁵ Ibidem, p. 161.

¹⁰⁹⁶ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer, *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, p. 27.

7.3.1 Texto de norma, norma e concretização

Müller constrói quase todo o seu repertório conceitual a partir da distinção entre *norma* e *texto de norma*. Prega, assim, a *não-identidade* entre um e outro, ao contrário do positivismo legalista, em que as normas são consideradas como dados prévios que cumpre ao jurista ou profissional do direito simplesmente “aplicar” a um caso concreto. Conforme Müller, há uma diferença essencial entre texto de norma, ou seja, simples dados de linguagem, de um lado, e a norma em si mesma considerada, de outro; ao contrário dos dados de linguagem que orientam – e são o próprio ponto de partida – da atividade daqueles que trabalham com o direito, a norma não é um produto pronto, acabado, simplesmente a ser cotejado com situações fáticas concretas, de modo a acionar um procedimento lógico-subsuntivo. Muito pelo contrário, Müller vê a norma como algo a ser produzido a partir dos dados de linguagem do texto da norma (ou *textos* da norma, no plural), mas não apenas destes dados, e que terminará apenas depois de um longo processo de construção normativa ao qual se dá o nome de *concretização*. Uma operação de subsunção lógica apenas ocorre *ao final* do processo de concretização, quando uma norma de decisão (que não se confunde com a norma jurídica em si) será aplicada ao caso concreto.¹⁰⁹⁷ Observe-se que não se trata, aqui, da idéia de que uma norma já existe de antemão em um estado abstrato, e que somente necessita ser tornada mais concreta para aplicação. Por concretização, Müller quer dizer que há efetiva *construção* ou *produção* de normas, que são, evidentemente, mais concretas do que os textos de normas, mas ainda assim constituem produtos *criados* a partir de um processo, e não uma coisa que já existia antes em estado latente.¹⁰⁹⁸

As preocupações principais de Müller, quanto ao plano da metódica jurídica, não são, segundo o próprio autor, as de elaborar uma lógica jurídica formal, estabelecer um guia técnico para a resolução de casos concretos, ou ainda fazer uma exposição a respeito de múltiplas teorias sobre o método em se tratando de ciência do direito.¹⁰⁹⁹ Ao contrário, Müller tem como objetivo explicitar qual a *estrutura* da concretização de uma norma –

¹⁰⁹⁷ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*, p. 46.

¹⁰⁹⁸ Ibidem, p. 45.

¹⁰⁹⁹ Ibidem, p. 35.

tendo-se em vista um caso concreto –, tomando como orientação a práxis daqueles que *trabalham* cotidianamente com o direito: legisladores, juízes, administradores e cientistas do direito.¹¹⁰⁰ A metódica estruturante, assim, “decifra conceitualmente” as estruturas do processo de concretização, com o propósito de estabelecer mecanismos para o controle racional deste processo, cumprindo-se desta forma uma exigência que se faz no contexto de um estado democrático de direito.¹¹⁰¹ Procura, em outras palavras, conduzir a uma “racionalidade transparente”, que dê conta do controle e discussão das decisões realizadas pelos profissionais do direito.¹¹⁰²

Müller reconhece que podem existir metódicas específicas, vinculadas a diferentes áreas do direito (civil, administrativo, penal etc.). Parte, entretanto, do direito constitucional para a definição de um “modelo-quadro” do “equipamento elementar necessário” daqueles que exercem funções de trabalho jurídico.¹¹⁰³ O exercício destas funções, cumpre esclarecer, é visto como “uma atividade política guiada por normas jurídicas”, e o direito, em si, como “uma forma particular da política” em um estado de direito, com a metódica jurídica constituindo, assim, uma “metódica das condições e formas de trabalho de um setor determinado de ação e de organização políticas”.¹¹⁰⁴

Metódica, no sentido utilizado por Müller, é um conceito abrangente que abarca hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e doutrina dos métodos.¹¹⁰⁵ **Hermenêutica** corresponde, neste quadro, ao domínio de investigação da “estrutura da normatividade jurídica e das condições fundamentais de concretização do direito”, sendo um termo utilizado no contexto de uma teoria da norma jurídica,¹¹⁰⁶ ao invés de significar, como no vocabulário jurídico tradicional, o conjunto de princípios e técnicas para a interpretação do direito, ou ainda “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”.¹¹⁰⁷ **Interpretação**, a seu turno, é um termo que se reporta, conforme utilizado por Müller, às “possibilidades de tratamento

¹¹⁰⁰ Ibidem, mesma página.

¹¹⁰¹ Ibidem, p. 35-36.

¹¹⁰² Ibidem, p. 39.

¹¹⁰³ Ibidem, p. 36.

¹¹⁰⁴ Ibidem, p. 48-49.

¹¹⁰⁵ Ibidem, p. 41.

¹¹⁰⁶ Ibidem, mesma página.

¹¹⁰⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

jurídico-filológico dos textos”,¹¹⁰⁸ portanto ao próprio exame e compreensão dos *textos* de norma e não da norma em si. Interpretação é, desta maneira, uma atividade que se insere no processo de concretização, mas não representa sua totalidade, ao contrário do posicionamento habitual de que o trabalho dos juristas é, simplesmente, um trabalho de interpretação do direito, voltado à fixação de um silogismo.

Os principais materiais de trabalho dos titulares de funções nos campos de atuação jurídica são **dados lingüísticos** (*Sprachdaten*) e **dados reais** (*Realdaten*).¹¹⁰⁹ Os primeiros correspondem aos próprios textos de norma, e os segundos aos dados empíricos com os quais os profissionais do direito se vêem às voltas; estes dados são, via de regra, primariamente não-lingüísticos, mas também são, como não podiam deixar de ser, *mediatizados* por linguagem antes de serem trabalhados pelos titulares de função.¹¹¹⁰ A estes dados reais mediatizados, Müller denomina *elementos do âmbito normativo* (noção que é esclarecida logo abaixo).¹¹¹¹

Os textos de norma representam sinais e limites para o processo de “descoberta do direito (*Rechtsfindung*) e de justificação”,¹¹¹² e são compreendidos em *cadeia*, ou seja, parágrafos e artigos de textos legais são vistos em um estado de inter-relação.¹¹¹³ Estes textos são o ponto de partida do processo de concretização, mas não isoladamente: há também que se considerar o **conjunto de fatos** (*Sachverhalt*), narrativas a respeito das situações concretas relativas ao caso, não em estado bruto, mas após *processadas* pelos juristas profissionais¹¹¹⁴ – uma leitura mais técnica dos fatos, portanto, filtrada a partir dos conhecimentos específicos do jurista. Com base no conjunto de fatos, são determinados os aspectos factuais mais juridicamente relevantes destes, constituindo-se assim um **âmbito factual** (*Sachbereich*), a partir do qual se estabelece o **âmbito do caso** (*Fallbereich*), que é um recorte/redução do que há no âmbito factual mais intimamente relacionado às peculiaridades do caso, feito por questões de economia de trabalho.¹¹¹⁵ A interpretação dos

¹¹⁰⁸ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*, p. 44.

¹¹⁰⁹ Ibidem, p. mesma página.

¹¹¹⁰ Ibidem, p. 44-45.

¹¹¹¹ Ibidem, p. 45.

¹¹¹² Ibidem, p. 37-38.

¹¹¹³ Ibidem, p. 45.

¹¹¹⁴ Ibidem, mesma página.

¹¹¹⁵ Ibidem, mesma página.

dados de linguagem, a partir de todos os métodos reconhecidos, dá origem a um **programa normativo** (*Normprogramm*), com o auxílio do qual se escolhe, dentre os elementos constantes do âmbito factual e do âmbito do caso, um grupo de elementos co-normativos (*mit-normativ*) para a solução do caso, formando-se assim o **âmbito normativo** (*Normbereich*).¹¹¹⁶

Programa normativo e âmbito normativo “co-constituem” (para utilizar uma expressão de Müller) a **norma jurídica** (*Rechtsnorm*), formulada em termos gerais e abstratos.¹¹¹⁷ Norma jurídica, desta maneira, não é apenas o produto de um processo: é o produto *composto* de um processo. Determinada a norma jurídica, cabe então ao jurista individualizá-la face ao caso concreto, o que é feito a partir de uma **norma de decisão** (*Entscheidungsnorm*) – a parte dispositiva de uma decisão.¹¹¹⁸ É apenas nesta etapa do processo de concretização que há, efetivamente, um raciocínio lógico-subsuntivo.¹¹¹⁹

A cadeia de conceitos e passos é a seguinte: (1) *Sprachdaten* + *Realdaten* constituem os dados iniciais de trabalho do jurista; (2) *Sachverhalt* $\Rightarrow$ *Sachbereich* $\Rightarrow$ *Fallbereich* representam uma redução progressiva dos dados reais até aquilo que é juridicamente relevante face aos textos de norma e ao caso concreto; (3) interpretação dos textos de norma dá origem ao *Normprogramm*; (4) seleção de dados do *Sachbereich* e do *Fallbereich*, a partir do *Normprogramm*, produz o *Normbereich*; (5) *Normprogramm* + *Normbereich* co-constituem a norma jurídica, que é então aplicada ao caso via uma outra norma, a *Entscheidungsnorm*. Apesar de Müller fazer referência explícita a “textos de normas”, observe-se que todos os elementos mencionados correspondem, em última análise, a diversos “níveis textuais”.¹¹²⁰ Mas nem todos os textos, ressalte-se, são textos “de norma”, ou sequer *normativos*.¹¹²¹

Normatividade, na concepção de Müller, é a *qualidade* de um *processo estruturado* que desemboca na produção de normas jurídicas e normas de decisão, após a combinação

¹¹¹⁶ Ibidem, p. 45-46.

¹¹¹⁷ Ibidem, p. 46.

¹¹¹⁸ Ibidem, mesma página.

¹¹¹⁹ Ibidem, mesma página.

¹¹²⁰ Ibidem, p. 208.

¹¹²¹ Incluindo-se os textos de norma, que vinculam os juristas no processo de concretização, mas *não são* dotados de *normatividade* (Ibidem, p. 168).

de programa e âmbito normativos.¹¹²² Em outras palavras, trata-se da “propriedade dinâmica de uma norma”,¹¹²³ que não se confunde com a **validade**, esta sim uma característica dos próprios textos de norma – do “direito em vigor” (da massa, totalidade, dos textos de normas) –, e cujo efeito é a atribuição aos textos de um dever de obediência voltado aos seus destinatários, classe na qual se incluem os juristas que participam do processo de concretização, que necessariamente devem tomar os textos de normas como pontos de partida.¹¹²⁴

Observe-se que os textos de norma são tomados como pontos de partida e guiam todo o processo de concretização, mas é o conjunto de fatos (*Sachverhalt*) que orienta a própria escolha dos textos de norma. Apenas em referência a casos concretos – reais ou hipotéticos – pode-se empreender concretização,¹¹²⁵ e para tanto há precedência lógica do conjunto de fatos, com base no qual o jurista faz uma seleção, dentre a massa de textos do direito vigente, de hipóteses de textos de norma (*Normtexthypotesen*), determinando, após isso, os âmbitos factuais (*Sachbereiche*) pertinentes, reduzindo-os, finalmente, por questões de economia de trabalho, a âmbitos de caso (*Fallbereiche*).¹¹²⁶ Feito isto, elabora o programa normativo (*Normprogramm*), que nada mais é do que a *interpretação* dos dados de linguagem selecionados.¹¹²⁷ Extraído o programa normativo, determina então o âmbito normativo (*Normbereich*), tarefa que corresponde a uma redução da complexidade (antes excessiva) dos dados reais manejados,¹¹²⁸ e não equivale a uma “soma de fatos”, mas a uma análise da realidade social vista a partir da perspectiva de seleção e avaliação do programa normativo.¹¹²⁹

O processo de concretização pode ser descrito em cinco etapas:¹¹³⁰

¹¹²² Ibidem, p. 187.

¹¹²³ Ibidem, p, mesma página.

¹¹²⁴ Ibidem, p. 188.

¹¹²⁵ Ibidem, p. 208.

¹¹²⁶ Ibidem, p. 195.

¹¹²⁷ Ibidem, mesma página. O texto de norma é visto por Müller como um “enunciado lingüístico” que tem a mesma natureza que qualquer outro tipo de texto, referente ou não a normas (Ibidem, p. 168).

¹¹²⁸ Ibidem, p. 195.

¹¹²⁹ Ibidem, p. 196. Ressalte-se que o âmbito normativo pode ser produzido pelo próprio direito, como ocorre quando há disposições sobre prazos, competência, formalidades, regras procedimentais etc., ou pode referir-se a elementos que não são juridicamente produzidos (Ibidem, p. 191).

¹¹³⁰ Ibidem, p. 228.

- 1) Formulação e rejeição de hipóteses de textos de normas, tendo-se em vista um dado conjunto de fatos;
- 2) Interpretação dos textos de norma, com o auxílio de uma série de elementos de concretização;
- 3) Análise do âmbito normativo, a partir do programa normativo;
- 4) Síntese da norma jurídica, com base em programa e âmbito normativos;
- 5) Decisão do caso, com aplicação de uma norma de decisão individual e concreta ao caso jurídico a decidir.

Descrito o processo em termos gerais, cumpre agora explicitar como Müller concebe a tarefa de interpretação do direito, inserida no contexto maior da concretização.

7.3.2 Interpretação e elementos de concretização

A interpretação, muitas vezes tida como o foco central das preocupações metodológicas da ciência do direito, tem papel importante no processo de concretização da constituição, mas não é ela a única atividade do sujeito responsável pela elaboração da norma jurídica e da norma de decisão. A atividade dos indivíduos envolvidos no processo de concretização não se limita exclusivamente à interpretação de textos legais, e implica o manejo de uma pluralidade de elementos, relativos não apenas ao programa normativo, mas também ao âmbito do caso e ao âmbito normativo. Para Müller, “interpretação do direito e desenvolvimento do direito não podem ser separadas com rigorismo”.¹¹³¹

Envolvendo todo o processo, Müller acrescenta como ponto central para o controle das decisões a idéia de pré-compreensão do intérprete, emprestada diretamente da hermenêutica filosófica, e tida como viabilizadora de uma *crítica das ideologias*.¹¹³²

¹¹³¹ Ibidem, p. 29.

¹¹³² “No contexto da metódica jurídica, ‘pré-compreensão’ pode significar somente pré-compreensão jurídica, não pré-compreensão filosófica ou genericamente própria das ciências humanas. Isso vale também diante dos elementos não-jurídicos da pré-compreensão “ideológica” no sentido abrangente, diante do caráter de pré-julgamento genericamente válido para toda e qualquer compreensão. A dogmática, a teoria e a metódica do direito (constitucional) devem disponibilizar os meios para fundamentar os momentos especificamente jurídicos desse caráter de pré-julgamento autonomamente como pré-compreensão normativa e materialmente referida do universo jurídico, para delimitá-la de forma clarificadora, diferenciá-la e introduzi-la destarte no processo de concretização enquanto fator estruturado, controlável e discutível. A pré-compreensão jurídica e a

Transplantada a idéia da hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica, o papel exercido pela pré-compreensão, no modelo de Müller, é o de impedir que preconceitos do sujeito concretizador da norma, que não se confirmem na coisa em si (no próprio direito a ser concretizado), passem incólumes conforme habitualmente reconhecidos e aceitos pela comunidade jurídica. A decomposição feita por Müller do processo de concretização e seus elementos, associada à idéia de pré-compreensão, dá relevo à natureza pública da atividade de concretização do direito e das funções que são exercidas pelos seus intérpretes oficiais, no contexto de um estado democrático de direito. Não apenas deve-se ter consciência da pré-compreensão em relação a textos de normas (pré-compreensão jurídica), mas também em relação a teorias, sistematizações científicas, correntes filosóficas etc. (pré-compreensão teórica).¹¹³³

Os elementos de concretização delimitados por Müller são: (A) elementos metódicos em sentido estrito; (B) elementos de concretização do âmbito normativo e do âmbito factual; (C) elementos dogmáticos; (D) elementos de técnica de resolução de casos; (E) elementos de teoria; (F) elementos de política constitucional e jurídica. Em exposição breve:

A) Elementos metódicos em sentido estrito¹¹³⁴ – São de duas ordens: (a) regras tradicionais de interpretação e (b) princípios de interpretação constitucional.

As **regras tradicionais de interpretação** são os elementos de Savigny, com algumas modificações. Müller identifica cinco regras tradicionais: gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica, em estado de denso entrelaçamento.¹¹³⁵ As regras não se referem apenas a textos de norma, mas a qualquer material textual levado em consideração no processo de concretização, como os elementos dogmáticos, por exemplo.¹¹³⁶ Em um regime

sua justificação racional – na práxis do direito constitucional em larga escala congruente com a inserção de conteúdos da teoria do estado e da constituição – é assim o lugar de uma *crítica das* ideologias que nasce da práxis e não deve ser feita autosuficientemente com vistas à própria práxis, mas com vistas à racionalidade e correção da decisão a ser tomada” (MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., p. 51-52, grifos no original).

¹¹³³ MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, p. 367-368.

¹¹³⁴ Ibidem, p. 258-291.

¹¹³⁵ Ibidem, p. 258-276.

¹¹³⁶ Ibidem, p. 256-258. Sobre os elementos dogmáticos, ver logo abaixo, item C.

de direito constitucional codificado, têm prevalência os elementos gramatical, sistemático e genético.¹¹³⁷

Interpretação histórica não é sinônimo de interpretação genética, apesar do termo “interpretação histórica” costumar ser utilizado na prática como se também abarcasse a interpretação genética. Genética é a interpretação que se reporta a materiais legislativos e outros textos do gênero: discursos parlamentares, relatórios de comissões, anteprojeto, exposições de motivos etc. Histórica é a interpretação que analisa a evolução de redações pretéritas não mais vigentes até as formulações textuais correntes.¹¹³⁸

Interpretação sistemática trata, além do contexto dos próprios textos interpretados, do contexto das estruturas de campos de normativos relativos a disposições que porventura se encontrem em conexão com a norma a ser produzida durante o processo de concretização.¹¹³⁹ Em relação à interpretação teleológica, por fim, Müller não a tem como autônoma, já que o “sentido e finalidade” de disposições apenas podem ser descobertos à partir da mediação de outros elementos de interpretação; por outro lado, interpretação teleológica também pode referir-se a elementos de política constitucional e jurídica ou geral, neste caso não constituindo uma regra tradicional de interpretação.¹¹⁴⁰

Os **princípios de interpretação constitucional** de inspiração doutrinária e jurisprudencial, a seu turno, são considerados por Müller, em sua maior parte, subordinados aos elementos tradicionais de interpretação,¹¹⁴¹ ou ainda, a elementos de política constitucional (como é o caso do princípio da força normativa da constituição).¹¹⁴² Os elementos *autônomos* seriam apenas: a interpretação dos direitos fundamentais como um (1) sistema fechado e destacado das outras normas constitucionais e (2) ordem ou sistema axiológico; a (3) interpretação da lei conforme a constituição e (4) o critério da correção funcional. Müller expressamente rejeita os elementos (1) e (2), mas considera aceitáveis os elementos (3) e (4).¹¹⁴³ Os elementos *não-autônomos* são, dentre outros, o princípio da unidade da constituição, concordância prática, força normativa da constituição e efeito

¹¹³⁷ Ibidem, p. 258.

¹¹³⁸ Ibidem, p. 265-269.

¹¹³⁹ Ibidem, p. 270.

¹¹⁴⁰ Ibidem, p. 269.

¹¹⁴¹ Ibidem, p. 277.

¹¹⁴² Ibidem, p. 287.

¹¹⁴³ Ibidem, p. 277.

integrador, e são entendidos como pontos de vista relacionados aos elementos tradicionais de interpretação ou de política constitucional, cuja formulação seria desnecessária enquanto “princípios de interpretação”.¹¹⁴⁴

Importante ressaltar, para os efeitos do presente trabalho, a importância do princípio da concordância prática, como posicionamento explicitamente contrário às abordagens teóricas que defendem a necessidade de ponderação ou balanço de bens/valores¹¹⁴⁵ (caso de Alexy). Princípio não-autônomo de interpretação, vinculado ao princípio da unidade da constituição (e portanto à interpretação sistemática),¹¹⁴⁶ a concordância prática implica, em caso de colisão de direitos, uma otimização/harmonização das normas colidentes, “no sentido de uma sobreposição parcial de seus âmbitos de vigência”, traçando-se “aos dois ou a todos os ‘bens jurídicos’ (de direitos fundamentais) envolvidos as linhas de fronteira de modo tão ‘proporcional’ que eles co-fundamentem também no resultado a decisão sobre o caso”.¹¹⁴⁷ Trata-se, assim, da questão de se delimitar precisamente os âmbitos normativos de cada direito envolvido na “colisão”, e não de se efetuar uma ponderação em que um ceda em face do outro.

B) Elementos de concretização extraídos do âmbito normativo e âmbito do fato¹¹⁴⁸

– Os elementos vinculados ao âmbito da norma e ao âmbito do caso decorrem da própria estrutura do processo de concretização, que envolve não apenas dados textuais, mas dados de realidade. Não se reportam, como os elementos metódicos em sentido estrito, diretamente à interpretação de textos, e representam um ponto de abertura para esforços interdisciplinares no processo de concretização normativa.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁴ Ibidem, mesma página.

¹¹⁴⁵ Ibidem, p. 285-287.

¹¹⁴⁶ Ibidem, p. 279.

¹¹⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., p. 77.

¹¹⁴⁸ MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, p. 291-296.

¹¹⁴⁹ “A ligação a ser feita com o trabalho sociológico no sentido amplo do termo, a utilização de dados da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos pelo âmbito normativo da prescrição concretizanda, no processo da aplicação do direito, coloca-se primacialmente para os juristas como uma tarefa. A partir da estrutura da norma jurídica e da concretização, a exigência da política universitária de um treinamento em disciplinas básicas, que entrevê no horizonte distante uma formação de juristas que mereça esse nome, bem como o desejo da cooperação interdisciplinar são irrecusáveis” (MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., p. 81-82).

C) **Elementos dogmáticos**¹¹⁵⁰ – Correspondem às opiniões de doutrina e jurisprudência (no sentido de “conjunto de julgados”), ou seja, à *dogmática jurídica*, vista por Müller como um “subsistema de técnicas de comunicação do mundo jurídico”.¹¹⁵¹ As opiniões doutrinárias e jurisprudenciais são *textos* que são produzidos por cientistas do direito e por profissionais do direito, e que, da mesma forma como textos de normas, também devem ser objeto de interpretação (a partir dos mesmos elementos). Constituem pontos de vista auxiliares ao processo de concretização, e não devem ser encarados, diz Müller, como uma “instância monolítica” vinculante aos juristas, mas como uns – dentre outros – pontos de vista necessários para o processo, sempre abertos a discussão e verificação.¹¹⁵² Não se deve tratá-los, desta maneira, como argumentos de autoridade, mas considerá-los em cotejo com outros elementos de concretização.

D) **Elementos de técnica de resolução de casos**¹¹⁵³ – São técnicas de argumentação que orientam a resolução de casos concretos, correspondendo portanto à dimensão *prática* do trabalho de justificação/motivação dos titulares de função. Não fazem parte da *metódica* em si mesmo considerada, mas representam formas de resolução de casos reconhecíveis e aceitáveis *na* práxis jurídica. Por exemplo: exposição dos fatos e do direito em uma petição ou decisão, recurso a “princípios” (não no sentido normativo, como Alexy utiliza o termo, mas como abstrações ordenadoras do direito vigente), citação de doutrina e jurisprudência, raciocínio tópico etc. Em outras palavras, *estratégias* relacionadas às *formas de apresentação e exposição* do discurso jurídico, verificáveis na própria atividade institucional dos juristas e orientadas, portanto, pelas convenções estabelecidas na práxis. Assim como os elementos dogmáticos, são meramente auxiliares.

E) **Elementos de teoria**¹¹⁵⁴ – Concepções extraídas da teoria do direito, da teoria da constituição e da teoria do estado podem interferir no processo de concretização, e devem portanto ser explicitados e sujeitos a uma análise consciente de pré-compreensão. Deve-se

¹¹⁵⁰ MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, p. 296-305.

¹¹⁵¹ Ibidem, p. 303.

¹¹⁵² Ibidem, p. 304.

¹¹⁵³ Ibidem, p. 305-307 e 339-344.

¹¹⁵⁴ Ibidem, p. 307-314.

tomar cuidado com o uso destes elementos e tomar consciência deles, diz Müller, porque “as posições fundamentais dominantes da teoria produzem efeitos reducionistas não somente em pormenores de conteúdo da concretização, mas também com vistas à compreensão do processo de concretização como totalidade”.¹¹⁵⁵

F) Elementos de política constitucional e jurídica¹¹⁵⁶ – Müller se refere aqui a análises que envolvam a “ponderação das conseqüências” e “consideração valorativa de conteúdos”. Interpretação teleológica, caso não possa ser derivada de outros elementos de interpretação em sentido estrito, é elemento de política constitucional/jurídica, portanto não vinculante e meramente um ponto de vista auxiliar ao processo de concretização.¹¹⁵⁷

Observe-se que todos “os elementos de trabalho são hierarquizados: no caso de conflito entre eles, impõem-se por razões de democracia ou Estado de Direito os dados linguísticos”.¹¹⁵⁸ É perfeitamente possível, por exemplo, introduzir discussões de política constitucional no processo de concretização (aliás, é necessário ter consciência delas), mas não é possível que elas prevaleçam sobre os dados linguísticos cogentes da norma. O texto da norma atua como limite ao processo de concretização,¹¹⁵⁹ e quanto mais próximos dos textos de normas os elementos, mais prevalência eles têm face a elementos que deles se distanciem: elementos não diretamente relacionados a textos de norma têm uma função estritamente auxiliar durante a concretização.¹¹⁶⁰

7.4 A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Se Müller se diz “pós-positivista”, Alexy se classifica como um “não-positivista”. Com isto, quer dizer que defende um *conceito de direito* não-positivista, no sentido de que toma correta a “tese da vinculação” (entre direito e moral), segundo a qual “el concepto de

¹¹⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., p. 89.

¹¹⁵⁶ MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, p. 314-318.

¹¹⁵⁷ Ibidem, p. 269-270.

¹¹⁵⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., p. 129.

¹¹⁵⁹ MÜLLER, Friedrich, *Discours de la méthode juridique*, p. 238-257.

¹¹⁶⁰ Ibidem, p. 365-367.

derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales”¹¹⁶¹ – ainda que a vinculação seja fraca, como no caso da vertente de Alexy.¹¹⁶² E se Müller é um crítico ferrenho de abordagens que tomam como necessários procedimentos de ponderação de bens e valores, Alexy é um de seus principais defensores: a ponderação, conforme Alexy, nasce naturalmente da própria *estructura* das normas jurídicas, e é portanto inevitável. Já há aqui uma grande diferença entre as propostas de Müller e Alexy, apesar de elas costumarem ser trabalhadas em conjunto na literatura brasileira.¹¹⁶³ Não se trata da única diferença, como se verá, e é mais aconselhável considerá-las incompatíveis logo de uma vez e, como já colocado, abordar e aplicar cada uma de forma isolada.

Alexy desenvolve sua teoria – de natureza jurídico-dogmática – em três dimensões: analítica, empírica e normativa. A dimensão analítica objetiva estudar, por exemplo, conceitos fundamentais, construções jurídicas, e a estrutura do sistema jurídico.¹¹⁶⁴ A dimensão empírica implica, a seu turno, investigações de direito positivo.¹¹⁶⁵ A dimensão normativa, por fim, procura apontar decisões corretas em face de casos concretos a partir do direito positivo, sendo uma “orientação e crítica da práxis jurídica”, e um ponto de contato com uma teoria da argumentação jurídica,¹¹⁶⁶ uma vez que envolve o problema da

¹¹⁶¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.p. 14

¹¹⁶² Segue a formulação completa do conceito: “El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección” (Ibidem, p. 123).

¹¹⁶³ Diz Silva, a respeito: “[...] a diferença mais marcante entre *concordância prática* e *proporcionalidade* reside na questão da exigibilidade do sopesamento. Hesse – no que é seguido de perto por Müller – esforça-se em deixar claro que concordância prática não implica sopesamento de bens ou de valores. Aqui fica evidente um primeiro sintoma de sincretismo metodológico [...]: Hesse e – com ainda mais ênfase – Müller são críticos não só do sopesamento do Tribunal Constitucional Alemão, mas também de teorias baseadas na mesma idéia, principalmente a teoria dos direitos fundamentais de Alexy. No Brasil, contudo, não se vem fazendo a distinção necessária entre ambos os posicionamentos. Tanto os princípios de Hesse, quanto a teoria estruturante de Müller como, por fim, a idéia de princípios como mandamentos de otimização de Alexy, ainda que em grande parte *incompatíveis*, vêm sendo trabalhados em conjunto” (SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, p. 128). Desta maneira: “[a] mais importante manifestação daquilo que tenho chamado de *sincretismo metodológico* [é] a utilização conjunta – ou a idéia de que essa possibilidade existe – da teoria estruturante do direito e do sopesamento de direitos fundamentais” (Ibidem, p. 137).

¹¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 30.

¹¹⁶⁵ Ibidem, p. 30-32.

¹¹⁶⁶ Desenvolvida em: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

fundamentação racional de juízos de valor.¹¹⁶⁷ A exposição feita no presente capítulo concentra-se na delimitação dos principais conceitos referentes à dimensão analítica da teoria de Alexy,

Cada um dos autores até agora analisados parte de uma distinção principal, que orienta a construção de seus respectivos modelos teóricos. Para Kelsen, **ser** e **dever ser**; para Müller, **texto de norma** e **norma jurídica**; para Alexy, **princípio** e **regra**, ambos tidos como espécies do gênero *norma jurídica*. É a partir destes três conceitos – norma jurídica, princípio e regra – que iniciaremos nossa exposição.

7.4.1 Normas jurídicas: princípios e regras

Alexy baseia-se em um “conceito semântico da norma”,¹¹⁶⁸ que diferencia **norma** de **enunciado normativo**. Não se trata, aqui, da mesma distinção entre norma e texto de norma feita por Müller. Apesar de se poder fazer um paralelo em relação à não-identidade entre a norma e a fórmula textual por meio da qual ela é positivada, norma, na concepção de Alexy, equivale ao programa normativo de Müller, sendo o conceito mais restrito que o do outro autor, que também inclui na norma o âmbito normativo.¹¹⁶⁹

Os enunciados normativos equivalem à expressão textual da norma.¹¹⁷⁰ Como exemplo, podemos apontar o art. 5º, IV, da CF/88: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. A norma não equivale ao enunciado normativo, que é uma expressão, dentre várias possíveis, de uma norma. O mesmo enunciado normativo do art. 5º, IV, pode ser expresso, por exemplo, da seguinte maneira: “é proibido coibir a liberdade de manifestação do pensamento, não sendo permitido o anonimato”. Ou ainda: “é permitida a livre manifestação do pensamento, mas não permitido o anonimato”. A norma, desta maneira, é a expressão de um enunciado normativo com base em modais deônticos (obrigar, proibir, permitir).¹¹⁷¹ Observe-se que nem todo enunciado normativo é um

¹¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 32.

¹¹⁶⁸ Ibidem, p. 50.

¹¹⁶⁹ Ibidem, p. 75.

¹¹⁷⁰ Ibidem, p. 50-55.

¹¹⁷¹ Ibidem, p. 52.

enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo *pode ser* expresso por meio de um enunciado deôntico, que revela sua estrutura lógica em linguagem formalizada.¹¹⁷²

Normas de direito fundamental são normas jurídicas expressas por meio de **disposições jusfundamentais**,¹¹⁷³ ou “enunciados normativos de direito fundamental”.¹¹⁷⁴ Nem todo enunciado normativo constante em uma constituição é uma disposição jusfundamental. O critério utilizado por Alexy para sua determinação é por um lado formal, na medida em que considera como disposições de direito fundamental aquelas explicitamente identificadas como tais pela constituição, mas também considera disposições “satélites” que igualmente confirmam direitos individuais.¹¹⁷⁵

Normas de direito fundamental podem ser direta ou indiretamente estatuídas.¹¹⁷⁶ São diretamente estatuídas quando é possível dizer que são a expressão direta de uma disposição jusfundamental. São indiretamente estatuídas, a seu turno, quando *adsritas* a uma norma de direito fundamental diretamente estatuída. Por exemplo: diz o art. 5º, IV da CF/88 que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de licença”. Uma norma que diga “é proibida a exigência de licença para a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” representa, no caso, uma norma diretamente estatuída. Uma norma que diga, por outro lado, que “o Estado tem o dever de fomentar a livre expressão e cultivo da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”, é uma norma de direito fundamental indiretamente estatuída.

Para normas de direito fundamental estatuídas diretamente, basta que se faça uma referência à sua posituação (ou seja, uma referência ao artigo, parágrafo, inciso, alínea onde se encontrar expressa em um enunciado normativo).¹¹⁷⁷ Para uma norma de direito fundamental estatuída indiretamente, é necessário argumentar sua adscrição a uma norma diretamente estatuída,¹¹⁷⁸ no que existe espaço para uma medida de incerteza quanto ao que constitui ou não uma norma de direito fundamental: “La discusión sobre derechos

¹¹⁷² Ibidem, p. 54.

¹¹⁷³ Ibidem, p. 62.

¹¹⁷⁴ Ibidem, p. 63.

¹¹⁷⁵ Ibidem, p. 65.

¹¹⁷⁶ Ibidem, p. 69-73.

¹¹⁷⁷ Ibidem, p. 71.

¹¹⁷⁸ Ibidem, mesma página.

fundamentales es, en gran parte, una polémica acerca de cuáles normas están adscriptas a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas” .¹¹⁷⁹

Feitas essas distinções, Alexy subdivide as normas jurídicas em duas espécies tomando como critério sua estrutura: princípios e regras. Esta é a principal dicotomia que orienta a construção teórica de Alexy e é importante aqui ressaltar, para evitar mal entendidos, que o termo “princípio” **não é utilizado por Alexy da mesma forma como é utilizado pela maior parte da doutrina brasileira**,¹¹⁸⁰ e assume na obra do autor um conceito bastante específico.

Apesar da distinção entre princípios e regras já não ser nova quando da época da formulação da teoria, os critérios de distinção eram longe de serem uniformes. Para orientar sua distinção, Alexy partiu principalmente do trabalho de Dworkin (e da práxis do Tribunal Constitucional Federal alemão), mas com uma série de modificações que conferem à distinção uma operatividade dogmática bem maior.¹¹⁸¹

Dworkin¹¹⁸² aponta uma diferença lógica entre **princípios jurídicos** e **regras jurídicas**.¹¹⁸³ Princípios têm uma dimensão não possuída pelas regras (peso e importância), e quando entram em choque é necessário considerar “a força relativa de cada um”.¹¹⁸⁴ Regras, por outro lado, são aplicadas ou não são aplicadas (“são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”):¹¹⁸⁵ não havendo como dizer se uma regra é mais importante do que outra em caso de conflito – sua importância é meramente funcional –, uma delas simplesmente não sendo válida para o caso.

¹¹⁷⁹ Ibidem, p. 70.

¹¹⁸⁰ “O termo *princípio* é plurívoco. Isso, em si, não significa nenhum problema. Problemas só surgem a partir do momento em que o jurista deixa de perceber esse fato e passa a usar o termo como se todos os autores a que eles fazem referência o fizessem de forma unívoca. É o que tem acontecido com a recepção da teoria dos direitos fundamentais de Alexy no Brasil. Não são poucos os trabalhos – e não somente na área constitucional – que têm usado a distinção de Alexy entre princípios e regras como ponto de partida. O grande problema é que, a despeito de se partir dessa distinção, no correr desses trabalhos o termo *princípio* continua a ser usado no sentido tradicional, seja por meio da clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual princípios são ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um sistema, ou ainda na definição de Canotilho e Vital Moreira, que definem princípios como ‘núcleos de condensações’” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 35-36, grifos no original).

¹¹⁸¹ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio juris*, v. 13, n. 3, p. 294-304.

¹¹⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-72.

¹¹⁸³ Ibidem, p. 39.

¹¹⁸⁴ Ibidem, p. 42.

¹¹⁸⁵ Ibidem, p. 39.

Dworkin também distingue entre princípios e *policies*, apesar de por vezes se valer do termo princípio como se este também abarcasse aquela. Uma *policy* é “um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”,¹¹⁸⁶ enquanto princípio (em sentido estrito) é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.¹¹⁸⁷ *Policies* referem-se a bens coletivos, objetivos da comunidade como um todo, enquanto princípios referem-se a direitos individuais ou de grupos de pessoas.¹¹⁸⁸

Alexy mantém, em linhas gerais, o critério de distinção de Dworkin, mas prefere não falar em *policies*, apenas em princípios (que podem ser vinculados a bens individuais e bens públicos),¹¹⁸⁹ e acrescenta uma qualidade a estes inexistente no modelo de Dworkin. Na definição de Alexy, os princípios são caracterizados como **mandados de otimização** que ordenam algo seja realizado na maior medida possível, levando-se em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas relacionadas às circunstâncias de um dado caso, veiculando razões¹¹⁹⁰ que podem ser deslocadas por razões opostas.¹¹⁹¹ Regras, por outro lado, são definitivas: veiculam razões que exigem a realização de exatamente o que elas ordenarem, ou seja, são uma *determinação* em relação ao âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.¹¹⁹² Princípios são razões *prima facie*; regras são razões *definitivas*.¹¹⁹³ Ressalte-se que Alexy defende que, a partir de um nível mínimo de desenvolvimento, *todos* os sistemas jurídicos contêm normas com estrutura de princípio.¹¹⁹⁴

Em caso de conflito, tanto regras quanto princípios têm em comum o fato de que dão origem a resultados incompatíveis, expressos na forma de juízos de dever ser contraditórios, mas diferenciam-se em relação à maneira pela qual o conflito é

¹¹⁸⁶ Ibidem, p. 36.

¹¹⁸⁷ Ibidem, mesma página.

¹¹⁸⁸ Ibidem, p. 129. Ver ainda: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111.

¹¹⁸⁹ Ibidem, p. 109.

¹¹⁹⁰ Razões para *normas*. Ibidem, p. 102.

¹¹⁹¹ Ibidem, p. 99.

¹¹⁹² Ibidem, mesma página.

¹¹⁹³ Ibidem, p. 101.

¹¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 78-79.

solucionado.¹¹⁹⁵ Conflitos entre regras são resolvidos por meio da inclusão, em uma das regras, de uma cláusula de exceção (*“lex specialis derogat legi generali”*), ou pela declaração de uma das regras como inválida, a partir das meta-regras *“lex posterior derogat legi priori”* ou *“lex superior derogat legi inferiori”*.¹¹⁹⁶ A colisão entre princípios, por outro lado, exige um procedimento de solução diferenciado, com um princípio cedendo em face de outro, sem que contudo se faça recurso a uma cláusula de exceção ou se declare o princípio cedente como inválido.¹¹⁹⁷ Conflitos entre regras são solucionados na dimensão da validade; conflitos entre princípios, na dimensão do peso.¹¹⁹⁸ A solução da colisão entre princípios é obtida após um procedimento de **ponderação**, em que se estabelece uma relação de precedência condicionada entre princípios, da qual resulta a formulação de uma regra.¹¹⁹⁹

A ponderação implica o que Alexy denomina **lei de colisão**: se em determinadas circunstâncias de fato (C), um princípio P₁ precede o princípio P₂, como resultado (R) da colisão, surge uma regra que tem como suporte fático (C) e como consequência (R): (P₁ P₂) C, C → R.¹²⁰⁰ Ou ainda: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.¹²⁰¹ A regra formulada tem caráter de uma norma adscrita.¹²⁰²

Ao lado da lei de colisão, há também uma **lei de ponderação**, relacionada à justificação do procedimento. A ponderação é um **modelo de decisão** ao qual corresponde um **modelo de fundamentação**: o modelo de decisão conduz a um enunciado de preferência condicionada que não prescinde de uma fundamentação racional.¹²⁰³ Há argumentos especificamente relacionados à idéia de ponderação,¹²⁰⁴ e vinculação, portanto,

¹¹⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87.

¹¹⁹⁶ Ibidem, p. 88; e SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 33-34.

¹¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 89.

¹¹⁹⁸ Ibidem, mesma página.

¹¹⁹⁹ Conforme Alexy, a ponderação é adotada implícita ou explicitamente praticamente em qualquer ordenamento jurídico em que existam órgãos investidos de funções controle de constitucionalidade (ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio juris*, v. 16, n. 4, p. 436).

¹²⁰⁰ Ibidem, p. 94.

¹²⁰¹ Ibidem, mesma página.

¹²⁰² Ibidem, p. 98.

¹²⁰³ Ibidem, p. 158-159.

¹²⁰⁴ Ibidem, p. 169. Ressalte-se que “son siempre utilizables los otros cánones de la interpretación, argumentos dogmáticos, prejudiciales, prácticos y empíricos en general, como así también las formas de argumentos específicamente jurídicos” (Ibidem, p. 159).

da teoria dos direitos fundamentais a uma teoria da argumentação jurídica.¹²⁰⁵ Baseado nas ponderações realizadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, Alexy chegou à seguinte fórmula para orientar argumentação baseada em colisão de princípios (a lei de ponderação): “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.¹²⁰⁶

A vinculação do modelo de decisão da ponderação ao modelo de fundamentação representado pela argumentação com base na lei de ponderação é a resposta de Alexy aos críticos da ponderação de princípios (ou valores),¹²⁰⁷ dentre os quais se encontra Habermas, que (a) considera como consequência da noção de ponderação um enfraquecimento do poder normativo dos direitos, sem que se disponha, ainda de critérios racionais para a resolução de uma ponderação, e (b) tem que a ponderação abandona categorias como certo/errado, correto/incorreto, adequado/inadequado, sendo suficiente para se chegar a uma decisão, mas insuficiente para se justificá-la.¹²⁰⁸ Alexy sustenta que o problema da racionalidade da ponderação é, em realidade, o problema da possibilidade se fundamentar racionalmente enunciados de preferência condicionada entre princípios/valores opostos,¹²⁰⁹ associando um esforço de argumentação racional a uma análise do grau/intensidade da não satisfação ou afetação de um princípio, em relação à importância da satisfação de outro (lei da ponderação).¹²¹⁰

Observe-se que o modelo desenvolvido por Alexy implica uma “teoria ampla do suporte fático”,¹²¹¹ sendo esta uma outra diferença que pode ser apontada entre sua proposta e a de Müller, em cuja teoria os suportes fáticos das normas jurídicas são bem mais estreitos, e delimitados a partir de sucessivas reduções do conjunto de fatos, até a produção

¹²⁰⁵ Ibidem, p. 167.

¹²⁰⁶ Ibidem, p. 161.

¹²⁰⁷ Princípios se distinguem de valores por sua característica deôntica (valores são meramente axiológicos). Ver ibidem, p. 147.

¹²⁰⁸ Ver ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 314-330. Habermas não é, evidentemente, o único crítico da ponderação. Ver, para respostas de Alexy a alguns de seus críticos: ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2004.

¹²⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 159.

¹²¹⁰ Ibidem, p. 164.

¹²¹¹ Ibidem, p. 292-321.

do âmbito normativo.¹²¹² Os suportes fáticos na teoria de Alexy são, ao contrário do que ocorre na de Müller, os mais amplos o possível. Para Alexy, teorias que tomem o suporte fático como estreito adotam critérios apenas *supostamente* livres de ponderação, e “estos critérios, cuando conducen a resultados justificados, son el resultado de ponderaciones correctas”.¹²¹³ Assumindo uma teoria ampla do suporte fático, Alexy defende que no âmbito de proteção de um determinado princípio há espaço, em tese, para um vasto universo de fatos. Como conseqüência, “tanto mayor es el número de casos en los cuales tienen relevancia las normas iusfundamentales y, por lo tanto, tanto mayor es también el número de colisiones de derechos fundamentales”.¹²¹⁴ Essa amplitude, todavia, é apenas *prima facie*,¹²¹⁵ e há que se diferenciar colisões potenciais de direitos fundamentais de colisões efetivas: há, em outras palavras, casos não-duvidosos e casos duvidosos¹²¹⁶ de conflito, e é apenas no conjunto de colisões potenciais de direitos fundamentais é que há a consideração de casos não-duvidosos.¹²¹⁷

Exemplificando a partir de um caso extremo (e não-duvidoso), pode-se estabelecer uma colisão de direitos fundamentais potencial entre liberdade de expressão e o direito à vida, no caso do cineasta que queira, em seu filme, matar de verdade um ator para intensificar os efeitos dramáticos de uma cena. Mas não se trata de um caso duvidoso, e é praticamente impossível argumentar-se corretamente em favor da maior importância do direito à liberdade de expressão em relação ao direito à vida. Transportado este mesmo caso

¹²¹² “Segundo Müller, a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só é possível por intermédio de uma concretização da norma jurídica após *ádua* análise e *delimitação* do âmbito de cada norma. Depois dessa *ádua* tarefa não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não-aplicável ao caso concreto e não se vê envolvida, portanto, em nenhuma colisão jurídica relevante. Logo, sem colisão não há razão para sopesamento. A concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de dever-ser de cada direito fundamental, porque delimita de antemão seu âmbito normativo [...]”

Já a idéia subjacente à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy funda-se em premissa bastante diversa. Alexy defende a tese de que os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo. Isso significa, principalmente, que toda situação que possui alguma característica que, *isoladamente considerada*, poderia ser subsumida à hipótese de incidência de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu suporte fático, independentemente da consideração de outras variáveis” (SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, p. 137-138).

¹²¹³ Ibidem, p. 311.

¹²¹⁴ Ibidem, p. 315.

¹²¹⁵ Ibidem, p. 316.

¹²¹⁶ Casos duvidosos são aqueles em que “lo que se trata es de encontrar una respuesta a una cuestión práctica que no puede obtenerse inequívocamente del material dotado de autoridad previamente dado” (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 79).

¹²¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 318.

para o modelo de Müller, com seu suporte fático estreito, matar alguém simplesmente não se insere no âmbito normativo da liberdade de expressão, no que pelo menos hipoteticamente resta desnecessário o procedimento de ponderação.

7.4.2 Regra da proporcionalidade

No modelo de Alexy, há uma forte conexão entre a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade,¹²¹⁸ que, ressalte-se, **não é em hipótese alguma um princípio, como a doutrina nacional o denomina**, e tampouco se confunde com o princípio da razoabilidade.¹²¹⁹ A existência da regra da proporcionalidade decorre diretamente da estrutura dos princípios,¹²²⁰ e não é portanto uma questão de direito positivado. Dito de outra forma, não há que se achar um *locus* dentre os dispositivos constitucionais para a regra da proporcionalidade, ela existe como decorrência lógica da estrutura dos princípios.¹²²¹

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, que surgiu a partir da prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão (mas existiria em qualquer ordenamento jurídico que possua normas com características de princípio), e segue uma estrutura em três níveis sucessivos (*adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*). Seu objetivo é impedir que as restrições aos direitos fundamentais assumam dimensões desproporcionais.¹²²² Os três níveis são sucessivos porque a análise de necessidade apenas sucede a análise da adequação caso esta não tenha sido bastante para a resolução do caso, e a análise de proporcionalidade em sentido estrito sucede a análise da necessidade apenas caso esta não tenha sido suficiente.¹²²³

A análise de **adequação** envolve uma avaliação meios-fins: adequado é, não apenas, o meio idôneo para se atingir dado objetivo, mas também aquele sirva para o fomento do objetivo, ainda que este não seja realizado de forma completa.¹²²⁴ Como consequência “uma

¹²¹⁸ Ibidem, p. 111.

¹²¹⁹ Ver SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*, a. 91, v. 798, p. 23-50.

¹²²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111-115.

¹²²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 42-44.

¹²²² Ibidem, p. 24, 30 e 34

¹²²³ Ibidem, p. 34-35.

¹²²⁴ Ibidem, p. 36.

medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”.¹²²⁵

A análise de **necessidade**, a seu turno, envolve apreciar se um ato limitador de direitos fundamentais é realmente necessário para a promoção de determinado objetivo, sendo considerado desnecessário quando exista outra medida (adequada) que limite em menor intensidade o direito fundamental em questão.¹²²⁶ Observa Silva que “o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto”.¹²²⁷

Proporcionalidade em sentido estrito, por fim, equivale ao procedimento de ponderação.¹²²⁸

Já se disse aqui que princípios são mandados de otimização que ordenam a realização de algo em relação às possibilidades fáticas e jurídicas, face às circunstâncias de determinado caso concreto, mas não se esclareceu o que exatamente representam as referidas possibilidades. As possibilidades jurídicas são os limites determinados pelos princípios e regras opostos àquele em consideração.¹²²⁹ A proporcionalidade em sentido estrito, portanto, refere-se à própria delimitação das possibilidades jurídicas. As possibilidades fáticas, a seu turno, no contexto da regra da proporcionalidade, correspondem à análise de adequação e à análise de necessidade,¹²³⁰ ambas tomadas como avaliações que objetivem estabelecer uma situação Pareto-ótima (no sentido de que uma posição possa ser melhorada apenas se não piorar a outra).¹²³¹

Pode-se expor a regra da proporcionalidade em um quadro, da seguinte maneira:

Quadro 5 - Regra da proporcionalidade

	Conteúdo	Possibilidades
(1) Adequação	Análise meios-fins, conforme a seguinte pergunta: A medida	Fáticas

¹²²⁵ Ibidem, p. 37.

¹²²⁶ Ibidem, p. 38.

¹²²⁷ Ibidem, mesma página.

¹²²⁸ Ibidem, p. 40; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 111-115.

¹²²⁹ Ibidem, p. 86.

¹²³⁰ Ibidem, p. 112-113.

¹²³¹ ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, p. 40-41 e 43; ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72.

	restritiva é adequada para a obtenção <u>ou</u> fomento do fim desejado?	
(2) Necessidade	Análise comparativa entre medidas, conforme a seguinte pergunta: Não há outra medida igualmente adequada que atinja o direito restringido de forma menos intensa?	Fáticas
(3) Proporcionalidade em sentido estrito	Ponderação entre os princípios colidentes.	Jurídicas

7.4.3 Direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos

Para Alexy, é possível enxergar um sistema jurídico a partir de diferentes ângulos, dois dos quais recebem destaque na teoria: sistema de normas e sistema de posições e relações jurídicas. Conceber o sistema jurídico como um sistema de normas permite ao observador abstrair do sistema de posições e relações, mas normas jurídicas e posições/relações encontram-se em íntima relação, porquanto estas são sustentadas por aquelas, e aquelas dão origem a estas.¹²³²

Alexy insere os direitos subjetivos em um modelo de três níveis: (1) razões para direitos subjetivos; (2) direitos subjetivos enquanto posições e relações jurídicas; e (3) impossibilidade jurídica dos direitos subjetivos.¹²³³ Uma distinção insuficiente entre estes três níveis seria uma das principais causas da polêmica em relação ao conceito de direito subjetivo.¹²³⁴

Quando se fala que alguém tem um direito subjetivo, refere-se ao segundo nível do modelo. O primeiro nível se refere à *fundamentação* dos direitos – que não se confunde com os direitos em si (posições e relações) –, e pode se dar por meio de uma referência exclusiva a um bem individual, de uma referência exclusiva a um bem coletivo, ou de uma referência

¹²³² Ibidem, p. 156.

¹²³³ Ibidem, p. 178; ALEXY, Robert. Derechos individuales y bienes colectivos. In: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 179-184.

¹²³⁴ Ibidem, p. 180.

a bens individuais e coletivos.¹²³⁵ O segundo nível refere-se aos direitos subjetivos propriamente ditos, entendidos como posições que estabelecem relações entre pessoas e pessoas, e pessoas e ações.¹²³⁶ O terceiro nível refere-se à vinculação das posições de direito subjetivo à imposição do direito, na forma, principalmente, de competências e permissões.¹²³⁷

São três os tipos de posições:

- a) **Direitos a algo**¹²³⁸ – São posições que estabelecem uma relação entre um titular (a), um destinatário (b), e um objeto de direito (A), consistindo este em uma ação positiva ou negativa (omissão). Pode ser expressa da seguinte forma: **DabA** (a, tem em face de b, um direito a A, sendo A uma ação positiva ou negativa). A cada direito corresponde uma obrigação, que pode ser expressa da seguinte maneira: **ObaA**.¹²³⁹
- b) **Liberdades**¹²⁴⁰ – São posições que cujo conceito constitutivo é o de “permissão jurídica”,¹²⁴¹ e estabelecem uma relação triádica entre o titular de uma liberdade/não-liberdade, um impedimento à liberdade, e o objeto de uma liberdade,¹²⁴² sendo este a possibilidade de se fazer ou de não se fazer algo, ou seja, uma alternativa de ação.¹²⁴³ Liberdades podem ser ou não ser vinculadas a direitos a algo. Caso sejam, são consideradas liberdades *protegidas*. Liberdades *não-protegidas* não têm vinculação com um direito a algo, mas ainda assim não é permitido ao legislador infraconstitucional limitá-las se elas forem de nível constitucional.¹²⁴⁴
- c) **Competências**¹²⁴⁵ – São posições que conferem a cidadãos ou Estado¹²⁴⁶ o poder de modificar uma situação jurídica.¹²⁴⁷ Competências são mais do que permissões,

¹²³⁵ Ibidem, p. 181.

¹²³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 178.

¹²³⁷ ALEXY, Robert. *Derechos individuales y bienes colectivos*, p. 184.

¹²³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 186-188

¹²³⁹ ALEXY, Robert. *Derechos individuales y bienes colectivos*, p. 183.

¹²⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 210-227.

¹²⁴¹ Ibidem, p. 211.

¹²⁴² Ibidem, p. 212.

¹²⁴³ Ibidem, p. 214-215.

¹²⁴⁴ Ibidem, p. 224-225.

¹²⁴⁵ Ibidem, p. 227-240.

¹²⁴⁶ Ibidem, p. 236-240.

porquanto estas nada acrescentam à capacidade de ação de um indivíduo independentemente de sua existência: é possível fumar mesmo diante de uma proibição de fumar, mas não é possível casar-se sem obedecer as condições estabelecidas em lei.¹²⁴⁸ As competências, deste modo, estabelecem um *poder-fazer jurídico* que extrapola o âmbito do meramente permitido.¹²⁴⁹

O direito fundamental *como um todo*, conforme Alexy, nada mais é do que um *feixe de posições jusfundamentais*, implicando, desta maneira, a adscrição de um feixe de normas a determinada disposição de direito fundamental,¹²⁵⁰ e a inserção, em um direito fundamental, de posições definitivas e posições *prima facie* (conforme se faça referência a regras e a princípios, respectivamente)¹²⁵¹ abrindo-se espaço à polêmica a respeito de *quais* normas podem ser adscritas a disposições de direito fundamental enquanto normas de direito fundamental e, portanto, a problemas de interpretação dos direitos fundamentais.¹²⁵²

As restrições aos direitos fundamentais, observe-se, podem ser compreendidas como *normas* constitucionais que restringem posições jusfundamentais *prima facie*.¹²⁵³ As normas de restrição podem ser tanto regras como princípios.¹²⁵⁴ Uma regra restringe direitos fundamentais “cuando, con su vigencia, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o de un derecho iusfundamental *prima facie*, aparece una no-libertad definitiva o un no derecho definitivo de igual contenido”.¹²⁵⁵ Um princípio, a seu turno, atua como restrição de direito fundamental “cuando hay casos en los cuales es una razón para que, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o de un derecho fundamental *prima facie*, aparezca una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido”.¹²⁵⁶

¹²⁴⁷ Ibidem, p. 228.

¹²⁴⁸ Ibidem, p. 229-230.

¹²⁴⁹ Ibidem, p. 230.

¹²⁵⁰ Ibidem, p. 241.

¹²⁵¹ Ibidem, p. 244.

¹²⁵² Ibidem, p. 245.

¹²⁵³ Ibidem, p. 272.

¹²⁵⁴ Ibidem, p. 275.

¹²⁵⁵ Ibidem, p. 274.

¹²⁵⁶ Ibidem, p. 276.

7.5 Aplicações

Aplicaremos, no próximo capítulo, ambos os modelos acima delimitados ao caso concreto do compartilhamento de arquivos na Internet (e, subsidiariamente, às hipóteses da reprografia de livros e da cópia privada), atendo-nos às possíveis tensões entre direitos e bens que é possível verificar em nível constitucional, tendo em vista a atividade do legislador infraconstitucional, em primeiro lugar, e a atividade dos juízes, em segundo. Esta opção se relaciona à forma como será tratado o problema dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, em relação ao qual faremos algumas observações, acrescentadas de outras orientações gerais, antes de iniciarmos o trabalho de análise do direito constitucional.

O capítulo nove, que conclui a dissertação, passa para o nível infraconstitucional com o objetivo de avaliar constitucionalidade das normas de limitações da Lei de Direitos Autorais, bem como ao nível internacional, para uma análise de como os tratados internacionais relevantes abordam o problema das limitações, e como se relacionam com o esforço de interpretação empreendido no capítulo 8.

CAPÍTULO 8. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: DIREITOS AUTORAIS E COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS NA CF/88

Inicia-se, com este capítulo, a investigação dogmática anunciada na introdução, e relembrada no transcorrer do trabalho. Apesar de se fazer referência algumas vezes ao “núcleo dogmático” deste estudo, é importante ressaltar que não há incomunicabilidade entre o núcleo dogmático e seu entorno zetético. As investigações realizadas no componente zetético da dissertação serão aproveitadas no núcleo dogmático, e os resultados da incursão pela dogmática jurídica de direito constitucional que ora se inicia serão devolvidos ao entorno, para que conclusões sejam traçadas, dentro do modelo teórico de Lessig, descrito no primeiro capítulo.

Se o presente capítulo aborda a questão de pesquisa por um viés exclusivamente dogmático, é importante observar que ele não existe isoladamente: as respostas dadas pela CF/88 ao fenômeno do compartilhamento de arquivos podem ser encaradas como, estritamente, um problema de interpretação da Constituição, mas se inserem em um contexto maior de política do direito, ou seja, no interior de um debate em relação ao que convém ou não, para a *pólis*, implementar juridicamente, aberto a argumentações que operam fora da dogmática jurídica.

As considerações de dogmática jurídica constitucional, contudo, são importantíssimas porquanto fixam os limites no interior dos quais é possível eleger uma opção política, em detrimento de outras. O fato de que há espaço para dissenso em relação à fixação dos limites, bem como a escolha das normas a serem positivadas dentro deles, não impede que a discussão prossiga, e não afasta a perspectiva de consenso, a presume. Em conformidade com a perspectiva kelseniana adotada no nível metateórico, a interpretação aqui desenvolvida é apenas uma dentre outras possíveis. Especialmente necessária, todavia, porque via de regra, em matéria de direitos autorais, costuma prevalecer e ser propagada

apenas uma, maximalista, que, como se verá, encontra-se *fora* dos limites estabelecidos pelo texto constitucional.

8.1 Orientações gerais

Não é viável começar um trabalho de análise da CF/88 face ao fenômeno do compartilhamento de arquivos, mesmo tendo-se já fixado quais são os pressupostos teórico-metodológicos, sem algumas orientações gerais. Observaremos, tanto em relação à investigação pautada pela teoria estruturante de Müller, quanto em relação à investigação orientada pela teoria dos direitos fundamentais de Alexy, três eixos de análise:

1. Concentração no perfil constitucional dos direitos autorais;
2. Delimitação de um sistema ideal de limitações aos direitos autorais;
3. Foco na atividade do legislador, em primeiro lugar, e na do juiz, em segundo.

A) O primeiro eixo coloca como preocupação central da análise, em torno da qual as outras preocupações gravitarão, um **exame do perfil constitucional dos direitos autorais**. Outros direitos poderiam ter sido considerados como foco principal, tais como o direito à educação e de acesso à cultura. Esses direitos, certamente, não serão ignorados, mas nossa preocupação é orientar o esforço de interpretação pela configuração constitucional dos direitos autorais. A CF/88 estabelece expressamente os direitos de autor em seu art. 5º, incisos XXVII e XXVIII,¹²⁵⁷ e é a partir desses dispositivos e sua relação com o restante da Constituição que empreenderemos, no caso da teoria estruturante de Müller, um esforço de

¹²⁵⁷ CF/88: “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;”

concretização e, no caso da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, um exercício de aplicação do princípio da proporcionalidade face a potenciais direitos colidentes.

B) O segundo eixo demanda que a análise do perfil constitucional dos direitos autorais seja feita tendo-se como objetivo a delimitação de um **sistema ideal de limitações aos direitos autorais**. O fato de que direitos autorais são sujeitos a limitações, por mais que a indústria do conteúdo procure minimizá-lo, insere a questão do compartilhamento de arquivos no contexto de uma série de *hipóteses* de ofensas aos direitos autorais que podem ou não efetivamente constituir ofensas. Essas hipóteses são, com efeito, *potenciais*, e não incluem apenas o compartilhamento de arquivos; há que se considerar também, por exemplo, o caso da cópia privada e o da reprodução não-autorizada para uso pessoal, quando não houve a aquisição de um exemplar original do bem. A Lei de Direitos Autorais afirma, genericamente, a força dos direitos autorais, mas submete esses direitos a uma série de limitações, que são impostas em razão da existência de uma pluralidade de interesses que são afetados pela legislação autoral, que não é, apenas, uma lei para autores e editores.

A literatura autoralista costuma ter consciência dos conflitos de interesses que as normas de direito de autor ensejam – interesses que a fundamentação utilitarista dos direitos autorais coloca em relevo, e que a fundamentação jusnaturalista ajuda a ocultar. Mas mesmo nos casos em que existe a preocupação de se apontar a importância desses conflitos, via de regra se faz apenas uma separação entre autores e sociedade,¹²⁵⁸ o que não é o bastante para se delimitar com precisão a vasta gama de interesses afetados pela legislação autoral.¹²⁵⁹ Essa é uma separação correta, mas analiticamente pobre. Mesmo modelos mais operativamente úteis, como o estabelecido por Patterson e Lindberg, que funda a legislação

¹²⁵⁸ Por exemplo, Manso: “Ao interesse econômico do autor, antepõe-se o interesse cultural da sociedade, devendo o legislador, com as vistas voltadas para ambos, estabelecer, com base nesses interesses, toda a linha demarcatória dos limites além dos quais o direito autoral prevalece com toda exclusividade e absolutismo que lhe são próprios: favorecer o desenvolvimento cultural, sem prejuízo para o autor, que deve ser o único autorizado a beneficiar-se direta e economicamente com a utilização de sua obra” (MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral: exceções impostas aos direitos autorais: interrogações e limitações*. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 91-92).

¹²⁵⁹ Há problemas relacionados não apenas ao acesso à cultura e à educação, mas também à liberdade de expressão, liberdade de informação, livre iniciativa e livre concorrência e direitos do consumidor e, em última análise, o próprio exercício da cidadania.

autoral em uma trama de direitos de autores, editores e usuários,¹²⁶⁰ é um tanto deficiente nos dias de hoje, com o advento de tecnologias que acabam fundindo, em muitos casos, as três funções, ou duas delas.¹²⁶¹

Em todo caso, ainda que autoralistas tenham consciência de que os conflitos de interesse existem, não se dá devida atenção à constitucionalidade do sistema de limitações que é estabelecido infraconstitucionalmente: parte-se do pressuposto de que as tímidas limitações fixadas pela Lei de Direitos Autorais sejam adequadas e equilibradas em relação ao que a Constituição preceitua, sem que se dê conta de que a propriedade intelectual, e por consequência, os direitos autorais, são *funcionalmente condicionados*.¹²⁶² **É importante, portanto, saber como exatamente a CF/88 orienta a fixação de limitações a direitos autorais, daí o foco em um sistema ideal de limitações como um eixo de análise, e a inserção do problema do compartilhamento de arquivos nesse contexto.**

C) O terceiro eixo aqui indicado estabelece uma **primazia da atividade do legislador**, e deixa em segundo lugar a atividade do juiz. Isto é feito pelo motivo de que é necessário tomar posicionamento face aos efeitos horizontais dos direitos fundamentais. O conflito em jogo envolve não apenas o exercício de direitos fundamentais em face do Estado (efeitos verticais), mas também o exercício de direitos fundamentais entre particulares (efeitos horizontais). Não é um tema desprovido de polêmica, e posicionamentos teóricos diversos orientam as discussões. Partimos, aqui, do modelo estabelecido por Silva, que exige, antes da produção direta dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma análise das normas infraconstitucionais pertinentes (na hipótese em que elas existam – caso da Lei de Direitos Autorais).¹²⁶³ O modelo proposto por Silva foi construído tendo

¹²⁶⁰ PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*. Athens/London: The University of Georgia Press, 1991.

¹²⁶¹ Ainda assim, faremos alusão ao modelo de Patterson e Lindberg, por falta de outro melhor.

¹²⁶² “A raiz histórica e os fundamentos constitucionais da propriedade intelectual são muito menos *naturais* e muito mais complexos do que a da propriedade romanística; [...] disto resulta que – em todas suas modalidades – a propriedade intelectual é ainda mais *funcional*, ainda mais condicionada, ainda mais socialmente responsável, e seguramente muito menos plena do que qualquer outra forma de propriedade” (BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2ª ed., p. 20).

¹²⁶³ “[...] sempre que possível, os efeitos dos direitos fundamentais se farão sentir nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado [...]. Isso significa conferir uma primazia à mediação que o legislador ordinário faz entre a ordem constitucional e a ordem privada. Mas essa primazia nem sempre é possível. Em alguns casos, seja por omissão, seja por insuficiência legislativa, os efeitos dos

apenas a teoria de Alexy em mente, mas o utilizaremos aqui como um esquema geral que apenas exige, antes da imposição de efeitos diretos, a análise do que há abaixo da Constituição, e a verificação, de um lado, se houve concretização normativa correta (Müller), e de outro, aplicação adequada da regra da proporcionalidade (Alexy).

Observe-se que, ao dar destaque à atividade do legislador, não pretendemos inverter a ordem de análise, e fazer uma interpretação “de baixo para a cima” da Constituição, ao invés de uma interpretação “de cima para baixo”.¹²⁶⁴ Mas há que se destacar que o conhecimento prévio das normas infraconstitucionais certamente terá alguns efeitos na análise – principalmente porque afeta a pré-compreensão das normas constitucionais – e por vezes se fará referências à legislação autoral, ainda que apenas em relação a categorias e divisões básicas (como direitos patrimoniais e morais do autor, direitos conexos, execução pública etc.).

8.2 Direitos autorais e compartilhamento de arquivos na CF/88 a partir da metódica estruturante de Friedrich Müller

A abordagem a ser seguida, no presente tópico, será orientada pela idéia de uma **dogmática regional** dos direitos autorais. Conforme Müller,¹²⁶⁵ a idéia de dogmática regional, concebida, precisamente, para hipóteses que envolvam direitos fundamentais, é uma modalidade de trabalho dogmático que se insere no plano maior da dogmática estruturante. A dogmática estruturante é uma dogmática que, no contexto da teoria estruturante do direito, leva a sério a distinção entre norma e texto de norma. É uma proposta que contraria em certa medida a dogmática positivista tradicional – que na visão de Müller não daria respostas adequadas ao manejo dos dados reais na co-constituição da

direitos fundamentais somente podem ser diretos, havendo a necessidade, portanto, de uma aplicação direta dos direitos fundamentais no nível interprivados. Esse modelo pretende, portanto, romper com a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, conciliando-os na mesma construção teórica” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 28). Ver ainda *ibidem*, p. 145-177.

¹²⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 172.

¹²⁶⁵ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*, p. 296-301.

norma –, mas tem com ela afinidade ao considerar correta a pretensão de “cientificizar” estudos de doutrina.¹²⁶⁶

A dogmática regional é uma modalidade da dogmática estruturante. Pelo nome, já é possível perceber que Müller recorre a uma metáfora geográfica: o importante, em se tratando de direitos fundamentais, é não considera-los como valores abstratos (liberdade, dignidade da pessoa humana, propriedade etc.), mas como garantias juridicamente positivadas (ou garantias factualmente determinadas) a partir de dados de linguagem e dados reais, e empreender um esforço de delimitação e demarcação de campos normativos, tendo em vista o objetivo de racionalizar e auxiliar o processo de elaboração de normas jurídicas e normas de decisão.

Em relação à presente investigação, apenas determinando-se o que se insere no campo normativo de certos direitos autorais - tendo-se em vista um dado conjunto de fatos -, pode-se saber como e em que medida positivar um sistema de limitações no plano infraconstitucional que respeite os exatos contornos dos direitos em consideração. O caso aqui em consideração é, especificamente, o do compartilhamento de arquivos; teremos, entretanto, que incluir no âmbito factual (ou mesmo no âmbito de caso) algumas outras hipóteses de infrações potenciais aos direitos de reprodução e distribuição de conteúdo protegido.

Seguindo a orientação da dogmática regional, cumpre ao mesmo tempo analisar âmbitos normativos de outros direitos fundamentais, contemplando, igualmente, os dados reais colhidos na dissertação. As principais questões aqui colocadas, contudo, e que conduzirão nosso esforço de concretização – voltado, em primeiro lugar, para a determinação de uma norma jurídica a ser construída pelo legislador e, eventualmente, uma norma de decisão, pelo juiz – são as seguintes:

- 1) A proteção contra a reprodução/distribuição de conteúdo via compartilhamento de arquivos encontra-se no âmbito normativo dos direitos autorais patrimoniais?
- 2) As condutas praticadas pelos compartilhadores de arquivos encontram-se inseridas nos âmbitos normativos de outros direitos fundamentais?

¹²⁶⁶ Ibidem, p. 298-299.

8.2.1 Conjunto de fatos

Corresponde a praticamente tudo o que foi descrito, em termos de dados de realidade, nos primeiros seis capítulos. Já se percebe como a redução do conjunto de fatos é necessária diante do esforço de concretização, porquanto o volume de dados relevantes, no que se inclui a descrição da estrutura da Internet, dos aspectos técnicos do compartilhamento de arquivos, dos movimentos de ação e reação entre indústria do conteúdo e compartilhadores de arquivos, dos modelos de negócio sucumbentes e emergentes etc., é grande demais.

Mas o conjunto de fatos já é um ponto de partida. A partir de tudo o que já foi descrito, torna-se possível escolher hipóteses de texto de norma, ou seja, delimitar o material textual eventualmente a ser utilizado no processo de concretização, do qual se extrairá um programa normativo.

8.2.2 Hipóteses de textos

De tudo o que foi abordado nos primeiros seis capítulos, há uma quantidade muito grande de textos de normas que se pode extrair da CF/88 como hipóteses, a serem trabalhadas ou abandonadas na construção do programa normativo. Além de alguns textos óbvios, como aqueles referentes aos direitos de propriedade, acesso à cultura, informação, liberdade de expressão etc., outros textos que parecem ser relevantes foram levantados. A escolha procurou ser a mais ampla o possível face ao conjunto de fatos, evitando, contudo, a inclusão arbitrária de textos que *remotamente* poderiam ter alguma conexão com o caso. Enquanto hipóteses, algumas serão efetivamente utilizadas na extração do programa normativo, e outras serão abandonadas.

Os textos de normas selecionados foram incluídos no quadro abaixo, observando-se ordem e estrutura de disposição na CF/88. Também serão utilizados – como enunciados normativos – ao tratarmos de aplicar a teoria dos direitos fundamentais de Alexy ao caso em questão.

Quadro 6 – Hipóteses de textos de normas (dados lingüísticos)

TÍTULO I DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	
	Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político [...] Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
TÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	
CAPÍTULO I Dos direitos e deveres individuais e coletivos	Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a

indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX – é garantido o direito de herança;

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por

	três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais,
CAPÍTULO II Dos direitos sociais	Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
TÍTULO III DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	
CAPÍTULO II Da União	Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência [...]
TÍTULO VII DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA	
CAPÍTULO I Dos princípios gerais da atividade econômica	Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios; I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; [...] VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.
	Art. 173.[...] [...] § 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. [...]
TÍTULO VIII DA ORDEM SOCIAL	
CAPÍTULO III Da educação, da cultura e do desporto	Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno

SEÇÃO I Da educação	desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; [...]
SEÇÃO II Da cultura	Art. 215. 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. [...] § 3.º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: [...] II – produção, promoção e difusão de bens culturais; [...] IV – democratização do acesso aos bens de cultura. [...] Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. [...] § 3.º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. [...]
CAPÍTULO IV Da ciência e da tecnologia	Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1.º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e

	o progresso das ciências; [...] § 3.º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. [...]
CAPÍTULO V Da comunicação social	Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1.º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV. [...] § 5.º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. [...]

8.2.3 Delimitação do âmbito factual e do âmbito do caso

Diante da pluralidade e complexidade do conjunto de fatos, cabe agora fazer uma redução do universo dos dados reais para a delimitação de um âmbito factual e de um âmbito do caso. A controvérsia analisada, do compartilhamento de arquivos, envolve, basicamente, dois direitos patrimoniais dos autores: reprodução e distribuição. A extensão de cada um desses direitos e seu lugar na Constituição depende de uma análise do programa normativo, algo que não se pode antecipar na presente etapa do processo de concretização. Mas para a delimitação do âmbito factual e do âmbito do caso já se mostra necessário um esforço de isolamento das controvérsias, em termos de práticas reais, que se vislumbre possam ser incluídas ou não incluídas no âmbito normativo a ser fixado com o auxílio do programa normativo.

Para tanto, convém inserir o compartilhamento de arquivos em um espectro de condutas potencialmente ofensivas aos direitos de reprodução e distribuição. O quadro abaixo faz uma descrição do espectro em questão, começando com a reprodução e distribuição para fins comerciais, terminando com a cópia privada:

Quadro 7 - Espectro de condutas potencialmente ofensivas aos direitos de reprodução e distribuição (conforme a intensidade da afetação dos direitos, maior para menor)

Reprodução e distribuição com fins comerciais	Esta é a única hipótese em que seria cabível o nome “pirataria”, que, contudo, será aqui evitado. A hipótese contempla os empreendimentos comerciais baseados em reprodução e distribuição não-autorizadas de conteúdo, com o escoamento, para o mercado, do conteúdo reproduzido. Há competição direta com o fornecedor do produto original, mas o impacto em vendas é difícil de ser mensurado pelas diferenças de preço entre os produtos autorizados e os produtos não-autorizados: não há como estimar com precisão o número de compradores que efetivamente teriam recursos para a aquisição do produto autorizado, ou ainda a disposição para adquiri-lo no preço oficial (como é o caso nas compras de impulso, motivadas pelo preço baixo).
Compartilhamento de arquivos	Reprodução e <i>potencial</i> distribuição em larga escala de conteúdo, independentemente de autorização do detentor de direitos, sem intuito de lucro, e fora do comércio. A distribuição é <i>potencial</i> , ressalte-se, porque não há garantia de que um arquivo baixado de uma rede de compartilhamento será disponibilizado ou, se for disponibilizado, de que será novamente baixado por outro usuário. Tampouco há como se mensurar os impactos sobre vendas, sendo provável que eles sejam negativos para algumas obras, e positivos para outras.
Cópia de livros/discos/ <i>software</i> para uso privado, não-comercial, que não constitua cópia privada	Cópia para uso pessoal, quando não se pagou pelo original, sem qualquer intuito de lucro. Não há como determinar, nesta hipótese, se o indivíduo tinha ou não condições financeiras ou mesmo disposição para a aquisição dos exemplares originais, do que se depreende que não há como prever impacto nos lucros percebidos pelo detentor de direitos autorais. Via de regra, não há distribuição nesta hipótese, ou a distribuição é muito limitada (como é o caso do professor que extrai cópias de um artigo de periódico para o uso de seus alunos em sala de aula).
Cópia privada	Reprodução integral para fins de arquivo ou outros usos privados, no número de cópias desejado pelo usuário (uma, duas, cem, não importa), mantidas, contudo, no âmbito de sua residência. Não há distribuição aqui, apenas a fruição da obra ou de cópias de obras por um

	número reduzido de pessoas, que de todo modo teriam acesso ao original adquirido pelo usuário, mesmo se não houvesse a extração de cópias. Não há que se falar, nesta hipótese, em <i>qualquer</i> prejuízo por parte do detentor de direitos autorais.

Esse espectro, contudo, não é suficiente: o próprio compartilhamento de arquivos, fenômeno complexo e multifacetado que é, também possui um espectro. Com o auxílio de uma descrição de perfis de compartilhadores feita por Lessig, dispomos o espectro do compartilhamento no quadro abaixo, também em termos de intensidade de afetação de direitos, no grau maior para o menor.

Quadro 8 - Espectro do compartilhamento de arquivos (Lessig)¹²⁶⁷

Classe A	Utilização de sistemas de compartilhamento em substituição à aquisição do produto de fontes oficiais.
Classe B	Utilização de sistemas de compartilhamento para amostragem de obras a serem compradas ou não compradas, conforme a amostra agrade o usuário.
Classe C	Utilização de sistemas de compartilhamento para acesso a conteúdo que não é mais vendido, mas ainda está sob proteção das normas de direito autoral, ou que ainda está sendo comercializado, mas cujo acesso é difícil.
Classe D	Utilização de sistemas de compartilhamento para acesso a conteúdo que não está mais sob proteção das normas de direito autoral, ou cujo acesso é franqueado pelo detentor de direitos autorais.

Todas as hipóteses dos espectros dos quadros acima encontram-se inseridas no âmbito factual. Convém inserir, ainda, no âmbito factual, alguns outros pontos discutidos anteriormente, como (a) todo o contexto de crise de modelos de negócios da propriedade intelectual, especialmente a existência de uma pluralidade de estratégias diferenciadas para a produção de informação (conforme se baseie em critérios de *exclusão/não-exclusão* e *mercado/fora do mercado*) e (b) os problemas e danos colaterais causados pela imposição de TPMs e sistemas de DRM ao usuário de conteúdo.

¹²⁶⁷ Adaptado de LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the nature and future of creativity*, p. 296-297.

O âmbito do caso, contudo, exige uma redução mais drástica. Dentre o espectro do compartilhamento de arquivos (quadro 8), as condutas praticadas pelas classes A, B e C de compartilhadores encontram-se, definitivamente, inseridas no âmbito do caso. As condutas praticadas pelos compartilhadores da classe D, contudo, extrapolam o âmbito do caso pelo simples fato de que não há, em qualquer das duas hipóteses, potencial ofensa a direitos autorais. Tanto a situação do usuário que compartilha obras em domínio público, ou cuja reprodução e distribuição são autorizadas pelo detentor de direitos (por exemplo: *software* livre e conteúdo disponibilizado via uma licença Creative Commons), estão completamente fora do âmbito do caso pela patente inexistência de ofensa a direitos autorais.

Dentre o espectro das ofensas potenciais (quadro 7), contudo, a situação é mais complicada. Todas as condutas descritas são classificadas, por representantes da indústria do conteúdo, como ofensivas aos direitos autorais, com base na Lei de Direitos Autorais. A análise feita no presente capítulo é de direito constitucional, e tem como um de seus eixos a avaliação, em termos amplos, do regime de limitações aos direitos autorais que a Constituição impõe ao legislador concretizar. Desta maneira, convém deixar no âmbito do caso não apenas o compartilhamento de arquivos, mas todas as outras hipóteses.

A delimitação do âmbito normativo, ressalte-se, feita com base no programa normativo, recolhe elementos tanto do âmbito factual quanto do âmbito do caso, de modo que em última análise todos os dados acima indicados serão, em determinado momento, considerados na síntese da norma jurídica.

8.2.4 Extração do programa normativo

Iniciaremos a análise do programa normativo com os próprios direitos autorais, e prosseguiremos a partir deles. A questão de identificar um regime ideal de limitações implica a delimitação do âmbito normativo de *alguns* dos direitos autorais, e não de sua totalidade.

Vamos dar preferência, conforme orienta a metódica estruturante, aos elementos de concretização que mais se aproximam dos textos de normas, partindo, principalmente, das regras tradicionais de interpretação, mas também nos valeremos de elementos dogmáticos e de política do direito.

8.2.4.1 Textos diretamente referentes a direitos autorais

Quando se fala em direitos autorais, obviamente não se refere apenas a um direito. Os tratados internacionais e a Lei de Direitos Autorais fazem referência a uma pluralidade de direitos, historicamente construídos em um processo de gradual maximização, como se pôde constatar no capítulo 5. O que a CF/88, contudo, expõe explicitamente a respeito da matéria?

8.2.4.1.1 Direitos patrimoniais

Os direitos patrimoniais de autor são expressamente indicados no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, com o inciso XXVII constituindo o núcleo essencial dos direitos patrimoniais, e o inciso XXVIII fazendo disposições a respeito da proteção em casos de participação¹²⁶⁸ em obras coletivas, estabelecendo um direito de fiscalização face a editores. O inciso XXVIII também fixa uma raiz constitucional para os direitos conexos, bem como para o chamado “direito de arena”:¹²⁶⁹

“Art. 5.º [...]

[...]

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de **utilização, publicação** ou **reprodução** de suas obras, transmissível aos herdeiros **pelo tempo que a lei fixar**;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a. a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b. o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

[...]” [grifamos]

¹²⁶⁸ “Participação” envolve, ressalte-se, além dos direitos patrimoniais do núcleo, direitos morais.

¹²⁶⁹ Que abrange, também, grandes espetáculos coletivos, como desfiles de escola de samba, por exemplo. Ver CHAVES, Antônio. *Direitos conexos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 77-831.

O núcleo dos direitos patrimoniais do autor faz referência expressa a três direitos exclusivos: (a) utilização; (b) publicação; (c) reprodução. Convém examinar preliminarmente cada um desses direitos, sem querer exaurir seu conteúdo, objetivando-se apenas uma impressão inicial sobre seu conteúdo *potencial*. Abstraímos o máximo o possível, nesta primeira impressão, dos direitos que a Lei de Direitos Autorais e tratados internacionais atribuem ao autor. O que importa na primeira etapa da análise é o texto da CF/88. Como todos os direitos indicados são *exclusivos*, há que se entender que são exercitáveis *erga omnes*, e construir seu conteúdo a partir deste pressuposto. Como em boa parte as obras podem ser *fracionadas* (por exemplo: excertos de um livro, o refrão de uma música etc.), deve-se entender que os direitos relacionam-se à obra como um todo, bem como às suas partes.

- a) *Utilização* parece significar, logo de início, algo diferente do direito de uso referente ao direito de propriedade. Afinal, uma vez publicado um livro, por exemplo, há uma boa parcela de usos que, sem controvérsia alguma, fogem do alcance do autor. Alguns usos de um livro referem-se ao seu suporte físico, e assim é que se pode queimar, rabiscar e usar como encosto de porta um livro, por exemplo. Outros, referem-se a seu conteúdo, como é o caso dos direitos de ler, estudar e memorizar o texto do livro; são estes usos que importam aqui. Havendo direitos de uso específicos do usuário de determinada obra intelectual,¹²⁷⁰ há que se considerar que o direito de utilização de uma obra intelectual atribuível ao autor é muito diferente do direito de uso que se insere no plano dos direitos reais. Não há como excluir uma pessoa que tenha comprado um disco de ouvi-lo. Por outro lado, não há como forçar – ao menos em razão de obrigação contratual – um autor a *publicar* um livro, ou seja, deixá-lo escoar para fora de sua esfera pessoal. Se um autor escreve um livro apenas para utilização própria, é evidente que tem o direito de utilizá-lo como bem entender. Disto decorre que apenas na hipótese em que um autor *não publica* um

¹²⁷⁰ É comum, em se tratando de *software* e, cada vez mais, devido a sistemas de DRM, outros tipos de conteúdo, a imposição de deveres referentes à utilização de uma obra para além do que se poderia usualmente esperar, e para além do que o costume preceitua. Ocorre que, como já se observou no capítulo 3, essas restrições de uso devem ser examinadas face ao direito contratual vigente, para que se verifique sua licitude. Pelo menos quanto ao direito brasileiro, sistemas de DRM são inteiramente incompatíveis, em suas feições habituais, em relação ao regime contratual consumerista.

livro, há que se considerar a existência de um direito de uso próximo àquele referente à propriedade sobre bens materiais. Uma vez publicada uma obra, o direito adquire uma configuração diferenciada.¹²⁷¹

- b) *Publicação*, parece indicar a disponibilização de uma determinada obra ao público, seja por intermédio de uma editora/gravadora, ou por qualquer outro meio possível. Em outras palavras, *tornar público*. A impressão de um poema, por exemplo, e sua distribuição nas ruas implica, nesse contexto, publicação. É o momento inicial em que uma obra deixa de ser de utilização efetivamente exclusiva do autor, e passa a ser entregue a uma potencial utilização pela sociedade;
- c) *Reprodução* é um direito auto-explicativo, e o elemento essencial, por excelência, dos regimes de direitos autorais, desde sua etapa de formação, precedente ao Statute of Anne e à Revolução Francesa (ainda que não assumisse, na época, o formato de um direito, mas sim de um privilégio real ou de uma disposição regulamentar *interna corporis*).

Qualquer um que tenha examinado a Lei de Direitos Autorais e tratados internacionais, entretanto, sabe que os direitos patrimoniais do autor, apesar de serem descritos com os termos acima indicados, compreendem um feixe de direitos que extrapola – em formulação textual, pelo menos – os direitos de utilização, publicação e reprodução. A Lei de Direitos Autorais brasileira, por exemplo, fala também em direitos de transmissão/emissão, retransmissão, distribuição e comunicação ao público,¹²⁷² bem como

¹²⁷¹ A publicação, com efeito, torna a obra pública no sentido de que ela passa a ser acessível e potencialmente utilizável por todos. Le Chapelier estava correto (ver item 5.2.3). De certa forma, é uma situação paradoxal: apenas publicando a obra, é possível colocá-la no mercado. Mas uma vez colocada a obra no mercado, o acesso ao bem e as possibilidades fáticas de controle sobre seu uso praticamente desaparecem, dado à natureza de bem público da informação, na acepção econômica. Em sentido semelhante, diz Manso, ao analisar a Lei de Direitos Autorais de 1973, abordando os direitos de utilização, fruição e disposição: “[...] evidentemente, essas são formas de tirar proveito econômico da obra intelectual, visto que o gozo estético-cultural dela é livre a quem lhe tiver acesso, eis que para tal fim é que a obra intelectual merece a mais ampla proteção dos governos. O destino natural de tais obras é sua difusão, logo que seu autor a tirou do ineditismo e tal difusão interessa sobremaneira ao desenvolvimento da cultura, de que a obra intelectual é sempre uma das manifestações mais evidentes” (MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral: exceções impostas aos direitos autorais: interrogações e limitações*, p. 139-140).

¹²⁷² Lei n.º 9.610/98, art. 5.º e incisos, para definições legais.

especifica os direitos apontados acima (o direito de utilização, assim, inclui o de execução musical, radiodifusão, sonorização ambiental, exposição de obras de arte plástica etc.).¹²⁷³

Esses direitos existem em razão da implementação de tratados internacionais, mas é possível derivar cada um deles a partir dos três supracitados, e expressamente consignados em texto na CF/88: utilização, publicação e reprodução. Mesmo que não se pudesse, evidentemente, o art. 5.º, § 2º autorizaria sua consideração:

“Art. 5.º [...]

[...]

§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...]

Disto decorre que não há, em princípio, qualquer incompatibilidade entre o que autoriza a CF/88, e as especificações de direitos feitas internacionalmente e infraconstitucionalmente. Observe-se, contudo, que não há qualquer disposição explícita quanto às circunstâncias de exercício dos direitos em questão, além da exigência, com a cláusula “pelo tempo que a lei fixar” (art. 5.º, XXVII), de que os direitos autorais sejam, *necessariamente*, limitados temporalmente, a critério do legislador infraconstitucional (pode-se denominar a disposição em questão de “cláusula do domínio público”).¹²⁷⁴ Não há, ainda, orientação teleológica explícita, como há na Constituição dos EUA.¹²⁷⁵ Existe uma cláusula semelhante, contudo, no dispositivo constitucional referente à propriedade industrial:

¹²⁷³ Lei n.º 9.610/98, art. 29, VIII e alíneas.

¹²⁷⁴ É apenas a partir da idéia de uma limitação temporal para os direitos autorais que se pode falar em domínio público. Em razão disto, Patterson e Lindberg atribuem a criação do domínio público ao Statute of Anne. Ver PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*, p. 29.

¹²⁷⁵ O Artigo I, seção 8, cláusula 8 da Constituição dos EUA concede ao Congresso o poder de legislar “**To promote the Progress of Science and useful Arts**, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries” (grifamos). Na época da redação, promoção do progresso da ciência significava, exatamente, promoção do aprendizado. Ver PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*, p. 48-49.

“Art. 5.º [...]

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, **tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;**
[...]” [grifamos]

Isso não implica que inexistam uma vinculação semelhante aos direitos autorais. Os textos de normas referentes aos direitos autorais não existem isoladamente: há uma série de outros textos a serem considerados na atividade de extração do programa normativo, como se verá abaixo.

Como este é um estudo voltado primordialmente à CF/88, qualquer definição legal há que ser compatível com o texto da Constituição. Fazer cotejo entre definições legais fixadas infraconstitucionalmente ou no direito internacional e o que a CF/88 preceitua não é objetivo do presente capítulo, cujo foco é a Constituição brasileira. Já tendo em consideração o âmbito factual e âmbito do caso acima delimitados, nossa análise concentrar-se-á nos três direitos expressamente indicados pela CF/88, com outros direitos (particularmente o direito de distribuição) sendo considerados como hipóteses de especificação.

8.2.4.1.2 Direitos morais

Apesar da vinculação, pela doutrina, dos direitos morais do autor (ou extrapatrimoniais, em denominação mais precisa) aos direitos de personalidade, não há necessidade de se buscar fundamento constitucional para os direitos morais em um “direito geral de personalidade”, a ser derivado do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Basta atentar para o que diz o art. 5.º, X, que fixa alguns direitos *específicos* de personalidade:

“Art. 5.º [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, **a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
[...]” [grifamos]

Os direitos morais costumam ser especificados em uma série de direitos, dentre os quais o de reivindicar autoria da obra (direito de paternidade) ou de impedir modificações não-autorizadas de forma e conteúdo (direito de integridade).¹²⁷⁶ Todos esses direitos podem ser considerados derivações dos direitos à honra e imagem, não sendo necessário, portanto, referir-se a um direito geral de personalidade, cuja existência sequer é desprovida de controvérsias.¹²⁷⁷

Se esses direitos são disponíveis – não em geral, mas em circunstâncias específicas¹²⁷⁸ – é uma questão que extrapola nossas preocupações, porquanto tratamos de ofensas potenciais aos direitos *patrimoniais* do autor, não a seus direitos morais. Mas há espaço para discussão quanto à disponibilidade dos direitos morais em determinados casos concretos,¹²⁷⁹ não obstante a Lei de Direitos Autorais preceituar inalienabilidade e irrenunciabilidade (Lei n.º 9.610/98, art. 27).

8.2.4.2 Vinculação a um direito de propriedade funcionalmente condicionado

Cabe resolver, nesta próxima etapa do desenvolvimento do programa normativo, a questão do *status* dos direitos autorais enquanto direito de propriedade. Nisso, já excluimos

¹²⁷⁶ Tome-se como referência a formulação feita na Convenção de Berna:

“Art. 6 *bis* Direito Moral

1) Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão dos referidos direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação.

2) Os direitos reconhecidos ao autor em virtude da alínea 1) *supra* são, após a sua morte, mantidos pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais e exercidos pelas pessoas ou instituições às quais a legislação nacional do país em que a proteção é reclamada dá legitimidade. Todavia, os países cuja legislação, em vigor no momento da ratificação do presente Ato ou da adesão a este, não contenha disposições assegurando a proteção após a morte do autor de todos os direitos reconhecidos por virtude da alínea 1) *supra* têm a faculdade de prever que alguns desses direitos não se mantêm após a morte do autor.

3) Os meios de recurso para salvaguardar os direitos reconhecidos no presente artigo são regulados pela legislação do país em que a proteção é reclamada”.

¹²⁷⁷ Ver, para a defesa de um direito geral de personalidade vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

¹²⁷⁸ Dito de outra maneira, não no sentido de uma renúncia definitiva e irreversível de direitos. Ver, para a noção: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 63.

¹²⁷⁹ Ver FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *A fração extrapatrimonial do direito de autor*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

de nossa análise os direitos morais, que não constituem direito de propriedade em hipótese alguma. Voltamos nossa atenção, exclusivamente, aos direitos patrimoniais.

Não há, nos textos de normas referentes a direitos autorais, qualquer menção a um direito de propriedade.¹²⁸⁰ Que os direitos previstos são *exclusivos* não implica que eles sejam um direito de propriedade, ou sequer que possam ser inseridos na categoria dos direitos reais.¹²⁸¹ A única referência explícita a um – dentre os vários existentes – direitos de propriedade intelectual *enquanto* direito de propriedade, encontra-se no inciso XXIX do art. 5.º, em relação às marcas. Os direitos autorais não são concebidos, explicitamente, como direitos de propriedade, e a expressão “propriedade intelectual” não é empregada pela CF/88.

Como já afirmado acima, o melhor seria que se abandonasse de uma vez o rótulo “propriedade intelectual”, por todas as dificuldades conceituais que ele suscita, e pelo motivo de servir como munção retórica para a utilização de argumentos referentes a bens materiais, não aplicáveis a bens imateriais e públicos (no sentido econômico).¹²⁸² Ocorre que, no contexto da metódica estruturante, este é um argumento de política do direito – respeitável, mas auxiliar e não-vinculante. Cabe conferir se os *textos de normas* escolhidos permitem que se atribua aos direitos autorais o rótulo “propriedade intelectual”.

É possível uma interpretação nesse sentido: não apenas há referência expressa ao direito de marca como um direito de propriedade, como há proximidade muito grande entre os textos referentes a direitos autorais, patentes e marcas, dos textos referentes ao direito de propriedade. A ordem e local de colocação dos textos não podem ser tomados como únicos argumentos, mas são dados bastante significativos para a interpretação, ainda mais quando há referência expressa às marcas como propriedade. Há uma seqüência lógica entre os textos que não é desprezível, sendo razoável, portanto, interpretar os direitos

¹²⁸⁰ A Lei n.º 9.610/98 parece equiparar os direitos autorais ao direito de propriedade do Código Civil, dispondo em seu art. 28 o seguinte: “*Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica*”. Ocorre que logo em seqüência, a lei faz uma série de especificações dos direitos autorais que acabam descaracterizando o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor que o art. 28 atribui aos direitos autorais, pelo menos nas formas estabelecidas pelo Código Civil. Ver, a propósito da dificuldade de se encarar os direitos autorais como direito de propriedade, o já observado *supra*, item 4.1.3.

¹²⁸¹ É possível afirmar que sejam, mas não é *necessário*, e alguns autores recusam-se a considerá-los como direitos reais. Ver item 4.1.3 e, especialmente, GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. O fundamento científico da função social da propriedade intelectual. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

¹²⁸² Ver item 4.1.

autorais como uma *espécie* de propriedade, que se distancia, contudo, da propriedade tradicional do direito civil.

Adere-se, assim, à opinião doutrinária de que, quando a CF/88 menciona “propriedade”, refere-se não apenas ao direito real de propriedade, mas a uma série de outras “propriedades”, cada qual com seu conteúdo específico.¹²⁸³ Essa opinião não evita, mas permite que se coloque em uma posição de controle, os abusos argumentativos que se originam a partir da heterogeneidade de institutos abrigado pelo rótulo “propriedade intelectual”. Sempre que se fala em propriedade, deve-se ter em mente que há várias *propriedades* constitucionalmente fixadas, que se deve especificar a que *tipo* de propriedade fazemos referência e, caso a referência seja à propriedade intelectual, que *espécie* de propriedade intelectual está em consideração.

Considerar os direitos autorais como propriedade, seguindo nosso esforço de elaboração do programa normativo, implica considerar que a eles é aplicável o disposto no art. 5.º, XXIII. Se o inciso precedente, XXII, dispõe que “*é garantido o direito de propriedade*”, o inciso XXIII estabelece que “*a propriedade atenderá a sua função social*”. O art. 170 da CF/88, ainda, ao fixar os princípios gerais da atividade econômica, também menciona, além da propriedade privada (inciso II), a função social da propriedade (inciso III).

O que entender, entretanto, por função social da propriedade intelectual? Ou antes, o que entender por função social da propriedade, em geral?

A fórmula textual “função social da propriedade” remonta a Duguit, enquanto “propriedade-função social”.¹²⁸⁴ A idéia de função social da propriedade defendida por

¹²⁸³ Tese de origem italiana, conforme José Afonso da Silva: “A Constituição consagra a tese, que se desenvolveu especialmente na doutrina italiana, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em *propriedades*” (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 277). Ver, também aderindo à doutrina: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 207; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 133; BARBOSA, Denis Borges, *Uma introdução à propriedade intelectual*, p. 19; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 236.

¹²⁸⁴ Ver DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2ème ed. Paris: Librairie Félix Alcan, 1920, p. 1-22 e 146-178; COSTA, Moacyr Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit. *Revista dos Tribunais*, a. 42, v. 211, p. 3-16.

Duguit, insere-se em uma construção positivista-comtiana¹²⁸⁵ do direito que não é a mesma que se tem nos dias de hoje (e já na época era um tanto excêntrica).¹²⁸⁶ São dois os pontos distintivos da teoria: (1) “propriedade” para Duguit não é um direito, mas se limita, exatamente, a uma função social;¹²⁸⁷ como diz Costa, “há, apenas, uma possibilidade de fato; não o exercício de direito”;¹²⁸⁸ (2) no lugar do direito, há *apenas* um dever social, o de empregar a propriedade “de acordo com a finalidade assinalada pela norma do direito objetivo”.¹²⁸⁹ Aparentemente radical em proposta, em última análise a teoria de Duguit não era tão transformadora em efeitos: há uma nítida *precedência* dos usos da propriedade em benefício do próprio detentor fático, em detrimento da utilidade coletiva dos bens, que fica em segundo plano e só entra em questão secundariamente.¹²⁹⁰

A concepção de função social da propriedade de Duguit não é compatível com o que a Constituição preceitua. Em primeiro lugar, porque há, sem a menor sombra de dúvida, um *direito* de propriedade. Em segundo lugar, porque o perfil de estado que a CF/88 estabelece para o Brasil, é o de um estado democrático e *social* de direito, com a imposição de princípios e objetivos como “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3.º, I), “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3.º, II), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3.º, III); “justiça social” (art. 170, *caput*), “redução das desigualdades regionais e sociais” (art. 170, VII); “busca do pleno emprego” (art. 170, VIII) etc.

¹²⁸⁵ A própria idéia de “função social”, conforme empregada por Duguit, é comtiana (COSTA, Moacyr Lobo da. *A propriedade na doutrina de Duguit*, p. 5).

¹²⁸⁶ Duguit tem que a concepção de direito subjetivo presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e do Code Napoléon é uma concepção referente ao estado metafísico, que deve ser abandonada rumo à evolução ao estado positivo. (DUGUIT, Leon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2ème ed, p. 9). Não se trata de uma idéia compatível com a dogmática jurídica que se faz atualmente no Brasil e em qualquer país de tradição romano-germânica.

¹²⁸⁷ Ibidem, p. 20-21.

¹²⁸⁸ COSTA, Moacyr Lobo da. *A propriedade na doutrina de Duguit*, p. 4.

¹²⁸⁹ Ibidem, p. 5.

¹²⁹⁰ Explica Costa: “[...] o proprietário tem o dever e o poder de empregar sua riqueza na satisfação de suas necessidades individuais. Bem entendido, porém, que não se trata senão dos atos que correspondem ao exercício da liberdade individual [...], ou seja, o livre desenvolvimento da atividade individual no sentido da interdependência social.

Os atos realizados em vista deste fim serão protegidos. Aqueles que não tenderem a este fim, e, por outro lado, não se destinarem a um fim de utilidade coletiva, serão contrários à lei da propriedade e poderão dar lugar a uma repressão ou a uma reparação” (Ibidem, p. 7).

Não há como sustentar que o interesse da coletividade (que pode ser decomposto em uma série de interesses individuais) fica *apenas* em segundo plano. Resta a idéia de Duguit de que a propriedade não é plena e ilimitada conforme a concepção liberal-econômica tradicional, mas surge um debate sobre qual a *conformação* de *direito* de propriedade a ser extraída de um texto constitucional que não acomoda a idéia de que um uso da propriedade que garanta o desenvolvimento “físico, intelectual e moral” de seu detentor já baste para que objetivos de desenvolvimento social sejam corrigidos por via reflexa.¹²⁹¹ A idéia de função social da propriedade expressa na Constituição definitivamente não é a de que “a propriedade tem a função de sustentar o *status quo*”; há uma série de objetivos referentes aos propósitos de um estado social e democrático de direito que conduzem à fixação de um determinado regime ao direito de propriedade, de modo a atender à sua função social.¹²⁹² Com efeito, entende José Afonso da Silva que a cada uma das propriedades abrigadas pela noção constitucional de propriedade, vincula-se uma disciplina diferenciada, justamente *em virtude de* sua função social.¹²⁹³

Pode-se compreender a função social da propriedade tanto como a configuração estrutural do direito de propriedade,¹²⁹⁴ quanto como uma fonte de limitações. Uma idéia não exclui a outra: é a partir da fixação de limites que se tem idéia das dimensões de um dado objeto (como o contorno de um desenho). Os limites acabam impondo uma determinada estrutura ao direito, e não cabe aqui diferenciar entre o direito em si e o exercício do direito,¹²⁹⁵ porque as conseqüências práticas são as mesmas: o estabelecimento de um regime diferenciado de propriedade, com base em sua função social – algo que necessariamente envolve limitações.

¹²⁹¹ É o que a teoria de Duguit parece sustentar. Ver: *ibidem*, mesma página.

¹²⁹² Neste sentido, Grau: “[...] o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 245, grifos no original). Grau vincula a função social negativa (imposição de obrigações de não-fazer) à ideologia do Estado liberal, e a função social positiva (imposição de obrigações de fazer), à ideologia “que reconhece a necessidade de se colocar à disposição da ordem jurídica instrumentos de conformação do processo econômico e social” (*Ibidem*, p. 244).

¹²⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed, p. 277.

¹²⁹⁴ *Ibidem*, p. 286.

¹²⁹⁵ Em sentido contrário, dizendo que a função social representa configuração estrutural, e os sistemas de limitações as mposições que se faz ao exercício dos direitos, Silva: *ibidem*, p. 284.

Observe-se, contudo, que ao contrário do que é feito em relação à propriedade urbana¹²⁹⁶ e à propriedade rural,¹²⁹⁷ a Constituição não dá nenhum indicador expresso de *como* se determinar a função social da propriedade intelectual. Talvez seja este um dos motivos em razão dos quais a idéia de que exista uma função social da propriedade intelectual por vezes passe em branco, ou até seja negada.¹²⁹⁸ Ou, ainda, que em razão das referências feitas pelos dispositivos concernentes à função social da propriedade urbana e rural à mediação legislativa, assuma-se que o sistema infraconstitucional de limitações aos direitos autorais seja suficiente para o cumprimento da função social da propriedade intelectual e, assim, sequer se costume empreender um esforço de análise do *contexto* dos textos de normas referentes aos direitos autorais.

Como já explicitado, um dos eixos de análise adotados insere o problema do compartilhamento de arquivos no contexto de uma extração, do texto da Constituição, de um regime ideal de limitações. Diante da situação atual de hipertrofia dos direitos autorais (e outros direitos de propriedade intelectual), um regime de limitações adequado é uma necessidade que se faz sentir cotidianamente. Quando se começa, ademais, a falar na transição de um estado do bem-estar social burocrático para um *estado informacional* em que o controle e regulamentação dos processos de criação, transformação e fluxo de

¹²⁹⁶ “Art. 182. [...] § 2.º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.[...]”

¹²⁹⁷ “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

¹²⁹⁸ Negando a existência de uma função social sobre direitos autorais, preferindo falar apenas na “mera predominância do interesse público sobre o privado” em caso de limitações: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 19ª ed., p. 210. A doutrina, todavia, tem sido mais receptiva à idéia ultimamente. Ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006; GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. O fundamento científico da função social da propriedade intelectual. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006; LOPEZ, Juan José Marín. *Intereses privados e intereses públicos en la propiedad intelectual*. Disponível em: <<http://www.cedro.org/Files/Boletin29FORO.pdf>>. Acesso em: 25.02.05. Ver, também, no contexto de um estudo voltado à função social da propriedade sobre o meio ambiente, incluindo dentre os bens condicionados por função social os bens culturais: DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da sua função social. *Revista trimestral de direito público*, n. 34, p. 51-60.

informação passam a adquirir cada vez maior importância,¹²⁹⁹ é sinal de que é inevitável uma análise do contexto em que se insere a propriedade intelectual para fins do exame crítico de políticas públicas referentes à sua configuração jurídica.

Nos termos de uma dogmática regional, é preciso que se tenha em consideração uma série de direitos que fazem parte do mesmo ambiente regulamentar dos direitos autorais, para que se chegue à construção de um âmbito normativo que não extrapole os limites “territoriais” fixados pela Constituição. Nossa próxima etapa na extração do programa normativo é, portanto, analisar uma série de *disposições de contexto*, necessárias para a devida avaliação dos dados de realidade a serem selecionados para a composição de um âmbito normativo que atenda às exigências do regime de direitos fundamentais da CF/88, respeitando-se assim sua função social.

8.2.4.3 Disposições de contexto

Na análise das disposições de contexto, pode-se encontrar um ponto de abertura, na tarefa de interpretação do programa normativo, para a fundamentação utilitarista clássica dos direitos autorais. A fundamentação jusnaturalista apenas afirma que ao autor é cabível um direito de propriedade em razão de seu trabalho, o que não é negado pelo texto constitucional, dado que os direitos autorais são afirmados. A vinculação da propriedade autoral a uma função social, contudo, autoriza um exercício de interpretação teleológica dos direitos autorais, em vinculação à interpretação gramatical, histórica e sistemática,¹³⁰⁰ que autoriza a consideração dos argumentos utilitaristas: os direitos autorais existem por motivos específicos, que podem ser encarados sob o ponto de vista do autor, do editor e do público.

Interessam aqui, em especial, as justificações que a fundamentação utilitarista estabelece para os direitos autorais em razão do público, que é o principal onerado, em última análise, pelos direitos concedidos a autores e editores: a concessão desses direitos apenas existiria na medida em que servisse de incentivo, e não obstáculo, à produção,

¹²⁹⁹ Ver, com profunda pesquisa interdisciplinar: BRAMAN, Sandra. *Change of state: information, policy, and power*. Cambridge/London: The MIT Press, 2006.

¹³⁰⁰ E não como mero elemento auxiliar de política do direito. Ver o papel fixado por Müller para a interpretação teleológica na metódica estruturante em *supra*, item 7.3.2.

publicação e difusão das obras intelectuais, para aproveitamento do público. Esta é, de certa forma, a própria essência da propriedade intelectual autoral. Mas não é o suficiente para que já se possa começar a traçar o âmbito normativo dos direitos indicados *supra*, 8.2.4.1.1.

Conforme Patterson e Lindberg, normas de direito autoral constituem, em última análise, **o direito que governa o acesso à cultura em todos os seus aspectos** (sociais, políticos, econômicos, educacionais e artísticos), de modo que não há como considerá-lo apenas um direito de autores e editores: isso seria defender que, por trás dos direitos autorais, há uma concepção de cultura que a tem como um amontoado de produtos que constituem um fim em si mesmo, ao invés de componentes relevantes de um processo social da mais alta essencialidade.¹³⁰¹

Mostra-se necessário, portanto, vincular uma idéia geral de função social da propriedade intelectual, que pode ser derivada da fundamentação utilitarista, a uma análise do *contexto* em que os direitos autorais se inserem, em um esforço de dogmática regional, levando em consideração, de um lado, direitos individuais, e de outro, uma série de princípios e objetivos estatais, observando-se o seguinte:

- a) Não se adota neste trabalho a idéia de uma distinção rígida entre direitos individuais e sociais, porque todo direito social tem uma projeção individual, e todo direito individual tem uma projeção social. Há, assim, por exemplo, uma dimensão social do direito à educação, e uma dimensão individual deste mesmo direito. Tendo como parâmetro a atividade estatal, isso implica dizer que o direito à educação tanto envolve prestações por parte do Estado, como abstenções. Há um dever, expressamente consignado na CF/88, de promover a educação e prestar ensino público. Por outro lado, também há um dever de abstenção, quanto à colocação de entraves na busca dos indivíduos de garantir a própria educação;
- b) Preferimos falar aqui em princípios¹³⁰² e objetivos estatais, ao invés de normas programáticas, por dois motivos. Em primeiro lugar, porque não há que se falar de norma, a partir da metódica estruturante, quando ainda se está a analisar textos de

¹³⁰¹ PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*, p. 5.

¹³⁰² Não no sentido de princípio-norma de Alexy.

normas. Em segundo lugar, porque há polêmicas¹³⁰³ em relação ao *status* normativo de disposições programáticas que desaconselham o próprio uso do termo.

Esclarecidos esses dois pontos, passamos a analisar disposições de contexto que podem auxiliar a compreensão do âmbito normativo dos direitos autorais patrimoniais.

8.2.4.3.1 Direitos individuais

Todos os direitos mencionados abaixo encontram-se em vinculação recíproca, e são instrumentais para o exercício de outros direitos fundamentais. São todos, ademais, vinculados à idéia de *autonomia*: há que se garantir meios para os cidadãos educarem-se, informarem-se e expressarem-se, para o seu próprio desenvolvimento e para proporcionar condições de participação efetiva e eqüitativa nos processos políticos e culturais do país.

A ordem de exposição começa com o direito à educação e liberdade de ensino e pesquisa, mas poderia começar por qualquer dos direitos relevantes. Não há ordem de precedência de um desses direitos em relação a outros. As necessidades que eles procuram suprir são interdependentes e funcionam em bloco.

A) Educação e liberdade de ensino e pesquisa

É importante destacar, aqui, os textos dos arts. 6º, 205 e 206 da Constituição:

“Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

¹³⁰³ Ver, por todos: SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 135-164.

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

[...]”

Não há, na CF/88, um conceito expresso de educação,¹³⁰⁴ e não cumpre aqui procurar conceituar um fenômeno que pode ser visto a partir de múltiplas dimensões e concepções teóricas. Basta uma idéia geral de educação como um processo em que se adquire e se desenvolve o instrumental necessário para autonomia intelectual, econômica e política, que o sentido de direito à educação expresso no art. 205 é corretamente apreendido.

É importante frisar que, apesar do art. 6º mencionar o direito à educação como um direito social, o texto da constituição permite extrair um direito *individual* à educação. O direito à educação não é, apenas, um direito ao qual corresponde um dever do Estado, quanto à prestação de ensino público. A atribuição de um dever à família no tocante à educação já é suficiente para deduzir que não se trata de um direito social em sentido estrito, ou seja, um dever de prestação estatal. Ocorre que, ao fixar como princípio do ensino a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (art. 206, II), a Constituição acaba estabelecendo um direito não apenas de freqüentar uma escola (pública ou privada), mas também um direito ao auto-didatismo – um direito de se educar – e a imposição de um dever de abstenção ao Estado e demais indivíduos (a educação, afinal, deverá ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, conforme o art. 205), quanto à colocação de entraves ao direito que tem um indivíduo de cuidar da própria educação.

O exercício efetivo do direito à educação, em todas as suas dimensões, depende muito de um acesso o mais amplo o possível ao acervo de bens culturais, o que permite identificar na educação um fator contextual a ser levado em consideração ao se delimitar o

¹³⁰⁴ Há um conceito legal no art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional): “A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

âmbito normativo dos direitos autorais, que implicam possibilidade de exclusão a materiais essenciais para o processo educacional.

B) Cultura

Não é fácil conceituar cultura. Ao mesmo tempo em que a expressão é constantemente empregada, há uma boa dose de imprecisão quanto ao que ela exatamente significa. Seria uma palavra, no entender de Eagleton, geralmente associada ou a um significado antropológico amplo demais, ou a um significado estético restrito demais.¹³⁰⁵ Ao se observar o tratamento que a CF/88 conferiu à cultura, é nítido que o termo está empregado em uma concepção ampla, antropológica, que abrange mais do que um significado estético restritivo, seja lá qual a orientação estética adotada. Para que se chegue a esta conclusão, basta a leitura do art. 216:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

[...]”

O art. 216, apesar da referência expressa ao patrimônio cultural *brasileiro*, traça uma noção *geral* de cultura, bastante abrangente, condizente com o sentido antropológico da palavra. A cultura é vista como um conjunto (ou conjuntos) de bens materiais ou imateriais, bastante variados, referentes à identidade, ação e memória de determinado povo. Por trás desta idéia ampla de cultura – o conceito moderno de cultura, que começou a ser desenvolvido no século XVIII – há uma série de “desacordos sociais e nacionais” como diz

¹³⁰⁵ EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. São Paulo: UNESP, 2003, p. 51. Ver, ainda: BURKE, Peter. *O que é história cultural?* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 42-48, indicando que o conceito de cultura utilizado pelos historiadores tem se aproximado nos últimos anos do conceito antropológico.

Cuche,¹³⁰⁶ mas controvérsias à parte, é com base em um sentido abrangente, antropológico, que se deve interpretar a palavra *cultura* na CF/88, observando-se que o rol dos bens que traz o art. 216 não é, evidentemente, exaustivo (“nos quais se incluem”, diz o *caput* do art. 216).

A CF/88 fala em *direitos culturais*, estabelecendo em seu art. 215, *caput*, que “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”. O uso da expressão “direitos culturais”, no plural, motiva a doutrina a construir listas de direitos que possam ser classificados como tais,¹³⁰⁷ mas isso não impede que se considere um grande *direito à cultura*, que abranja todos os direitos culturais e possa ser descrito, em termos gerais, como um direito de *acesso* à produção cultural, e de *participação* no processo de produção cultural.

O direito à cultura, amplamente considerado, é também um direito fundamental. Não é considerado expressamente como tal, e mesmo o enunciado que consagra a proteção aos direitos culturais, o já citado art. 215, *caput*, encontra-se fora do Título II da CF/88, mas pode ser considerado fundamental em razão do art. 5º, § 2º, e por sua vinculação com o direito à educação e outros direitos fundamentais.

¹³⁰⁶ “A noção de cultura, compreendida em seu sentido vasto, que remete aos modos de vida e de pensamento, é hoje bastante aceita, apesar da existência de certas ambigüidades. Esta aceitação nem sempre existiu. Desde seu aparecimento no século XVIII, a idéia moderna de cultura suscitou constantemente debates acirrados. Qualquer que seja o sentido preciso que possa ter sido dado à palavra – e não faltaram definições de cultura – sempre subsistiram desacordos sobre sua aplicação a esta ou àquela realidade. O uso da noção de cultura leva diretamente à ordem simbólica, ao que se refere ao sentido, isto é, ao ponto sobre o qual é mais difícil de entrar em acordo.

As ciências sociais, apesar de seu desejo de autonomia epistemológica, nunca foram completamente independentes dos contextos intelectuais e lingüísticos em que elaboraram seus esquemas teóricos e conceituais. Esta é a razão pela qual o exame do conceito científico de cultura implica o estudo de sua evolução histórica, diretamente ligada à gênese social da idéia moderna de cultura. Esta gênese revela que, sob as divergências semânticas sobre a justa definição a ser dada à palavra, dissimulam-se desacordos sociais e nacionais” (CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*, 2ª ed. Bauru: EDUSC, 2002, p. 12).

¹³⁰⁷ Com base no art. 215, *caput*, em conjunto com o art. 216, e art. 5º, inciso IX, Silva elaborou a seguinte lista de direitos culturais: “[...] (a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica; (b) direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público” (SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51-52).

Ressalte-se que ainda que a CF/88 se refira ao “patrimônio cultural brasileiro”, realçando a importância da idéia de identidade “dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216, *caput*), o direito à cultura não pode ser considerado um direito exclusivamente relacionado ao patrimônio cultural *brasileiro*. Como diz Cuche, “a identidade cultural de um grupo só pode ser compreendida ao se estudar suas relações com os grupos vizinhos”.¹³⁰⁸ **Desta forma, deve-se assegurar acesso ao patrimônio cultural universal, da humanidade, que deve ser resguardado para que se tenha noção da própria identidade cultural. É indispensável que se tenha o conhecimento do outro.**¹³⁰⁹

Da mesma maneira, ainda que se participe na criação e desenvolvimento da própria cultura, da cultura nacional, com todas as suas variações internas, também se está, com efeito, contribuindo para um patrimônio cultural universal, que é importante para a idéia de identidade de outros grupos, de outros países e etnias. É importante, assim, que fique claro que apesar do texto da Constituição enfatizar as idéias de patrimônio cultural brasileiro – principalmente em razão do dever estatal de fomentá-lo e protegê-lo –, isso não exclui, ao contrário, inclui, a idéia de um patrimônio cultural universal, e a do direito de acesso a esse patrimônio, e de participação em sua construção.

C) Liberdade de consciência e de crença, de manifestação do pensamento, de expressão e de informação

Em relação a esses direitos, problemas já surgem de início em relação a qual a denominação a se adotar, dentre várias formulações propostas.¹³¹⁰ Farias sugere “liberdade de expressão e comunicação” para abarcar direitos, garantias e liberdades relacionadas à

¹³⁰⁸ Ibidem, p. 14.

¹³⁰⁹ “Tomados como princípios metodológicos, o relativismo cultural e o etnocentrismo não são então contraditórios, mas, ao contrário, complementares. Sua utilização combinada permite ao pesquisador apreender a dialética do igual e do outro, da identidade e da diferença, ou seja, da *Cultura* e das *culturas*, que é o fundamento da dinâmica social” (CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*, p. 244, grifos no original).

¹³¹⁰ “A difusão de pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade tem tido e ainda mantém várias denominações na doutrina, na jurisprudência e na legislação: liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento e da informação, dentre muitas outras. Tal profusão de nomes só faz majorar as imprecisões e a insegurança jurídica sobre o assunto, já em si tendencialmente polêmico” (FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004, p. 52).

difusão de idéias e notícias,¹³¹¹ com liberdade de expressão referindo-se a “expressões de pensamento, de opinião, de consciência, de idéia, de crença ou de juízo de valor”,¹³¹² e liberdade de comunicação, em substituição a liberdade de imprensa e de informação, representando “o atual e complexo processo de comunicação de fatos ou notícias existente na vida social”.¹³¹³

Analisando-se o texto constitucional, e alguns textos doutrinários,¹³¹⁴ talvez seja uma opção mais fiel ao disposto na CF/88 falar-se em quatro liberdades, que muitas vezes se sobrepõem: liberdade de consciência e de crença, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de expressão e liberdade de informação. Convém aqui citar os arts. 5º, incisos IV, VI, VIII e IX, e o art. 220, *caput* e § 1º:

“Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]”

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

¹³¹¹ Ibidem, p. 53.

¹³¹² Ibidem, mesma página.

¹³¹³ Ibidem, mesma página.

¹³¹⁴ Seguimos quanto a algumas orientações básicas, as opiniões dos seguintes autores, simplificando-as conforme autorizou o texto constitucional: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., p. 244-259; ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed. 105-116;

§ 1.º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.
[...]"

O que separa liberdade de consciência e de crença, de um lado, de liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de expressão e liberdade de informação, de outro, é a necessidade, no caso das três últimas liberdades, de *exteriorização do pensamento*. Que ninguém possa, em regra, “ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política” (art. 5º, VIII), e que “inviolável a liberdade de consciência e de crença” (art. 5º, VI), são direitos que os indivíduos têm *independentemente* de exteriorizarem suas crenças e convicções políticas, religiosas e filosóficas. Não se pode, em outras palavras, ser alvo de perseguição em razão delas, não importando que a pessoa opte por exteriorizar ou não o que pensa.

Liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de expressão e liberdade de informação, por outro lado, *necessariamente*, pela própria linguagem dos enunciados, implicam que o que se passa na cabeça de um indivíduo saia do âmbito de seu pensamento. E ainda em razão da linguagem utilizada, há que se traçar diferenças entre as três, que não se referem apenas à difusão de idéias e notícias.

Liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) é a simples liberdade de exteriorizar o que se pensa. É, desta maneira, uma liberdade que assegura a possibilidade de se externar opiniões, argumentos e raciocínios, independentemente da forma e meio utilizados. Vedando-se o anonimato, já se admite expressamente a possibilidade de limitações ao direito.

Liberdade de expressão (intelectual, artística e científica), por outro lado, é uma liberdade que não se refere apenas ao conteúdo e ao ato de exteriorizar esse conteúdo: expressão indica *forma* (que, muitas vezes, também pode ser em si mesma um conteúdo).¹³¹⁵ A liberdade de expressão protege também a própria dimensão estética da manifestação de

¹³¹⁵ As diferenças que se pode observar ao se tentar transmitir uma mensagem política por meio de um poema ou de um filme ao invés de um panfleto, por exemplo, demonstram o quão importante a forma pode ser em termos de conteúdo. Os atos de se ler um panfleto e assistir a um filme que passam a mesma mensagem podem *significar* coisas radicalmente diferentes, conforme as relações que se possa estabelecer entre as intenções do autor e a experiência de vida e experiência sensorial do espectador.

pensamento, e pode inclusive independe desta. Basta que se pense em arte abstrata: não importa que o autor da obra tenha tido o objetivo de efetivamente veicular alguma idéia, opinião ou pensamento. Basta que tenha procurado veicular *alguma coisa*, que pode não ter conteúdo específico, e destinar-se apenas a provocar *sensações* em seus destinatários. Estabelecendo-se a liberdade de expressão “independentemente de censura e licença” (art. 5º, IX) proíbe-se os chamados *prior restraints*,¹³¹⁶ bem como transcende-se a vedação destes como o conteúdo único da liberdade de expressão.

Liberdade de informação, por último, é a liberdade de ser informado e de se informar,¹³¹⁷ independentemente de forma, processo ou veículo (art. 220, *caput*), no contexto da comunicação social (CF/88, título VIII, capítulo V).¹³¹⁸ É uma liberdade que inclui, mas extrapola a liberdade de imprensa clássica, à medida que cidadãos comuns, antes não detentores dos meios de produção e distribuição de informação, engajam-se em jornalismo amador, escrevem *blogs*, produzem crítica etc., na transição de consumidores passivos para usuários ativos de informação.

A visão tradicional em relação à interação do regime de direitos autorais e as liberdades acima mencionadas tem que o contato entre os direitos envolvidos seja harmônico em razão da dicotomia idéia/expressão:¹³¹⁹ como, afinal, o que se protege é a expressão e não o conteúdo das idéias do autor, não haveria, em regra, qualquer tensão, a menos que a forma de expressão fosse essencial à idéia.¹³²⁰ Mas é de se questionar se a dicotomia realmente é suficiente, ainda mais quando a absorção de um repertório de formas de expressão de manifestações intelectuais é pré-requisito para o próprio exercício efetivo da

¹³¹⁶ Por *prior restraints* entende-se a imposição de sistemas de licenciamento e decisões judiciais mandamentais impedindo manifestações intelectuais antes de sua publicação. Este era o significado original – bastante restrito – de *freedom of speech* quando da redação da primeira emenda da Constituição dos EUA. Ver SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995, p. xii-xiii.

¹³¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., p. 249

¹³¹⁸ Ver, para uma sistematização do regime constitucional da comunicação social, entendendo a liberdade de informação, em termos abrangentes, como direito à informação, e também definindo um direito à comunicação, correspondente em alguma medida com o que se tem aqui como “liberdade de informar”: BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: RT, 2004, p. 25-31.

¹³¹⁹ Ver NIMMER, Melville B. Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press? In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

¹³²⁰ Nimmer se vale, como exemplo de um caso em que a dicotomia é insuficiente, o caso das fotografias do massacre de My Lai, em que o impacto da obra visual era essencial para o discurso público sobre a Guerra do Vietnã. Ver *ibidem*, p. 434.

liberdade de expressão. Qualquer pintor, escritor, músico, fotógrafo etc. apreende domínio, variações e técnicas a respeito de formas e veículos de expressão a partir do exame do trabalho de seus pares, o que implica exame da forma. Acesso a museus e bibliotecas supre, em certa medida, carências de acesso a obras, mas há insuficiências de acervo e restrições de natureza física que só podem ser superadas a partir da *reprodução* e compartilhamento de obras.

Por outro lado, há formas de expressão que *dependem* da extração de partes – ou mesmo do todo – de obras alheias. Um documentarista amador, por exemplo, pode precisar compor sua obra a partir de uma *pluralidade* de obras de terceiros, que não raramente vão estar submetidas ao regime de direitos autorais. Procurar autorização de cada um dos titulares pode ser um óbice intransponível à própria realização do documentário,¹³²¹ de modo que as disposições sobre direitos autorais acabam servindo como incentivo negativo à criação intelectual.

Há que se avaliar com grande cuidado, portanto, restrições à liberdade de expressão que o regime de direitos autorais pode proporcionar,¹³²² e ter em mente que a dicotomia idéia/expressão e o atual sistema infraconstitucional de limitações não são necessariamente suficientes para se contornar as potencialidades de dano que os direitos autorais podem suscitar às liberdades aqui examinadas.¹³²³

8.2.4.3.2 Princípios e objetivos estatais

Há uma diversidade de princípios e objetivos de desenvolvimento relacionados à delimitação do âmbito normativo dos direitos autorais patrimoniais, que convém reunir em quatro grupos: (a) desenvolvimento e justiça social; (b) fomento à preservação, produção,

¹³²¹ Ver LESSIG, Lawrence. *Free culture: the nature and future of creativity*, p. 95-99; AOKI, Keith; BOYLE, James; JENKINS, Jennifer. *Bound by law?: tales from the public domain*. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/cspd/comics/zoomcomic.html>>. Acesso em: 21.03.07.

¹³²² Lemley e Volokh, inclusive, chegam a equiparar algumas medidas judiciais voltadas à defesa da propriedade intelectual (em geral) como casos de *prior restraint* à liberdade de expressão: LEMLEY, Mark; VOLOKH, Eugene. Freedom of speech and injunctions in intellectual property cases. *Duke law journal*, v. 48, n. 2, p. 147-242.

¹³²³ Em alguns momentos, far-se-á abaixo referência apenas à liberdade de expressão, mas todas as liberdades apontadas no presente tópico encontram-se inter-relacionadas, e devem ser lembradas sempre que se mencionar apenas a liberdade de expressão.

acesso e difusão de bens culturais; (c) livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor; (d) desconcentração dos meios de produção/difusão de informação.

A) Desenvolvimento nacional e justiça social

Em primeiro lugar, cabe apontar uma série de objetivos de desenvolvimento atribuídos ao Estado brasileiro – enquanto estado social e democrático de direito –, cuja efetivação é intimamente ligada à remoção de obstáculos de acesso a bens culturais, em sentido amplo (incluindo-se os bens de natureza científica). Sem que se promova um grau de efetivação máximo aos direitos acima analisados, não há como se alcançar os objetivos abaixo indicados:

“Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político

[...]”

“Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Nas disposições sobre a ordem econômica – orientada pelos “ditames da justiça social” –, também podem ser constatados alguns objetivos que dependem de distribuição eqüitativa de informação, oportunidades educacionais e acesso à cultura, como os apontados nos incisos VII e VIII do art. 170:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a

todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios;

[...]

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

[...]”

Todos os objetivos apontados devem ser levados em consideração ao se perguntar qual seria um regime ideal de limitações aos direitos autorais, bem como ao se interpretar a extensão dos direitos apontados *supra*, item 8.2.4.3.1.

B) Fomento à preservação, produção, acesso e difusão de bens culturais

A Constituição não é apenas compatível com o discurso e ideais do movimento Cultura Livre: **há total sobreposição entre o texto da CF/88 e o que o movimento prega.** É patente em diversos textos de norma a idéia de que é necessário o fomento à preservação, produção, democratização do acesso e difusão de bens culturais, em sentido amplo, como política de desenvolvimento.

Assim é, por exemplo, que o art. 23 preceitua:

“**Art. 23.** É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

[...]”

O art. 215, a seu turno:

Art. 215. 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.

[...]

§ 3.º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

[...]

II – produção, promoção e difusão de bens culturais;

[...]

IV – democratização do acesso aos bens de cultura.

[...]

Ressalte-se que não é porque o § 3.º refere-se ao Plano Nacional de Cultura, que o valor interpretativo do texto se exaure no dever do Estado de positivizar o Plano por via legislativa. Os objetivos de “produção, promoção e difusão de bens culturais” e “democratização do acesso aos bens de cultura” servem como vetores de interpretação para outros textos de norma.

Os arts. 216 e 218 também servem como demonstração dos objetivos apontados de fomento à produção, acesso e difusão de bens culturais:

“Art. 216. [...]

[...]

§ 3.º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

[...]”

“Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1.º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências;

[...]

§ 3.º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

[...]”

A idéia de cultura presente na CF/88, portanto, a julgar pelos objetivos fixados para o Estado, é harmônica com a noção de “cultura livre”, e expressa em diversos textos de norma, que devem ser levados em consideração na tarefa de interpretação dos direitos autorais.

C) Livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor

Os textos referentes à ordem econômica também são bastante relevantes para uma interpretação da extensão dos direitos autorais. Propriedade privada, evidentemente, é um dos princípios da ordem econômica, mas inserido em um contexto que também dá valor à sua função social, bem como à soberania nacional, livre iniciativa,¹³²⁴ livre concorrência¹³²⁵ e defesa do consumidor:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios;

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

“Art. 173.[...]

[...]

§ 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

[...]”

¹³²⁴ Para Grau, livre iniciativa não se restringe à simples liberdade econômica, liberdade de iniciativa econômica ou liberdade de empresa, mas “abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10ª ed., p. 202), no que inclui além da iniciativa privada a iniciativa cooperativa, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública (ibidem, p. 203). A liberdade econômica em si mesma considerada compreende a liberdade de comércio e indústria (criação e exploração de atividade econômica a título privado e não-sujeição a restrições estatais senão em virtude de lei), bem como liberdade de concorrência (conquistar clientela; vedação a formas de atuação que possam coibir a concorrência; neutralidade do Estado face ao fenômeno da concorrência). Ver ibidem, p. 204.

¹³²⁵ Segundo Salomão Filho, dentro da idéia de livre concorrência, conforme a perspectiva da Constituição e de legislação antitruste, pode-se identificar uma “preocupação com estruturas e práticas que possam limitar ou falsear a igualdade de condições mínimas em suas duas vertentes, liberdade de acesso e liberdade de permanência no mercado” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 32). Há uma sobreposição parcial com a livre iniciativa, à medida que esta também salvaguarda a liberdade de acesso ao mercado (ibidem, p. 32).

Propriedade intelectual implica monopólio temporalmente limitado, e essa é uma razão para a interpretação restritiva de sua extensão. **Livre concorrência é a regra na Constituição, e regimes de propriedade intelectual são a exceção.** Conforme, ademais, servir para solapar as bases da soberania nacional, incentivando a formação de cartéis internacionais que tentam modificar ordenamentos jurídicos de modo a satisfazer interesses pouco condizentes com os dos estados afetados, o regime de propriedade intelectual deve ter sua posição avaliada em razão do princípio inserido no inciso I do art. 170 e no inciso I do art. 1º da CF/88 (soberania).

Os objetivos mencionados devem ser levados em especial consideração ao se avaliar a viabilidade de fundamentação utilitarista *ex post* criação para justificar a imposição de travas tecnológicas a partir de TPMs e sistemas de DRM. Ao mesmo tempo, observe-se que as medidas de regulação por tecnologia definitivamente encontram obstáculos no princípio da defesa do consumidor, e à medida que a arquitetura de TPMs e sistemas de DRM servirem para impedir liberdade de comércio e indústria, obstar a elaboração de novos modelos de negócio e vedar acesso de novas empresas ao mercado, também indiscutivelmente ferem os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

D) Desconcentração dos meios de produção/difusão de informação

Há uma nítida opção, por fim, no texto da Constituição, pela *desconcentração* de meios de produção e difusão de informação, que pode ser constatada no texto do § 5.º do art. 220:

“Art. 220 [...]

§ 5.º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

[...]

É importante ressaltar que o texto fala em “direta ou indiretamente”, o que exige um exame cuidadoso dos *efeitos* que um determinado regime de direitos autorais pode ensejar. A partir do momento em que grandes cartéis passam a adquirir e concentrar acervos inteiros de bens culturais, e que se leve em consideração os fatos de que comunicação

depende de material previamente produzido, e de que a concepção corrente de direitos autorais é expansiva e maximizadora, o art. 220, § 5.º deve ser interpretado de forma ampla, ainda que como vetor para discussões de política legislativa.

O poder que os cartéis da indústria do conteúdo atualmente detêm, além disso, serve como barreira de acesso a produções e manifestações intelectuais que não visem apenas a satisfazer o mínimo denominador comum de preferências culturais do mercado, no que também é possível se enxergar focos de concentração indesejáveis em se tratando dos meios de comunicação social, proporcionados, justamente, por um regime maximalista de direitos autorais.

8.2.5 Âmbito normativo

Em razão das disposições de contexto analisadas, referentes tanto a outros direitos individuais (e direitos sociais com projeção individual), quanto a princípios e objetivos estatais, deve-se considerar que o **âmbito normativo dos direitos autorais patrimoniais é bastante restrito e funcionalmente delimitado**. A função social da propriedade intelectual, quando relacionada aos direitos autorais, é fonte de uma série de limitações que dão uma conformação peculiar aos direitos em questão. Uma interpretação maximalista dos direitos autorais, em razão do texto da Constituição resta, *de plano*, inviabilizada, porquanto ignora completamente as disposições de contexto, ou procura elidi-las por meio da positivação infraconstitucional de sistemas de limitações que deveriam ser muito mais abrangentes, se o que preceitua a CF/88 for *realmente* levado em consideração.

A interpretação gramatical, sistemática e teleológica dos direitos autorais patrimoniais leva à conclusão, amparada por interpretação histórica de direito comparado e argumentos de política do direito, de que *os direitos patrimoniais do autor são direitos que procuram reger o comércio de bens culturais entre competidores diretos*.¹³²⁶ Não se trata, em outras palavras, de direitos exercitáveis contra particulares que operam inteiramente fora do mercado, que não empreendem edição, e atuam sem intuito de lucro. São direitos que

¹³²⁶ “Conventional copyright rules by money, so let it rule the money bound. Let a different set of rules evolve for more complex uses, particularly when the users have a personal relationship with the utilized text”. (GORDON, Wendy J. Render copyright unto Caesar: on taking incentives seriously. *The University of Chicago law review*, v. 71, n. 1, p. 75).

procuram regular uma atividade *empresarial*, e extrapolam o âmbito do que é privado, e do que é não-empresarial.

O que se procura evitar com os direitos de utilização, publicação e reprodução é o problema do *free rider* (carona) **empreendedor**, que se insere no mercado aproveitando-se de investimentos iniciais alheios, e não o reprodutor/distribuidor que não tem objetivo de lucrar com a reprodução/distribuição, mas a realiza apenas para uso não-comercial próprio.

As tensões existentes entre os regimes de propriedade intelectual e o direito concorrencial e do consumidor, bem como a nítida opção da CF/88 em privilegiar educação, democratização de acesso e difusão de bens intelectuais, participação da população nos processos de produção cultural, liberdade de manifestação de opinião e expressão, orientam e vinculam a seleção de quais dados de realidade é possível incluir no âmbito normativo dos direitos autorais patrimoniais. E a reprodução e distribuição *sem intuito de lucro*, para uso privado ou simples partilha com outros particulares, escapam ao âmbito normativo dos aludidos direitos. Os direitos patrimoniais de autor são, em essência, direitos que procuram regular a competição entre editores de conteúdo, que atuam *diretamente* no mercado, assegurando, ao mesmo tempo, compensação aos autores *em razão daquilo que for comercializado*.

Alegações de prejuízo em razão de condutas realizadas sem intuito de lucro devem ser avaliadas com *extremo* cuidado em razão da inexistência de comprovação empírica para os impactos em vendas que a reprodução e distribuição não-autorizadas de conteúdo podem ter, e em razão de que também carecem de comprovação empírica os efeitos que se vislumbra para os próprios direitos autorais em razão da fundamentação utilitarista clássica.

Levando em consideração essas orientações gerais, cabe agora determinar se as hipóteses selecionadas para o âmbito factual e âmbito do caso inserem-se ou não no âmbito normativo dos direitos autorais, e se podem ou não ser inseridas nos âmbitos normativos de outros direitos.

Em relação a duas das hipóteses, não deveria sequer haver controvérsia: (a) cópia privada e (b) reprodução/distribuição não-autorizada para o mercado. A primeira não se insere, em hipótese alguma, no âmbito normativo da proteção conferida pelos direitos autorais; já a segunda definitivamente encontra-se inserida, e é uma das próprias razões de

ser dos direitos autorais. Apesar da obviedade dessas conclusões, faremos comentários a respeito de todas as hipóteses levantadas.

8.2.5.1 Cópia privada

A hipótese da **cópia privada** encontra-se excluída do âmbito normativo dos direitos autorais patrimoniais, e **inserida no âmbito normativo do direito geral de liberdade**. Além disso é instrumental a diversos outros direitos aqui identificados (educação, cultura, liberdade de expressão e opinião), podendo, por este motivo, ser abarcada pelo âmbito normativo desses direitos. Deve, por fim, ser encarada como um direito do consumidor. Em decorrência do que foi apontado, é uma conduta que deve ser considerada lícita em um regime de direitos autorais que procure respeitar o conteúdo da CF/88.

O que o adquirente de uma obra intelectual faz com ela no âmbito de sua residência, em sua vida particular, foge inteiramente do âmbito normativo do direito autoral de utilização e reprodução (o direito de publicação sequer entra em jogo, tudo acontece em domínio privado). Pouco importa que o usuário faça *centenas* de cópias, por qualquer motivo (estudo, disponibilidade de uma cópia em mais de uma residência sua, arquivo etc.): não há *qualquer* interferência com os direitos patrimoniais do autor. O raciocínio de que cada reprodução equivale uma venda a menos, já falacioso em relação ao compartilhamento de arquivos, é aqui ainda menos forte: o usuário já comprou uma cópia, e não é razoável esperar que compre mais de uma, da mesma maneira como não é razoável assumir que quem toma emprestado um livro de uma biblioteca causa um prejuízo injustificado ao autor/editor porque optou por não comprá-lo.

Exigir que o direito de liberdade do usuário adquirente seja limitado pelo autor/editor em relação àquilo que é feito no interior de sua esfera privada é *inviável* conforme o texto da Constituição. Não há justificativa jurídica, e muito menos fática, para que isso ocorra. O adquirente *pagou* pelo original, e se quiser fazer cópias para uso próprio tem todo o direito de fazê-lo, violando TPMs e sistemas de DRM se necessário for.

8.2.5.2 Reprodução/distribuição não-autorizada para o mercado

Como já se apontou no quadro 7, é difícil de se avaliar quais os prejuízos proporcionados pela reprodução e distribuição não-autorizadas para o mercado de obras intelectuais. Isto, entretanto, pouco importa: a conduta em exame compreende, *na exata medida*, a razão de ser dos direitos autorais patrimoniais.

Trata-se de uma hipótese que se insere, sem a menor sombra de dúvida, no âmbito normativo dos direitos autorais patrimoniais, algo que a própria história dos direitos autorais permite concluir. Esta é uma hipótese em que não há controvérsia de que são incidentes os direitos autorais patrimoniais, em razão da verificação de patente intuito de lucro e atuação direta no mercado.

8.2.5.3 Compartilhamento de arquivos

Antes que se possa começar a análise da hipótese, observe-se que o espectro do compartilhamento apontado no quadro 8 provoca algumas complicações de ordem prática. Se não é justificável o compartilhamento de arquivos dos usuários que *apenas* utilizam sistemas de compartilhamento para não adquirir obras que *iriam* de fato comprar (Classe A), as outras três hipóteses são plenamente justificáveis, e uma delas, como já afirmado, sequer está contemplada no âmbito do caso (Classe D – utilização de sistemas de compartilhamento para acesso a conteúdo em domínio público ou sob licença que autoriza o compartilhamento).

É difícil, contudo, diante do estado atual do compartilhamento de arquivos, separar os usuários em classes tão bem definidas: o acesso a conteúdo é tão amplo e vasto, que o principal bem efetivamente escasso nos dias de hoje não é informação, mas sim o tempo do usuário em consumir os bens intelectuais compartilhados. É quase impossível fazer projeções sobre o que um determinado grupo de usuários realmente compraria, e produtores de conteúdo que queiram desenvolver novos modelos de negócio precisam partir do pressuposto – fático – de que é necessário disputar agressivamente com outros competidores pela *atenção* dos usuários, e investir mais em prestação de serviços do que na venda de produtos. Pelas dificuldades de se separar nitidamente as classes de

compartilhadores, aqui se realizará uma simplificação do âmbito do caso e apenas se fará referência ao compartilhamento de arquivos como um todo.

Outra delimitação que poderia ser feita é em questão à *espécie* do bem compartilhado, diferenciando-se, por exemplo, o conteúdo eminentemente cultural (literatura científica, de ficção, não-ficção, obras cinematográficas etc.), de um lado, e de outro *software* meramente utilitário (processadores de texto, programas para a edição de imagens digitais etc. – jogos entram na categoria dos bens culturais, no sentido amplo antropológico indicado em 8.2.4.3.1, independentemente das controvérsias quanto ao seu *status* enquanto arte). Também deixaremos de lado essa distinção, por questões de economia de trabalho – como bem autoriza o modelo de Müller – observando que programas meramente utilitários são extremamente importantes para a efetivação de direitos como o direito à educação e o acesso à cultura, por serem instrumentos fundamentais para a produção, armazenamento, sistematização e processamento de conhecimento.

Já se disse em outro capítulo que o compartilhamento de arquivos seria tomado, aqui, como o fenômeno social sério que é. Alguns comentários sobre o que isso implica são agora necessários.

O discurso da indústria coloca os compartilhadores ao lado de piratas de rua, como se fosse apenas uma questão de consumo gratuito de bens intelectuais à custa do trabalho alheio, que teria como consequência a falência cultural da sociedade e da economia como um todo. Não é uma visão correta do fenômeno. Importante, assim, fazer algumas observações em correção de alguns erros que se costuma fazer quando se fala em compartilhamento de arquivos:

- 1) O compartilhamento não ocorre em um contexto de consumo passivo. Ocorre em um contexto de uso ativo de conteúdo, dentro de uma perspectiva crítica viabilizada pelas plataformas de *commons-based peer production* (produção/seleção/distribuição agregada de valor, de conteúdo *sobre* o conteúdo). Há muita informação produzida exatamente *em razão do* compartilhamento de arquivos. O acesso a bens culturais acaba promovendo a produção de cultura;

- 2) O compartilhamento de arquivos não representa, tampouco, uma ideologia de apropriação indiscriminada e irrefreada, mas sim de gozo e aproveitamento livres de obras intelectuais, *sem* preclusão de eventual recompensa pecuniária (pautada em critérios meritocráticos), principalmente nas numerosas hipóteses em que surge, como consequência, aumento considerável de público para autores fora da cabeça da curva de distribuição de bens culturais;¹³²⁷
- 3) Não se trata, ainda, apenas de uma questão de uso pessoal egoísta, mas de compartilhamento altruísta. É partilha ativa de bens culturais, algo que é intrínseco ao próprio *processo* de construção, participação e acesso à cultura. Não é suficiente vivenciar obras intelectuais solitariamente; existe um impulso humano de se *debater e compartilhar cultura*, que é exponenciado pelas tecnologias de reprodução e pela natureza de bem público (no sentido econômico) que é característica das obras intelectuais;
- 4) Por fim, antes de se aceitar sem reflexão as alegações infundadas de que o compartilhamento de arquivos traria a ruína dos processos de produção cultural e a falência da economia, há que se levar em consideração todos os aspectos positivos do fenômeno em termos do aumento de autonomia dos usuários e dos incentivos que ele proporciona a uma série de direitos e objetivos estatais fixados pela CF/88.

Que o compartilhamento de arquivos cumpre funções sociais relevantes, não há como se duvidar. A eliminação total de barreiras¹³²⁸ para um acervo cultural diversificado, além de atuar na eliminação dos custos de acesso, elimina também a censura do mercado e da mídia de massa, bem como incentiva uso ativo de conteúdo ao invés de consumo passivo. Fazendo uma comparação com alimentação, a diferença entre o sistema tradicional de distribuição e o compartilhamento de arquivos é ter acesso, em relação ao primeiro, apenas ao cardápio de uma franquia de restaurante *fast food*, e em relação ao segundo,

¹³²⁷ Ver item 4.2.5.2.

¹³²⁸ Acesso a um computador e conexão à Internet, entretanto, *ainda* são obstáculos para boa parte da população brasileira. Problemas de inclusão/exclusão digital existem e devem ser levados a sério, a partir do momento em que assimetrias cada vez mais extremas no que concerne ao acesso à informação e bens culturais são observadas. Este é um problema real, que reflete a distribuição desigual de riquezas que existe entre brasileiros, e tende a *maximizar* essa desigualdade. Ver, em geral, os artigos reunidos em: SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; CASSINO, João. *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad, 2003.

acesso a centenas de restaurantes especializados em todas as cozinhas da culinária universal. A diferença é a de se ter acesso – e possibilidade de escolha – apenas em relação ao que toca no rádio e passa nos cinemas da esquina, ou a um acervo cultural internacional sem censura de mercado. O compartilhamento de arquivos implica *autonomia* quanto às possibilidades de aproveitamento e vivência de material cultural, em oposição à heteronomia dos sistemas de distribuição concentrados da economia de informação industrial.

Só pelo aspecto acima apontado, o compartilhamento de arquivos já seria algo benéfico. Todavia, uma vez que o *acesso a bens intelectuais* é crucial para a efetivação de direitos fundamentais, o compartilhamento de arquivos exerce uma importante função instrumental ao exercício de direitos fundamentais que, em última análise, sustentam a própria viabilidade do exercício de outros direitos e da participação na vida política: educação, cultura, liberdade de expressão/manifestação de opinião. Esses direitos recebem incentivos palpáveis em razão do compartilhamento de arquivos e da reprodução e partilha de obras intelectuais. *Produção* de conteúdo também recebe incentivos, ao contrário do que a fundamentação utilitarista clássica poderia autorizar concluir. Um acesso maior a um acervo diversificado de manifestações culturais *alimenta* processos de criação, ainda mais no contexto de uma *commons-based peer production*.¹³²⁹

Em razão de tudo o que foi colocado, a imposição de limitações aos direitos de autor se justifica plenamente na hipótese aqui em exame, pela própria importância que tem a satisfação dos direitos à cultura, educação, informação e liberdade de expressão. Em um país com um déficit educacional tão grande como o Brasil, em que as diferenças sociais e econômicas têm uma forte raiz no descaso com o qual é tratada a educação, são mais do que justificadas certas limitações aos direitos de autor em razão de um propósito educacional. O mesmo se diga em relação à cultura e os outros direitos apontados.

Resta, entretanto, indagar se prejuízos eventualmente observados por autores e indústria do conteúdo justificariam uma proibição do compartilhamento de arquivos. A questão não é possível de ser resolvida com base nos estudos até o presente momento realizados, e não há perspectiva de resposta conclusiva para o futuro próximo, em razão da pluralidade de variáveis que um estudo empírico que objetive mensurar o impacto do

¹³²⁹ Caso do compartilhamento de arquivos, ainda que o *commons* seja, em princípio, de fato e não de direito, como visto no item 4.2.4.3.

compartilhamento em vendas deve considerar.¹³³⁰ Há razões, contudo, para se acreditar que os prejuízos, se existirem, são atribuíveis apenas a uma parcela reduzida de bens culturais – os que se encontrarem na cabeça da Long Tail¹³³¹ – e mesmo assim é discutível se há ou não prejuízo expressivo.

Não existe, em todo caso, um “direito autoral de se lucrar o máximo possível”. O que existe é um direito de lucrar *dentro de um contexto social*, conformado pela idéia de Estado que a CF/88 impõe. E também não existe, ressalte-se, um “direito natural à preservação de estruturas empresariais diante de sua desestabilização por novas tecnologias e modelos de negócios” que autorize a imposição de um regime maximalista de direitos autorais.¹³³² **A análise funcional dos direitos autorais restringe o âmbito normativo destes, e amplia o de outros direitos.**

Da mesma forma como não cabe a um autor ou editor reclamar que uma biblioteca empresta diversas cópias de um determinado livro, que exista um comércio de livros usados, ou que uma família exiba um filme em uma festa onde há a presença de um número grande de convidados, quando não houve cobrança de convites para a exibição, não há como se reclamar do compartilhamento de arquivos, ainda mais quando os estudos referentes à verificação do impacto do compartilhamento em vendas não conseguiram – importante frisar mais uma vez – oferecer respostas conclusivas ao problema.

Ressalte-se, ainda, que se por um lado não há comprovação empírica para prejuízos decorrentes em razão do compartilhamento de arquivos, ou mesmo comprovação empírica para os efeitos *pretendidos* para os direitos autorais pela fundamentação utilitarista clássica, por outro é evidente que o acesso irrestrito a bens culturais tem benefícios sociais indiscutíveis, e não é razoável se esperar uma prevalência dos direitos autorais sobre os direitos, princípios e objetivos apontados acima, diante desta conjuntura.

É possível, desta maneira, encarar o compartilhamento de arquivos como uma conduta lícita em face de um regime ideal de direitos autorais, conforme o preceituado pela CF/88.

¹³³⁰ Ver *supra*, 3.1.

¹³³¹ Ver *supra*, 4.2.5.1.

¹³³² É o que parece acreditar, diz Crawford, a indústria do conteúdo: CRAWFORD, Susan P. The biology of the broadcast flag. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, v. 25, n. 2, p. 603-652.

8.2.5.4 Reprodução não-autorizada, sem pagamento, para uso próprio

A hipótese da reprodução não-autorizada – parcial ou integral –, sem pagamento, para uso próprio, a seu turno, também tem consequências sociais positivas. É importantíssima para educação e pesquisa, e atividade essencial para o devido funcionamento de instituições de ensino, principalmente em países em que existem desníveis educacionais teratológicos, decorrentes, em parte, de carências financeiras que obstaculizam acesso à informação e cultura e provocam assimetrias intelectuais grotescas dentre os membros da população, com efeitos danosos para política, saúde, alimentação, segurança pública, e a oportunidade de uma vida digna.¹³³³

Os argumentos que podem ser utilizados em favor do compartilhamento de arquivos para a inclusão deste nos âmbitos normativos dos direitos acima apontados, e sua exclusão do âmbito normativo dos direitos autorais, são extensíveis à reprodução não-autorizada, sem pagamento, para uso próprio. A falta de comprovação empírica em relação ao impacto de vendas de editoras¹³³⁴ – estatísticas inflacionadas e análise de dados baseada em métodos duvidosos à parte – também direciona o argumento à licitude da conduta, em um regime de direitos autorais condizente com a CF/88.

8.2.6 Norma jurídica

Delimitados programa e âmbito normativos, é possível agora estabelecer uma norma jurídica com o objetivo de orientar regimes ideais de limitações aos direitos autorais. Isso resolve também a questão do compartilhamento de arquivos e condutas afins, nos termos acima indicados.

A norma preceitua que:

¹³³³ Ver, a respeito dos malefícios causados por um sistema por demais restrito de limitações a direitos autorais em países em desenvolvimento: KANNIAH, Rajeswari. Access to knowledge in the public domain. *Consumer policy review*, v. 16, n. 3, p. 97-100.

¹³³⁴ Trata-se de uma questão que é vexatória desde *Williams & Wilkins Co. v. United States*, conforme visto *supra*, item 5.3.2.

- 1) Em razão da função social da propriedade intelectual, se existirem razões fundadas nos direitos à educação, à cultura, liberdade de ensino e pesquisa, liberdade de crença e opinião, liberdade de expressão, liberdade de informação, ou razões fundadas em princípios e objetivos estatais como o fomento de uma cultura livre, a promoção de um campo concorrencial adequado, justiça social e desconcentração dos meios de produção/difusão de informação, é lícito impor restrições aos direitos patrimoniais do autor;
- 2) É preciso que se observe, na hipótese de restrição, a ausência de intuito de lucro e atuação fora do comércio;
- 3) Prejuízos decorrentes das limitações são perfeitamente lícitos se não inviabilizarem *plenamente* a circulação comercial dos bens, caso eles ainda se encontrem em comércio. Se não se encontrarem em circulação, nem houver perspectiva de circulação para o futuro próximo – caso das obras que ficam paradas em catálogo – não há que sequer se levar em conta eventuais prejuízos. Os bens, por encontrarem-se fora de circulação, desatendem sua função social pela própria recusa dos detentores em colocá-los à disposição do público;
- 4) Em relação ao apontado em (3), é necessário **rigoroso exame e avaliação crítica de métodos e conclusões de estudos empíricos** – no plural, ou seja, mais do que um estudo –, antes que se considere como ilícita uma conduta realizada sem intuito de lucro, fora do comércio, e que potencialmente contribua para a efetivação dos direitos e objetivos indicados em (1).

A cópia privada deve ser expressamente autorizada, mas o restante das limitações não deve, preferencialmente, ser exposto em rol, positivando-se, ao contrário, normas que estabeleçam orientações gerais a serem aplicadas, caso a caso, pelo juiz. Observe-se que, se as normas infraconstitucionais de direitos autorais referentes a limitações não forem compatíveis com a norma jurídica ora sintetizada,¹³³⁵ são *inconstitucionais*, o que permite ao juiz, diante de um caso concreto envolvendo compartilhamento de arquivos, cópia privada,

¹³³⁵ E dependendo da interpretação, não o são. Ver *infra*, item 9.1.

ou reprodução para uso pessoal sem fins lucrativos, considerar as referidas condutas como lícitas, por uma norma de decisão fundada na norma jurídica ora concretizada.

Cumprе destacar que a norma em questão não desautoriza a implementação de regimes alternativos de compensação, tais como os elaborados por Fisher, Netanel, von Lohmann e Ku.¹³³⁶ Esta continua sendo uma solução viável. Deve-se mencionar, ainda, que a norma tampouco é original. Ela tem alguns pontos de contato com a doutrina do *fair use* estadunidense e com o procedimento em três etapas da Convenção de Berna. Mas é mais ampla, principalmente no que concerne a exigência de inviabilização *plena* da circulação comercial dos bens, e a exigência de submissão a exame rigoroso de estudos que eventualmente procurem demonstrar tal inviabilização. A amplitude é maior, importante frisar, porquanto exigida pelo texto da CF/88.

8.3 Direitos autorais e compartilhamento de arquivos na CF/88 a partir da dogmática de direitos fundamentais de Robert Alexy

Ao se examinar o problema proposto sob a ótica da dogmática de direitos fundamentais de Robert Alexy, a primeira coisa que se faz notar é a pluralidade de hipóteses de colisão entre direitos fundamentais e bens sociais que se pode estabelecer.¹³³⁷ Sem a pretensão de exaurir as possibilidades de colisão verificáveis, a análise aqui efetuada coloca, de um lado, os direitos de reprodução e distribuição de bens culturais (em sentido amplo) e, de outro, um número de direitos individuais e bens coletivos. O que se levará em conta é a afetação destes direitos e bens coletivos, pelo exercício dos direitos de reprodução e

¹³³⁶ Ver *supra*, item 3.5.

¹³³⁷ Barbosa, com efeito, identifica na Constituição, como ponto principal tensão envolvendo a propriedade intelectual, como um todo, a tensão propriedade intelectual/direito concorrencial. Além desta hipótese, contudo, aponta outras cinco:

- “a. A colisão entre a proteção dos interesses do investidor e do criador e o princípio do uso social das propriedades.
- b. A cláusula finalística da propriedade industrial.
- c. Os parâmetros constitucionais de proteção à tecnologia, a autonomia tecnológica e à cultura.
- d. As liberdades constitucionais de criação artística e de expressão.
- e. A tensão de interesses entre a economia nacional e o capital estrangeiro” (BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*, p. 98).

distribuição, uma vez que se tem em mente a elaboração de um regime ideal de limitações aos direitos autorais, em sua dimensão patrimonial.

Conforme, com efeito, exigem os eixos indicados em 8.1, *supra*, o foco principal de análise é a atividade do legislador, e o compartilhamento de arquivos é compreendido no contexto maior de um sistema ideal de limitações. Isso implica colocar-se no papel de um legislador imaginário, abstrair do que dispõe a atual Lei de Direitos Autorais, entender qual é o campo conflitual da matéria a ser legislada, e estabelecer um regime que atenda os resultados de múltiplas possíveis ponderações.

Para tanto, cumpriria traçar uma lista bastante extensa de possíveis condutas envolvendo outros direitos fundamentais, bem como bens coletivos que possam encontrar-se em colisão *potencial* com os direitos autorais, novamente considerados apenas em sua dimensão patrimonial. Na impossibilidade de se contemplar *todas* as hipóteses de colisão em casos concretos específicos, faremos um recorte que julgamos representativo: consideraremos o exercício dos direitos patrimoniais do autor como potencialmente ofensivos ao direito à educação, direito à cultura e liberdade de expressão.¹³³⁸ Ao mesmo tempo, direcionaremos a análise às instâncias específicas do compartilhamento de arquivos e da reprodução sem autorização, não remunerada, para fins pessoais e fora do comércio.

Como o suporte fático dos direitos fundamentais, na teoria de Alexy, é o mais amplo o possível, *já se assume desde o início* que as condutas praticadas por compartilhadores de arquivos e indivíduos que reproduzam material protegido sem autorização encontram-se abrigadas sob os direitos fundamentais à educação, cultura e liberdade de expressão, enquanto instrumentais ao exercício e promoção desses direitos, ou em razão do seu papel de fomento.

Argumentos já apontados na aplicação do modelo de Müller ao caso em exame não serão repetidos em detalhes, nem se realizará a novamente a transcrição dos enunciados normativos já indicados acima. Antes, contudo, de partirmos para uma ponderação de direitos/valores, percorreremos o percurso exigido pela regra da proporcionalidade, com

¹³³⁸ Não faremos ponderação entre direitos individuais e bens coletivos em razão de complicações específicas referentes a esse tipo de colisão. Alexy, ressalte-se, estabelece uma prevalência *prima facie* em favor dos direitos individuais em colisão com bens coletivos, de modo que é mais conveniente, no que se refere à presente dissertação, limitarmo-nos aos casos em que a ponderação possa ocorrer em pé de igualdade: entre direitos individuais. Ver, em geral: ALEXY, Robert. Derechos individuales y bienes colectivos. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

análise de adequação e necessidade dos direitos autorais patrimoniais, em contraposição a ofensas potenciais aos direitos supramencionados, causadas pela exclusão que é típica dos direitos autorais.

8.3.1 Adequação

Em primeiro lugar, é necessário perguntar-se a que exatamente seriam adequados os direitos autorais. As respostas devem ser buscadas na fundamentação clássica dos direitos de autor.

- a) De acordo com a fundamentação utilitarista clássica,¹³³⁹ os direitos de autor, em sua dimensão patrimonial, seriam úteis para promover a produção e publicação de conteúdo. Resumidamente, atuariam como incentivos para investimentos iniciais sem os quais, assume-se, não haveria motivo para a produção ou publicação de obras intelectuais, em razão do problema do *free rider* (carona). A sociedade, por outro lado sofreria uma correspondente supressão de outros direitos – dentre os quais o de reproduzir a obra –, bem como o ônus de suportar concentração de poder de mercado nas mãos de editores, mas ganharia, a longo prazo, com a liberação do conteúdo, no futuro, ao domínio público, e a curto prazo com a possibilidade de acesso a obras que não seriam criadas e publicadas caso não existissem os incentivos legais. Em essência, os direitos autorais, conforme a fundamentação utilitarista seriam meios para o atingimento de dois fins: produção e divulgação de bens culturais;
- b) Conforme a fundamentação de direito natural,¹³⁴⁰ por outro lado, os direitos autorais seriam direitos de propriedade concedidos ao autor (e transferíveis ao editor) por razões de merecimento. Na formulação que toma Locke como referência, seriam direitos que nasceriam a partir do momento em que o autor apropria-se de elementos culturais da coletividade, ao agregar a eles seu trabalho pessoal. É possível, conseqüentemente, extrair da fundamentação jusnaturalista o

¹³³⁹ Ver *supra*, item 6.2.1.

¹³⁴⁰ Ver item 6.2.2.

seguinte: os direitos autorais são meios para se garantir uma justa contraprestação pecuniária ao autor pelo seu trabalho.

Diante desses dois objetivos, pergunta-se: **as restrições eventualmente promovidas pelos direitos autorais a outros direitos e bens públicos são *adequadas*, no sentido de que são aptas ao fomento ou obtenção dos objetivos que elas visam a cumprir?**

O primeiro impulso é responder positivamente, mas há que se considerar que (a) existe mais de uma estratégia para produzir informação, conforme descrito no quadro 1 (capítulo 4), e a fundamentação utilitarista é potencialmente adequada apenas em se tratando de estratégias baseadas no modelo *mercado/exclusão*; (b) nem todo autor escreve para o mercado, e compensação pecuniária pode ser atingida a partir do modelo *mercado/não-exclusão*, ou sequer exigida em se tratando do modelo *fora do mercado/não-exclusão*; e (c) não há comprovação empírica para a eficácia da fundamentação utilitarista, não se podendo precisar em que medida os direitos autorais atuam como incentivo para produção e difusão de conteúdo, sabendo-se, por outro lado, que em alguns casos eles constituem *incentivos negativos*.

Vamos partir, aqui, do pressuposto de que como os direitos autorais *potencialmente* servem para o fomento de algumas, não todas, as estratégias de produção de informação, e que passam portanto pelo teste da adequação. Mas não se trata de uma conclusão à qual se possa chegar de forma tranqüila, e o fato de que os direitos autorais podem servir de incentivo *negativo* a determinadas estratégias de produção de informação, porquanto sustentam um modelo tendencialmente centralizador de vias de acesso à produção/distribuição de conteúdo, e estabelecem perfis de obras estritamente voltadas ao mercado, baseadas no mínimo denominador comum cultural, em exclusão de obras e autores com perfis diferenciados.¹³⁴¹ Tal modelo é *inadequado* em relação a certas estratégias de produção cultural, mas não vamos insistir neste ponto e prosseguiremos na análise, para percorrer o percurso completo da regra da proporcionalidade.

¹³⁴¹ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism*, p. 179.

8.3.2 Necessidade

Sendo adequados os direitos autorais, cabe questionar se eles são necessários, fazendo-se a seguinte indagação: não haveria outra medida igualmente adequada, mas que atingisse os direitos afetados de forma menos intensa?

Novamente aqui surgem algumas dificuldades. Como existem diferentes estratégias para produção de informação, é discutível se há a necessidade de uma afetação tão grande de outros direitos em razão das vedações provocadas pelos direitos autorais patrimoniais. Estratégias de produção de informação que se baseiam nos modelos *mercado/não-exclusão* e *fora do mercado/não-exclusão* são alternativas perfeitamente viáveis de atender ambos os objetivos acima indicados, por via direta e indireta, e afetam em menor intensidade outros direitos e bens coletivos por não dependerem de exclusão. Um regime de incentivos que privilegie os outros modelos pode muito bem ser mais eficaz para as finalidades que os direitos autorais patrimoniais visam a cumprir.¹³⁴²

Ressalte-se novamente, aqui, que o argumento da indústria de que não existe produção cultural fora do modelo *mercado/exclusão*, sendo desta maneira inatacável uma política maximalista de propriedade intelectual, é de todo insustentável.

No caso de patentes, em determinadas atividades de pesquisa e desenvolvimento, talvez seja necessária alguma medida de proteção à propriedade intelectual para incentivar inovação/produção.¹³⁴³ No caso de direitos autorais, entretanto, a defesa da fundamentação clássica da propriedade intelectual é extremamente complicada, sendo possível questionar se a existência do próprio regime é necessária.

Em primeiro lugar, a afirmação de que proteção jurídica é necessária para inovação ou criação de novas obras contraria o impulso criador do ser humano, que existe mesmo onde não há regimes de direitos autorais. Produção cultural tem acompanhado a humanidade desde os primeiros registros históricos, e não é a possibilidade de um regime

¹³⁴² Conferir, a propósito, os artigos reunidos em: HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor (eds.). *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*. Cambridge/London: The MIT Press, 2007.

¹³⁴³ Ou não, se houver uma política de fomento à *commons-based peer production*. Ver, em geral: BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006; e HIPPEL, Eric von. *Democratizing innovation*. Cambridge/London: The MIT Press, 2005.

pouco protetor de direitos autorais que vai eliminar a atividade bastante humana de criar cultura. O que a reprodução digital facilitada e um regime fraco ou pouco eficaz de direitos autorais podem provocar é uma mudança *nas formas* como a cultura é produzida, compartilhada e vivenciada, e não ausência de produção cultural.¹³⁴⁴

Produção cultural persistiria mesmo na inexistência dos incentivos garantidos pelo direito de autor, cuja eliminação com toda certeza não representaria a morte do autor *em si*. Talvez representasse a morte do autor profissional como integrante de uma classe populosa, mas certamente não representaria o fim de indivíduos cuja principal fonte de sustento seria produção autoral, como por exemplo o autor acadêmico subsidiado pelo Estado, ou o músico que faz performances ao vivo para se remunerar. E obviamente não representaria a morte de autores não-profissionais – algo que não necessariamente implica “amadores” –, que criam pelo prazer de criar. O elevado número de livros que não chegam a ser publicados, pintores que não conseguem expor suas obras, músicos que se vêem ostracizados do setor comercial e, mesmo assim, continuam a produzir, não deve ser subestimado.

É questionável, portanto, se os direitos autorais patrimoniais são *necessários*. O mundo até precisa de filmes como *Missão Impossível 3*, por exemplo, mas há, entretanto, que se considerar que este não pode ser um argumento que conduza a uma política maximalista de proteção a obras intelectuais, em prejuízo de valores outros, como educação,

¹³⁴⁴ Exemplificando: é possível afirmar que um regime que não assegure retorno algum a criadores de obras audiovisuais possa tornar difícil a produção de filmes como *Missão Impossível 3* (*Mission: Impossible 3*, 2006, dir. J. J. Abrams) e seriados como *24 Horas* (*24*, 2001- ----, dir. vários), porque empreendimentos artísticos como esses necessariamente dependem do modo de produção industrial, com altos investimentos que demandam, de forma idêntica, altos retornos. Em contrapartida, a fácil reprodução digital e um regime débil e ineficiente de proteção a direitos autorais não inviabilizam a produção de um filme como *Festa de Família* (*Festen*, 1998, Thomas Vinterberg), e de um seriado como *The Office* (2001-2002, dir. Ricky Gervais e Stephen Merchant), porque ambos são de realização perfeitamente possível fora de uma estrutura de produção industrial. O que está em jogo, portanto, não é a totalidade da produção cultural humana, mas sim uma *determinada forma* de produção cultural, vinculada à economia de informação industrial. É para este tipo de produção cultural que o regime de direitos autorais tem se mostrado necessário.

Evidentemente, deve-se assegurar alguma medida de proteção para que obras que apenas possam ser produzidas a partir de uma estratégia industrial possam existir. Tanto o escapismo turbulento de *Missão Impossível 3* e *24 Horas* como as incômodas e desagradáveis reflexões tragicômicas da vida familiar e laboral proporcionadas por *Festa de Família* e *The Office*, são igualmente importantes. Diversidade é crucial. Por outro lado, a sobrevivência de outras formas de produção de informação, mesmo se eliminado o modelo *mercado/exclusão*, veda a utilização do primário argumento da indústria do conteúdo, que reduz todo o universo da produção cultural ao modelo *mercado/exclusão* para defender a necessidade de um regime de direitos autorais maximalista.

acesso à informação e cultura, bem como outras modalidades de produção de informação. Há que se considerar que não se pode propor o modelo de produção cultural industrial como se fosse o *único* que merecesse existir e prosperar, e como se não houvesse alternativas que provocassem danos colaterais mais limitados a outros direitos e interesses sociais.

Para nossa análise, contudo, partiremos do pressuposto de que os direitos autorais são necessários, como se não houvesse alternativas outras, com o objetivo de verificar quais seriam os resultados que uma ponderação de valores poderia proporcionar nas situações em exame.

8.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Partindo do pressuposto de que os direitos autorais são adequados e necessários – ainda que tenhamos feito objeções em sentido contrário – resta agora o recurso ao procedimento de ponderação de direitos/valores para a solução dos problemas em consideração (regime ideal de limitações, em geral, e o problema do compartilhamento de arquivos e reprodução não-autorizada para uso próprio, em específico).

Cabe aqui, lembrar a lei de colisão e a lei de ponderação estabelecidas por Alexy, já descritas no capítulo 7, correspondendo a primeira a um modelo de decisão, e a segunda a um modelo de fundamentação. A **lei de colisão** estabelece que, em razão de determinadas circunstâncias de fato, uma colisão de princípios é solucionada a partir da produção de uma regra que coloca um princípio em precedência a outro, em relação às circunstâncias consideradas. A lei de colisão, desta maneira, enseja a criação de uma regra que estabelece uma relação de precedência condicionada entre princípios. Isso decorre da própria *estrutura* de princípios enquanto normas, ou seja, de sua natureza de razões *prima facie* para direitos, mandamentos de otimização que exigem algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas já foram analisadas quando do exame da adequação e necessidade. A questão agora se restringe às possibilidades jurídicas.

A **lei de ponderação**, a seu turno, representa um quadro que orienta as argumentações que sustentam as decisões feitas a partir do modelo de decisão que a lei de

colisão representa. Ela preceitua que, quanto maior o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios, maior deve ser a importância da satisfação do outro.

Na posição do legislador que elabora uma lei de direitos autorais, uma série de colisões potenciais deve ser levada em consideração, com sua resolução – as regras de precedência condicionada produzidas – positivadas infraconstitucionalmente. Em se tratando da legislação de direitos autorais, as colisões são tão diversificadas, em uma pluralidade de casos concretos, que surgem basicamente duas opções, em se tratando do regime de limitações. Ou se produz um rol *extenso* de limitações – muito maior do que o rol da atual Lei de Direitos Autorais – observando-se uma pluralidade de situações fáticas de conflito que podem remeter a uma colisão de princípios no plano constitucional, ou se produz um conjunto de critérios que permita ao juiz lidar com as circunstâncias de fato de forma mais maleável e adequada. Não se perde com isso, ressalte-se, a natureza de regra das disposições que implementarem os critérios de avaliação. Há, apenas, mais espaço para uma avaliação da submissão das circunstâncias à norma de limitação.

A segunda estratégia – estabelecimento de uma regra com critérios amplos – parece mais viável do que a primeira. A pluralidade de circunstâncias em que direitos autorais podem afetar os direitos aqui indicados, bem como outros direitos (e ainda, bens coletivos), são tão diversificadas que é desaconselhável estabelecer uma lista rígida, e praticamente inviável tentar positivar um rol *numerus clausus* de exceções. **A mesma norma à qual chegamos na aplicação da metódica estruturante aos problemas em exame, fundada nos critérios da ausência de intuito de lucro, atuação direta no mercado e inviabilização plena de atividade comercial, pode ser estabelecida como uma regra que satisfaça um plano diversificado de colisões potenciais como o que existe em se tratando de direitos autorais.**

Em relação a condutas que são praticadas sem intuito de lucro, fora do mercado, que não inviabilizem plenamente a atividade comercial, e que atuem em benefício dos direitos à educação, cultura e liberdade de expressão/manifestação do pensamento/informação, não parece ser razoável dizer que exista uma maior importância da realização dos direitos patrimoniais do autor/editor de reprodução e distribuição de uma obra. O peso dos direitos que colidem com os direitos autorais é muito maior, até porque os direitos autorais apenas existem, em tese, para cumprir uma função social voltada ao desenvolvimento cultural. Concluir que os direitos autorais são mais importantes nas

situações contempladas é subverter o próprio fundamento dos direitos autorais, e defender a existência de um direito de propriedade praticamente ilimitado. A função social, portanto, *orienta* o processo de fundamentação com base na lei de ponderação em favor dos direitos à educação, cultura e liberdade de expressão/manifestação do pensamento/informação.

Observe-se que, de todo modo, a positivação de uma regra como a sugerida pode provocar problemas de interpretação no plano infraconstitucional. Mas é possível argumentar que, conforme o que ela preceitua, tanto o compartilhamento de arquivos quanto a reprodução não-autorizada e não-remunerada para uso pessoal são condutas perfeitamente lícitas, que se subsumem à regra estabelecida, e exceções justificadas aos direitos patrimoniais de reprodução/distribuição.

8.4 Análise no plano metateórico

Devolvidas as considerações precedentes ao plano metateórico kelseniano, cabe traçar algumas conclusões:

- 1) Há mais de uma decisão possível dentro da moldura fixada pela Constituição, sendo cabível apontar configurações diversificadas para um regime de limitações aos direitos autorais. Qualquer configuração que se encaixe no âmbito da moldura deve ser considerada *viável*, mas não necessariamente ideal;
- 2) Uma configuração *ideal* para um regime de limitações aos direitos autorais é uma questão de política legislativa, e implica a avaliação de qual dos regimes viáveis seria preferível diante da situação em que se encontram Estado e cidadãos brasileiros;
- 3) As interpretações acima propostas tiveram como objetivo indicar as bases de um regime ideal de limitações que faça jus ao imperativo da função social da propriedade intelectual, no que concerne aos direitos autorais;
- 4) As propostas de interpretação podem ou não ser convincentes, e podem ou não ser consideradas desejáveis no debate político em torno de um regime ideal de direitos autorais. São, contudo, propostas *viáveis* dentro do que autoriza a Constituição;
- 5) Existindo amplo espaço para política legislativa, há contudo que se observar que a concepção maximalista dos direitos autorais, que vê neles direitos ilimitados, ou

limitados apenas por restrições de intensidade mínima, *extrapola* a moldura fixada pela CF/88. A concepção maximalista é, portanto, *inviável* até mesmo dentro de uma perspectiva de política legislativa. Não há *nada* no texto constitucional que autorize concluir que limitações não devam existir, ou que devam ser mínimas. Muito pelo contrário, as exigências relacionadas à função social da propriedade intelectual demandam um regime de limitações bastante amplo e flexível, sustentado por um grande número de textos de normas/enunciados normativos, referentes a uma pluralidade de direitos e interesses sociais, que têm peso não apenas qualitativo, mas também quantitativo.

Como etapa final do estudo proposto, faremos algumas considerações relacionando as propostas de interpretação e delimitação da função social do direito de autor aqui desenvolvidas, às normas de direito infraconstitucional e internacional relativas a limitações aos direitos autorais.

CAPÍTULO 9. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O REGIME INFRANCONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS

Algumas considerações a respeito das soluções propostas no capítulo anterior e sua interação com o direito infraconstitucional e internacional mostram-se necessárias para finalizar a parte dogmática do estudo. A partir da interpretação do texto constitucional, tomando-se como base duas perspectivas teórico-metodológicas diferentes, aplicadas em separado, chegou-se à conclusão de que é possível propor uma norma ampla para um regime infraconstitucional de limitações aos direitos autorais patrimoniais, orientada pela vinculação, imposta pela CF/88, da propriedade intelectual ao atendimento de uma função social. A norma em questão justifica limitações aos direitos autorais, quando forem observados os seguintes critérios:

(a) ausência de intuito de lucro;

(b) atuação fora do comércio;

(c) não ser verificada a *plena* inviabilização do comércio dos bens afetados, exigindo-se comprovação empírica, sujeitada a rigoroso exame, para que se considere o comércio plenamente inviabilizado, sendo insuficiente a mera presunção;

(d) fomento, em razão da conduta admitida como exceção, ao direito à educação, cultura, liberdade de manifestação de pensamento, expressão e informação, bem como outros princípios e objetivos constitucionalmente fixados (como a defesa do consumidor e a livre concorrência), vinculados à função social da propriedade intelectual.

Concluímos, ainda, que tanto o compartilhamento de arquivos como a reprodução não-autorizada e não-remunerada, para uso pessoal são condutas que se pode considerar abrigadas sob a norma de limitação fixada, e sugerimos que, ao contrário do que ocorre com o regime infraconstitucional atual, a positivação de um rol de limitações é desaconselhável, sendo preferível a delimitação de critérios amplos, que permitam alguma maleabilidade,

quando de sua aplicação, em face das condutas tidas como potencialmente violadoras de direitos autorais. Se for feita a opção por um rol de limitações, este dificilmente poderá ser interpretado como um rol *numerus clausus* sem ser julgado inconstitucional, uma vez que as hipóteses de limitação devem acomodar um número muito grande de situações potencialmente lesivas, mas efetivamente autorizadas constitucionalmente, em razão da função social da propriedade intelectual. Um rol *numerus clausus* de limitações estreitas não é uma estratégia legislativa aconselhável, diante do que dispõe a Constituição, e muito menos após a explosão da tecnologia digital, das mutações de perfil do consumidor/usuário de obras, e da *commons-based peer production*.

Um melhor desenvolvimento da proposta de interpretação feita no capítulo anterior apenas pode ser feito, contudo, a partir de sua comparação com as limitações efetivamente implementadas infraconstitucionalmente, e com as normas de direito internacional referentes ao tema. Passamos, então, a examinar como o direito infraconstitucional brasileiro e a normativa internacional lidam com o problema das limitações.

9.1 Direito infraconstitucional

Há normas de direito civil e penal a serem levadas em consideração. Relevantes, para nossos propósitos, são a Lei n.º 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) e a Lei n.º 9.609/98 (Lei do *Software*), em relação ao direito civil. A Lei do *Software* também tem normas de direito penal, mas são principalmente pertinentes, para a análise que será realizada, algumas disposições do Código Penal.

9.1.1 Direito civil

Desde a Lei Medeiros e Albuquerque (Lei n.º 496/1898), nossa primeira grande lei de direitos autorais, o direito brasileiro adotou um regime de limitações pautado por listas detalhadas de exceções aos direitos autorais. Esse modelo se distancia, de um lado, de um regime como o do *fair use* estadunidense, que funciona a partir de critérios mais amplos,¹³⁴⁵

¹³⁴⁵ A doutrina do *fair use* foi desenvolvida via *common law*, e posta em direito estatutário, pela reforma de 1976, na § 107 do Title 17 do U.S. Code. A força das exceções, em meio digital, encontra-se bastante

e se aproxima, de outro, dos sistemas de exceções das legislações de outros países de direito romano-germânico, bem como de países de *common law* que adotem regras estritas de *fair dealing*, como a Inglaterra, Canadá e Austrália.

Antes de se examinar o sistema de limitações, cumpre observar que existem alguns erros, dificuldades e obstáculos de interpretação a serem enfrentados.

9.1.1.1 Erros, dificuldades e obstáculos de interpretação

Interpretações deficientes – ou ausência de interpretação – das normas de direito constitucional podem conduzir a dois erros, em se tratando de listas de exceções como a do sistema brasileiro:

- 1) Considera-se o rol de limitações como sendo *numerus clausus*,¹³⁴⁶ interpretando-se restritivamente o art. 46 da Lei de Direitos Autorais, sempre em favor do autor/editor;

debilitada pela interpretação que o DMCA recebeu pelo judiciário norte-americano, especialmente em *Universal v. Reimerdes*, com TPMs e sistemas de DRM sobrepondo-se ao *fair use*. Os critérios estabelecidos via direito estatutário são: (1) o propósito e caráter do uso (comercial ou educacional sem fins lucrativos); (2) natureza da obra protegida; (3) porção da obra em relação ao todo e (3) efeitos no mercado potencial ou valor da obra. Segue o texto legal:

“17U.S.C, § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors”.

¹³⁴⁶ Entendimento doutrinário pacífico. Ver, por todos: ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 146. A posição de Manso em relação à questão é curiosa. Analisando a LDA/73, Manso afirma que o intuito de lucro aparenta “ser o limite geral da utilização econômica, podendo-se considerar como livre qualquer forma de usufruir a obra intelectual que não tenha esse objetivo” (MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral*: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações, p. 132-133). Entendia, contudo, o rol de limitações como *numerus clausus*, mas ainda no contexto da exploração econômica da obra: “[...] em razão do princípio segundo o qual a exclusividade da exploração da obra intelectual é conferida com caráter de generalidade, ao autor e, por decorrência, aos seus sucessores (herdeiros, legatários, cessionários ou outros),

- 2) Considera-se o rol de limitações como se representasse adequadamente o equilíbrio de interesses que os direitos autorais em sua própria essência demandam, e que a positividade da Constituição exige.

O fenômeno da “preclusão constitucional”, apontado na introdução, resta desta maneira incorporado à doutrina e às discussões públicas feitas em torno dos direitos autorais. Em primeiro lugar, as limitações são interpretadas da forma mais estreita o possível, ao mesmo tempo vedando-se uma via de acesso, na lei, para outras exceções que deveriam existir em razão do texto constitucional. Em segundo, evita-se completamente um exame do direito constitucional em matéria de direitos autorais, porque as soluções dadas pelo legislador de 1998 são tidas como expressão correta de um universo bastante problemático de conflitos relacionados aos processos de produção, aproveitamento e fluxo de bens intelectuais, sobre os quais está fundada a própria possibilidade do País um dia se investir de alguma dose de autonomia no plano internacional, e de seus cidadãos conseguirem adquirir os instrumentos intelectuais necessários para o exercício de direitos e realizações pessoais.

O discurso da indústria do conteúdo – no sentido utilizado no capítulo 6, com base em Fairclough – é internalizado por doutrina, jurisprudência, legisladores e imprensa, e barreiras são construídas em torno de uma discussão da mais extrema importância e urgência, não apenas em razão do advento da Internet e de outras tecnologias da informação, mas por perspectivas de desenvolvimento nacional e de bem-estar social.

Qualquer tentativa de se questionar as interpretações correntes da Lei de Direitos Autorais, desta maneira, encontra uma dificuldade na dogmática corrente de direitos autorais, que tem a questão constitucional como resolvida e passa se alimentar de querelas absurdas, como a de se o art. 46, II, da Lei¹³⁴⁷ incidiria no caso de uma cópia reprográfica

não haverá exceção a esse direito senão quando a livre utilização econômica da obra esteja expressamente prevista em lei, visto que as exceções de direito necessariamente hão de ser tipificadas e, pois, se contém em *numerus clausus*, só ampliáveis por novas leis” (ibidem, p. 152).

¹³⁴⁷ Lei n.º 9.610/98, art. 46, II: “Não constitui ofensa aos direitos autorais[...]” “a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”,

feita em um estabelecimento comercial, em razão da ressalva do dispositivo de que a cópia deve ser feita pelo próprio copista.¹³⁴⁸

Mas por que se diz que as limitações se interpretam restritivamente e o rol em que elas se encontram inseridas é *numerus clausus*? São três as justificativas. Duas costumam ser explicitadas, e a outra, via de regra, fica implícita:

A) Há uma tendência perturbadora, por parte de alguns doutrinadores, de fundamentar a interpretação *numerus clausus* do rol do art. 46 com base no que dispõe o art. 4.º da Lei de Direitos Autorais, a saber: “Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”.¹³⁴⁹ A remissão a esse dispositivo como justificativa para uma interpretação restritiva do art. 46 da Lei causa estranheza. O art. 4º da Lei de Direitos Autorais não fala *nada* sobre a interpretação da lei. E interpretação da lei e interpretação dos negócios jurídicos são coisas bastante diferentes, ainda que se possa apontar paralelos.¹³⁵⁰

¹³⁴⁸ “Quem manda copiar um livro para seu uso, tem intuito de lucro? Mas o copista, que vende essa cópia, não está tendo lucro? Só não vê quem não quer” (CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direitos Autorais: comentários*, 4ª ed., p. 71). Correndo o risco de nos rebaixarmos a uma controvérsia indigna, o que se paga na reprografia é o serviço e material bruto utilizados para as cópias (ou seja, mão-de-obra, *toner* da máquina, papel e eventual repassagem dos custos do aluguel da máquina), e a ausência de intuito lucro exigida pelo art. 46, II é nitidamente atribuível ao destinatário da cópia, e não se refere àquele que efetivamente faz o serviço de reprografia. Encomendar as cópias, ademais, evidentemente cumpre o requisito de que as cópias sejam feitas *pelo copista*. A redação da limitação, contudo, é de fato problemática e propositadamente construída de modo a suscitar esse tipo de controvérsia e dificultar o exercício dos direitos do usuário.

¹³⁴⁹ Neste sentido: BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*, 4ª ed., p. 71; CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direitos Autorais: comentários*, 4ª ed., p. 15-16.

¹³⁵⁰ Diz Pereira, a respeito: “Há um certo paralelismo entre a interpretação do negócio jurídico e a interpretação da lei, porque um e outra são expressões de vontade, ambos estatuem uma normação, que repercutirá praticamente nos efeitos jurídicos produzidos. O negócio jurídico se destina à realização de um fim e o seu resultado implica a perseguição de uma faculdade humana, polarizada no sentido de um efeito econômico ou social, a criar direito subjetivo e impor obrigações jurídicas. Difere da lei em que esta é a expressão volitiva do Estado, enquanto que no negócio jurídico o supedâneo fático é a vontade do indivíduo. Mas dela diversifica-se mais ainda, em que a vontade estatal cria um comando abstrato, dirigido à generalidade dos súditos, enquanto que a atuação da vontade da constituição do negócio jurídico é limitada às pessoas que nele participam, e somente se pode dizer da extensão dos efeitos a terceiros, em circunstâncias especiais, para a criação de vantagens, mas não para a imposição de deveres.

[...]

A interpretação do negócio jurídico vai, então, situar-se no campo da fixação do conteúdo da declaração de vontade, e, para isto, regras empíricas, mais de lógica prática do que de normação legal, se vêm repetindo nos autores e até nas leis, com o grave inconveniente de importar o seu manuseio na utilização de princípios que não oferecem segura solidez científica, e, de outro lado, prestar-se a um desvirtuamento do conteúdo material do negócio jurídico.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v I, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 316).

Cabral, por exemplo, tenta incluir interpretação restritiva da lei no dispositivo citado, que preceitua a interpretação restritiva do *negócio jurídico*, a partir do seguinte raciocínio: “Quando alguém compra um livro, assiste a uma ópera, vê um filme, adquiriu apenas um direito limitado de fruir, gozar e apreciar o trabalho do artista contido nos instrumentos de materialização do pensamento do criador”.¹³⁵¹ **O curioso é que, em nenhuma das hipóteses mencionadas, há negócio jurídico entre autor/editor e comprador; há, sim, negócio jurídico entre vendedor e comprador (entre o livreiro e consumidor, teatro e consumidor, cinema e consumidor etc.). As condições de uso da obra não são determinadas em virtude de um negócio jurídico, mas sim pela lei.**¹³⁵² E não há nada na Lei de Direitos Autorais que diga que a própria lei deve ser interpretada restritivamente em favor do autor. O art. 4º provavelmente foi redigido tendo-se em vista o contrato de edição, nunca a interpretação da lei em si.

B) Outra justificativa utilizada, um pouco mais forte, é a de que se deve interpretar restritivamente o rol de limitações porque se trata de uma exceção à regra geral, que é a da proteção do autor. Neste sentido, Abrão: “O rol das obras que independem de prévia autorização do autor para seu uso público é taxativo, porque a limitação é uma exceção à regra geral, e no dia em que o legislador deixar de considerá-la como tal, passará automaticamente a demandar a autorização prévia para seu uso”.¹³⁵³

O principal problema desse argumento é que ele evita completamente a verificação da constitucionalidade do rol, e parte do pressuposto de que o arranjo feito pelo legislador reflete um equilíbrio de interesses adequado. Se as limitações estabelecidas pelo rol são insuficientes, ao se insistir que o rol é *numerus clausus*, está-se dizendo também que ele é inconstitucional.

C) A terceira justificativa às vezes não é explicitada, mas sempre opera no fundo, ainda que os argumentos utilizados sejam os apontados acima, em (A) e (B): o princípio do

¹³⁵¹ CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direitos Autorais*: comentários, 4ª ed., p. 16.

¹³⁵² Ver BARBOSA, Denis Borges. *Direito autoral – apresentações gratuitas*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>>. Acesso em: 19.03.07

¹³⁵³ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 146.

favor auctoris. Conforme este princípio, que tem origem na Convenção de Berna,¹³⁵⁴ o autor é tido como parte hipossuficiente, necessitando de proteção custe o que custar. O problema é que o autor não é, sempre, parte hipossuficiente. Na relação autor/editor, na maior parte das vezes, principalmente quando o autor não tem poder de barganha, efetivamente há hipossuficiência, e eis o verdadeiro sentido e razão de ser do art. 4º da Lei de Direitos Autorais. Em relação ao público, entretanto, ocorre o oposto: o autor tem um direito de exclusão que pode causar danos extremamente violentos a uma série de direitos individuais e sociais. O princípio do *favor auctoris* é a justificação jusnaturalista dos direitos autorais em sua expressão mais forte, e ignora totalmente não apenas o equilíbrio explicitamente exigido pela justificação utilitarista, mas também o fato de que o regime de direitos autorais está submetido a normas constitucionais que apontam no sentido oposto a uma proteção maximizadora dos interesses autorais.

É principalmente nos países cujos juristas por mais tempo encontraram-se expostos ao discurso unionista que o princípio é mais forte,¹³⁵⁵ e o que por vezes leva esses mesmos juristas, ao avaliar o sistema do *copyright* americano, a dizer que este é mais “publicista” do que o direito autoral da Europa continental, de cunho “individualista”.¹³⁵⁶ É uma colocação absurda, propagada pelos manuais de direito autoral, que repetem desde há anos a mesma ideologia, contaminando doutrina e legislação, e instituindo uma política de interpretação do direito que privilegia a posição do autor – colocando-se o editor no mesmo patamar, o que é conveniente para a indústria – em detrimento de todos os outros interesses afetados. Caso típico de discurso que, ao embrenhar-se no senso comum, adquire ares de oficialidade e neutralidade ideológica, justificando assimetrias de poder.¹³⁵⁷

¹³⁵⁴ Ginsburg extrai o princípio do preâmbulo da Convenção, que menciona como objetivo da União “proteger, de maneira mais efetiva e uniforme o possível, os direitos dos autores em suas obras literárias e artísticas”. Ver GINSBURG, Jane C.; *Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_2.pdf>. Acesso em: 24.03.07, p. 33, nota 109.

¹³⁵⁵ Ver, a propósito, a defesa apaixonada – e irrefletida – de Gautier da interpretação *in favorem auctoris*: GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*, 5e ed., p. 37-38.

¹³⁵⁶ Neste sentido, por exemplo: BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*, 4ª ed., p. 91 e 9.

¹³⁵⁷ Ver o já afirmado no capítulo 6 e, em geral: FAIRCLOUGH, Norman. *Language and power*. London: Longman, 1990.

9.1.1.2 Regime atual de limitações

Um breve exame das limitações instituídas pela Lei de Direitos Autorais atual já demonstra o quão insuficiente elas se mostram. O quadro abaixo reproduz as limitações aos direitos autorais estabelecidas em nosso ordenamento jurídico desde a Lei Medeiros e Albuquerque, e permite avaliar sua evolução até a Lei n.º 9.610/98. Ressalte-se que há outras limitações expressas, e que não houve a preocupação de se garantir que disposições semelhantes ocupassem a mesma posição no quadro, na sucessão de leis. Cada nova lei constituiu uma adaptação da lei anterior, mas a ordem dos dispositivos mudou bastante a partir da Lei de 1973. Preferiu-se manter a ordem dos textos legais sem qualquer reparo:

Quadro 9 - Evolução histórica das limitações a direitos autorais no Brasil

Lei Medeiros e Albuquerque (Lei n. 496 de 1º de agosto de 1898)	CC/16	LDA/73 (Lei n.º 5.988/73)	LDA/98 (Lei n.º 9.610/98)
Art. 22. Não se considera contrafação:	Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor:	Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor:	Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:
1) a reprodução de passagens ou pequenas partes de obras já publicadas, nem a inserção, mesmo integral, de pequenos escriptos no corpo de uma obra maior, contanto que esta tenha carácter scientifico ou que seja uma compilação de escriptos de diversos escriptores, composta para uso da instrução publica. Em caso algum a reprodução póde dar-se sem a citação da obra de onde é extrahida e do nome do autor	I – a reprodução de passagens ou trechos de obras já publicadas e a inserção, ainda integral, de pequenas composições alheias no corpo de obra maior, contanto que esta apresente carácter científico, ou seja, compilação destinada a fim literário, didático, ou religioso, indicando-se, porém, a origem de onde se tomaram os excertos, bem como o nome dos autores;	I – a reprodução: a) de trechos de obras já publicadas, ou ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior, desde que esta apresente carácter científico, didático ou religioso, e haja a indicação da origem e do nome do autor; b) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, sem carácter literário, publicados em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde forem transcritos; c) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;	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

		d) no corpo de um escrito, de obras de arte, que sirvam, como acessório, para explicar o texto, mencionados o nome do autor e a fonte de que provieram; e) de obras de arte existentes em logradouros públicos; f) de retratos, ou de outra forma de representação da efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;	que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;
2) a reprodução em diários e periódicos de notícias e artigos políticos extrahidos de outros diários e periódicos, e a reprodução de discursos pronunciados em reuniões públicas, qualquer que seja a sua natureza. Na transcrição de artigos deve haver a menção do jornal de onde são extrahidos e o nome do autor. O autor, porém, quer dos artigos, qualquer que seja a sua natureza, quer dos discursos, é o único que os póde imprimir em separado;	II – a reprodução, em diários ou periódicos, de notícias e artigos sem caráter literário ou científico, publicados em outros diários, ou periódicos, mencionando-se os nomes dos autores e os dos periódicos, ou jornais, de onde foram transcritos;	II – a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro;	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 reprodução, em diários e periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas, de qualquer natureza;	III – a citação, em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com 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;

3) a reprodução de todos os actos officiaes da União, dos Estados ou das Municipalidades;	IV – a reprodução dos atos públicos e documentos oficiais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal;	IV – o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada, porém, sua publicação, integral ou parcial, sem autorização expressa de quem as ministrou;	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;
4) a reprodução em livros ou jornaes, de passagens de uma obra qualquer com um fim crítico ou de polemica;	V – a citação em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra com intuito de crítica ou polêmica;	V – a execução de fonogramas e transmissões de rádio ou televisão em estabelecimentos comerciais, para demonstração à clientela;	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 cópia, feita à mão, de uma obra qualquer, contanto que se não destine à venda;	VI – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou para fins exclusivamente didáticos, nos locais de ensino, não havendo, em qualquer caso, intuito de lucro;	VI – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos locais de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;
	VII – a reprodução, no corpo de um escrito, de obras de artes figurativas, contanto que o escrito seja o principal, e as figuras sirvam somente para explicar o texto, não se podendo, porém, deixar de indicar os nomes dos autores, ou as fontes utilizadas;	VII – a utilização de obras intelectuais quando indispensáveis à prova judiciária ou administrativa.	VII – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;
5) a reprodução no corpo de um escripto de obra de artes figurativas, contanto que o escripto seja o principal texto, sendo, porém, obrigatoria a citação do nome do autor; 6) a reprodução de obras de arte que se	VIII – a utilização de um trabalho de arte figurativa, para se obter nova obra; IX – a reprodução de obra de arte existente nas ruas e praças; X – a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular,		VIII – a reprodução, em qualquer obra, 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

encontram nas ruas e praças; 7) a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando ella e feita pelo proprietário dos objectos encomendados”	quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.		prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.
		Art. 50. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária, nem lhe implicarem descrédito.	Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.
		Art. 51. É lícita a reprodução de fotografia em obras científicas ou didáticas, com a indicação do nome do autor, e mediante o pagamento a este de retribuição equitativa, a ser fixada pelo Conselho Nacional de Direito Autoral.	Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

Ao se examinar o percurso que vai da Lei Medeiros e Albuquerque até a Lei n.º 9.610/98 é possível perceber uma crescente diminuição de preocupação em relação aos interesses negativamente afetados pela legislação de direitos autorais, e um aumento de preocupação em se estabelecer uma normativa autoral maximalista, inclusive com redação que dificulta a compreensão dos dispositivos, de modo a viabilizar uma interpretação que mutila funcionalmente alguns dos direitos estabelecidos.¹³⁵⁸ Se a Lei Medeiros e Albuquerque autorizava a inserção integral de uma obra menor em outra, observado o carácter científico da obra maior, ou seu uso para instrução pública, respeitados os direitos morais (art. 22, 1), e o CC/16 reproduziu a exceção, adaptando-a mas conservando sua essência (art. 666, I), o mesmo fazendo a LDA/73 (art. 49, I, “a”), a exceção desapareceu na LDA/98, com o nítido intuito de se proibir professores de manter pastas em faculdades, dificultando assim o ensino público e privado.

¹³⁵⁸ Caso do inciso II do art. 46 da LDA/98, ao inserir a reserva “desde que feita por este”.

A exceção de cópia para uso pessoal, que surgiu com o CC/16, também teve uma história curiosa. O CC/16 autorizava cópias feitas à mão de obras quaisquer, desde que não destinadas à venda (art. 666, VI), uma exceção bastante limitada mas que pelo menos autorizava a reprodução da integridade da obra (não haveria diferença prática alguma, para o autor, se a cópia fosse feita em máquina de escrever, mas o objetivo do dispositivo talvez tenha sido encorajar, desencorajando, a cópia para uso pessoal). A Lei de 1973 manteve a exceção, e a ampliou e diminuiu ao mesmo tempo: permitiu a cópia integral sem intuito de lucro por qualquer meio, mas reduziu o número de cópias autorizadas a apenas uma (art. 49, II).¹³⁵⁹ A Lei de 1998, lamentavelmente, modificou a redação do dispositivo para autorizar apenas “a reprodução, em só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro” (art. 46, II). Problemas de interpretação do dispositivo à parte, é visível a subtração de direitos promovida pela LDA/98, e suas conseqüências danosas para, principalmente, os direitos à educação e à cultura.

A Lei n.º 9.609/98, Lei do *Software*, é um pouco mais ampla em se tratando de exceções:

“Art. 6.º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu”.

¹³⁵⁹ Observe-se que o art. 666, mencionava “a cópia”, mas a redação do texto permite a interpretação de que se possa fazer mais de uma reprodução, observadas as condições.

É interessante observar como o art. 6º, I, explicitamente assegura um direito de cópia privada, ainda que de um exemplar apenas (não faria diferença nenhuma autorizar uma ou cinquenta cópias, desde que estas não saíssem do âmbito privado do copista). Ocorre que esse direito costuma ser suprimido por via legal e tecnológica, a partir de contratos de adesão e TPMs/sistemas de DRM, em franca violação ao direito do consumidor. Citação parcial do programa, por outro lado, é um direito que pouca eficácia tem em razão da falta de acesso aos códigos-fontes, mas pode servir como autorização indireta para decompilação, desde que para fins didáticos e identificado o titular dos direitos.

9.1.1.3 Inconstitucionalidade

É difícil sustentar a constitucionalidade do rol do art. 46 da Lei de Direitos Autorais, caso ele seja interpretado como sendo *numerus clausus*. Há que se abrir espaço para exceções outras, que não as positivadas em 1998, em razão dos motivos descritos no capítulo anterior deste trabalho. Uma interpretação conforme a Constituição do art. 46 *necessariamente* – e independentemente de se aceitar como correto o defendido no capítulo 8 –, há que o considerar *numerus apertus*.

Um exemplo: suponhamos que um indivíduo, sem intuito de lucro, decida imprimir um poema – que seja um poema curto, um *haikai* – ainda não caído em domínio público, em cartões (atribuindo autoria), e distribuí-los em praça pública, apenas porque o acha bonito e quer compartilhá-lo com outras pessoas. Estaria cometendo violação de direitos autorais, caso o rol do art. 46 seja tomado como *numerus clausus*.

Outro exemplo: uma turma de alunos, na ausência de recursos para a compra de livros, em uma escola pública sem biblioteca, extrai cópias reprográficas integrais de livros didáticos ainda sob proteção legal. Também estão cometendo violação de direitos autorais, se o rol do art. 46 for interpretado como *numerus clausus*.

Por mais débil que seja o esforço de interpretação constitucional empreendido, não é razoável assumir que ambas as condutas descritas estejam em desacordo com a função social da propriedade intelectual. **A partir do momento em que direitos autorais começam a atuar de forma *contrária* à difusão de bens intelectuais, não estão cumprindo a missão**

que é sua própria razão de ser, não obstante a fundamentação jusnaturalista e discursos maximalistas laudarem a figura do autor (para nela esconder o editor) e reduzirem todo o universo da produção cultural ao que é feito dentro do modelo industrial de *mercado/exclusão*.

Se há, portanto, alguma intenção de se *preservar* o art. 46 no ordenamento jurídico brasileiro – independentemente, importante ressaltar mais uma vez, de se aceitar a proposta feita no capítulo 8 –, ele *precisa* ser interpretado de modo a conter um rol *numerus apertus*, e não *numerus clausus*.

9.1.2 Direito penal

Em relação ao direito penal interessa, sobretudo, o disposto no título III (“Dos crimes contra a propriedade imaterial, capítulo I (“Dos crimes contra a propriedade intelectual”) da parte especial do Código Penal, particularmente o art. 184, especialmente após a reforma sofrida em 2003. Condutas relacionadas à violação de direitos autorais de programas de computador são tipificadas autonomamente, na Lei n.º 9.609/98, com a mesma técnica utilizada no Código Penal: a imposição de uma norma penal em branco geral no *caput*, seguida por parágrafos prevendo tipos mais específicos.¹³⁶⁰

Importante novamente explicitar que, ao contrário do que prega a propaganda da indústria do conteúdo, violação de direitos autorais não é furto, muito menos roubo,¹³⁶¹

¹³⁶⁰ Eis o texto legal pertinente (art. 12, Lei n.º 9.609/98):

“Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º. Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa.

§ 2º. Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

§ 3º. Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo:

I - quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público;

II - quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo.

§ 4º. No caso do inciso II parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação”.

¹³⁶¹ Veja-se, por exemplo, o que diz a ABDR na seção de perguntas e respostas de seu *site* oficial:

“6. Por que é um crime copiar livros?

condutas totalmente distintas, previstas em tipos distintos. Como já afirmado, a equiparação das condutas procura apenas estender à violação de direitos autorais um estigma moral que ela não tem. É uma equiparação que deve, portanto, ser combatida, não apenas porque é uma estratégia grosseira de manipulação por meio da linguagem, mas porque simplesmente não é técnica sob um ponto de vista jurídico.

Dizer que o *caput* do art. 184 do Código Penal¹³⁶² é uma norma penal em branco¹³⁶³ significa, no caso, dizer que ele depende do que estipular a legislação civil de direitos autorais para adquirir forma completa. Violar direito autoral, conforme o *caput*, é justamente a conduta típica de comportar-se de forma contrária ao que preceitua a legislação de direitos autorais, de modo que a interpretação da Lei de Direitos Autorais é o que determina se dada conduta é típica conforme o *caput* do art. 184 do Código Penal. As demais disposições relacionadas à violação de direitos autorais no Código Penal não constituem, por outro lado, normas penais em branco.

Como consequência, sempre que a hipótese delitiva não couber nos parágrafos do art. 184, a incidência do *caput* remete automaticamente ao direito civil e, portanto, não é mais uma questão estritamente penal. Algo que, ressalte-se, costuma convenientemente não ser apontado em se tratando de advertências de direitos autorais em obras diversas, em clara tentativa de se tentar intimidar usuários e ocultar direitos por meio do direito penal.¹³⁶⁴ violar direito autoral é crime, sim, desde que não exista uma limitação de direito autoral protegendo o usuário. A legislação penal conduz, assim, ao problema do sistema infraconstitucional de limitações, e sua constitucionalidade.

Em primeiro lugar porque a Lei assim o diz e também porque é apropriar-se do que é do outro. O livro é propriedade intelectual do autor, que ganha percentual sobre a venda de exemplares de sua obra, e um bem produzido pelo editor. *Fazer cópias de livros sem autorização do autor e do editor é roubo*". Disponível em: <<http://www.abdr.org.br/faq.html>>. Acesso em: 24.07.05, itálicos nossos, negrito no original. Geralmente a equiparação que a indústria faz é a com a conduta de furto, uma comparação tão incorreta quanto a feita com a figura do roubo, mas menos grosseira.

¹³⁶² CP:

"Violação de direito autoral

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

[...]"

¹³⁶³ Normas penais em branco são "[...] normas de tipo incompleto, normas em que a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura". (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, t. 1, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 122).

¹³⁶⁴ Ver *supra*, item 6.3.1.5.

Em relação aos parágrafos do art. 184, cabem algumas observações adicionais. Os textos legais em questão foram acrescentados por meio da Lei n.º 10.695/03, com a clara intenção de criminalizar algumas condutas praticadas por meio da Internet, como resposta a pressões da indústria do conteúdo.¹³⁶⁵ Ocorre que a redação dos novos dispositivos é longe de ser perfeita:

“Art. 184. [...]”

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, **com intuito de lucro direto ou indireto**, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, **com o intuito de lucro direto ou indireto**, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, **com intuito de lucro, direto ou indireto**, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do

¹³⁶⁵ A redação anterior dos tipos em questão segue abaixo. Observe-se que o *caput* também foi alterado para acrescentar explicitamente os direitos conexos, o que não implicou mudança substancial de sentido, já que direitos autorais, em sentido amplo, incluem os direitos conexos:

CP (texto revogado):

“**Violação de direito autoral**

Art. 184. Violar direito autoral:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1.º Se a violação consistir em reprodução, por qualquer meio, com intuito de lucro, de obra intelectual, no todo ou em parte, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma ou videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) a Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros).

§ 2.º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, empresta, troca ou tem em depósito, com intuito de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral.

§ 3.º Em caso de condenação, ao prolatar a sentença, o juiz determinará a destinação da produção ou reprodução criminosa”.

artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”. [grifamos]

O que se faz notar com maior rapidez, em relação a esses dispositivos, é que houve a ressurreição da figura do “lucro indireto” em matéria de direitos autorais, que antes existia na LDA/73, para autorizar a cobrança de *royalties* por execução pública em estabelecimentos comerciais,¹³⁶⁶ quando os bens intelectuais fossem utilizados para captação de clientela e pudessem, desta maneira, reverter em lucros para o dono do estabelecimento (daí o nome lucro indireto).¹³⁶⁷ O argumento que sustenta a existência de lucros indiretos é exatamente o mesmo utilizado nos EUA pela ASCAP para assegurar um precedente – enfim estabelecido pela Suprema Corte em 1917 – que viabilizasse o modelo das *blanket licenses* das entidades de gestão de direitos autorais.¹³⁶⁸ Em 1998, a exigência de verificação de lucro direto ou indireto foi suprimida para facilitar a captação de *royalties* pelo ECAD.¹³⁶⁹ Continua no art. 104 da LDA/98, mas não no contexto da execução pública.¹³⁷⁰

¹³⁶⁶ Lei , art. 73, *caput* (revogado): “Art. 73. Sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, *que visem a lucro direto ou indireto*, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado” [grifamos].

¹³⁶⁷ Exemplo de um julgado representativo aplicando o artigo 73 da LDA/73: “Direitos autorais. Retransmissão radiofônica de músicas em apartamento de motel. A utilização de musica em estabelecimento comercial com o objetivo de captar e reter clientela, proporcionando ao comerciante o denominado lucro indireto, esta sujeita ao pagamento dos direitos autorais (súmula n. 63 - STJ). Dissenso jurisprudencial superado (súmula n. 83 -STJ). Recurso especial não conhecido” (REsp 58589/GO; STJ, 4ª T.; Rel. Min. Barros Monteiro; DJ 22.05.1995 p. 14416). A súmula 63 do STJ, a que alude a decisão, não faz referência explícita à figura do lucro indireto, mas indica sua consequência jurídica: “São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais” (súmula 63, STJ).

¹³⁶⁸ Ver *supra*, item 5.3.2.

¹³⁶⁹ Por exemplo, o seguinte julgado: “Direito civil. ECAD. Instalação de televisores dentro de apartamentos privativos em clínicas de saúde. Necessidade de remuneração pelo direitos autorais.

- A Segunda Secção deste Tribunal já decidiu serem devidos direitos autorais pela instalação de televisores dentro de quartos de hotéis ou motéis (REsp nº 556.340/MG).

- O que motivou esse julgamento foi o fato de que a Lei nº 9.610/98 não considera mais relevante aferir lucro direto ou indireto pela exibição de obra, mas tão somente a circunstância de se ter promovido sua exibição pública em local de frequência coletiva.

A figura do lucro indireto exige atividade empresarial, de modo que o compartilhamento de arquivos resta totalmente excluído do âmbito dos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 184 do CP, bem como qualquer outra conduta praticada sem intuito de lucro, sendo inviável considerar-se como correto o argumento, colocado em *A&M v. Napster*, de que o mero uso da obra já geraria um “lucro”. Lucro indireto não se presume, e tampouco existe fora do âmbito de atividade empresarial. Observe-se que o § 4.º do art. 184 do CP exclui expressamente – embora nem precisasse – do âmbito dos parágrafos precedentes, as condutas abrigadas por exceções de direitos autorais. Somos novamente conduzidos, desta maneira, à legislação de direito civil para a interpretação de dispositivos de direito penal.

Ressalte-se, por fim, que o art. 184, § 4.º criou uma limitação aos direitos autorais não contida expressamente no rol do art. 46 da Lei de Direitos Autorais, ao dizer que não se aplicam os §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 184 no caso da “ [...] cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”. O texto não faz menção a “pequenos trechos”, nem exige que a cópia tenha de ser feita pelo copista, e parece ter sido inspirado na redação da exceção contida no art. 49, II, da LDA/73. Não é o bastante, contudo, para cobrir a exceção de cópia privada por nós derivada da CF/88, por limitar a cópia a um exemplar apenas; abriga, por outro lado, a reprodução de obras que não foram adquiridas pelo copista, desde que para uso pessoal e sem intuito de lucro.

9.2 Direito internacional

Já se mencionou que a norma geral de exceção da função social da propriedade intelectual extraída do texto constitucional no capítulo anterior lembra em um ponto o teste de três etapas da Convenção de Berna. Cumpre destacar aqui, exatamente, as

- O mesmo raciocínio, portanto, deve ser estendido a clínicas de saúde ou hospitais, já que nenhuma peculiaridade justificaria tratamento diferenciado para estas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 791630/RJ; STJ, 3ª T; Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.09.2006 p. 270, grifamos).

¹³⁷⁰ Lei n.º 9.610/98: “**Art. 104.** Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior”.

semelhanças e diferenças, e os motivos pelos quais a norma é compatível com o aludido procedimento.

Foi na revisão de 1976 da Convenção de Berna¹³⁷¹ que primeiro surgiu a orientação geral para limitações aos direitos autorais que viria ser conhecida com o nome de “Berne three-step test”, inserido no art. 9, (2), do tratado:

“Art. 9

(1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

(2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.
[...]”

Os mesmos critérios foram reproduzidos no TRIPs,¹³⁷² WCT,¹³⁷³ WPPT¹³⁷⁴ e EUCD.¹³⁷⁵ É o que existe de mais próximo, no plano internacional, a uma norma geral para

¹³⁷¹ Ver GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*, p. 294-296.

¹³⁷² TRIPs: “Art. 13 (Limitações e exceções)

Os membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito”.

¹³⁷³ WCT: “Art. 10 Limitations and exceptions

(1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

(2) Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author”.

¹³⁷⁴ WPPT: “Art. 16 Limitations and exceptions

(1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for the same kinds of limitations or exceptions with regard to the protection of performers and producers of phonograms as they provide for, in their national legislation, in connection with the protection of copyright in literary and artistic works.

(2) Contracting Parties shall confine any limitations of or exceptions to rights provided for in this Treaty to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the performance or phonogram and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the performer or of the producer of the phonogram.”

¹³⁷⁵ EUCD: “(44) Quando aplicadas, as excepções e limitações previstas nesta directiva deverão ser exercidas em conformidade com as obrigações internacionais. Tais excepções e limitações não podem ser aplicadas de forma que prejudique os legítimos interesses do titular do direito ou obste à exploração normal da sua obra ou outro material. A previsão de tais excepções e limitações pelos Estados-Membros deve, em especial, reflectir devidamente o maior impacto económico que elas poderão ter no contexto do novo ambiente electrónico.

a imposição de limitações aos direitos autorais. Não é suficiente, contudo, e pode ser criticada por ser vaga demais,¹³⁷⁶ e cuidar da questão por um viés que privilegia a análise dos interesses empresariais em jogo.¹³⁷⁷ E, de fato, há várias interpretações que se pode fazer dos critérios estabelecidos pelo procedimento.¹³⁷⁸

Mas é justamente por ser vaga, ressalte-se, que é compatível com a orientação proposta no capítulo precedente, que interpreta de forma condizente com a idéia de função social da propriedade intelectual os critérios de “exploração normal da obra” e “prejuízo injustificado”: os direitos à educação, cultura, liberdade de expressão, bem como outros interesses e objetivos fixados na CF/88, como a livre concorrência e a defesa do consumidor apenas podem ser limitados, em razão de prejuízos sofridos pelos detentores de direitos autorais, se houver *comprovação empírica*, em estudos rigorosamente examinados em seus métodos e conclusões, de que exista uma *inviabilização plena* da atividade comercial. Inviabilização *plena*, ressalte-se, porque não existe a proteção, pela CF/88, de modelos de negócios específicos face a outros que possam surgir pela proliferação de novas tecnologias, ou a proteção de modelos de negócios tradicionais que possam ser eventualmente desestruturados por essas tecnologias.

Com isto, o Brasil não estaria contrariando as normas de internacional ao adotar um regime de exceções fundado na interpretação da CF/88 defendida no capítulo anterior. Observe-se, de todo modo, que as disposições da Convenção de Berna e do acordo TRIPs também têm um contexto normativo, dentro dos próprios tratados,¹³⁷⁹ e fora deles: há

Consequentemente, o alcance de certas exceções ou limitações poderá ter que ser ainda mais limitado em relação a certas novas utilizações de obras e outro material protegido”.

¹³⁷⁶ A proposta de Souza para o conteúdo da função social dos direitos autorais incorpora alguns elementos do procedimento em três etapas de Berna, mas não delimita com precisão quais seriam os prejuízos relevantes ou injustificados: “A definição da função social dos direitos autorais é o reflexo da expressão dos direitos da coletividade na estrutura jurídica de proteção aos direitos autorais. Devem guiar a configuração desta função social os seguintes critérios: ausência de fins lucrativos; finalidade instrucional, cultural ou informativa; não causar prejuízo relevante ou injustificado à comercialização da obra; aplicabilidade exclusiva sobre os direitos patrimoniais” (SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. p. 319).

¹³⁷⁷ Ver KOELMAN, Kamiel J. *Fixing the three-step test*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=924174>>. Acesso em: 24.03.07.

¹³⁷⁸ GINSBURG, Jane C. *Towards supranational copyright law? The WTO Panel decision and the ‘three-step test for copyright exceptions’*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=253867>>. Acesso em 24.03.07.

¹³⁷⁹ Por exemplo, em relação ao TRIPs:

“Art. 7 (Objetivos)

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em

compromissos relacionados à defesa de direitos humanos pelo Estado brasileiro, que dependem de um regime muito mais amplo de limitações aos direitos autorais para serem efetivados.¹³⁸⁰

9.3 Função social da propriedade intelectual: viabilidade e conveniência

De forma geral, é possível dizer que a função social da propriedade intelectual é uma disposição constitucional que vincula o exercício dos direitos de propriedade intelectual a um regime *amplo* de limitações, derivadas de um número de direitos individuais e sociais previstos na CF/88, como educação, cultura e liberdade de expressão, e de uma série de objetivos estatais, como livre concorrência, difusão de bens culturais e defesa do consumidor. A função social vincula não apenas os direitos autorais, mas qualquer direito que se venha conceber como um direito de propriedade intelectual, incluindo-se os do sistema patentário, marcas registradas, cultivares etc. Cada domínio no campo da propriedade intelectual recebe uma conformação específica relacionada à sua função social, que em última análise corresponde a uma disposição constitucional que aglutina uma série de direitos, interesses e objetivos estatais, que convivem em um plano de tensão e conflito.

Em relação aos direitos autorais, a função social implica, em última análise, que não existe interpretação *in favorem auctoris*, ao contrário do que alguns autoralistas acreditam. Direitos autorais existem em um contexto, e se de um lado podem causar benefícios a autores e à indústria do conteúdo (que se aproveita do nome do autor em vantagem própria), de outro podem causar prejuízos à vida pública e privada daqueles que se vêem atingidos pela legislação autoral. O exame da função social é uma exigência constitucional

benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Art. 8 (Princípios)

1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia

¹³⁸⁰ A título de exemplo apenas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

que se justifica, portanto, em razão da existência de danos colaterais proporcionados pelos direitos autorais, que devem necessariamente ser levados em consideração quando da elaboração de um regime ideal de limitações, e na própria interpretação das limitações eventualmente implementadas, para a verificação de sua constitucionalidade.

Um regime como esses é uma questão de política do direito, daí a preocupação de se inserir a discussão e os esforços de interpretação constitucional empreendidos dentro de um estudo mais amplo, objetivando-se auxiliar o debate público em torno dos problemas suscitados pelos direitos autorais. A questão do compartilhamento de arquivos, que representa exemplo extremo das promessas e desafios proporcionados pela popularização da Internet e evolução das tecnologias de reprodução e distribuição de informação digitalizada, deve ser inserida no debate político e avaliada em suas dimensões não apenas jurídicas, mas técnicas, sociais e econômicas. **Um dos maiores erros que um intérprete do direito pode cometer é o de tentar examinar uma situação de fato sem conhecê-la e examiná-la profundamente, e aceitar o discurso do senso comum doutrinário e da propaganda industrial sem a avaliação crítica de argumentos e dados de realidade que a submissão a um Estado democrático de direito demanda.**

O que se fez na presente dissertação foi, dentro do modelo das quatro modalidades de regulação desenvolvido por Lessig – o único que no presente momento consegue fornecer um instrumental de análise adequado às peculiaridades dos problemas políticos e jurídicos que surgiram após o advento da Internet –, tentar examinar de forma zetética e dogmática o problema do compartilhamento de arquivos e da função social dos direitos autorais. Após uma investigação necessária, por razões de pré-compreensão do tema estudado, da dimensão arquitetônica da Internet; dos aspectos tecnológicos e social-normativos do fenômeno do compartilhamento de arquivos; da multidimensional situação de crise da propriedade intelectual; da formação e desenvolvimento dos sistemas de direitos autorais; e dos discursos clássicos e contemporâneos travados quanto em relação à propriedade intelectual e ao compartilhamento de arquivos, fez-se uma abordagem dogmática do *status* constitucional do compartilhamento, dentro da perspectiva maior de um regime ideal de limitações aos direitos autorais.

Concluímos que seria possível, dentro do quadro de opções estabelecido pelo direito constitucional, encontrar uma interpretação que autorizasse a livre prática do

compartilhamento de arquivos e de condutas afins, como a reprodução não-autorizada e não-remunerada integral de bens intelectuais ainda protegidos pelos direitos autorais patrimoniais, sem intuito de lucro e fora do comércio.

Tal conclusão pode assustar aqueles que têm sido submetidos, via imprensa e propaganda da indústria, por uma ocultação do significado histórico dos direitos autorais, a uma visão destes direitos que os tem como absolutos, ilimitados, e os únicos responsáveis por todos os processos de produção cultural. A interpretação aqui proposta pode convencer ou não convencer, mas é uma interpretação *possível*, que se coloca como uma opção *viável* para as discussões em torno do fenômeno. A concepção maximalista dos direitos autorais, por outro lado, encontra-se inteiramente fora da moldura fixada pelas normas de direito constitucional, pelo simples fato de que existe a ressalva positivada no art. 5º, XXIII da CF/88 de que “a propriedade atenderá a sua função social”, não havendo como se razoavelmente considerar um regime débil de limitações como o fixado na Lei n.º 9.610/98 adequado para atender de forma equilibrada todos os direitos, interesses e objetivos estatais que a função social da propriedade intelectual aglutina. Em uma época, ademais, de modificação estrutural dos modelos de negócio tradicionais da indústria do conteúdo, e da possibilidade do suprimento de necessidades educacionais e culturais extremamente relevantes em decorrência de avanços tecnológicos na área da tecnologia da informação, é irresponsável insistir-se em um regime que sustente estruturas centralizadas de produção em massa de informação, e a cartelização dos atores empresariais que compõem a indústria do conteúdo.

Isso nos conduz às últimas considerações que devem ser feitas em relação ao estudo desenvolvido nas páginas anteriores: uma vez determinada a *viabilidade* da interpretação aqui defendida, resta agora defender por que ela seria *desejável*:

1) Em relação ao caso em exame, há uma série de obstáculos fáticos de regulação, para direito e arquitetura, que parecem intransponíveis no futuro próximo. O fenômeno do compartilhamento de arquivos atingiu um tal grau de evolução e sofisticação, que parece não haver retorno ao estado anterior das coisas. Enquanto o poder de inovação da Internet não provoca um evento catastrófico que eventualmente motive uma resposta governamental

draconiana quanto à regulamentação do ambiente *online*,¹³⁸¹ enquanto TPMs e sistemas de DRM restarem plenamente ineficazes, provoquem danos a consumidores e crescente revolta popular; enquanto as discussões em torno da neutralidade da rede não cheguem à uma conclusão definitiva; e enquanto comunidades de compartilhadores cresçam diariamente e a cultura do compartilhamento de arquivos se intensifique, as possibilidades de regulação por via de normas de direito e arquitetura são cada vez menos animadoras.

Ao invés de se optar por considerar ilícita a conduta do compartilhamento de arquivos e transformar em infratores uma massa de indivíduos que têm crescido em meio ao compartilhamento e internalizado sua cultura e pauta normativa, é muito mais sensato partir para propostas alternativas de regulação.¹³⁸² Desta maneira, abre-se uma perspectiva de solução para as crises de eficácia e legitimidade pelas quais passa o direito da propriedade intelectual no momento.

2) Regimes maximalistas de propriedade intelectual são definitivamente lesivos a países em desenvolvimento, e talvez nem sejam adequados a países desenvolvidos.¹³⁸³ Diante de excessiva pressão internacional por parte da indústria do conteúdo sobre o processo legislativo do país, e uma perspectiva de substituição da vontade popular por vontade corporativa rumo a uma colonização cultural, intelectual e econômica, uma interpretação do direito que dê real força à disposição constitucional da função social da propriedade intelectual parece ser uma opção política a ser considerada.

A norma geral proposta nesta dissertação pode perfeitamente se acomodar a uma – dentre várias possíveis – interpretações do procedimento em três etapas da Convenção de Berna, e é possível argumentar, portanto, que se encontra em sintonia com o que prevê o

¹³⁸¹ Para Zittrain, a Internet é uma plataforma com um poder de inovação extraordinário, que pode conduzir a boas e más inovações. Resta apenas saber quando uma inovação catastrófica o suficiente vai surgir de modo a forçar uma transição para uma Internet inteiramente regulada e regulável. Ver ZITTRAIN, Jonathan. The generative Internet. *Harvard law review*, v. 119, n. 7, p. 1975-2040. Conforme Lessig, a hipótese traçada por Zittrain é uma das peças que faltavam para o argumento delineado na primeira edição de *Code and other laws of cyberspace*. Ver LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*, p. 74-76.

¹³⁸² LESSIG, Lawrence. *Free culture: the nature and future of creativity*, p. 199-207.

¹³⁸³ Ver DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: The New Press, 2003; CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2003; STIGLITZ, Joseph E. *Making globalization work*. New York/London: W. W. Norton & Company, 2006, p. 103-132; KANNIAH, Rajeswari. Access to knowledge in the public domain. *Consumer policy review*, v. 16, n. 3, p. 97-100.

direito internacional da propriedade intelectual. Essa afirmação, pelas controvérsias que pode ensejar, representa uma estratégia de pseudo-*appeasement* adequada em relação às normas internacionais de propriedade intelectual, justificável tanto em razão das assimetrias observadas durante os processos de negociação dos tratados internacionais relevantes, quanto pelo fato de que privilegia a soberania do País, enfraquecida pela atuação corporativa internacionalmente organizada da indústria do conteúdo.

3) O atual sistema de direitos autorais privilegia uma estrutura concentrada de produção e distribuição de informação, e incentiva a formação de grandes cartéis internacionais de propriedade intelectual. Dá total precedência, face a outras estratégias de produção de informação existentes, ao modelo *mercado/exclusão*, reduzindo-se todo o universo de produção cultural a esse modelo.

Na medida em que estamos vivendo um processo de transição de uma economia de informação industrial para uma economia de informação em rede, e que a *commons-based peer production* se coloca como uma grande promessa para o aumento de autonomia e participação política individual, intensa produção cultural e tecnológica, desenvolvimento e justiça sociais, e a criação de um *commons* auto-sustentável e plural, não parece ser um caminho adequado minar as bases da infra-estrutura sobre a qual está evoluindo a produção por pares.

Atacando o compartilhamento e intensificando o grau de protecionismo já extremo do sistema de propriedade intelectual, acaba-se atingindo também a infra-estrutura da *commons-based peer production*, alterando-se a “ecologia institucional do ambiente digital” em favor de concentração dos meios de participação e acesso culturais, ao invés de grandes oportunidades educacionais e incentivos substanciais à produção de conhecimento. Como diz Benkler, a pergunta adequada na conjuntura atual não é se uma dada política pública vai aumentar ou diminuir o número de vendas de um CD. A pergunta que se deve fazer é: “Estamos deixando espaço institucional o bastante para que as práticas sócio-econômicas da economia de informação em rede possam emergir?”¹³⁸⁴

¹³⁸⁴ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*, p. 393.

4) Muito se repetiu, nesta dissertação, que não há comprovação empírica de que o compartilhamento de arquivos produza impactos negativos substanciais nas atividades econômicas da indústria do conteúdo. E, realmente, não apenas é difícil de se mensurar o impacto, como os estudos até o presente momento disponíveis partem de pressupostos equivocados, metodologia questionável, e fazem análises bastante criticáveis dos dados em consideração. Isso tanto em relação tanto a estudos pró-compartilhamento, quanto a estudos contrários ao fenômeno.

Estatísticas inflacionadas fornecidas pela indústria, a seu turno, não devem ser levadas a sério quando da análise de eventuais efeitos negativos proporcionados pelo compartilhamento de arquivos, e tampouco se deve levar em consideração o discurso que equipara compartilhadores a piratas. Como se disse, o compartilhamento de arquivos é um fenômeno *sério*, de alta aceitação social, e que merece ser levado em conta como política pública de acesso a instrumentos e informação necessários para o fomento do direito à educação, cultura, liberdade de expressão, e como plataforma para a própria produção de conteúdo novo.

Ao que tudo indica, transcorridos quase oito anos de compartilhamento de arquivos, os impactos parecem ser positivos para muitos, e negativos para poucos. Ainda assim, Hollywood ainda prospera, jogos de computador continuam a movimentar um mercado de milhões de dólares, lojas de música ainda existem, editoras continuam a publicar livros às centenas, e revistas em quadrinho continuam circulando, sem sinal de desaparecimento. Um regime forte e eficaz de proteção à propriedade intelectual sobre direitos de autor representaria, é possível dizer, um aumento no faturamento das empresas componentes da indústria do conteúdo, uma centralização ainda maior dos canais de produção cultural, a diminuição progressiva de conteúdo em domínio público, e uma cultura *"pay per click, view, read and download"*. Mas não seria, por outro lado, essencial para a própria existência do modo de produção cultural industrial. E a implementação de um regime mais fraco não ensejaria, como o regime maximalista, uma série de danos colaterais de difícil reparação.

Tudo indica que a indústria do conteúdo vai continuar prosperando, mesmo com as reproduções não autorizadas feitas pelos compartilhadores de arquivos. Possivelmente os

retornos serão menores, mas não ao ponto de causar a extinção da indústria, e para certos setores, como gravadoras ou artistas independentes, os lucros aumentarão. O nível de concentração na indústria do conteúdo certamente diminuirá, o que não implica a impossibilidade de se fazer um filme como *Missão Impossível 3*. No máximo, o número de filmes que tenham orçamento semelhante ao de *Missão Impossível 3* diminuirá, mas não a produção cinematográfica em si. E é difícil encarar isso como sendo algo não salutar. Se o compartilhamento de arquivos provocar uma menor proliferação de Britneys, Justins e Madonnas, mega-estrelas com rendimentos grotescamente desproporcionais e uma cultura menos massificada,¹³⁸⁵ talvez seja uma política pública das mais relevantes no contexto atual.

Para autores, em particular para os que não dependam de uma estrutura industrial para produção de conteúdo, a situação é longe de ser catastrófica, principalmente se houver outros canais para captação de retorno para os que se beneficiem da publicidade ensejada pelo compartilhamento – este é o caso dos músicos, por exemplo, que adotarem um modelo *mercado/não-exclusão* como estratégia. Considerando-se, ademais, o fato de que as novas tecnologias *ampliaram* o universo dos indivíduos que têm se dedicado à produção cultural, bem como a proliferação e crescente adoção de modelos alternativos de licenciamento como o Creative Commons,¹³⁸⁶ não há que se temer, mas sim incentivar, uma política não-maximalista de direitos autorais.

A proposta de interpretação da Constituição aqui defendida em relação ao problema do compartilhamento de arquivos não exclui, como já se ressaltou, a adoção de modelos

¹³⁸⁵ Como diz Benkler: “Is there a future for sharing-based music distribution? Is the displacement necessarily the end of market-based music production? Much of the actual flow of revenue to artists – from performances and other sources – is stable even assuming a complete displacement of the CD market by peer-to-peer music distribution, suggesting that there will still be room for musicians to play for their dinner. Perhaps fewer mediocre musicians with attractive physiques will be sold as ‘geniuses,’ and more good musicians will be heard than otherwise would have and will as a result be able to get paying gigs instead of waiting tables or ‘getting a job.’ In any event, no one seriously claims that the market in *distribution* cannot be sustained in a radically decentralized mode. As long as songs – intrinsically public goods – are encoded in digital bits that are non-scarce, as long as users have computers that allow them temporarily to share their play lists and hard drives with others, sharing will be sustainable, indeed likely more efficient, as a means of distributing music” (BENKLER, Yochai. Sharing nicely: on shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production. *The Yale law journal*, v. 114, n. 2, p. 350-351).

¹³⁸⁶ Ver MERGES, Robert P. A new dynamism in the public domain. *The University of Chicago law review*, v. 71, n. 1, p. 183-203; COOPER, Mark. Access to the knowledge commons in the digital age. *Consumer policy review*, v. 16, n. 3, p. 105-116; DRAHOS, Peter. A defence of the intellectual commons. *Consumer policy review*, v. 16, n. 3, p. 101-104.

alternativos de compensação, baseados em licenças compulsórias ou sistemas semelhantes. Alguns cuidados em relação ao direito à privacidade devem ser observados, e o sistema deve exigir *adesão* dos interessados, não sendo imposto unilateralmente. Mas há bons motivos para que se considere e eventualmente implemente um dos modelos que têm sido elaborados, algo que apenas ocorrerá, todavia, se os atores industriais se abrirem ao debate.

Por todos os motivos acima apontados, acredita-se que a proposta de interpretação da função social da propriedade intelectual defendida nesta dissertação além de viável, é desejável, e deixa um espaço adequado para a essência dos direitos autorais, sem bloquear vias de acesso para transformações estruturais potencialmente benéficas aos processos de produção, aproveitamento e fluxo de idéias, cultura e informação em geral, na ausência dos quais não se consegue estabelecer uma esfera pública sadia, nem garantir oportunidades adequadas para que indivíduos se desenvolvam intelectualmente e atinjam a autonomia necessária para a condução de suas vidas particulares.

CONCLUSÕES

"all songs are published by warner
chappell ltd. lyrics used by kind
permission even though we wrote them"

Radiohead¹³⁸⁷

1) O tema ao qual nos dedicamos, em razão de três problemas de contexto, provocou a escolha de um referencial teórico específico. Tais problemas foram os seguintes: (1) como lidar com as problemáticas relações entre direito e Internet, especialmente no tocante à eficácia das normas de direito autoral?; (2) como abordar de forma adequada a crescente politização em torno de questões relacionadas à propriedade intelectual, com polarização discursiva e debates acirrados quanto a opções de políticas públicas?; (3) como dar conta de normatividades paralelas, que competem com o direito por dominância em relação a determinadas situações fáticas? Para lidar com essas questões, optou-se por adotar a teoria das quatro modalidades de regulação de Lawrence Lessig – direito, arquitetura, mercado, normas sociais –, uma vez que ela fornece um quadro no interior do qual é possível conduzir um estudo jurídico-dogmático de forma controlada, e observar as limitações e potencialidades da regulação de comportamento pelo direito em relação a outras modalidades que também atuam sobre a conduta humana, e se fazem sentir de forma bastante intensa em relação ao problema de pesquisa escolhido.

2) A compreensão do fenômeno do compartilhamento de arquivos não pode ser feita sem que se entenda como a Internet evoluiu até hoje, e como a arquitetura da Internet corresponde, simultaneamente, a um *espaço regulador*, carregado de valores de força normativa, e um *espaço regulável*, submetido a outros focos de regulamentação. Buscou-se as

¹³⁸⁷ Encarte do álbum OK Computer (1997). Original em letras minúsculas.

origens e configuração estrutural da Internet em sua história, e concluiu-se que toda a arquitetura da Internet foi construída sobre o *ethos* da comunidade científica, tal como definido por Merton, cujos valores foram incorporados à própria estrutura da rede. Compartilhamento de recursos, propriedade comum, desinteresse e ceticismo organizado afetaram a evolução técnica da rede, que começou a ser construída, não fosse isso o bastante, a partir de uma estratégia de *design* distribuído que sacrificava a possibilidade de um eficiente controle centralizado em favor de uma maior robustez e persistência. Sistemas de compartilhamento de arquivos são inteiramente dependentes da configuração técnica atual da Internet, e apenas puderam surgir e evoluir em razão dessa configuração.

3) Estudando os aspectos técnicos (arquitetura) e sociais (normas sociais) do compartilhamento de arquivos, é possível concluir que as dificuldades de regulação jurídica e tecnológica do fenômeno do compartilhamento de arquivos são muito grandes. Em razão da sofisticação técnica dos sistemas de compartilhamento, bem como da existência de práticas sociais profundamente enraizadas e de forte valor normativo, tentativas de regulação por meio de direito e arquitetura têm restado inteiramente ineficazes até o presente momento.

4) No que concerne aos aspectos técnicos dos sistemas de compartilhamento, é possível constatar altos níveis de complexidade, que têm aumentado gradualmente ao passar dos anos. São várias as infra-estruturas técnicas que podem sustentar um sistema de compartilhamento de arquivos, mas a principal plataforma – desde 1999 após surgimento do Napster original –, é a das redes p2p.

5) Redes p2p podem ser divididas em três gerações. A primeira geração foi composta por redes inteiramente centralizadas, dependentes de um servidor central. A segunda geração, ao contrário, por redes inteiramente descentralizadas. A terceira, por fim, misturou elementos de centralização e descentralização. Atualmente, as três gerações de redes ainda convivem no espaço da Internet, mas há prevalência de redes de terceira geração, das quais as principais são a rede ed2k, e as milhares de micro-redes baseadas no

protocolo BitTorrent. Quanto mais descentralizadas as redes, mais imunes são a ofensivas jurídicas e tecnológicas. Redes inteiramente descentralizadas, entretanto, costumam ser menos eficientes do que redes centralizadas. A terceira geração de redes, ao unir uma medida de centralização a componentes descentralizados, garantiu níveis ótimos de eficiência de compartilhamento e dificuldade de controle externo.

6) É possível estudar o fenômeno do compartilhamento de arquivo, em seus aspectos social-normativos por uma perspectiva *macro* e por uma perspectiva *micro*, conforme se tenha como foco a comunidade dos compartilhadores de arquivo como um todo, ou comunidades menores de compartilhadores. A perspectiva macro permite isolar três normas que orientam o comportamento dos compartilhadores: (a) norma de compartilhamento; (b) norma de vedação ao *leeching*; (c) norma de retribuição ao autor.

- a) A norma de compartilhamento surgiu como uma exponenciação de impulsos naturais de comunicação de bens culturais, em razão da natureza eminentemente pública dos processos de produção e apreciação de cultura. Tecnologias de reprodução, a partir dos anos 60 e 70, consolidaram o costume da reprodução não-autorizada e fora do comércio de bens culturais, e é essa mesma prática que, exponenciada a partir do surgimento de sistemas de compartilhamento na Internet, foi internalizada pela comunidade do compartilhamento de arquivos vista sob uma perspectiva macro.
- b) A norma de vedação ao *leeching* (de “*to leech*”, em tradução livre “sugar”, como um sanguessuga (“*leech*”) proíbe comportamento parasitário por parte dos usuários de redes de compartilhamento. Deve-se devolver à comunidade *pelo menos* aquilo que dela se retirou. A norma de vedação ao *leeching* costuma ser incorporada à própria arquitetura de alguns sistemas de compartilhamento, como é o caso do sistema da *ratio* nas comunidades organizadas em torno de redes BitTorrent.
- c) A norma de retribuição ao autor prega recompensa pecuniária ao autor, pautada em critérios meritocráticos. Se o autor é julgado como merecedor de retribuição, a norma de retribuição exige que o indivíduo que tenha se aproveitado da obra retribua ao autor de alguma maneira. A retribuição não necessariamente se dá pela

compra do produto (p. ex.: um disco), mas pode também vir na forma de pagamento por serviços (p. ex.: ingressos para performances ao vivo), ou até doação direta.

7) Vista por uma perspectiva *micro*, ou seja, em relação às diversas comunidades de compartilhamento de arquivos atualmente existentes, as normas sociais comunitárias variam conforme exista uma estrutura de comando distribuída ou centralizada. Se a estrutura de comando for centralizada – sendo paradigmático o caso dos *trackers* privados de *torrents* – a produção social-normativa adquire ares de grande complexidade, com mecanismos de sanção bastante organizados. Caso a estrutura de comando seja descentralizada, há menor especificação normativa, e uma maior atribuição de controle para distribuição de sanções a cada um dos usuários do sistema. Em situações como essas, a eficácia das sanções tende a ser menor, em razão, justamente, da ausência de uma estrutura de comando.

8) A reação da indústria do conteúdo face ao fenômeno do compartilhamento tem sido extremamente agressiva, e em diversas frentes. Tenta-se eliminar o compartilhamento de arquivos por meio do direito, arquitetura, normas sociais e mercado.

9) As estratégias de combate ao compartilhamento de arquivos que procuram auxílio no direito são duas: (a) alteração do ordenamento jurídico por meio do *lobby*, de modo a dificultar cada vez mais a sobrevivência de práticas de compartilhamento; e (b) processos e ações policiais voltadas a detentores de tecnologia, usuários de redes de compartilhamento, e administradores de serviços auxiliares ao compartilhamento.

- a) O *lobby*, prática que acompanha a indústria do conteúdo desde suas antecedentes renascentistas, as corporações envolvidas com o comércio do livro, tem objetivado níveis de proteção cada vez mais próximos do máximo para os direitos autorais, transformando-os, em suas feições patrimoniais, de direitos temporalmente limitados em direitos perpétuos. Também se tem exigido proteção a medidas tecnológicas de controle (em outras palavras, proteção jurídica sustentando

regulação por arquitetura), e a intensificação de sanções criminais, inclusive com a criação de novos tipos;

- b) Processos e ações policiais têm ocorrido de forma sistemática desde 1999. Primeiramente, a indústria procurou atacar os próprios detentores e desenvolvedores de tecnologia. Apesar de obterem êxito e praticamente eliminado a possibilidade de empresas construírem modelos de negócios voltados ao compartilhamento de arquivos sem autorização dos titulares de direitos, a ofensiva resultou na migração do desenvolvimento de infra-estrutura técnica de compartilhamento de arquivos de um modelo proprietário a um modelo de *software* livre. Com isso, a própria comunidade passou a desenvolver a tecnologia necessária ao compartilhamento e administrar serviços auxiliares para sua manutenção, de forma distribuída e descentralizada. Como processar detentores de tecnologia não foi o bastante para coibir a prática do compartilhamento, passou-se a processar diretamente os usuários das redes, bem como os responsáveis por serviços auxiliares de administração. Os processos contra usuários são, atualmente, conduzidos pela RIAA, MPAA, IFPI e seus braços internacionais. Ações policiais também têm sido utilizadas com frequência, mas voltadas aos administradores de serviços auxiliares.

10) As estratégias de combate ao compartilhamento de arquivos fundadas em tecnologia (arquitetura) são três: (a) TPMs e sistemas de DRM; (b) sabotagem; e (c) ataques à neutralidade da rede. Nos três casos, danos colaterais consideráveis têm emergido, principalmente em se tratando de TPMs e sistemas de DRM: limitações aos direitos autorais são suprimidas, bibliotecas e arquivistas têm seus trabalhos dificultados, e os direitos do consumidor são colocados em segundo plano. A partir da análise de nossa legislação consumerista, é possível concluir que TPMs e sistemas de DRM são ilícitos, mas a pouca compreensão sobre o assunto, principalmente em suas dimensões técnicas, causa dificuldades quando da interpretação e aplicação do direito do consumidor.

11) As estratégias de combate ao compartilhamento de arquivos por meio de normas sociais têm procurado provocar o surgimento artificial de normas sociais em meio

aos usuários de sistemas de compartilhamento e outros setores da sociedade. O instrumento utilizado para provocar a produção de normas sociais anti-compartilhamento é propaganda difundida internacionalmente, atuando em três frentes. Procura-se simultaneamente: (a) estigmatizar os usuários de sistemas de compartilhamento, por meio de uma equiparação equivocada da conduta do compartilhamento com a pirataria; (b) aterrorizar os usuários de sistemas de compartilhamento com promessas de processos civis e criminais; (c) doutrinar compartilhadores e outros membros da sociedade com programas pretensamente educativos, que oferecem uma interpretação distorcida das normas de direitos autorais.

12) As estratégias de combate ao compartilhamento de arquivos por meio do mercado têm apostado em modelos de negócios alternativos apenas em nome, que procuram reproduzir as estruturas centralizadas da economia de informação industrial no espaço da rede. Na recusa da indústria em avaliar outros sistemas de compensação, dois são os modelos utilizados no momento: (a) lojas de mídia digital; e (b) lojas p2p. Apenas duas lojas de mídia digital têm exito considerável no momento: iTunes e eMusic. Problemas relacionados a TPMs e sistemas de DRM têm afastado consumidores, bem como carências relacionadas ao acervo de bens comercializado.

13) Apesar de todas as estratégias adotadas pela indústria do conteúdo, o compartilhamento de arquivos prospera e tem crescido anualmente. As estimativas de que se dispõe atualmente não levam em conta, por motivos de ordem técnica, as milhares de micro-redes organizadas em torno do protocolo BitTorrent. Essa é a principal plataforma de compartilhamento nos dias de hoje, o que indica que o crescimento, já verificado em relação a outras plataformas, é muito maior do que se imagina, sem que exista nenhum sinal de que a situação se altere no futuro próximo. As respostas da indústria do conteúdo têm sido contraproducentes, desproporcionais, prejudicando indivíduos que nenhuma relação têm com o fenômeno do compartilhamento, e ajudado a reforçar uma interpretação maximalista dos direitos autorais que já havia se propagado décadas antes do advento da Internet.

14) A propriedade intelectual se encontra em um estado de crise multidimensional. É possível observar quatro crises distintas, mas inter-relacionadas: (a) conceitual; (b) de modelos de negócios; (c) de eficácia; (d) de legitimidade.

- a) A crise conceitual ocorre em três planos. Há problemas provocados pela abrangência do rótulo “propriedade intelectual”, empregado em referência a uma série de institutos jurídicos distintos, com peculiaridades próprias. Há, ainda, problemas relacionados a contradições internas da própria expressão: o caráter de bem público, no sentido econômico, da informação causa dificuldades em se aceitar a noção de uma propriedade intelectual nos moldes de uma efetiva propriedade. Por fim, há uma crise de natureza jurídica, que se observa na proliferação de múltiplas teorias, não raramente contraditórias, que tentam sem sucesso inserir a propriedade intelectual no plano das matérias jurídicas tradicionais, e não conseguem lidar bem com a transição histórica de um regime de privilégios para um regime de direitos.
- b) A crise de modelos de negócios afeta a propriedade intelectual por via reflexa: modelos de negócio que dependem da exclusividade proporcionada pelos direitos de propriedade intelectual se vêem afetados pela livre reprodução e distribuição de informação que a própria arquitetura da Internet privilegia no momento. Da mesma forma como há, entretanto, problemas para modelos de negócios tradicionais, observa-se oportunidades para a criação de novos modelos de negócios. Como empresas emergentes são um grande risco para indústria do conteúdo, vias de acesso a esses novos empreendimentos são vedadas com base na defesa de um regime maximalista de direitos autorais. Por outro lado, reformas legislativas à parte, verifica-se, conforme Benkler, a transição de uma economia de informação industrial para uma economia de informação em rede, e o surgimento de uma nova modalidade de produção de informação, a *commons-based peer production* (produção por pares baseada em um *commons*). Essa modalidade de produção de informação é uma de várias: arranjos diversos entre atuação dentro ou fora do mercado, de um lado, e exclusão e não-exclusão de acesso a recursos de informação dão origem a variadas estratégias para a produção de informação. O regime atual de direitos autorais privilegia apenas *uma* estratégia – a que se pauta pelo modelo

mercado/exclusão. As outras estratégias de produção de informação – modelos *mercado/não-exclusão* e *fora do mercado/não-exclusão* – independem de um regime maximalista de direitos autorais, e têm sido alavancadas pelo ambiente da Internet.

- c) A crise de eficácia da propriedade intelectual decorre da violação, em massa, por milhares de indivíduos ao redor do mundo, das normas relativas aos direitos autorais patrimoniais de reprodução e distribuição. O fracasso das respostas da indústria do conteúdo, que tem impulsionado o uso do direito até seus limites máximos de execução, demonstra como eficácia em se tratando de direitos autorais é uma questão tormentosa após o advento da Internet. Crises de eficácia, todavia, dependem de interpretação do direito. Uma interpretação como a aqui proposta evitaria a crise de eficácia ao dar fundamento constitucional para práticas de reprodução e distribuição de conteúdo sem intuito de lucro e sem atuação no mercado.
- d) A crise de legitimidade da propriedade intelectual é demonstrável a partir da crise de eficácia. Se há milhares de indivíduos violando as normas de direito autoral cotidianamente, sem problemas de consciência e, em muitos casos, como ato de desobediência civil, verifica-se um grande problema quanto à legitimidade das normas em questão. A crise de legitimidade, além de se observar internamente em cada país no que concerne às relações cidadão/estado, também se observa internacionalmente em relações estado/estado. A inobservância dos critérios da representação, livre informação e ausência de coerção (Drahos e Braithwaite) não têm sido respeitadas, bem como é possível constatar a existência de arranjos negociais em círculos de consenso que excluem do processo de construção de tratados internacionais os países em desenvolvimento, em proveito de países desenvolvidos.

15) O estudo da evolução história dos direitos autorais revela uma série de dados extremamente valiosos. Apenas a partir de uma investigação histórica é possível identificar: (a) as origens corporativas dos direitos autorais, que nunca foram *autorais* como o nome indica; (b) a construção das bases de fundamentação às quais o discurso de defesa dos

direitos autorais recorre até os dias de hoje; (c) a natureza *limitada* dos direitos autorais, instrumentos de regulação do *comércio* de bens culturais; (d) a vinculação histórica com regimes de censura; (e) a criação da distinção *idéia/expressão* e do conceito de propriedade literária como forma de se justificar a transição de um sistema de mecenato para um sistema de mercado cultural; (f) o desenvolvimento tardio dos direitos morais no regime do *droit d'auteur*, inicialmente orientado, como o regime inglês, pelos aspectos estritamente patrimoniais do direito autorial; (g) a utilização da figura do autor por editores de modo a assegurar leis e precedentes judiciais; (h) a função eminentemente pública exercida pelos direitos autorais; (i) a vinculação entre comércio exterior e propriedade intelectual, no plano internacional, em negociações viciadas substancial e formalmente, objetivando um regime maximalista de direitos autorais para a sustentação dos cartéis internacionais da indústria do conteúdo, em prejuízo do desenvolvimento de países periféricos; (j) contra-reação por parte da literatura jurídica acadêmica norte-americana, e membros da sociedade civil de diversos países, em resposta aos avanços maximalistas.

16) A polarização em se tratando de discursos relacionados à propriedade intelectual de direito autoral tem aumentado cada vez mais. O intérprete do direito se vê afetado por uma pluralidade de discursos, que atuam diretamente sobre sua pré-compreensão das normas jurídicas. Em razão do clima instável e polêmico em relação à matéria, é necessário um esforço crítico de avaliação dos aspectos discursivos da fundamentação clássica dos direitos autorais, e de sua releitura nos dias de hoje.

17) A fundamentação clássica dos direitos autorais se biparte em: (a) um utilitarismo que tem a concessão de um monopólio limitado a autores e editores para a produção e divulgação de informação; (b) um jusnaturalismo que tem na figura do autor, e de seu trabalho, o motivo último para a existência de direitos autorais. Tradicionalmente, tem-se que os regimes de *copyright* são mais utilitaristas do que jusnaturalistas, e que o inverso acontece com os regimes da tradição do *droit d'auteur*. Ocorre que, atualmente, as fundamentações utilitarista e jusnaturalista são utilizadas em conjunto em ambas as tradições, com a fundamentação jusnaturalista ocultando a dicotomia público/privado que

é ínsita à fundamentação utilitarista. Com isso, tem-se a defesa dos direitos autorais em termos utilitaristas, mas atenuada em sua dimensão pública com apelos laudatórios à figura do autor, entendido como uma entidade semi-divina, porém frágil, que necessita de proteção maximalista para sobreviver.

18) O discurso da indústria do conteúdo retoma as fundamentações clássicas da forma como abordadas acima, mas tem inovado com o desenvolvimento de uma fundamentação utilitarista *ex post* criação, de modo a justificar o aumento na duração de direitos autorais e a concessão de proteção a travas tecnológicas para preservar a escassez artificial dos bens intelectuais em ambiente digital. A indústria, ainda, insiste em reduzir todo o universo da produção cultural ao que é produzido no modelo industrial, seguindo-se a configuração *mercado/exclusão*, como se o que fosse produzido conforme outros modelos não fosse cultura, ou sequer existisse. Há, ainda, por parte da indústria, a defesa dos direitos de propriedade intelectual como se fossem valores absolutos, e recurso a produção normativa extra-estatal a partir de advertências de direito autoral que propagam interpretações *contra legem* dos direitos em jogo. Essas interpretações acabam sendo incorporadas ao discurso jurídico e popular por repetição.

19) O discurso da literatura acadêmica e doutrinária se biparte. A doutrina brasileira, tributária da retórica unionista desenvolvida na Europa continental, se apegua à fundamentação jusnaturalista, considerando a fundamentação utilitarista apenas em sua dimensão privada, deixando de lado os aspectos relacionados à fruição, pela sociedade, dos bens submetidos ao regime de direitos autorais. Tende, ademais, a evitar interpretação da Constituição, e toma as exceções aos direitos autorais positivadas infraconstitucionalmente como se constitucionais fossem, sem maiores reflexões. Em alguns casos, pode-se verificar a incorporação e repetição do discurso da indústria. A literatura norte-americana, por outro lado, sempre foi dividida em questões relacionadas a direitos autorais, e após o advento da Internet uma corrente extremamente expressiva, liderada por Lessig, Benkler, Boyle, Samuelson e outros, tem defendido a necessidade da construção e preservação de um

commons intelectual, e alertado sobre as desvantagens de um regime maximalista de direitos autorais.

20) O discurso dos autores, no que concerne especificamente a questão do compartilhamento de arquivos, é dividido. Por um lado há autores – principalmente os dependentes das estruturas da economia de informação industrial – que defendem a necessidade normas cada vez mais fortes de direitos autorais, repetindo o discurso da indústria. Por outro, há autores que se sentem insatisfeitos com o estado atual das práticas contratuais e comerciais da indústria do conteúdo, e que se posicionam favoravelmente ao compartilhamento de arquivos. Há, por fim, autores que apenas tiveram oportunidade de sucesso *em razão* do compartilhamento de arquivos, e que naturalmente o têm como um fenômeno benéfico.

21) O discurso do movimento do *software* livre, no contexto das discussões contemporâneas em torno da propriedade intelectual – não apenas autoral, mas também industrial – tem sido fonte de inspiração para o setor anti-maximalista da literatura jurídica norte-americana, bem como fonte para modelos alternativos de licenciamento, que procuram construir novas configurações de direitos autorais a partir do sistema vigente. Os modelos alternativos de licenciamento têm originado novos modelos de negócios, e atividade discursiva de fundamentação econômica, sociológica e jurídica da viabilidade desses modelos, ao lado do modelo de produção da economia industrial, ou como alternativa a ele. Os modelos de licenciamento alternativos, anteriormente apenas voltados a *software*, têm se expandido para todas as áreas de produção cultural, principalmente em razão do projeto Creative Commons, inspirado nas licenças de *software* livre, criado por Lessig nos EUA e hoje em atividade ao redor do mundo.

22) Avaliados os discursos apontados, seguindo-se como orientação teórica a idéia gadameriana de pré-compreensão do intérprete e elementos de análise crítica do discurso na versão proposta por Fairclough, chegou-se às seguintes recomendações a serem levadas em conta quando da interpretação da CF/88: (1) Deve-se **tomar cuidado com o termo**

“**propriedade**”, nunca se perdendo de vista que “propriedade intelectual” não é a mesma coisa que “propriedade” no sentido habitual da palavra; (2) Deve-se **evitar falar em “pirataria”**; é um termo pouco preciso, que é usualmente empregado em relação a condutas bastante diversificadas, e que é utilizado estrategicamente pela indústria de modo a garantir avaliações incorretas da legislação de direitos autorais, e do regime constitucional ao qual ela se submete; (3) Deve-se chamar “violação de direitos autorais” pelo seu próprio nome: **“violação de direitos autorais”**. A conduta não é equiparável a “furto” e “roubo” em termos morais, e a correspondência jurídica é simplesmente inexistente; (4) Deve-se encarar o compartilhamento de arquivos como o **fenômeno social sério e relevante** que é; (5) Deve-se **tomar cuidado com números**, e avaliar estudos empíricos rigorosamente em seus métodos e conclusões antes de se aceitá-los como dados relevantes para o processo de interpretação da Constituição; (6) Deve-se **inserir o compartilhamento de arquivos no contexto maior de uma crise da propriedade intelectual**, e o intérprete deve ter consciência de que o assunto é complicado e envolve uma série de interesses distintos, que necessariamente precisam ser considerados na tarefa de interpretação do direito – principalmente na seara constitucional; (7) Deve-se ter em mente que a **expressão “direitos de autor”** (ou direitos autorais, direito do autor etc.) **pode ofuscar uma devida compreensão dos interesses em jogo**; (8) Deve-se considerar os **danos colaterais** que determinadas interpretações do direito podem ocasionar; (9) Deve-se levar em conta a **existência de estratégias alternativas de produção de informação**, ao se valer dos argumentos utilitaristas. **Modelos de negócio inovadores** também devem ser levados a sério.

23) Partimos, para o núcleo dogmático do trabalho, de um kelsenianismo moderado como posição metateórica, e adotamos, no plano teórico, separadamente, a teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Analisamos o problema proposto orientados por três eixos de análise: (a) concentração no perfil constitucional dos direitos autorais; (b) delimitação de um sistema ideal de limitações aos direitos autorais; (c) foco na atividade do legislador em primeiro lugar, e na do juiz em segundo. O problema do compartilhamento de arquivos é inserido, assim dentro de uma perspectiva maior da elaboração de um sistema ideal de limitações de

direitos autorais pelo legislador. Tivemos como foco principal os direitos patrimoniais do autor, mas não negamos, entretanto, a possibilidade dos direitos morais serem limitados.

24) A partir da metódica estruturante de Müller, após um esforço de concretização da Constituição, chegamos a uma norma jurídica de limitações aos direitos autorais que dispõe que: (1) é lícito impor limites a direitos autorais patrimoniais por razões fundadas nos direitos à educação, à cultura, liberdade de ensino e pesquisa, liberdade de crença e opinião, liberdade de expressão, liberdade de informação, ou razões fundadas em princípios e objetivos estatais como o fomento de uma cultura livre, a promoção de um campo concorrencial adequado, justiça social, defesa do consumidor e desconcentração dos meios de produção/difusão de informação; (2) é preciso que se observe, na hipótese de restrição, a ausência de intuito de lucro e atuação fora do comércio; (3) prejuízos decorrentes das limitações são perfeitamente lícitos se não inviabilizarem *plenamente* a circulação comercial dos bens, caso eles ainda se encontrem em comércio; (4) em relação ao apontado em (3), é necessário **rigoroso** exame e avaliação crítica de métodos e conclusões de estudos empíricos – no plural, ou seja, mais do que um estudo –, antes que se considere como ilícita uma conduta realizada sem intuito de lucro, fora do comércio, e que potencialmente contribua para a efetivação dos direitos e objetivos indicados em (1).

25) A partir da dogmática de direitos fundamentais de Alexy, aplicamos a regra da proporcionalidade ao problema em questão. Concluímos, via análise de adequação e necessidade, que as restrições provocadas pelos direitos autorais patrimoniais a outros direitos, como o direito à educação e o direito à cultura, podem não ser adequadas e necessárias para a concretização do objetivo atribuído à fundamentação utilitarista dos direitos autorais – fomento da produção e difusão de bens culturais –, e tampouco à concretização do objetivo que se pode vincular à fundamentação jusnaturalista – providenciar compensação ao trabalho investido por autores pela publicação da obra. Tudo depende, em última análise, da estratégia de produção de informação que se queira incentivar, e incentivos positivos para uma (*mercado/exclusão*) podem servir de incentivos negativos para as demais (*mercado/não-exclusão e fora do mercado/não-exclusão*). Em relação

à proporcionalidade em sentido estrito, identificamos duas estratégias diferentes para o legislador que esteja na posição de positivar um regime ideal de limitações aos direitos autorais: (a) procurar positivar um rol rígido de limitações, a partir de diversas regras, compostas, cada qual, por um procedimento de ponderação; (b) estabelecer regras que ofereçam critérios amplos ao juiz, e viabilizar avaliação caso a caso. Indicamos como preferencial a segunda estratégia, defendendo que os mesmos critérios fixados na norma jurídica extraída após a aplicação da metódica estruturante podem ser considerados circunstâncias que, em um procedimento de ponderação, façam que determinados direitos que colidam os direitos autorais (educação, cultura, liberdade de expressão) tenham precedência.

26) O compartilhamento de arquivos pode ser considerado lícito a partir da norma jurídica desenvolvida na aplicação da metódica estruturante de Müller, de extração também possível na aplicação da teoria dos direitos fundamentais de Alexy. O mesmo pode ser dito para a reprodução, sem fins comerciais, de material protegido, para uso próprio, ainda que não se tenha adquirido um exemplar original.

27) A hipótese de cópia privada – cópia de bens intelectuais que foram adquiridos pelo copista, e que, ademais, não sairão do âmbito estrito de sua residência –, não deveria ser alvo de controvérsia: não existem motivos de fato ou de direito para que os direitos autorais se sobreponham ao direito geral de liberdade que alberga a cópia privada. Que, ademais, é instrumental para a concretização de outros direitos individuais e objetivos estatais, como o direito à educação, liberdade de expressão, e acesso à cultura.

28) A reprodução/distribuição *com fins lucrativos*, feita *para o mercado*, é a conduta que, em essência, justifica a existência de direitos patrimoniais autorais. Uma análise histórico-conceitual permite que se chegue a essa conclusão, e ela é confirmada pelo texto constitucional.

29) A função social da propriedade intelectual condiciona a delimitação do âmbito normativo, em se tratando do modelo de Müller, e direciona a argumentação quando da aplicação da lei da ponderação, no modelo de Alexy, em favor da precedência dos direitos à educação, cultura e liberdade de manifestação do pensamento/expressão/informação sobre os direitos autorais. Vista em termos gerais, a função social da propriedade intelectual é uma disposição constitucional que vincula o exercício dos direitos de propriedade intelectual a um regime *amplo* de limitações, derivadas de um número de direitos individuais e sociais previstos na CF/88, como educação, cultura e liberdade de expressão, e de uma série de objetivos estatais, como livre concorrência, difusão de bens culturais e defesa do consumidor. A função social vincula não apenas os direitos autorais, mas qualquer direito que se venha conceber como um direito de propriedade intelectual, incluindo-se os do sistema patentário, marcas registradas, cultivares etc.

30) O sistema de limitações estabelecido pela Lei n.º 9.610/98 – e aqui nos referimos essencialmente ao art. 46 da lei, não desconhecendo outras limitações expressas – é *inconstitucional*, caso considerado como contendo um rol *numerus clausus*. A única interpretação conforme a Constituição do art. 46 é a que o toma como encerrando um rol *numerus apertus*.

31) Tanto o *caput* quanto os parágrafos do art. 184 do Código Penal remetem à análise da licitude da conduta supostamente em consideração, conforme as normas de direito civil. Isso ocorre mesmo quando a hipótese não é de norma penal em branco, no que se conclui que a análise da violação de direitos autorais como conduta típica depende, essencialmente, do sistema de limitações fixado pelo direito civil. No caso do compartilhamento de arquivos, a reforma do art. 184 feita em 2003 não criminalizou explicitamente o compartilhamento de arquivos ao utilizar a expressão “lucro indireto”, que deve, necessariamente, ser usada em um contexto empresarial, de captação de clientela em razão da execução pública de obras protegidas. O compartilhamento ser ou não ser infração penal, portanto, depende do que disser a lei civil. E conforme a interpretação da

Constituição feita no presente estudo, que vincula as disposições infraconstitucionais que se possa positivar, o compartilhamento é lícito.

32) Em relação ao sistema internacional de limitações, centralizamos nossa análise no procedimento em três etapas da Convenção de Berna. Como os critérios estabelecidos pelo procedimento são vagos, com formulações como “exploração normal da obra” e “prejuízo injustificado”, nosso critério de “inviabilização *plena* da comercialização do bem”, sujeitada a rigorosas análises – quanto à metodologia e às conclusões – de eventuais estudos empíricos que procurem demonstrar a inviabilização plena, é perfeitamente compatível com o procedimento.

33) Como nosso estudo partiu de uma abordagem kelseniana, enfatizando-se o campo da política do direito, temos que nossa proposta de interpretação da Constituição é *uma* dentre outras possíveis. A proposta pode convencer ou não convencer, mas é inteiramente viável diante do que dispõe o texto constitucional. A proposta feita pela indústria do conteúdo, de expansão maximalista de direitos autorais, por outro lado, é *inviável*. Encontra-se *inteiramente* fora da moldura kelseniana, por ignorar totalmente a função social dos direitos autorais.

34) Defendemos, além da viabilidade de nossa proposta, sua adoção, com base em quatro linhas de argumentação:

- a) A existência de uma série de obstáculos fáticos de regulação, para direito e arquitetura, que parecem intransponíveis no futuro próximo, suscitam crises de legitimidade e eficácia do direito que podem ser corrigidas pela proposta ora defendida, sendo a correção necessária em razão de efeitos sociais danosos que as crises podem ensejar.
- b) Regimes maximalistas de propriedade intelectual são definitivamente lesivos a países em desenvolvimento, e talvez nem sejam adequados a países desenvolvidos, e diante de excessiva pressão internacional por parte da indústria do conteúdo sobre o processo legislativo do País, e uma perspectiva de substituição da vontade popular

por vontade corporativa rumo a uma colonização cultural, intelectual e econômica, uma interpretação do direito que dê real força à disposição constitucional da função social da propriedade intelectual parece ser uma opção política a ser considerada.

- c) O atual sistema de direitos autorais privilegia uma estrutura concentrada de produção e distribuição de informação, e incentiva a formação de grandes cartéis internacionais de propriedade intelectual; dá, assim, total precedência, em face de outras estratégias de produção de informação existentes, ao modelo *mercado/exclusão*, reduzindo-se todo o universo de produção cultural a esse modelo, atacando a “ecologia institucional”, como diz Benkler, que poderia impulsionar o desenvolvimento de estratégias alternativas de produção de informação como a *commons-based peer production*. Desta forma, ataques ao compartilhamento por via de maximização da propriedade intelectual causam danos consideráveis a oportunidades educacionais e incentivos substanciais à produção de conhecimento. Causam, em outras palavras, danos colaterais gravíssimos;
- d) Não há comprovação empírica de que o compartilhamento de arquivos produza impactos negativos substanciais nas atividades econômicas da indústria do conteúdo. É extremamente difícil mensurar o impacto do compartilhamento de arquivos sobre vendas de discos e outros bens culturais, e os estudos até o presente momento disponíveis partem de pressupostos equivocados e metodologia questionável, fazendo análises bastante criticáveis dos dados em consideração. Isso tanto em relação tanto a estudos pró-compartilhamento, quanto a estudos contrários ao fenômeno. Há, entretanto, motivos o suficiente para acreditar que a indústria do conteúdo, apesar de precisar rever urgentemente seus modelos de negócios, ainda pode conviver – como tem convivido – com o compartilhamento de arquivos, e considerando-se, ademais, o fato de que as novas tecnologias *ampliaram* o universo dos indivíduos que têm se dedicado à produção cultural, bem como a proliferação e crescente adoção de modelos alternativos de licenciamento como o Creative Commons, não há que se temer, mas sim incentivar, uma política não-maximalista de direitos autorais, inclusive autorizando-se o compartilhamento, pelos benefícios sociais que ele proporciona ao

disponibilizar ao público em massa um acervo de bens culturais de livre acesso, sem censura mercadológica, fomentando, ademais, direitos intimamente relacionados à própria possibilidade de desenvolvimento intelectual pleno e de aquisição de autonomia individual, bem como ao estabelecimento de uma esfera pública saudável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
 _____. Conhecimento, pesquisa, cultura e os direitos autorais. In: *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

ADAMS, Max. *The screenwriter's survival guide: or, guerilla meeting tactics and other acts of war*. New York: Warner Books, 2001.

ALBINI, Steve. *The problem with music*. Disponível em: <<http://negativland.com/albini.html>>. Acesso em: 25.02.07.

ALDEN, Chris. The Internet DJ. *Guardian Unlimited*. Disponível em: <<http://arts.guardian.co.uk/features/story/0,11710,1458706,00.html>>. Acesso em: 18.06.06.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2004.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. On the structure of legal principles. *Ratio juris*, v. 13, n. 3, p. 294-304.

_____. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140.

_____. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449.

_____. Derechos individuales y bienes colectivos. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALFORD, William P. *To steal a book is an elegant offense: intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

ANDERSON, Chris. *The long tail: why the future of business is selling less of more*. New York: Hyperion, 2006.

_____. The long tail. *Wired*. Disponível em:

<<http://www.wired.com/wired/archive/12.10/tail.html>>. Acesso em 05.02.07.

ANDERSON, Nate. Tim Berners-Lee on Web 2.0: “nobody even knows what it means”. *Ars Technica*. Disponível em: <<http://arstechnica.com/news.ars/post/20060901-7650.html>>. Acesso em: 05.01.07.

_____. Peer-to-peer poisoners: a tour of MediaDefender. *Ars Technica*. Disponível em: <<http://arstechnica.com/articles/culture/mediadefender.ars>>. Acesso em: 27.03.03.

AOKI, Keith; BOYLE, James; JENKINS, Jennifer. *Bound by law?: tales from the public domain*. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/cspd/comics/zoomcomic.html>>. Acesso em: 21.03.07.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed., 2003.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARMSTRONG, Elizabeth. *Before copyright: the French book-privilege system 1498-1526*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*, 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito da Internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Amherst: Prometheus Books, 2000.

BARAN, Paul. *On distributed communications: I. Introduction to distributed communications networks*, p. 2. Disponível em:

<http://www.rand.org/pubs/research_memoranda/2006/RM3420.pdf>. Acesso em 20.05.06.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito autoral – apresentações gratuitas*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>>. Acesso em: 19.03.07.

BARELLA, Dominique. Dépénaliser la musique téléchargée. *Liberation.fr*. Disponível em: <<http://www.liberation.fr/page.php?Article=282199>>. Acesso em: 18.01.07.

BARKER, J. Cam. Grossly excessive penalties in the battle against illegal file-sharing: the troubling effects of aggregating minimum statutory damages for copyright infringement. *Texas law review*, v. 83, n. 2, p. 525-559.

BARLOW, John Perry. *A declaration of the independence of cyberspace*. Disponível em: <<http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Acesso em: 01.12.06.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECKER, Eberhard et alii (eds.). *Digital rights management: technological, economic, legal and political aspects*. Berlin: Springer, 2003.

BECKERMAN, Ray. How *the RIAA litigation process works*. Disponível em: <<http://info.rialaawsuits.us/howriaa.htm>>. Acesso em: 12.01.07.

BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven/London: Yale University Press, 2006.

_____. From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access. *Federal Communications Law Journal*, n. 52, v. 3, p. 561-579.

_____. Sharing nicely: on shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production. *The Yale law journal*, v. 114, n. 2, p. 273-358.

_____. Intellectual property and the organization of information production. *International review of law and economics*, v. 22, n. 1, p. 81-107.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London: Oxford Clarendon Press, 1907.

BERKMAN CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY; GARTNER|G2. *Content and control: assessing the impact of policy choices on potential online business models in the music and film industries*. Disponível em:

<http://cyber.law.harvard.edu/media/files/content_control.pdf>. Acesso em: 08.01.07.

BERNERS-LEE, Tim; FISCHETTI, Mark. *Weaving the web: the original design and ultimate destiny of the World Wide Web*. New York: Harper Business, 2000.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*, 1º v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

BIDDLE, Peter et alii. *The darknet and the future of content distribution*. Disponível em: <<http://msl1.mit.edu/ESD10/docs/darknet5.pdf>>. Acesso em: 12.01.07.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: RT, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BLACKBURN, David. *On-line piracy and recorded music sales*. Disponível em: <http://www.economics.harvard.edu/~dblackbu/papers/blackburn_fs.pdf>. Acesso em: 21.05.06.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.
 _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
 _____. *Diritto e potere: saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
 _____. *Contribucion a la teoría del derecho*. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980.
 _____. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1965.
 _____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, v. 1, 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOEHM, Sharla; BARAN, Paul. *On distributed communications: II. Digital simulation of hot-potato routing in a broadband distributed communications network*. Disponível em: <http://www.rand.org/pubs/research_memoranda/2006/RM3103.pdf>. Acesso em 20.05.06.

BOLDRIN, Michele; LEVINE, David. The case against intellectual property. *The American economic review*, n. 92, n. 2, p. 209-212.

BOLLIER, David. *Preserving the academic commons*. Disponível em: <<http://www.learcenter.org/pdf/BollierAAUP.pdf>>. Acesso em 13.12.06.

BORLAND, John. Last waltz to Grokster. *CNet News*. Disponível em: <http://news.com.com/Last+waltz+for+Grokster/2100-1027_3-5937832.html>. Acesso em 21.12.06.

_____. Open-source P2P projects keep swapping. *C|Net news*. Disponível em: <http://news.com.com/Open-source+P2P+projects+keep+swapping/2100-1032_3-5789087.html>. Acesso em: 18.01.07.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2005.

BOYLE, James. *Shamans, software, & spleens: law and the construction of the information society*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1996.

_____. A politics of intellectual property: environmentalism for the net? *Duke law journal*, v. 47, n. 1, p. 87-116.

BRADNER, Scott. The Internet Engineering Task Force. In: DiBONA, Chris; OCKMAN, Sam; STONE, Mark. *Open sources: voices from the revolution*. Sebastopol, 1999.

BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global business regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

BRAMAN, Sandra. *Change of state: information, policy, and power*. Cambridge/London: The MIT Press, 2006.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, t. 1, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BSA. *Expanding the frontiers of our digital future: reducing software piracy to accelerate global IT benefits*. Disponível em: <http://www.bsa.org/idcstudy/pdfs/White_Paper.pdf>. Acesso em: 24.02.07.

BUCHANAN, James M. An economic theory of clubs. *Economica*, v. 32, n. 165, p. 1-14.

BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

_____. *O que é história cultural?* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direitos Autorais: comentários*, 4ª ed. São Paulo: Habra, 2003, p.72.

CAHIR, John. The withering away of property: the rise of the Internet information commons. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 4, p. 619-641.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Brasília: Senado Federal, 2002.

CAVALLO, Guglielmo. *Libros, editores y público en el mundo antiguo: guía histórica y crítica*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

CERF, Vinton G.; KAHN, Robert E. *A protocol for packet network communication*.

Disponível em:

<<http://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall06/cos561/papers/cerf74.pdf>>. Acesso em 13.12.06.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

CHANNEL, Christopher S. The twisted path of the music file-sharing litigation: the cases that have shaped the litigation and the RIAA's litigation strategy. *Intellectual property & technology law journal*, v. 16, n. 10, p. 6-12.

CHARTIER, Roger. Prefácio: a propriedade e o privilégio. In: DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.

CHAVES, Antônio. *Direito de autor*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Direitos conexos*. São Paulo: LTr, 1999.

CHESBROUGH, Henry. *Open innovation: the new imperative for creating and profiting from technology*. Boston: Harvard Business School Press, 2006.

COHEN, Bram. *Incentives build robustness in BitTorrent*. Disponível em:

<<http://www.bittorrent.org/bittorrentecon.pdf>>. Acesso em 18.06.06.

COHEN, Jonathan. New Radiohead álbum floods the Internet. *Billboard.com*. Disponível em:

<http://www.billboard.com/bbcom/news/article_display.jsp?vnu_content_id=1852617>.

Acesso em: 16.01.07.

COHEN, Julie E. Cyberspace as/and space. *Columbia law review*, v. 107, n. 1, p. 210-256.

_____. A right to read anonymously: a closer look at 'copyright management' in cyberspace. *Connecticut Law Review*, v. 28, p. 981.

_____. DRM and privacy. *Communications of the ACM*, v. 46, n. 4, p.

- COHEN, Peter. iTunes sues Apple over FairPlay. *PC World*. Disponível em: <<http://www.pcworld.com/article/id,119213-page,1/article.html>>. Acesso em 07.01.07.
- COLOMBET, Claude. *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado*. Madrid: UNESCO/CINDOC, 1997.
- COOPER, Mark. Access to the knowledge commons in the digital age. *Consumer policy review*, v. 16, n. 3, p. 105-116.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Guadalajara-Barcelona: ITESO, Anthropos, 1996.
- COSTA, Moacyr Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit. *Revista dos Tribunais*, a. 42, v. 211, p. 3-16.
- CRAVER, Scott et alii. *SDMI Challenge F.A.Q.* Disponível em: <<http://www.cs.princeton.edu/sip/sdmi/faq.html>>. Acesso em: 01.01.07.
- CRAWFORD, Susan P. The biology of the broadcast flag. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, v. 25, n. 2, p. 603-652.
- CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*, 2ª ed. Bauru: EDUSC, 2002.
- D'AMICO, John F. Manuscripts. In: SCHMITT, Charles B.; SKINNER, Quentin; KESSLER, Eckhard. *The Cambridge history of Renaissance philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- DAMSTEDT, Benjamin G. Limiting Locke: a natural law justification for the fair use doctrine. *The Yale law journal*, v. 112, n. 5, p. 1179-1221.
- DEAZLEY, Ronan. The myth of copyright at common law. *Cambridge Law Journal*, v. 62, n. 1, p. 106-133.
- DELANTY, Gerard. *Community*. London: Routledge, 2003.
- DEPPEY, Dirk. Scanlation nation: amateur manga translators tell their stories. *The comics journal*, n. 269. Disponível em: <http://www.tcj.com/269/n_scan.html>. Acesso em: 16.01.07.
- DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da sua função social. *Revista trimestral de direito público*, n. 34, p. 51-60.
- DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.

- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Os demônios*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. *Information feudalism: who owns the knowledge economy?* New York: The New Press, 2003.
- DREYFUSS, Rochelle Cooper. TRIPS – round II: should users strike back? *The University of Chicago law review*, v. 71, n. 1, p. 21-35.
- DRUEY, Jean Nicholas *Information cannot be owned*. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/home/uploads/339/Druey.pdf>>. Acesso em: 15.12.04.
- DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2ème ed. Paris: Librairie Félix Alcan, 1920.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EFF. *RIAA v. The People: two years later*. Disponível em: <http://www.eff.org/IP/P2P/RIAAatTWO_FINAL.pdf>. Acesso em: 12.01.07.
- _____. A better way forward: voluntary collective licensing of music file sharing. Disponível em: <http://www.eff.org/share/collective_lic_wp.pdf>. Acesso em: 18.01.07.
- EISENSTEIN, Elizabeth L. *The printing press as an agent of change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- EL PRESIDENTE de Sony BMG a la juez que dictó sentencia absolutoria en un caso de P2P: "Se puede ser juez e imbécil". *20minutos.es*. Disponível em: <<http://www.20minutos.es/noticia/182759/0/p2p/juez/absolucion/>>. Acesso em: 12.01.07.
- ERICKSON, John S. Fair use, DRM, and trusted computing. *Communications of the ACM*, v. 46, n. 4, p.
- ESTÚDIOS de Hollywood aprovam tecnologia para download de filmes. *Folha Online*. <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u21298.shtml>>. Acesso em 07.01.07.
- EWING, Adam. US threatened Sweden with sanctions over piracy. *The Local*. Acesso em: <<http://www.thelocal.se/article.php?ID=4128&date=20060621>>. Acesso em: 12.01.07.
- FAIRCLOUGH, Norman. *Language and power*. London: Longman, 1990.
- _____. *Critical discourse analysis: the critical study of language*. Harlow: Longman, 1995.

_____. *Analysing discourse: textual analysis for social research*. London/New York: Routledge, 2003.

FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004.

FEBVRE, Lucien; MARTIN, Henri-Jean, *O aparecimento do livro*. São Paulo: UNESP/HUCITEC, 1992.

FELLER, Joseph et alii (eds.). *Perspectives on free and open source software*. Cambridge: MIT Press, 2005.

FELTEN, Ed. DRM wars: the next generation. *Freedom to tinker (blog)*. Disponível em: <<http://www.freedom-to-tinker.com/?p=1051>>. Acesso em 10.01.07.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FICHTE, Johann Gottlieb. *Proof of the illegality of printing: a rationale and a parable*. Disponível em: <http://www.case.edu/affil/sce/authorship/Fichte,_Proof.doc>. Acesso em: 24.01.07.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *A fração extrapatrimonial do direito de autor*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

FISHER, Ken 'Caesar'. France's legal P2P stunt may be coming to an end. *Ars Technica*. Disponível em: <<http://arstechnica.com/news.ars/post/20060307-6328.html>>. Acesso em: 18.01.07.

FISHER III, William F. *Promises to keep: technology, law, and the future of entertainment*. Stanford: Stanford University Press, 2004.

FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?*, 3ª ed. Lisboa: Veja, 1997.

FREE SOFTWARE FOUNDATION, *The Free Software Definition*. Disponível em: <<http://www.fsf.org/licensing/essays/free-sw.html>>. Acesso em: 30.01.06.

_____. *GNU General Public Licence v.2*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>>. Acesso em: 08.02.07.

_____. *What is copyleft?* Disponível em: <<http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html>>. Acesso em: 08.02.07.

FROOMKIN, Michael A. Habermas@discourse.net: toward a critical theory of cyberspace. *Harvard Law Review*, v. 116, n. 3,

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GAIN, Bruce. Volez ce MP3. Wired news. Disponível em:
<<http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,67594,00.html>>. Acesso em: 18.01.07.

GALDINO SIQUEIRA. *Direito penal brasileiro*, v. II: parte especial. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932.

GANLEY, Paul; ALLGROVE, Ben. Net neutrality: a user's guide. *Computer law & security report*, 22, 2005, p. 454-463.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*, 5e ed. Paris: PUF, 2004.

GEERTZ, Clifford. Uma descrição densa: por uma teoria interpretativa da cultura. In: GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GEIST, Michael. Piercing the peer-to-peer myths: an examination of the Canadian experience. *First Monday*, v. 10, n. 4. Disponível em:
<http://www.firstmonday.org/issues/issue10_4/geist/>. Acesso em: 23.05.06.
_____. *Captain Copyright*. Disponível em:
<http://michaelgeist.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=1275&Itemid=85>; acesso em 23.05.06.

GIESLER, Markus; POHLMANN, Mali. *The anthropology of file sharing: consuming Napster as a gift*. Disponível em:
<<http://www.napsterresearch.com/pdf/NapsterGiftGieslerPohlmann.pdf>>. Acesso em 15.12.06.

GILMOR, Dan. *We the media: grassroots journalism by the people, for the people*. O'Reilly: Sebastopol, 2006.

GINSBURG, Jane C. A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.
_____. *Towards supranational copyright law? The WTO Panel decision and the 'three-step test for copyright exceptions'*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=253867>>. Acesso em 24.03.07.
_____. *Private international law aspects of the protection of works and objects of related rights transmitted through digital networks*. Disponível em:
<http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/gcpic/gcpic_2.pdf>.

_____.; KERNOCHAN, John M. One hundred and two years later: the U.S. joins the Berne Convention. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who controls the Internet: illusions of a borderless world*. New York: Oxford University Press,

GOLDSTEIN, Paul. *International copyright*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
_____. Copyright's highway: from Gutenberg to the celestial jukebox, revised edition. Stanford: Stanford University Press, 2003.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOPAL, Ram D.; BHATTACHARJEE, Sudip; SANDERS, Lawrence G. Do artists benefit from online music sharing? *The journal of business*, v. 79, n. 3, p. 1503-1533.

GORDON, Wendy J. Intellectual property. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (eds.). *The Oxford handbook of legal studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
_____.; BONE, Robert G. Copyright. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics*, v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

GRAHAM, Jefferson. eMusic's pitch: donwload song – and own it. *USA Today*. Disponível em: <http://www.usatoday.com/tech/products/services/2006-07-30-emusic_x.htm>. Acesso em: 07.01.07.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRENDLER, Paul F., Printing and censorship, In: SCHMITT, Charles B.; SKINNER, Quentin; KESSLER, Eckhard. *The Cambridge history of Renaissance philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

GUEIROS JUNIOR, Nehemias. *O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber*, v. I: a música, 3ª ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

GUERRERO, Camilo Augusto Amadio. O fundamento científico da função social da propriedade intelectual. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAFNER, Katie; LYON, Matthew. *Where wizards stay up late: the origins of the internet*. New York: Touchstone, 1998.

HALLEWELL, Laurence. *O livro no brasil: sua história*. São Paulo: T.A. Queiroz, Editor/Editora da Universidade de São Paulo, 1985.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*, 3ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248.

HART, H. L. A. *The concept of law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

HESSE, Charlotte; OSTROM, Elinor. *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*. Cambridge: MIT Press, 2006.

_____; _____. Introduction: An Overview of the Knowledge Commons. In: *Understanding knowledge as a commons: from theory to practice*. Cambridge: MIT Press, 2006.

HESSE, Carla. The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance. *Daedalus*, Spring 2002, p. 26-45.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HICKINS, Michael. StreamCast up streaming creek. *Internetnews.com*. Disponível em: <<http://www.internetnews.com/bus-news/article.php/3634866>>. Acesso em: 21.12.06.

HIPPEL, Eric von. *Democratizing innovation*. Cambridge/London: The MIT Press, 2005. _____. Open source software projects as user innovation networks. In: FELLER, Joseph et alii (eds.). *Perspectives on free and open source software*, Cambridge: MIT Press, 2005.

HOLAHAN, Catherine. Music fans: dismantle DRM. *Businessweek.com*. Disponível em: <http://businessweek.com/technology/content/jan2007/tc20070105_896787.htm>. Acesso em: 12.01.07.

HONG, Seung-Hyun. *The effect of Napster on recorded music sales: evidence from the consumer expenditure survey*. Disponível em: <<http://siepr.stanford.edu/Papers/pdf/03-18.pdf>>. Acesso em: 21.05.06.

HOWE, Jeff. The shadow Internet. *Wired*. Disponível em <<http://www.wired.com/wired/archive/13.01/topsite.html>>. Acesso em 14.06.06.

HUGENHOLTZ, Bernt P. Code as code, or the end of intellectual property as we know it. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 6, n. 3, p. 308-318.

HUNTER, Dan. Culture war. *Texas law review*, v. 83, n. 4, p. 1106-1117.

IIPA. 2007 *Special 301* (Brazil). Disponível em:
<<http://www.iipa.com/rbc/2007/2007SPEC301BRAZIL.pdf>>. Acesso em 17.02.07.

INGRAM, Michael. Review of the year 2004. *Slyck*. Disponível em:
<<http://www.slyck.com/news.php?story=633>>. Acesso em: 18.01.07.

_____. Youceff servers raided. *Slyck*. Disponível em:
<<http://www.slyck.com/news.php?story=624>>. Acesso em: 18.01.07.

_____. SuprNova.org: the story of a legend. *Slyck*. Disponível em:
<<http://www.slyck.com/news.php?story=1177>>. Acesso em: 18.01.07.

INSTITUTO ANTÔNIO HOAUISS. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IVIR. *The recasting of copyright & related rights for the knowledge economy*. Disponível em:
<http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf>. Acesso em: 02.02.07.

JARDIN, Xení. 'Music is not a loaf of bread'. *Wired News*. Disponível em:
<<http://www.wired.com/news/culture/0,1284,65688,00.html>>. Acesso em: 25.02.07.

JOUANJAN, Olivier. Présentation du traducteur. In: MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996.

KAN, Gene. Gnutella. In: ORAM, Andy. *Peer-to-peer: harnessing the power of a disruptive technology*,

KANNIAH, Rajeswari. Access to knowledge in the public domain. *Consumer policy review*, v. 16, n. 3, p. 97-100.

KANT, Immanuel. *Of the injustice of counterfeiting books*. Disponível em:
<<http://www.hkbu.edu.hk/~ppp/fne/essay3.html>>. Acesso em: 26.01.07.

KAZAA site becomes legal service. *BBC Online*. Disponível em:
<<http://news.bbc.co.uk/1/hi/sci/tech/5220406.stm>>. Acesso em: 08.01.07.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. A doutrina do direito natural e o positivismo jurídico. In: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELTY, Christopher. Free science. In: FELLER, Joseph et alli (eds.). *Perspectives on free and open source software*. Cambridge: MIT Press, 2005.

KENNON. RIP, Audiogalaxy. *Kuro5hin*. Disponível em: <<http://www.kuro5hin.org/story/2002/6/21/171321/675>>. Acesso em: 14.06.06.

KERR, Ian; MAURUSHAT, Alana; TACIT, Christian S. *Technical protection measures: part I*, p. 18-19. Disponível em: <http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/pubs/protection/protection_e.pdf>. Acesso em 01.01.07.

KIND, Mark. Shook lets RIAA deal play out. *Kansas City business journal*. Disponível em: <<http://www.bizjournals.com/kansascity/stories/2006/03/13/story2.html>>. Acesso em: 18.01.07.

KLEBERG, Tönnies. Comercio librario y actividad editorial en el mundo antiguo. In: CAVALLLO, Guglielmo. *Libros, editores y público en el mundo antiguo: guía histórica y critica*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

KOELMAN, Kamiel J. *Fixing the three-step test*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=924174>>. Acesso em: 24.03.07.

KRASILOVSKY, M. William; SHEMEL, Sidney; GROSS, John M. *This business of music: the definitive guide to the music industry*, 9th ed. New York: Billboard Books, 2003.

KRETSCHMANN, Ângela. A propriedade intelectual e o papel das instituições de ensino superior. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (coords.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

KU, Raymond Shih Ray. The creative destruction of copyright: Napster and the new economics of digital technology. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, p.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

KULBAK, Yoram; BICKSON, Danny. *The eMule protocol specification*. Disponível em <<http://www.cs.huji.ac.il/labs/danss/p2p/resources/emule.pdf>>. Acesso em: 18.06.06.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge: Bellknap Press, 2003.

LANGE, David. Reimagining the public domain. *Law and contemporary problems*, v. 66, n. 1-2, p. 463-483.

LANGLEY, Adam. Freenet. In: ORAM, Andy. *Peer-to-peer: harnessing the benefits of a disruptive technology*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.

LANTAGNE, Stacey M. The morality of MP3s: the failure of the recording industry's plan of attack. *Harvard journal of law & technology*, v. 18, n. 1, p.

LASICA, J. D. *Darknet: Hollywood's war against the digital generation*. Hoboken: Wiley, 2005.

LEHMAN, Bruce. A. *Intellectual property and the National Information Infrastructure*. Disponível em: <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>>. Acesso em 19.12.06.

LEMONS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV Editora, _____. Creative Commons, mídia e as transformações recentes do direito da propriedade intelectual. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, 2005, p.

LEMLEY, Mark A. Ex ante versus ex post justifications for intellectual property. *The University of Chicago law review*, v. 71, n. 1, p. 129-149.

_____. Place and cyberspace. *California law review*, v. 91, n. 2, p. 521.

_____; VOLOKH, Eugene. Freedom of speech and injunctions in intellectual property cases. *Duke law journal*, v. 48, n. 2, p. 147-242.

LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

_____. The New Chicago School. *The Journal of Legal Studies*, v. XXVII (2) (pt. 2), 1998, p. 661-691.

_____. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Vintage, 2002.

_____. *Free culture: the nature and future of creativity*. New York: Penguin Books, 2005.

_____. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

LETHEM, Jonathan. The genius of Bob Dylan. *Rolling Stone*. Disponível em: <http://www.rollingstone.com/news/story/11216877/the_modern_times_of_bob_dylan_a_legend_comes_to_grips_with_his_iconic_status/1>. Acesso em: 25.02.07.

LIEBOWITZ, Stan J. Pitfalls in measuring the impact of file-sharing on the sound recording market. *CESifo economic studies*, v. 51, n. 2-3, p. 435-473.

_____. *Testing file-sharing's impact by examining record sales in cities*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=829245>. Acesso em 21.05.06.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Paris/Bogotá/Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/Zavalía, 1993.

LIPTON, Jacqueline. A revised 'property' concept for the new millennium? *International Journal of Law and Information Technology*, v. 7, n. 2, p. 171-190.

LITMAN, Jessica. *Digital copyright*. Amherst: Prometheus Books, 2001.

LIVINGSTONE, Adam. A bit of a BitTorrent bother. *BBC News*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/newsnight/4758636.stm>>. Acesso em: 10.01.07.

_____. BitTorrent: Shedding no tiers. *BBC Online*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/newsnight/5017542.stm>>. Acesso em 08.01.07.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LOEB, Dietrich. "Socialist" features of Soviet copyright law. *Columbia journal of transnational law*, v. 23, n. 297, p. 297-313

LOHMANN, Fred von. Voluntary collective licensing for music file sharing. *Communications of the ACM*, v. 47, n. 10, p. 21-24.

LOPEZ, Juan José Marín. *Intereses privados e intereses públicos en la propiedad intelectual*. Disponível em: <<http://www.cedro.org/Files/Boletin29FORO.pdf>>. Acesso em: 25.02.05.

LOVE, Courtney. Courtney Love does the math. *Salon*. Disponível em: <<http://archive.salon.com/tech/feature/2000/06/14/love/>>. Acesso em: 25.02.07.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
_____. *Introducción a la teoría de sistemas*. Mexico/Barcelona: Iberoamericana/Anthropos, 1996.

_____. *La differenziazione del diritto*: contributi allá sociologia e allá teoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 1990.

_____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985

_____. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.) *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LUMET, Sidney. *Making movies*. New York: Vintage, 1996.

MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo*: de Hobbes até Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MADONNA swears at music pirates. *BBC Online*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/technology/2962475.stm>>. Acesso em 05.01.07.

MAGUIRE, James. Hitting P2P users where it hurts. *Wired*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,57112,00.html>>; acesso em 23.05.06.

MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações*. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

McDONALD, Forrest. *Novus ordo seclorum: the intellectual origins of the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1985.

MARGOLIS, Lynne. What record industry slump? Independent labels say business has never been better. *The Christian Science Monitor*. Disponível em: <<http://www.csmonitor.com/2003/0411/p13s02-alm.html>>; acesso em 04.04.05.

MARQUIS DE CONDORCET. Fragments concerning freedom of the press. *Daedalus*, spring 2002, p. 47-59.

MARSHALL, Evan. *Novel writing: 16 steps to success*, 2nd ed. London: A&C Black Publishers, 2004.

MASKUS, Keith E. Lessons from studying the international economics of intellectual property rights. *Vanderbilt law review*, v; 53, n. 6, p. 2219-2244.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva. In: MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

McCULLAGH, Declan; BROACHE, Anne. Republicans defeat Net neutrality proposal. *C|Net News*. Disponível em: <http://news.com.com/2100-1028_3-6058223.html>. Acesso em: 08.01.07.

MAYMOUNKOV, Peter; MAZIÈRES, David. Kademlia: a peer-to-peer information system based on the XOR metric. Disponível em <<http://www.cs.rice.edu/Conferences/IPTPS02/109.pdf>>. Acesso em 19.12.06.

MENELL, Peter S. Intellectual property: general theories. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics*, v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

MENNECKE, Thomas. WinMX – the beginning, the middle, the end. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=940>>. Acesso em 14.06.06.

_____. MPAA launches first wave of lawsuits. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=608>>. Acesso em: 12.01.07.

_____. New round of RIAA enforcement actions. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/story1111.html>>. Acesso em 20.12.06.

_____. eMule interview. *Slyck*. <<http://www.slyck.com/news.php?story=93>>; acesso em 18.06.06.

- _____. Making Usenet easy with NZB files. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=604>>; acesso em 18.06.06.
- _____. P2P population continues to climb. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1220>>. Acesso em: 21.05.06
- _____. P2P population remains steady. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1314>>. Acesso em: 18.01.07.
- _____. BearShare settles for \$30 million. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1176>>. Acesso em 08.01.07.
- _____. eDonkey settles for \$30 million. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1288>>. Acesso em: 08.01.07.
- _____. Kazaa settles with entertainment industry. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1250>>. Acesso em: 08.01.07.
- _____. LimeWire counter sues the RIAA. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1299>>. Acesso em: 12.01.07.
- _____. ShareReactor domino effect continues. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=428>>. Acesso em: 18.01.07.
- _____. Shareconnector falls. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=623>>. Acesso em: 18.01.07.
- _____. Five Direct Connect hubs targeted. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=553>>. Acesso em: 18.01.07.
- _____. P2P wrap-up for 2005. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1043>>. Acesso em: 18.01.07.
- _____. MPAA, FBI and U.S. Customs shut down EliteTorrents. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=802>>. Acesso em: 18.01.07.
- _____. EliteTorrents admin heads to prison. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1323>>. Acesso em: 18.01.07.
- _____. Razorback servers seized. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1102>>. Acesso em: 12.01.07.
- _____. Spanish police target 15 indexing sites. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1150>>. Acesso em: 12.01.07.
- _____. The Pirate Bay returns to Sweden. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1221>>. Acesso em: 12.01.07.
- _____. Pirate Bay traffic surges. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1218>>. Acesso em 12.01.07.
- _____. End of the road for overpeer. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/story1019.html>>. Acesso em: 05.01.07.
- _____. EMI attacks France. *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=1063>>.
- _____. RIAA's grand total: 10,037 – what are your odds? *Slyck*. Disponível em: <<http://www.slyck.com/news.php?story=769>>. Acesso em: 18.01.07.

MERGES, Robert P. A new dynamism in the public domain. *The University of Chicago law review*, v. 71, n. 1, p. 183-203.

_____.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

MERTON, Robert K. *The sociology of science: theoretical and empirical investigations*. Chicado/London: The University of Chicago Press, 1974.

_____. The normative structure of science. In: MERTON, Robert K. *The sociology of science: theoretical and empirical investigations*. Chicado/London: The University of Chicago Press, 1974.

_____. Priorities in scientific discovery. In: MERTON, Robert K. *The sociology of science: theoretical and empirical investigations*. Chicado/London: The University of Chicago Press, 1974.

MEURER, Michael J. Copyright law and price discrimination. *Cardozo law review*, v. 23, n. 1, p. 55-148.

MILLARES CARLO, Agustín. *Introducción a la historia del libro y de las bibliotecas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

MINAR, Nelson. *Distributed systems topologies: part 1*. Disponível em: <http://www.openp2p.com/pub/a/p2p/2001/12/14/topologies_one.html>; acesso em 16.06.06.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Licenças de software livre enquanto contratos de adesão de base comunitária. *Revista Multitemática de Ciências Sociais e Direito APG PUCSP*, a. 13, n. 32, p. 275-287.

_____. *O conceito de constituição no pensamento de John Rawls*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MOGLEN, Eben. Pay artists, not 'owners'. *The Nation*. Disponível em: <<http://www.thenation.com/doc/20031027/moglen>>. Acesso em: 13.01.07.

MONKEYS let the music do the talking. *BBC News*; Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/4644214.stm>>. Acesso em: 01.03.07.

MPAA caught uploading fake torrents. *TorrentFreak* (blog). Disponível em: <<http://torrentfreak.com/mpaa-caught-uploading-fake-torrents/>>. Acesso em: 12.01.07.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Positivismo. In: MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Concretização da constituição. In: *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MUNIZ, Diógenes. Daniela Mercury critica lei "antijabá" e compara download a assalto. Folha Online. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u67075.shtml>>. Acesso em: 25.02.07.

NAFARRATE, Javier Torres. *Luhmann: la política como sistema*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The Internet's coming of age*. Washington, D.C.: National Academy Press, 2001.

NAUMANN, Peter. Nota do tradutor. In: MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NETANEL, Neil Weinstock. Asserting copyright's democratic principles in the global arena. *Vanderbilt law review*, v. 51, n. 2, p. 217-329.

_____. Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer sharing. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 17, n. 1, p. 18-22.

NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002.

NICHOLSON, Walter. *Microeconomic theory: basic principles and extensions*, 8th ed. Sem local: South-Western/Thomson Learning, 2002.

NIMMER, Melville B. Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press? In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

NORTON, Quinn. Secrets of the Pirate Bay. *Wired News*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/technology/0,71543-0.html>>. Acesso em: 12.01.07.

_____. A nation divided over piracy. *Wired News*. Disponível em: <<http://www.wired.com/news/technology/0,71544-0.html>>. Acesso em: 12.01.07.

OBERHOLZER-GEE, Felix; STRUMPF, Koleman. The effect of file sharing on music sales: an empirical analysis. *Journal of political economy*, v. 115, n. 1, p. 1-42.

_____; _____. *The effect of file sharing on music sales: an empirical analysis* (2004).

Disponível em: <http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf>. Acesso em 21.05.06.

_____; _____. *The effect of file sharing on music sales: an empirical analysis* (2005).

Disponível em: <http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_June2005_final.pdf>. Acesso em: 21.05.06

OPEN SOURCE INITIATIVE, *Frequently asked questions*. Disponível em: <<http://www.opensource.org/advocacy/faq.php>>. Acesso em: 12.02.06.

ORAM, Andy. *Peer-to-peer: harnessing the benefits of a disruptive technology*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.

O'REILLY, Tim. The open source paradigm shift. In: FELLER, Joseph et alii (eds.). *Perspectives on free and open source software*. Cambridge: MIT Press, 2005.

_____. Remaking the peer-to-peer meme, in ORAM, Andy (ed.), *Peer-to-peer: harnessing the power of disruptive technology*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.

_____. What is Web 2.0?: design patterns and business models for the next generation of software. *O'Reillynet*. Disponível em: <<http://www.oreillynet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 05.02.07.

PASQUINO, Gianfranco. Grupos de pressão. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, v. 1, 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

PATTERSON, Lyman Ray. *Copyright in historical perspective*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2004.

_____. Free speech, copyright, and fair use. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

_____; LINDBERG, Stanley W. *The nature of copyright: a law of users' rights*. Athens/London: The University of Georgia Press, 1991.

PEITZ, Martin; WAELBROCK, Patrick. The effect of Internet piracy on music sales: cross-section evidence. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, v. 1, n. 2, p. 71-79.

PEREIRA, Alexandre Dias. *Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital*. Coimbra: Coimbra, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v I, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERENS, Bruce. The open source definition. In: DIBONA, Chris; OCKMAN, Sam; STONE, Mark (eds.). *Open sources*. Sebastopol: O'Reilly, 2005.

_____. *Open standards: principles and practices*. Disponível em: <<http://perens.com/OpenStandards/Definition.html>>. Acesso em: 09.01.06.

PIMENTA, Eduardo; PIMENTA, Rui Caldas. *Dos crimes contra a propriedade intelectual*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

PISIER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Barueri: Manole, [s.d.].

POLLOCK, Rufus. *P2P, online file-sharing, and the music industry*. Disponível em: <http://www.thefactz.org/economics/p2p_summary.html>; acesso em 21.05.06.

POSNER, Richard A. Law and economics in common-law, civil-law, and developing nations. *Ratio juris*, v. 17, n. 1, p. 66-79.

PROFESSORES da FGV-RJ criticam ações contrárias a internautas brasileiros. *Folha Online*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20779.shtml>>. Acesso em: 12.01.07.

PICKER, Randal C. From Edison to the broadcast flag: mechanisms of consent and refusal and the propertization of copyright. *The University of Chicago law review*, v. 70, n. 1, p. 281-296.

RABIGER, Michael. *Directing: film techniques and aesthetics*, 2nd. Boston: Focal Press, 1997.

RANGEL, Sérgio. Gravadoras vão processar 20 brasileiros. *Folha Online*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u111732.shtml>>. Acesso em: 12.01.07.

RAWLS, John. The justification of civil disobedience. In: RAWLS, John. *Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
_____. *O liberalismo político*, 2^a ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAYMOND, Eric S. *The cathedral & the bazaar*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.
_____. The cathedral & the bazaar. In: RAYMOND, Eric S. *The cathedral & the bazaar*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.
_____. The magic cauldron. In: RAYMOND, Eric S. *The cathedral & the bazaar*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.
_____. Homesteading the noosphere. In: RAYMOND, Eric S. *The cathedral & the bazaar*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.
_____. The law is an ass. *openDemocracy*. Disponível em: <http://www.opendemocracy.net/media-copyrightlaw/article_246.jsp>. Acesso em: 01.01.07.

REBÊLO, Paulo. Indústria pensa em punir quem baixa MP3 no Brasil. *Web Insider*. Disponível em: <http://webinsider.uol.com.br/vernoticia.php/Industria_pensa_em_punir_quem_baixa_MP3_no_Brasil/id/2700>. Acesso em 23.05.06.

RIMMER, Matthew. Robbery under arms: copyright law and the Austrália-United States Free Trade Agreement. *First Monday*, v. 11, n. 3. Disponível em: <http://www.firstmonday.org/issues/issue11_3/rimmer/index.html>. Acesso em 20.12.06.

ROB, Rafael; WALDFOGEL, Joel. *Piracy on the high C's: music downloading, sales displacement, and social welfare in a sample of college students*. Disponível em: <<http://www.law.upenn.edu/polk/dropbox/waldfogel.pdf>>. Acesso em 21.05.06.

ROPER, Louis. US government behind Pirate Bay raid. *The Local*. Disponível em: <<http://www.thelocal.se/article.php?ID=3969&date=20060602>>. Acesso em: 12.01.07.

ROSA, Flávia G. M. G et alii. *Cópia de livros nas universidades brasileiras*. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/FlaviaRosa.pdf>>. Acesso em: 16.02.07.

ROSE, Mark. *Authors and owners: the invention of copyright*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1993.
_____. Nine-tenths of the law: the English copyright debates and the rhetoric of the public domain. *Law and contemporary problems*, v. 66, n. 1-2. p.

ROSEN, Craig. Radiohead scores chart high with inaccessible 'Kid A'. *Y! Music*. Disponível em: <<http://music.yahoo.com/read/news/12049551>>. Acesso em: 16.01.07.

ROSEN, Lawrence. *Open source licensing: software freedom and intellectual property law*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2004.

ROSENBLATT, Bill; TRIPPE, Bill; MOONEY, Stephen. *Digital rights management: business and technology*. New York: M&T Books, 2002.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Rousseau (Os Pensadores)*. São Paulo: Abril, 1978.

RUMP, Niels. Digital rights management: technological aspects. In: BECKER, Eberhard et alii (eds.). *Digital rights management: technological, economic, legal and political aspects*. Berlin: Springer, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SAMUELSON, Pamela. The copyright grab. *Wired*, n. 4.01, 1996. Disponível em: <http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html>. Acesso em 19.12.06.

_____. *Did MGM really win the Grokster case?*. Disponível em:
<<http://www.ischool.berkeley.edu/~pam/papers/CACM%20SCT%20decides%20MGM.pdf>>. Acesso em: 08.01.07.

SAMUELSON, Paul. The pure theory of public expenditure. *The review of economics and statistics*, v. 36, n. 4, p. 387-389.

SANCHES, Pedro Alexandre. Ruído: consumidor ganha ação por 'Tribalistas. *Folha de São Paulo*. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u34467.shtml>>. Acesso em 06.01.07.

SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. *Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks*. St. Paul: Thomson West, 2003.

SCHMITT, Charles B.; SKINNER, Quentin; KESSLER, Eckhard. *The Cambridge history of Renaissance philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

SCHNEIER, Bruce. Real story of the rogue rootkit. *Wired News*. Disponível em:
<<http://www.wired.com/news/privacy/0,69601-0.html>>. Acesso em: 12.01.07.

SHIRKY, Clay. Listening to Napster. In: ORAM, Andy. *Peer-to-peer: harnessing the benefits of a disruptive technology*. Sebastopol: O'Reilly, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3ª ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, a. 91, v. 798, p. 23-50.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da; CASSINO, João. *Software livre e inclusão digital*. São Paulo: Conrad, 2003.

SILVERMAN, Jason. Soderbergh: burn, Hollywood, burn. *Wired News*. Disponível em:
<<http://www.wired.com/news/culture/0,70795-0.html>>. Acesso em: 01.03.07.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campo dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.

STALLMAN, Richard M. *Did you say "Intellectual Property"? It's a seductive mirage*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.xhtml>>. Acesso em: 27.01.07.

_____. Let's share! *openDemocracy*. Disponível em:

<http://www.opendemocracy.net/media-copyrightlaw/article_31.jsp>. Acesso em: 26.01.07.

_____. *Why 'free software' is better than 'open source'*. Disponível em:

<<http://www.gnu.org/philosophy/free-software-for-freedom.html>>. Acesso em: 12.02.06.

_____. *Can you trust your computer?* Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/can-you-trust.html>>. Acesso em 01.01.07.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Itujui: Unijuí, 2004.

STIGLITZ, Joseph E. *Making globalization work*. New York/London: W. W. Norton & Company, 2006.

STRAHILEVITZ, Lior. Charismatic code, social norms, and the emergence of cooperation on file-swapping networks. *Virginia law review*, v. 89, n. 3, p. 505-595.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STUART III, Colbern C.; LAPPLE, Matthew C. MGM v. Grokster: multimillion-dollar questions that the Supreme Court did not answer. *Intellectual property & technology law journal*, v. 17, n. 8, p. 20.

SUNSTEIN, Cass. *Infotopia: how many minds produce knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

_____. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

TANAKA, Tatsuo. *Does file sharing reduce music CD sales?: a case of Japan*. Disponível em: <<http://www.iir.hit-u.ac.jp/file/WP05-08tanaka.pdf>>. Acesso em 21.05.06.

TANENBAUM, Andrew. *Redes de computadores*, 4ª ed. Campinas: Editora Campus, 2003.

THOMPSON, Clive. The BitTorrent effect. *Wired Magazine*. Disponível em:

<<http://www.wired.com/wired/archive/13.01/bittorrent.html>>. Acesso em: 16.01.07.

THUROW, Lester C. Needed: a new system of intellectual property rights. *Harvard business review*, September-October 1997, p. 95-103.

TROTTIER, David. *The screenwriter's bible: a complete guide to writing, formatting, and selling your script*, 3rd ed. Los Angeles: Silman James, 1998.

TUTSCHKU, Kurt. *A measurement-based traffic profile of the eDonkey filesharing service*. Disponível em: <<http://www.pam2004.org/papers/159.pdf>>; acesso em 18.06.06.

UNA JUEZ dice en una sentencia que las descargas de música con p2p son legales si no tienen ánimo de lucro. *20minutos.es*. Disponível em: <<http://www.20minutos.es/noticia/167999/0/internet/sentencia/p2p/>>. Acesso em: 12.01.07.

VAVER, David. Moral rights yesterday, today and tomorrow. *International journal of law and information technology*, v. 7, n. 3, p. 270-278.

VAIDHYANATHAN, Siva. *Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York: New York University Press, 2003.

_____. *The anarchist in the library*. New York: Basic Books, 2004.

VOGEL, Harold L. *Entertainment industry economics: a guide for financial analysis*, 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

WAL, Thomas Vander. Folksonomy coinage and definition. *Vanderwal.net*. Disponível em: <<http://vanderwal.net/folksonomy.html>>. Acesso em: 05.02.07.

WALDRON, Jeremy. From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property. In: MERGES, Robert P.; GINSBURG, Jane C. *Foundations of intellectual property*. New York: Foundation Press, 2004.

WALKER, Jesse; GILLESPIE, Nick. South Park libertarians. Reason Online. Disponível em: <<http://www.reason.com/news/show/116787.html>>. Acesso em: 25.02.07.

WALKER, John. The digital imprimatur. *Knowledge, technology, & policy*, v. 16, n. 3, p. 24-77. Também disponível em: <<http://www.fourmilab.ch/documents/digital-imprimatur/>>. Acesso em 06.12.07

WEBER, Rolf H. Does intellectual property become unimportant in cyberspace? *International Journal of Law and Information Technology*, v. 9, n. 2, p. 171-185.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, 2^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WILLIAMS, Sam. *Free as in freedom*: Richard Stallman's crusade for free software. Sebastopol: O'Reilly, 2002.

WINNY creator guilty in copyright violations. *The Japan Times Online*. Disponível em: <<http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20061214a1.html>>. Acesso em 20.12.06.

WOODMANSEE, Martha. The genius and copyright: economic and legal conditions of the emergence of the 'author'. *Eighteenth-century studies*, v. 17, i. 4, p. 425-448.

YU, Peter K. *P2P and the future of private copying* (MSU Legal Studies Research Paper No. 02-08). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=578568>>. Acesso em: 13.01.07.

ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.) *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

ZENTNER, Alejandro. *Measuring the effect of music downloads on music sales*. Disponível em: <<http://www.law.upenn.edu/polk/dropbox/zertner.pdf>>. Acesso em: 21.05.06.

ZIMMERMAN, Patrícia; CRANCIANINOV, Fernanda. Brasil Telecom acata nova decisão da Justiça e desbloqueia acesso a YouTube. *Folha Online*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u21336.shtml>>. Acesso em: 16.01.07.

ZITTRAIN, Jonathan. The generative Internet. *Harvard law review*, v. 119, n. 7, p. 1975-2040.

ZOLLI, Andrew. Monsters of rock. *Wired*. Disponível em: <<http://www.wired.com/wired/archive/11.09/start.html?pg=12>>. Acesso em 23.05.06.



Atribuição-Uso Não-Comercial-Não a obras derivadas 2.5 Brasil

Você pode:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra

Sob as seguintes condições:



Atribuição. Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



Uso Não-Comercial. Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



Vedada a Criação de Obras Derivadas. Você não pode alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta.

- Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outros os termos da licença desta obra.
- Qualquer uma destas condições pode ser renunciada, desde que Você obtenha permissão do autor.

Os termos integrais da licença encontram-se disponíveis no seguinte endereço:
<<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/br/legalcode>>. Acesso em: 08.02.07.