

**DIREITO, TECNOLOGIA
E CULTURA**

ESTA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA CREATIVE COMMONS

Atribuição – Uso não-comercial – Compartilhamento pela mesma licença 2.0
Você pode:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra;
- criar obras derivadas.

Sob as seguintes condições:



Atribuição. Você deve dar crédito ao autor original.



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



Compartilhamento pela mesma licença. Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

- 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.

Qualquer direito de uso legítimo (ou *fair use*) concedido por lei ou qualquer outro direito protegido pela legislação local não são em hipótese alguma afetados pelo disposto acima.

RONALDO LEMOS

**DIREITO, TECNOLOGIA
E CULTURA**

SUMÁRIO

Introdução 7

Modelo de análise 15

1 O Digital Millenium Copyright Act: a responsabilidade dos provedores e o conteúdo na rede 31

Mapeamento do problema 31

Responsabilidade dos provedores de serviços na internet: comparação entre o DCMA e as propostas do direito brasileiro 33

As normas propostas no Brasil 36

A responsabilidade dos provedores de acordo com o DCMA 49

Síntese conclusiva 63

2 Desafios e transformações da propriedade intelectual 65

Copyright: o caso Microsoft e os velhos modelos na nova realidade 67

Copyleft: software livre e a possibilidade de transformação construtiva da propriedade intelectual 71

Comentários finais 77

3 Além do software livre: a revolução das formas colaborativas 79

Aspectos jurídicos dos modelos colaborativos: o Creative Commons 82

Tipos de licenças do Creative Commons e modo de utilização 85

Efeitos práticos 89

Em síntese 91

4 A regulamentação da internet no Brasil 93

A idéia de regulamentação da internet no Brasil e as possibilidades de inovação 94

A regulamentação da internet ao largo dos canais democráticos 101

Controle do conteúdo por meio do intermediário em decorrência da inexistência de lei 134

5 Modelos globais de propriedade intelectual que não devemos seguir 137

A proteção aos bancos de dados na Europa 138

A proteção dos bancos de dados no âmbito da propriedade intelectual global 139

O contorno da proteção jurídica brasileira aos bancos de dados: repúdio ao direito *sui generis* 143

“Contratos por clique” como forma de expandir direitos da propriedade intelectual 151

Outras peculiaridades dos “contratos por clique” *vis-à-vis* a expansão da propriedade intelectual 154

Em síntese 158

Modificações no direito penal brasileiro 160

6 Um modelo alternativo de remuneração para a propriedade intelectual 167

Incentivos sem monopólios: levando a sério o caráter público da informação e da cultura 172

Um sistema alternativo de remuneração à propriedade intelectual feito pela sociedade civil 182

Um sistema alternativo de remuneração à propriedade intelectual e o Brasil 184

Conclusão 189

Referências bibliográficas 195

INTRODUÇÃO

Esta obra tem como objetivo investigar os desafios propostos ao direito em decorrência do advento da internet e da tecnologia digital. A relação entre direito e realidade sempre foi um tema central no pensamento jurídico. Com o desenvolvimento tecnológico, essa relação torna-se ainda mais importante, na medida em que a rápida mudança que presenciamos no plano dos fatos traz consigo o germe da transformação no plano do direito. Essa transformação se dá de duas formas: de modo indireto, quando as instituições jurídicas permanecem imutáveis ainda que os fatos subjacentes a elas se alterem profundamente; ou de modo direto, quando o direito se modifica efetivamente perante a mudança na realidade, em um esforço de promover novas soluções para os novos problemas.

A questão faz-se ainda mais complexa, pois surge posta no âmbito da situação apontada pela sociologia do direito como “exaustão paradigmática”.¹ Trata-se do esvaziamento das categorias forjadas pela doutrina jurídica do século XIX, de racionalidade primordialmente lógico-formal, levando ao esgotamento de modelos analíticos exclusivamente jurídicos na solução de problemas normativos. Assim, a ordem jurídica torna-se um conjunto normativo **ideal**, contraposto a uma desordem **real**, derivada da incompatibilidade entre tipos de racionalidade distintos que se formam com certa autonomia no âmbito de diferentes instituições sociais. A dogmática jurídica, ao tentar conciliar essas incompatibilidades, esses conflitos de interesse e embates entre diferentes perspectivas de mundo, acaba valendo-se, para tanto, de uma racionalida-

¹ Faria, 2000.

de lógico-formal. Por isso, torna-se arremedo de um monólogo sem ouvintes, ou acaba por produzir resultados normativos completamente contrários ao seu substrato axiológico.

O direito da propriedade intelectual é um bom exemplo dessa relação entre a manutenção da dogmática jurídica e a transformação da realidade. Apesar do desenvolvimento tecnológico que fez surgir, por exemplo, a tecnologia digital e a internet, as principais instituições do direito de propriedade intelectual, forjadas no século XIX com base em uma realidade social completamente distinta da que hoje presenciamos, permanecem praticamente inalteradas. Um dos principais desafios do jurista no mundo de hoje é pensar qual a repercussão do direito em vista das circunstâncias de fato completamente novas que ora se apresentam, ponderando a respeito dos caminhos para sua transformação.

Nesse sentido, a fundação de um “direito da tecnologia” ocorre a partir do reconhecimento de que, quanto à tecnologia, o “código² é a lei”, atribuído a Lawrence Lessig em 1999. Lessig apontou que estruturas normativas compostas unicamente de linguagem de programação alcançavam importância muito maior que estruturas normativas tradicionais no âmbito da internet e da regulação tecnológica. Desnecessário dizer que as categorias dogmáticas tradicionais sequer vislumbram essa característica normativa contemporânea. Esse é um exemplo de como o direito se confronta com a necessidade de considerar, inclusive em sua dogmática, estruturas normativas “autônomas”, estranhas a qualquer precedente institucional jurídico. Com isso, a crise de paradigmas antes mencionada revela seus traços. Dois caminhos são identificados, dela decorrentes:

- são retomados controvérsias e posicionamentos de um passado que se julgava superado;
- são propostas questões inéditas com base em critérios sociológicos, políticos e econômicos, que, de tão interdisciplinares, põem em risco a própria especificidade do direito.³

² O termo “código” é utilizado no sentido de Lawrence Lessig, ou seja, o conjunto da infraestrutura física (hardware) e lógica (software) que compõe a internet, cujas próprias arquitetura e organização determinam normativamente o seu funcionamento. Cf. o seguimento desta Introdução, onde se especifica o “código” ou a “arquitetura” como uma das fontes reguladoras para a internet.

³ Faria, 2000:47.

Este livro opta por uma análise intermediária. Primeiramente, dá importância à dogmática jurídica, sobretudo como forma de evidenciar suas contradições em face da transformação social, esmiuçando-as em detalhe do ponto de vista prático. Em seguida, adota a interdisciplinaridade como forma de ver as transformações do direito como composição de interesses políticos, econômicos e outros. Depois, ressalta que a ausência de transformação do direito também representa uma composição desses mesmos interesses: é ilusório crer que, se a realidade se transforma e o direito se mantém o mesmo, o direito também continua o mesmo.⁴ Por fim, especialmente em razão do fenômeno da globalização, o surgimento de um determinado paradigma na composição desses diversos interesses por um ordenamento jurídico estrangeiro acaba afetando outros ordenamentos que assim não o fizeram, por meio, por exemplo, de sua força persuasiva.⁵

Por isso a necessidade de se entender o funcionamento normativo dessa nova realidade, a partir de novas perspectivas, para a tomada de posição. Por exemplo, é preciso entender como a tecnologia se normatiza por meio do seu “código”, no sentido antes explicitado, de estrutura normativa fundada na própria arquitetura técnica da tecnologia. De nada adianta o jurista debruçar-se sobre o problema da privacidade na internet se ele desconhece o significado normativo da criação de um protocolo como o P3P, que permite inserir, na própria infra-estrutura das comunicações online, comandos normativos de filtragem que bloqueiam ou permitem a passagem de conteúdo, sendo auto-executáveis e, muitas vezes, imperceptíveis para o usuário. Também de nada adianta a regulação brasileira tomar posições, por exemplo, quanto à proteção de direitos autorais online se decisões anteriores àquelas, com impacto mundial, estão sendo tomadas diuturnamente nos Estados Unidos, impossibilitando a efetividade das decisões tomadas nos países periféricos e afunilando as possibilidades normativas futuras.

⁴ Cabe, neste momento, até uma referência à teoria tridimensional do direito do prof. Miguel Reale (Reale, 1966, v. 2, p. 115-117).

⁵ “O confronto entre diferentes paradigmas acaba conduzindo a um processo de ‘persuasão’, de caráter basicamente retórico, motivo pelo qual a justificativa dos critérios e dos motivos das opções científicas deve, como argumenta Kuhn, ser procurada numa ampla gama de fatores sociais, políticos, econômicos, culturais e até mesmo ideológicos – e não necessária ou obrigatoriamente no círculo estrito das condições teóricas e dos mecanismos internos de validação da lógica formal, positivista e racionalista” (Faria, 2000:51).

Por tudo isso, esta obra tem por objetivo mapear os problemas jurídicos advindos do avanço tecnológico e do uso generalizado da internet, para aprofundar criticamente alguns desses problemas, destacando os impactos para as estruturas normativas tradicionais, ressaltando a necessidade de conhecer como o código funciona e demonstrando as alternativas reguladoras e institucionais que um pensamento estratégico brasileiro sobre o assunto deve considerar.

Não por acaso, são usados os termos “mapeamento” e “aprofundamento crítico”. A obra adota também um método investigativo, proposto pelo prof. Roberto Mangabeira Unger, de **mapeamento e crítica**, por sua adequação ao problema jurídico novo. A grande limitação da maioria das abordagens feitas até o momento sobre as questões jurídicas relativas à tecnologia e à internet é seu apego demasiado à preservação institucional, o que foi denominado por Unger “fetichismo institucional”. O método proposto por ele busca uma alternativa aos métodos de análise jurídica tradicionais,⁶ especialmente quanto a

⁶ A citação do trecho todo é a que se segue (Unger, 1996:130):

Give the name mapping to the suitably revised version of the low-level, spiritless analogical activity, the form of legal analysis that leaves the law an untransformed heap. Mapping is the attempt to describe in detail the legally defined institutional microstructure of society in relation to its legally articulated ideals. Call the second moment of this analytic practice criticism: the revised version of what the rationalistic jurists deride as the turning of legal analysis into ideological conflict. Its task is to explore the interplay between the detailed institutional arrangements of society as represented in law, and the professed ideals or programs these arrangements frustrate and make real.

Mapping is the exploration of the detailed institutional structure of society, as it is legally defined. It would be naïve positivism to suppose that this structure is uncontroversially manifest, and can be portrayed apart from theoretical preconceptions. The crucial point of mapping is to produce a detailed, although fragmentary, legal-institutional analysis replacing one such set of preconceptions by another.

The perspective to be adopted is the standpoint of the second moment of the revised practice of legal analysis I am sketching: the moment of criticism. Thus, the two moments connect closely; they are related – to use one vocabulary – dialectically and – to use another – internally. Mapping serving the purpose of criticism is an analysis exhibiting the formative institutions of society and its enacted dogmas about human association as a distinct and surprising structure, and, above all, as a structure that can be revised part by part. The established system of such arrangements and beliefs both constrains the realization of our professed social ideals and recognized group interests and gives them much of their tacit meaning.

enfocar as instituições jurídicas como passíveis de constante transformação. Nas palavras do próprio Unger:

O termo **mapeamento** pode ser entendido como uma versão devidamente revista de uma análise analógica sem maiores questionamentos, efetuada rente à realidade, ou em outras palavras, a forma de análise jurídica não implica qualquer proposição transformadora para o direito. Mapeamento é a tentativa de descrever em detalhes a microestrutura juridicamente definida da sociedade com relação a seus ideais também articulados juridicamente. O segundo momento desta prática de análise deve ser chamado de **crítica**, isto é, uma versão revisada do que os juristas racionalistas desprezam como sendo a transformação da análise jurídica em conflito ideológico. Sua tarefa é explorar em detalhe as relações entre os arranjos institucionais da sociedade tais como representadas pelo direito, e os ideais ou programas professados por esses arranjos institucionais, na medida em que são frustrados ou cumpridos.

Ou como Unger descreveu em outro contexto:

Trata-se de adaptar o ensino do direito às práticas características do ensino mais avançado das ciências. Abandonar-se-ia o enfoque enciclopédico para ter a experiência de domínio sobre um conjunto de problemas e soluções. (...)

O aprofundamento seletivo é o estudo, dentro de uma disciplina, de conjuntos exemplares de problemas. Não é propriamente um estudo de casos à moda das antigas faculdades de direito e das atuais escolas de negócios dos Estados Unidos. É a investigação persistente de um tema em todas as suas ramificações conceituais e práticas.

Dessa forma, o emprego desse método acopla-se à premissa sociológica de crise de paradigmas antes descrita, bem como ao caminho intermediário proposto como forma de investigação. Ficam de fora esforços enciclopédicos ou classificatórios de pouca relevância prática, já que estes têm valor somente para a dogmática. O objetivo é enfrentar as transformações do direito em face do desenvolvimento tecnológico dentro da teoria geral do direito, mas de uma perspectiva de resolução prática de problemas, e não de reorganização lógico-formal de conteúdos jurídicos de pouca ou nenhuma consequência prática. O critério para a realização da crítica proposta leva em consideração caracteres

interdisciplinares como forma de analisar institutos jurídicos do ponto de vista dos interesses econômicos, políticos etc., congregados por ele. Também como exemplo, o próprio critério de aprofundamento dos temas mapeados é político, e não se deriva de qualquer preceito lógico-formal.⁷

Como exemplo dessa abordagem metodológica, tome-se o direito da propriedade intelectual. Este é posto em xeque, por exemplo, quando se considera, do ponto de vista da realidade de nossos dias, a proteção a outros interesses, tais como a privacidade, a garantia da existência de espaços públicos (*commons*) na rede,⁸ a liberdade de expressão e a livre concorrência. Cada um desses interesses demanda formas de proteção jurídica não raramente conflitantes com as tradicionais instituições da propriedade intelectual, vinculadas a feixes de interesses sociais distintos. Um incremento excessivo quanto aos mecanismos de proteção a ela concedidos traz conseqüências diretas a outros valores jurídicos. Por exemplo, reduz a amplitude do chamado “uso legítimo” (*fair use*) de obras intelectuais, afetando valores ligados à liberdade de expressão. Traz igualmente preocupações quanto à garantia da manutenção de espaços públicos de uso comum (*commons*), na medida em que torna o acesso ao conhecimento limitado pelo regime de propriedade e, por conseqüência, controlado de maneira privativa (o eterno confronto entre cultura e mercado). Da mesma forma, a proteção excessiva à propriedade intelectual traz problemas com respeito à livre concorrência. O direito da propriedade intelectual tem como um de seus objetivos assegurar o retorno de capital do autor/inventor, bem como incentivar o desenvolvimento tecnológico futuro. No entanto, muitas vezes, acaba criando monopólios privados e ineficiências que a análise jurídica tradicional não consegue considerar.

Em face dessa miríade de questões, o método de mapeamento e aprofundamento crítico, conjugado com a premissa de esgotamento de paradigmas investigativos, propõe um enfoque peculiar. Em vez de preocupar-se com análises genealógicas ou ontológicas do conceito de propriedade intelectual, forjadas sobretudo no século XIX,⁹ e suas repercussões para a situação

⁷ Este método segue uma estratégia similar à weberiana, explicitada em Weber (s.d.:106).

⁸ Lessig, 2001.

⁹ Ver o caso *Eldred v. Ashcroft*, nos Estados Unidos, em que se questiona a legalidade da ampliação do tempo para proteção a direitos autorais de 70 para 90 anos. A Suprema Corte acabou por manifestar-se pela legalidade de tal ampliação, favorecendo os interesses patrocinados por grupos de mídia, como a Disney e estúdios de cinema norte-americanos.

atual, esse método propõe a identificação dos principais problemas tangíveis derivados dessas transformações em seu contexto social, tecnológico e jurídico, para então se aprofundar em pontos específicos, almejando explicitar as alternativas institucionais daí decorrentes. Se a propriedade intelectual forjada no século XIX passa a apresentar sérios problemas de eficácia quando se depara com a evolução tecnológica, não cumpre apenas ao jurista apegar-se de modo ainda mais ferrenho aos seus institutos como forma de resolver o problema, coisa que a análise jurídica tradicional parece querer fazer. Cumpre, sim, ver as alterações que a idéia de propriedade intelectual sofre ou poderia sofrer em razão dessas transformações, enfrentando essas questões de maneira aprofundada, sob pena de se ignorar uma parcela muito grande da realidade. Por isso, se a tecnologia chamada *peer to peer*, em que um computador compartilha com outros computadores, também conectados pela internet, arquivos protegidos por direito autoral, não cabe insistir no modelo de análise jurídica tradicional, de procurar no ordenamento jurídico posto as normas jurídicas aplicáveis a essa situação, sem qualquer precedente histórico. O que interessa é apreender todos os ângulos da questão, no sentido de que, ainda que as normas jurídicas aplicáveis sejam identificadas, sua eficácia resta gravemente comprometida por uma impossibilidade institucional do aparato adjudicante de conseguir fazer valer a aplicação de tais normas. Nesse sentido, inevitavelmente, devem-se considerar as transformações institucionais necessárias para que tal eficácia seja alcançada, ou considerar se faz ainda algum sentido a manutenção dessas estruturas normativas tradicionais. Em outras palavras, a questão começa a tornar-se relevante quando se inicia a partir do ponto em que a chave é **se a nova realidade deve adaptar-se ao velho direito ou se o velho direito deve adaptar-se à nova realidade**. Para tal tomada de decisão, o método de mapeamento seguido de aprofundamento crítico, bem como investigação sociológica dos interesses circundantes, é o que parece ser mais relevante. Ele torna viável o contato perene com a realidade (mapeamento), seguido de discussão jurídica de valor para a reorientação de tomadas de posição, que conjugue enfoques específicos, como teorias da sociedade, economia e ciência (aprofundamento seletivo), sem, com isso, perder-se do eixo da eficácia.

Em acréscimo, a obra também se preocupa com os caminhos brasileiros na relação entre direito e tecnologia. A grande peculiaridade das questões relativas à regulação tecnológica é seu inerente caráter global. Global refere-se à

característica intrínseca dos esforços normativos nacionais nesta área de necessariamente terem de se conjugar com iniciativas alhures. Essa conjugação pode significar cooperação. Nesse sentido, os Estados Unidos adotaram o Digital Millenium Copyright Act (DMCA), com impacto em todas as jurisdições do mundo conectadas de alguma forma à internet. A adoção desse ato normativo provocou imediatamente a adoção de legislação semelhante ou idêntica em outros países, como a Austrália, ou o reconhecimento da extraterritorialidade de seus efeitos, por exemplo, na Noruega. Essas relações podem ser também de submissão. Países como a Rússia condenaram e prenderam pessoas com base na violação do ato normativo, tendo o fato ocorrido fisicamente em território russo. Outros países adotaram posições contrárias ao DMCA, como a Coreia do Sul, ou mantiveram-se neutros a esse respeito, como o Brasil, ainda que uma admiração velada pelos preceitos do DMCA seja moeda corrente entre advogados de propriedade intelectual no país.¹⁰ O que importa, neste caso, é que a **neutralidade acaba implicando submissão**. As disposições do DMCA, que criminalizam a quebra de mecanismos tecnológicos para a proteção de direitos autorais, como, por exemplo, os códigos regionais dos DVDs (um DVD comprado nos Estados Unidos não pode ser reproduzido por um aparelho leitor de DVD produzido no Brasil), acabam moldando toda a indústria mundial de DVDs de acordo com um formato preestabelecido nos Estados Unidos. Desse modo, uma empresa brasileira eventualmente competindo neste mercado tem de participar de um jogo cujas regras foram definidas de acordo com interesses específicos que não são os nossos. Por isso, o mapeamento extensivo e o aprofundamento crítico aqui propostos visam ao destrinchamento da colcha de interesses que compõe a regulação tecnológica adotada alhures, como forma de dar vazão ao pensamento estratégico nacional nessa área. Sem conhecimento, não é possível tomar posições. Ademais, o direito é hoje o campo de batalha em que estão sendo definidas as oportunidades de desenvolvimento tecnológico para os países periféricos, bem como a estrutura normativa derivada da tecnologia (relação entre as normas tradicionais e “o código”) e o futuro da liberdade de expressão na internet.

¹⁰ Ata da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Disponível em: <www.abpi.org.br/atas/dirautoral/16052001.htm>. Acesso em: 14 nov. 2002. Menciona o DMCA como foco dos trabalhos.

Modelo de análise

Para efetuar a análise das questões aqui propostas, são adotadas duas ferramentas metodológicas recentes, desenvolvidas pelo prof. Lawrence Lessig, da Universidade de Stanford, e pelo prof. Yochai Benkler, da Universidade de Yale. A relevância dessas duas ferramentas metodológicas é propor uma moldura teórica que permite a análise de questões ligadas à regulamentação¹¹ da internet e da tecnologia digital em função de suas relações com os sistemas de comunicação e de informação. Este é, aliás, o foco deste livro: estudar as relações entre as diversas fontes reguladoras e os sistemas de comunicação sociais estabelecidos em meio digital, bem como as transformações dessas fontes (incluindo a lei) em razão do avanço tecnológico.

Para isso, este estudo parte da moldura teórica e dos pressupostos elaborados nesses dois modelos. O primeiro, desenvolvido por Lessig,¹² propõe uma classificação das **fontes de regulação**. O segundo, desenvolvido por Benkler, propõe uma classificação estrutural dos **sistemas de comunicação**.

Componentes dos sistemas de comunicação

Há três camadas sobre as quais os sistemas de comunicação são construídos: a primeira é a camada **física**, a segunda é a camada **lógica** e a terceira, a camada do **conteúdo**.

A comunicação entre pessoas, por exemplo, pode ser descrita de acordo com essas três camadas. A camada **física** é caracterizada pelo aparelho fonador do corpo humano, composto por suas partes produtoras de som (pulmões, músculos, diafragma), vibratórias (laringe), por seus ressonadores (cavidade nasal, faringe, boca), seus articuladores (lábios, língua, palatos, mandíbula) e seus coordenadores (ouvido, cérebro).

A camada física, no entanto, não é suficiente para que a comunicação ocorra. É preciso a existência de uma camada **lógica**, um código compartilhado por todos os comunicadores. No caso em questão, o código é a **linguagem**, composta de gramática, com seu léxico, sintaxe e semântica.

¹¹ Ao longo deste livro, os termos regulação e regulamentação são indistintamente utilizados.

¹² Lessig, 1999a.

Por fim, além da camada lógica, é necessário haver o **conteúdo**, que é transmitido sobre as camadas física e lógica. O conteúdo, neste caso, é composto por qualquer comunicação humana, como uma história, um relato, uma descrição, uma interjeição etc.

Essa mesma estrutura dividida em três camadas ocorre também em sistemas de comunicação, abrangendo internet e outras modalidades de tecnologia digital. Assim, a internet é também composta por uma estrutura física, lógica e de conteúdo.

A estrutura física da internet é constituída pelo conjunto de computadores que a compõem e pelos meios físicos que os interconectam, como fibras óticas, linhas telefônicas, ondas de rádio etc. A estrutura lógica da internet ou o seu “código” são as inúmeras **linguagens** que fazem com que as partes físicas possam comunicar-se entre si. Nesta camada, estão incluídos não só os programas de computador, como também protocolos e linguagens compartilhadas entre eles (como o protocolo TCP/IP, base da internet). Aqui se incluem também os sistemas operacionais, como o sistema Microsoft Windows ou o Linux.

A estrutura de conteúdo corresponde a tudo aquilo que é transmitido sobre as camadas física e lógica, como um texto, um e-mail, uma música, um filme, uma mensagem, uma fotografia etc.

Diferentemente do sistema de comunicação humano, o sistema formado pela internet e pela tecnologia digital caracteriza-se por estar sujeito a regimes de propriedade e controle em suas três camadas.

Por exemplo, a camada física na internet é inteiramente sujeita ao regime de controle privado e propriedade privada. Cada computador pertence a uma pessoa ou entidade. Além disso, as ligações entre um computador e outro são também privadas na maioria das vezes, ou ao menos administradas por uma entidade específica. Como exemplo, fibras óticas pertencem a empresas de telecomunicação, assim como os fios de cobre da rede telefônica. O espectro radioelétrico, por sua vez, tem suas faixas de frequência concedidas a operadores privados, e por eles controladas.

O mesmo ocorre quanto à camada lógica: seu controle é predominantemente privado. Sistemas operacionais como o Microsoft Windows são de propriedade da empresa que os criou. Inúmeros outros programas fundamentais para o funcionamento da rede são também de propriedade de outras entidades ou outros indivíduos. É claro que, com o movimento dos *commons* ou do software livre, começam a existir porções importantes da camada lógica que se

tornam abertas, não sujeitas ao controle de uma entidade específica. Em todo caso, pode-se assumir que a maior porção da camada lógica é privada.

Por fim, o **conteúdo** transmitido pela rede é também, em grande parte, controlado por regimes de propriedade, como os direitos autorais, os direitos de marca ou outras formas de proteção à propriedade intelectual. Aí também se incluem os contratos, os termos de uso e os “contratos por clique”, todos configurando-se como instrumentos de controle do conteúdo que trafega na rede.

Esse controle, entretanto, não é absoluto. Em cada uma das camadas, existem ainda alguns elementos que se configuram como *res commune*, isto é, bens de todos e, ao mesmo tempo, bens de ninguém, não sujeitos ao controle específico de ninguém ou de nenhuma entidade. A doutrina norte-americana denomina esses elementos “livres” *commons*.¹³

Os *commons* sempre estiveram presentes na vida humana ao longo da história, e a vida em sociedade depende profundamente de bens mantidos como tais. Como exemplos de *commons* podem ser mencionadas as praças, as ruas, os parques públicos, as praias. Entretanto, o conceito é muito mais complexo e abrange também, por exemplo, as fórmulas matemáticas, as receitas culinárias, as obras intelectuais em domínio público, as patentes expiradas, os fatos, a proteção conferida pelas Forças Armadas, a iluminação pública, os faróis etc.

O que define se um determinado bem é um *common* não é sua possibilidade intrínseca de compartilhamento por todos, mas sim o regime pelo qual uma determinada sociedade decide lidar com um determinado recurso. O ar é o típico exemplo de bem passível de compartilhamento por todos, configurando-se como um bem **não-competitivo**: o fato de eu respirar não priva ninguém mais da possibilidade de fazer o mesmo, em igualdade de condições. Há outros bens **não-competitivos**, entretanto, que a sociedade decide manter em regime privado, como se verá adiante.

Por sua vez, parques, praias, ruas e praças não são passíveis “naturalmente” de compartilhamento por todos: se eu me aproprio do terreno de uma praça, aquele terreno passa a pertencer apenas a mim e a mais ninguém. Trata-se de bens **competitivos**. Entretanto, apesar disso, são mantidos em regime de *commons*. Se alguém se utiliza exclusivamente de uma praça, impede que ou-

¹³ Lessig, 2001.

tras pessoas façam o mesmo. É a sociedade, desse modo, que escolhe manter determinados bens, ainda que competitivos, como *res commune*.

Como exemplo de outros bens que possuem a característica intrínseca de serem **não-competitivos**, de serem *res commune* por sua natureza, cabe mencionar as fórmulas matemáticas, as músicas, as obras literárias, os fatos, os faróis marítimos e a iluminação pública. As obras literárias, as músicas e outras obras intelectuais são **competitivas** apenas na medida em que se materializam em um suporte físico. De outro modo, não são competitivas. Assim, com o advento da tecnologia digital e da internet, as obras intelectuais perderam seu suporte físico e passaram a tornar-se cada vez mais bens **não-competitivos** puros. Enquanto dependem do suporte físico, são **não-competitivos** impuros. Quando não dependem dele, aproximam-se de ser **não-competitivos** puros.

Se eu tenho um determinado texto em meu computador, posso copiá-lo para outra pessoa sem, no entanto, perder minha cópia do texto. Ao final do processo, tanto eu quanto a outra pessoa teremos o mesmo texto, de modo idêntico. O mesmo princípio aplica-se ao conhecimento contido nas fórmulas matemáticas, ou, ainda, ao benefício gerado por um farol marítimo: não é possível excluir naturalmente outras pessoas de se beneficiarem desses bens.

Entretanto, é a sociedade que decide fazer com que uma parte desses bens “não-competitivos” não seja tratada como *commons*. Com isso, a sociedade cria diversos artifícios que trazem uma **competitividade artificial** a esses bens, que não faz parte da sua natureza. Como exemplo desses elementos que trazem uma competitividade artificial, podem ser mencionados os direitos autorais. Eles estabelecem um monopólio sobre criações intelectuais que, de outro modo, seriam livres. Ao mesmo tempo, garantem que, após o decurso de um determinado período de tempo, essas criações voltarão à comunidade de modo livre, tornando-se então *res commune*, como é de sua natureza, compondo então o domínio público.

Essa análise dos bens **competitivos**, **não-competitivos** e *commons*, e de **propriedade** é importante para se examinarem as repercussões que cada um desses regimes produz sobre os sistemas de comunicações na era digital. Enquanto o sistema de comunicação humana é composto predominantemente por *commons* (no nível **lógico**, a linguagem e os idiomas não pertencem a ninguém e, no nível de conteúdo, o direito autoral não interfere diretamente no que pode ser expresso pela voz humana), os sistemas de comunicação da internet

tornam-se, cada vez mais, compostos por camadas **proprietárias**,¹⁴ uma das questões fundamentais para este estudo. Na medida em que as camadas **proprietárias** predominam, controlando as comunicações digitais, a sociedade deixa de ter acesso ao elemento mais fundamental para seu desenvolvimento e sua inovação: os *commons*. Sem *commons*, é impossível conceber a possibilidade de inovação e desenvolvimento continuados, especialmente porque o principal *common* em jogo é a **informação**.¹⁵

Veja-se, por exemplo, o quadro 1,¹⁶ que compara a presença de regimes de propriedade ou de *res commune* em diversos sistemas de comunicação e suas respectivas camadas.

Quadro 1

Camada	Praça pública	Estádio	Telefone	Internet
Conteúdo	Livre (<i>commons</i>)	Livre (<i>commons</i>)	Livre (<i>commons</i>)	Proprietário
Código	Livre (<i>commons</i>)	Livre (<i>commons</i>)	Proprietário	Proprietário
Camada física	Livre (<i>commons</i>)	Proprietário	Proprietário	Proprietário

Com isso, não é preciso enfatizar, por ser patente, a dimensão do problema em questão neste livro: os canais pelos quais passa a informação, bem como a própria informação em si, gradualmente, se tornam privados e reduzem o espaço dos *commons*, fundamentais à inovação humana descentralizada. Considerando-se o fato de que as comunicações digitais, cada vez mais, tornam-se mais importantes para a comunicação humana, em comparação com todas as outras formas de comunicação, a questão adquire ainda maior relevância.

Ou na análise feita por Yochai Benkler, autor desta moldura analítica:¹⁷

Estamos fazendo escolhas reguladoras em todas as camadas do ambiente da informação – sua estrutura física, sua infra-estrutura lógica e a cama-

¹⁴ O termo “proprietário”, um anglicismo derivado de *proprietary*, é utilizado no sentido de denotar bens que são controlados por regimes de propriedade ou regimes de direito, ou ainda outras formas de controle que os colocam sob a égide de um determinado indivíduo ou uma entidade específica.

¹⁵ Lessig, 2001.

¹⁶ Esse quadro é adaptado de Lessig (2001:25). Foram feitas modificações para adaptá-lo ao contexto explicativo em questão.

¹⁷ Benkler, s.d. Disponível em: <www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v52/no3/benkler1.pdf>.

da de conteúdo – que ameaçam controlar o ambiente informacional na medida em que este se torna cada vez mais central para nossa vida social. Essas escolhas incluem decisões sobre o direito da propriedade intelectual, que podem fazer com que a propriedade sobre o conteúdo se torne um fator de reconcentração. Como exemplo, cito as decisões sobre a criação de software e padrões a ele conexos, e a regulação da infra-estrutura física disponível para as comunicações pela internet, como os serviços de conexão por cabo em banda larga. Em todas essas camadas, uma escolha errada pode levar à reprodução de um modelo semelhante ao da mídia de massa, com todos os seus defeitos, ainda que se tenha em vista um ambiente conectado digitalmente. Evitar que tais erros sejam cometidos deve ser o foco dos esforços com relação à regulação estrutural dos meios de comunicação.

(...)

É através de uma participação aberta e equânime que poderemos garantir uma democracia discursiva robusta e liberdade de expressão para o indivíduo.

A seguir, explicita-se o segundo modelo de análise empregado ao longo deste estudo, consistente nas formas de regulação importantes para a tecnologia digital.

Formas de regulação

Se as camadas que compõem o sistema de comunicação da internet e do meio digital estão sendo cada vez mais controladas, quais são os fatores que regulam esse controle? Em outras palavras, que elementos devemos considerar efetivos na regulação da internet? A seguir, discute-se o segundo modelo de análise deste estudo, desenvolvido por Lawrence Lessig, tratando das formas relevantes de regulação com relação ao avanço tecnológico.¹⁸

O argumento de Lessig começa no século XIX, quando a ideologia liberal dominante se preocupava, sobretudo, com a manutenção e a garantia da **liberdade**.¹⁹ Conforme a visão liberal clássica, a principal ameaça que se punha à liberdade consistia no poder do Estado e na sua capacidade de gerar a lei.

¹⁸ Lessig, 1999a.

¹⁹ Lessig cita John Stuart Mill e sua obra *On liberty*, como paradigma desse pensamento.

Entretanto, o foco libertário de preocupação com a lei, por sua vez, decorre de uma questão metodológica anterior, que é a mesma aplicada para a confecção da moldura analítica aqui empregada.

O enfoque liberal clássico na lei decorre da seguinte pergunta: quais são os fatores que efetivamente ameaçam a liberdade? No século XIX, a resposta a esta pergunta era clara: a lei. Entretanto, na realidade tecnológica que se presencia hoje, há muito a lei deixou de ser o único fator que contribui para a maior ou menor liberdade individual, ou para a regulamentação da sociedade da informação. Portanto, se colocarmos a mesma questão hoje – quais são os fatores que ameaçam a liberdade da sociedade da informação, da internet e da tecnologia digital? –, encontraremos, pelo menos, quatro respostas: a lei, as normas sociais, o mercado e a arquitetura ou código.

A seguir, descreve-se brevemente cada um desses fatores. Acima de tudo, o argumento aqui traçado chama a atenção para o quarto desses elementos, a **arquitetura** ou **código**, como um dos mais importantes fatores a ser considerado atualmente.

Por **lei**, entende-se todo o conjunto normativo estatal, embasado constitucionalmente, em suas mais diversas naturezas e categorias hierárquicas. Já as **normas sociais** são não só os usos e costumes, como também qualquer postulação normativa compartilhada por comunidades ou inerente a determinadas situações e circunstâncias. O **mercado** é o outro fator relevante da regulação, por se tratar do mecanismo predominante de acesso aos bens econômicos. Por fim, por **arquitetura**, entende-se a estrutura inerente de como as coisas são construídas e ocorrem. Esta última torna-se um fator regulador cada vez mais importante na sociedade da informação, como se verá.

Esse modelo de análise que leva em consideração esses quatro elementos pode ser utilizado não somente para compreensão da regulação da internet, mas também para o entendimento de qualquer outra pretensão reguladora.

Considere-se, a título de exemplo, a regulação da atividade de fumar.²⁰

Do ponto de vista **legal**, há inúmeros fatores relevantes que regulam essa atividade. Por exemplo, a **lei** regula a atividade de fumar proibindo expressamente o fumo a bordo de aeronaves.²¹ Isso tem o efeito direto e imediato de

²⁰ Lessig, 1999a:87.

²¹ Lei nº 9.294, de 15-7-1996, art. 2º, §2º.

impedir, por força de lei, que pessoas possam exercer essa atividade enquanto viajam em um avião de carreira, por exemplo.

Entretanto, a regulação da atividade de fumar não decorre somente da lei. Ela decorre também de **normas sociais**. Essas normas podem induzir alguém a não fumar em veículos outros que aqueles estabelecidos na lei. Por exemplo, passageiros em um veículo privado podem sentir-se constrangidos em fumar, exceto se obtiverem permissão dos demais passageiros que o ocupam. Elas podem também induzir o fumante a não praticar essa atividade durante refeições em companhia de outras pessoas, ou ainda próximo a crianças pequenas.

O **mercado** é outro fator que regula a atividade de fumar. Se o preço dos cigarros sobe, menos pessoas terão condições de fumar.

Por fim, a própria **arquitetura** do cigarro, suas características intrínsecas, também regulam a atividade de fumar. O fato de cigarros terem ou não filtro, por exemplo, é levado em consideração pelo fumante na hora de optar por fumar: cigarros com filtro incentivam o fumante a consumir um maior número de cigarros do que se houvesse apenas cigarros sem filtro. Ou ainda mais importante: o fato de os cigarros conterem nicotina, uma substância que causa dependência, influencia diretamente o hábito de fumar. Controlando a quantidade de nicotina presente no cigarro, é possível incentivar ou desestimular o fumo. Desse modo, dependendo da própria **arquitetura** do cigarro (mais ou menos nicotina, com filtro ou sem filtro), mais ou menos pessoas irão praticar o ato de fumar.

Note-se que, de todas as modalidades reguladoras, a lei é a que possui a posição mais privilegiada sobre todas as outras. Isso ocorre porque a lei é a única que, por sua própria natureza, tem a capacidade de regular os demais fatores. Assim, a lei pode regular determinada situação diretamente, ou, então, pode fazer isso **indiretamente**, influenciando os outros elementos reguladores para tanto. Ao influenciar esses outros fatores reguladores, a lei acaba influenciando também o objeto de regulação de um modo geral.

Considere-se novamente a atividade de fumar. No primeiro exemplo dado, a lei proíbe diretamente essa atividade (a bordo de aeronaves). Entretanto, a lei se vale também da sua prerrogativa de influenciar os outros fatores na tentativa de regular o fumo. A lei influencia, por exemplo, as normas sociais. É o caso da Lei nº 10.167, de 2000, que estabelece os critérios aplicáveis às comunicações publicitárias relativas à propaganda do fumo. Entre outras disposições, a lei obriga a inclusão, em toda propaganda de cigarros, de dizeres como “O Minis-

tério da Saúde adverte: evite fumar na presença de crianças”.²² Desse modo, a lei tem por objetivo influenciar as normas sociais que afetam o fumo, na tentativa de reprimir essa atividade.

A lei também influencia o **mercado** de cigarros. Graças à pesada incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados, cujas alíquotas são elevadas especificamente quanto ao fumo, os preços dos cigarros aumentam de forma substancial. Este é outro modo de fazer com que a demanda por cigarros se torne menor e, assim, restringir a atividade de fumar nos limites jurisdicionais aplicáveis.

Por fim, a lei pode optar por regular **arquiteticamente** a atividade de fumar. É o caso, por exemplo, quando a lei regula o limite de nicotina que um cigarro pode conter, ou quando estabelece a proibição da comercialização de cigarros feitos com fumo modificado por meio de engenharia genética. É também o caso de regulação arquitetônica quando a lei estabelece limites de horário para venda de cigarros, ou limites quanto aos tipos de estabelecimentos que podem comercializar cigarros. Todos esses fatos, pertinentes ou relevantes à arquitetura do ato de fumar e influenciados pela lei, acabam tendo impacto sobre essa atividade globalmente considerada.

A utilização da **arquitetura** ou **código** como forma de regulação não é nova. Napoleão III, em 1853, reconstruiu Paris com amplas avenidas, *boulevards* e múltiplas passagens, ciente de que a arquitetura antiga da cidade, composta de ruas estreitas, permitia facilmente o estabelecimento de barricadas, possibilitando que insurreições pudessem controlar a cidade por meio do bloqueio de vias cruciais.

Do mesmo modo, vários países utilizam a arquitetura para regular a separação de poderes, por exemplo, fazendo com que o tribunal constitucional não fique na mesma cidade que os demais poderes. Na Alemanha, o tribunal constitucional fica sediado em Karlsruhe e não em Berlim. Na República Tcheca, em Brno, e não em Praga. A razão é manter o tribunal constitucional longe da influência dos demais poderes, reforçando assim sua independência e dificultando pressões regulares.

Quando se está lidando com questões ligadas à tecnologia, à informação e à internet, importa considerar esses mesmos fatores. Entretanto, um destaque

²² Lei nº 10.167, de 27-12-2000, art. 3º, §2º.

ainda maior ao fator regulador da **arquitetura** ou **código** é fundamental. A **lei**, por exemplo, exerce controle direto sobre o conteúdo que trafega pelos canais digitais de comunicação por meio do direito autoral, dos dispositivos penais sobre calúnia, injúria e difamação, entre outros. **Normas sociais** também fazem isso: o envio de mensagens de e-mail com conteúdo excessivamente grande, ocupando muito espaço na caixa postal do destinatário, geralmente é constrangido pela ética da rede, em alguns casos até mesmo apelidada de “Netiqueta”.²³ Dessa forma, em uma lista de discussões sobre um determinado tema, por exemplo, **reforma do Judiciário**, é evidente que não se deve falar longamente sobre **jardinagem**, sob pena de violação dessas normas e eventual punição, por meio de banimento, exclusão de mensagens e outras.

O mercado, igualmente, possui enorme influência sobre o comportamento na internet. Primeiramente, os preços de conexão definem quem tem acesso ou não à rede. Imensas áreas de conteúdo, sobretudo, estão sendo cada vez mais e mais **fechadas**, tornando-se acessíveis apenas àqueles que possuem senha e pagam regularmente pelo acesso a elas. Com isso, a rede, originariamente livre e acessível a todos, passa a selecionar que tipo de informação é acessível a certas pessoas de acordo com critérios mercadológicos.

Para que isso aconteça, a **arquitetura** ou **código** é fundamental. A arquitetura afeta profundamente a internet e os canais digitais de comunicação. É valendo-se dela que se torna possível a construção de ferramentas e a implementação de mecanismos para o **fechamento** de conteúdo na rede. Dependendo da arquitetura, uma determinada mensagem enviada pode ser interceptada e lida por quaisquer terceiros enquanto trafega até o destinatário (tal qual um cartão-postal), ou pode ser fechada, permitindo que apenas o seu destinatário possa lê-la (tal qual um envelope fechado). É o caso, por exemplo, das comunicações com sites de bancos, onde as mensagens trocadas entre o banco e o usuário só podem ser lidas por esses dois pólos da comunicação, e não por intermediários. Isso ocorre não por existir uma lei, uma norma social ou por fatores diretamente atribuídos ao mercado. Isso acontece porque a arquitetura da comunicação com o banco é diferente da comunicação com outros usuários e, portanto, torna-se confidencial entre as partes graças a um mecanismo téc-

²³ Introdução à Netiqueta. Disponível em: <www.icmc.sc.usp.br/manuals/BigDummy/netiqueta.html>.

nico chamado criptografia, independente da intervenção da lei, do mercado ou de normas sociais. Aliás, esta é uma das principais conseqüências da regulação arquitetônica: ela produz efeitos imediatos, com imensa efetividade, independente dos outros fatores reguladores.

Como exemplo de regulação **arquitetônica** que produz efeitos independentes da lei com relação à tecnologia digital, podem ser mencionados os mecanismos técnicos empregados para a proteção de DVDs. Conforme já mencionado, um DVD vem hoje protegido pela mesma tecnologia empregada em sites bancários (a criptografia), para impedir que seja copiado ou até mesmo executado fora das áreas geográficas predeterminadas pela indústria cinematográfica. Assim, quem quiser copiar um determinado DVD para seu computador, ou executar um determinado DVD adquirido em outra área geográfica, será impedido tecnicamente de fazê-lo, independentemente do que a lei diz a respeito dos seus direitos de uso legítimo e de outras permissões ou licenças. Assim, como já foi exemplificado, um DVD comprado nos Estados Unidos, na maioria das vezes, não pode ser executado por aparelhos fabricados no Brasil, ainda que o usuário seja titular de todos os direitos legítimos de execução quanto ao seu conteúdo. Por conseqüência, a regulação arquitetônica pode ampliar ou restringir direitos de modo significativo, em detrimento da lei.

O problema é que, por sua natureza, esse tipo de regulação não passa pelo escrutínio dos canais democráticos. São meios silenciosos, quase imperceptíveis, de se regular a rede, bem como de se restringir ou aumentar o acesso à informação. A história recente tem demonstrado que, por causa de transformações em sua arquitetura, a internet vem passando por um verdadeiro momento de **fechamento** de conteúdo. A estrutura que havia em 1995 não existe mais. Naquela época, os principais formatos de acesso e troca de informações (FTP, SMTP e HTML)²⁴ eram abertos, isto é, não sujeitos a nenhuma espécie de regulação arquitetônica, exatamente pelo fato de que sua arquitetura era

²⁴ Todos esses formatos correspondem a protocolos de acesso e linguagens da rede. FTP significa *file transfer protocol* e permite a troca de arquivos de um computador para outro. SMTP significa *simple mail transfer protocol* e foi responsável pelo surgimento do e-mail. Os dois primeiros são antigos e surgiram quase simultaneamente na infância da internet. Já a linguagem HTML, que significa *hyper text markup language*, surgiu em 1991 e foi responsável pela criação da World Wide Web. O que os caracteriza é o fato de serem abertos, não sujeitos a qualquer espécie de controle arquitetônico regulador fundado em sua própria estrutura.

planejada para garantir esse tipo de abertura e uma dificuldade de controle. Por “abertura”, entende-se que esses padrões não pertencem a ninguém e ninguém exerce controle isolado sobre suas peculiaridades técnicas. Modelos abertos são, assim, desenvolvidos e supervisionados em conjunto por todos os usuários da rede, e ninguém exerce monopólio de controle sobre eles. Por isso, ninguém controlava a linguagem sobre a qual as informações trafegavam na rede em 1995. Não é o caso hoje, como se verá nos capítulos que se seguem, em grande parte devido a modificações na arquitetura da rede e outras modificações na lei.

Nesse sentido, a cada dia, formatos de arquivos abertos são substituídos por formatos fechados, cujo controle, na maioria das vezes, pertence a uma única empresa ou entidade. Da mesma forma, projetos como o protocolo chamado P3P²⁵ irão permitir que o próprio código dos programas utilizados para navegação na internet reconheça imediatamente direitos e deveres inerentes a informações que estão sendo transmitidas. Com isso, a própria arquitetura da rede poderá habilitar ou desabilitar automaticamente, sem qualquer intervenção do usuário, ou da lei, determinados direitos de acesso e restringir outros. O próprio código selecionará que tipo de informação pode ou não chegar a um usuário, bloqueando todas as outras.²⁶ Trata-se de situação em que o código da internet deixa de ser aberto e passa a ser controlado por si mesmo, de acordo com interesses específicos de quem o controla.

O exemplo mais claro e significativo é o dispositivo conhecido por Palladium, em desenvolvimento pela Microsoft.²⁷ Em síntese, trata-se de um

²⁵ P3P significa *platform for privacy preferences* (plataforma para preferências de privacidade) e é uma especificação que permitirá aos programas de acesso à internet, como Internet Explorer e Netscape, automaticamente entenderem políticas de privacidade determinadas arquitetonicamente pelo código. Cf. Webopedia. Disponível em: <www.webopedia.com/TERM/P/P3P.html>.

²⁶ Ver os exemplos de implementação de filtros de conteúdo na China, que nada mais são do que programas de computador (código) instalados em nós da rede, que selecionam automaticamente o que pode ou não ser acessado pelos cidadãos chineses: “*As expected, pro-democracy, Taiwanese and Tibetan sites are strictly off-limits to Chinese Internet users. So are health sites, Web pages from U.S. universities, online comic books and science-fiction fan centers and the Jewish Federation of Winnipeg’s Internet home*”. Cf. Schchtman, Noan. An inside look at China filters. *Wired Magazine*. Disponível em: <www.wired.com/news/politics/0,1283,56699,00.html>.

²⁷ O nome Palladium, pela conotação negativa, foi substituído por Next-Generation Computing Base for Windows. Cf. Microsoft. Disponível em: <www.microsoft.com/presspass/features/2002/jul02/0724palladiumwp.asp>.

sistema de gerenciamento digital de direitos, embutido na plataforma do sistema operacional dominante, Microsoft Windows. Ao que tudo indica,²⁸ as próximas gerações desse programa virão com um sistema que controlará automaticamente os direitos que um determinado usuário detém sobre o conteúdo que trafega em seu computador, bem como sobre o software que compõe a sua camada lógica. Isso quer dizer que, se um determinado usuário desejar executar uma música, um texto, um filme ou um determinado arquivo, ele terá de comprovar que possui direitos sobre aquele conteúdo. Caso não os possua, o próprio sistema operacional irá recusar-se a executar esse conteúdo, em detrimento de qualquer participação do usuário ou de seus direitos legítimos. Trata-se do código controlando o código, com auto-executoriedade absoluta. Os próprios modelos de negócio quanto à mídia digital poderão ser modificados: haverá a possibilidade, por exemplo, de que um usuário obtenha o direito de ouvir uma música por três vezes. Após a terceira vez, o sistema automaticamente impedirá uma quarta audição, bloqueando o arquivo original. Estes são apenas alguns dos exemplos. As aplicações dessa tecnologia são as mais diversas possíveis.²⁹

O problema desse mecanismo **arquitetônico** de regulação é – além de não passar pelo escrutínio dos canais burocráticos – possuir uma característica de auto-executoriedade e inflexibilidade que nenhuma das outras formas de regulação possui. Tanto a lei quanto as normas sociais existem na realidade social. Um indivíduo maduro e integrado à sociedade as internaliza e passa a se comportar de acordo com elas. Em caso de violação, é a sociedade, por meio de um procedimento previamente estabelecido e transparente, que faz a aplicação da norma e, eventualmente, da sua punição conexa, *a posteriori*. Mesmo o mercado, que pode trabalhar com regulações cujo efeito não é *a posteriori*, mas sim simultâneo à ação (primeiro é preciso pagar o preço, para depois ter acesso ao produto), é um dado social e socialmente controlado, dotado de flexibilidade (posso comprar com crédito, ou posso pedir dinheiro emprestado, o que permite obter acesso, apesar de limitações econômicas em determinado tempo). A regulação **arquitetônica** ou pelo **código** não é assim. Sua aplicação não depende do escrutínio de nenhum processo social ou da intervenção

²⁸ Cf. Microsoft. Disponível em: <www.microsoft.com/presspass/features/2002/jul02/0724palladiumwp.asp>.

²⁹ Ibid. Para uma descrição técnica das funcionalidades do sistema conhecido por Palladium.

de nenhum indivíduo, quanto mais da sociedade como um todo. Todo o seu efeito é determinado *a priori*, e também *a priori* é executado.

Como ilustração, convém lembrar o exemplo de regulação pelo **código** que ocorreu quanto aos silos nucleares norte-americanos. Nos primórdios da construção dos primeiros, cada silo era controlado por equipes militares próprias. Para o lançamento de um míssil nuclear, a equipe recebia a ordem de um superior hierárquico específico e, a partir daí, implementaria essa ordem. Entretanto, a estrutura militar norte-americana começou a ter receios a respeito de eventuais dúvidas ou desobediências, decorrentes desses diversos intermediários humanos de verificação. Um militar em um determinado silo, ao receber uma ordem de lançamento, poderia duvidar da ordem recebida ou se recusar a cumpri-la. Poderia até ser submetido a uma corte marcial, mas durante todo o processo haveria o escrutínio social e humano dos eventos. A preocupação com essa estrutura em que o “fator humano” era central levou à sua substituição por uma estrutura tecnológica, que, atualmente, permite o lançamento de mísseis nucleares por meio de um botão, acionado diretamente pelo presidente da República nos Estados Unidos. Entre a ordem do presidente e o lançamento dos mísseis, não existe nenhum canal de verificação humana ou social. A ordem é auto-executável.³⁰ Isso traz considerações a respeito da manutenção, se desejável ou não, do modelo anterior, em que o “fator humano” continua valorizado.

O mesmo ocorre com a regulamentação pelo **código** na internet. Com o avanço cada vez mais significativo desta modalidade, o “fator humano” fica cada vez mais de lado. Com ele, ficam também o direito democraticamente estabelecido, as normas sociais, bem como quaisquer outros fatores sociais. Tudo é substituído pela decisão fria e apriorística do código, sem intermediários, juízes ou supervisores.

Ao longo deste livro, serão discutidas as relações entre a **lei**, as **normas sociais** e o **código**, e, em menor grau, o **mercado**. Esses quatro elementos contribuem para a regulação do sistema de comunicações fundado na tecnologia digital em suas três camadas: **física**, **lógica** e de **conteúdo**. No início de cada capítulo ou seção relevante, há um quadro sinóptico, com um resumo das

³⁰ Lessig, 1999a, apêndice.

principais relações entre as formas de regulação em questão (lei, normas sociais, arquitetura e mercado) e suas conseqüências e eventuais relações com cada uma das camadas do sistema de comunicações da internet (física, lógica e de conteúdo).

É a conjugação desses dois modelos de análise que permitirá que se visualizem os principais caminhos reguladores globais e brasileiros, bem como, efetivamente, o direito derivado da tecnologia.

O DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT: A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES E O CONTEÚDO NA REDE

Quadro 2

Camadas afetadas	Formas de regulação		
	Lei	Norma	Código
Física	Obstrução de canais por causa de dispositivos legais		Disponibilização de menos canais por temor de responsabilidade
Lógica	Adoção de software para gerenciamento de conteúdo		Disponibilização de menos serviços na rede por temor de responsabilidade
Conteúdo	Retirada maciça de conteúdo da rede	Retirada de conteúdo por advogados, sem respaldo legal	Incentivo à adoção de conteúdo “trancado” para isenção de responsabilidade

Mapeamento do problema

A tecnologia digital conjugada com a internet tornou muito fácil a cópia e a distribuição de material protegido pelo direito autoral. Várias formas de expressão protegidas podem ser transformadas para o formato digital, tais como textos, vídeos e sons, e a internet permite, de modo muito fácil, a circulação desses bens intelectuais. Em face disso, a resposta do direito foi inicialmente de espanto. Pregava-se, no começo da década de 1990, que era impossível regular a internet pelos meios jurídicos tradicionais.³¹ Naquele momento, tal

³¹ “Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not

crença permitiu o florescimento da rede de forma nunca sequer imaginada, fazendo com que, em 1995, ela fosse o meio mais livre e democrático, bem como pluralista, de circulação de informações. Ao longo de um curto período de tempo, tal crença cedeu lugar à sua antítese: a hipertrofia de formas tradicionais de proteção à propriedade intelectual como reação à suposta “anarquia” da internet. O que era livre passou a ser severamente controlado.

Um dos primeiros produtos dessa antítese à liberdade inicial quase absoluta foi o Digital Millennium Copyright Act (DMCA), um texto normativo adotado nos Estados Unidos em 1998, com o objetivo de modificar o regime de proteção à propriedade intelectual, mais especificamente os direitos autorais, no sentido de combater a facilidade de cópia, de circulação e, conseqüentemente, de violação de direitos autorais, trazida pela conjugação da tecnologia digital com a internet. As disposições do DMCA ampliaram de forma significativa os tradicionais limites do direito autoral, tais como forjados no século XIX. Como exemplo dessa ampliação, o DMCA criminalizou quaisquer iniciativas que tivessem por objetivo violar mecanismos técnicos de proteção à propriedade intelectual, isto é, bens intelectuais, na forma digital porventura implantados. Este aspecto específico do DMCA será analisado de modo aprofundado quando for tratada a questão das conseqüências dessas transformações legais para o equilíbrio de interesses na internet. Neste momento, cumpre focar outro aspecto do DMCA, qual seja, a necessidade de extensão da responsabilização de terceiros pela violação de direitos autorais.

Nesse sentido, na tentativa de bloquear a facilidade de circulação de material protegido por direito autoral, o DMCA previu uma série de mecanismos que imputariam a terceiros a responsabilidade por tais violações. Um exemplo disso é a imputação aos provedores de serviços de acesso (PSAs) e provedores de serviços online (PSOs) na internet da responsabilidade por infrações a direitos autorais cometidas por seus usuários. Note-se o impacto dessas disposições: o DMCA cria um mecanismo em que socializa a responsabilização por violações a bens intelectuais, estendendo tal responsabilidade àqueles que não foram propriamente agentes dessas violações. Mais ainda, o DMCA cria uma

welcome among us. You have no sovereignty where we gather.” Cf. Declaração de Independência da Internet. Disponível em: <www.cni.org/Hforums/roundtable/1996-01/0248.html>. Acesso em: 20 dez. 2002.

série de “portos seguros” (*safe harbors*), para isenção de responsabilidade. Estes nada mais são do que um rol de requisitos que, se atendidos, excluem a possibilidade de se responsabilizar um provedor pelas violações cometidas por seus usuários. Dessa forma, suas normas têm um impacto direto sobre a organização dos provedores e o modo como estes lidam com a disseminação da informação, como se verá adiante.

Mais importante, o DMCA passou a ter valor persuasivo para outros ordenamentos jurídicos que enfrentam problemas semelhantes. Indubitavelmente, dado o caráter global da internet, também o Brasil enfrenta questões semelhantes. Isso levou a Ordem dos Advogados do Brasil a elaborar e apresentar, em 1999, o Projeto de Lei nº 1.589 ao Congresso Nacional, dando conta de várias dessas questões. Naturalmente, o projeto de lei apresentado difere bastante do DMCA. Entretanto, o DMCA exerce uma influência retórica imensa sobre a interpretação do projeto brasileiro, ou mesmo sobre praticantes do direito no Brasil quanto à resposta a essas perguntas.

Por tudo isso, a seguir, analisam-se comparativamente as disposições do DMCA no que tange à responsabilidade de provedores de serviços de acesso e de provedores de serviços online na internet, com respeito às soluções propostas no Brasil, ainda sob apreciação no Congresso Nacional. O que importa destacar nessa análise não é propriamente se tal legislação será adotada ou não no Brasil, mas sim os mecanismos de influência, trazidos pelos ventos da globalização, sobre a forma como são resolvidos problemas semelhantes em Estados nacionais que não sejam aqueles que propõem um modelo universalizante como o DMCA.

Responsabilidade dos provedores de serviços na internet: comparação entre o DMCA e as propostas do direito brasileiro

Até o presente momento, o Brasil ainda não adotou nenhuma disposição legal específica regulamentando a responsabilidade dos provedores de serviços de acesso (PSAs) e dos provedores de serviços online (PSOs). No entanto, existe, em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 1.589, apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil, que propõe regular especificamente o tema. Por meio da análise comparativa desse projeto de lei com o

modelo proposto pelos Estados Unidos com o DMCA, é possível ponderar sobre as influências deste sobre as respostas que se pretende dar à questão no Brasil.

Assim, o estudo comparativo que se propõe não pretende abordar a questão, por exemplo, do ponto de vista da proteção ao consumidor, mas sim da perspectiva do surgimento de uma responsabilidade específica dos PSOs e PSAs, decorrente da necessidade de proteção à propriedade intelectual.

Breve histórico da regulamentação proposta no Brasil

Em 1999, a Ordem dos Advogados do Brasil, em São Paulo, criou uma comissão especial com o intuito de redigir uma lei modelo a ser apresentada ao Congresso Nacional. Tal lei regulamentaria de maneira geral o “comércio eletrônico” no Brasil. Naquela época, a internet já contava com um número de usuários significativo, o que justificava a preocupação de responder às necessidades de regulamentação.

A comissão apontada enfocou três grandes temas no anteprojeto de lei: regulamentação do comércio eletrônico, validade dos documentos eletrônicos e assinaturas digitais. Entre os itens sobre comércio eletrônico, a comissão incluiu uma série de dispositivos referentes especificamente à responsabilidade dos PSAs e PSOs, que foram designados pelo texto do anteprojeto inicialmente como “intermediários”, denominação posteriormente abandonada e substituída pelo termo genérico “provedores”.

O anteprojeto teve uma boa recepção no Congresso Nacional e, por intermédio do deputado Luciano Pizzato, tornou-se oficialmente o Projeto de Lei nº 1.589, de 1999. Em 2001, a legislação proposta foi apensada a outro projeto de lei, do deputado Júlio Semeghini, e ambos os projetos foram consolidados em um texto único no Projeto de Lei nº 4.906, de 2001.

As duas maiores influências em termos de modelos internacionais que inspiravam o projeto de lei apresentado eram a Lei Modelo da Uncitral, sobre Comércio Eletrônico, e as discussões propostas para a diretiva regulando o comércio eletrônico no Parlamento europeu.³²

³² Estas influências são expressamente mencionadas no relatório preparado pela Comissão Especial apontada para avaliar o Projeto de Lei nº 1.483 de 1999 (2000). Disponível em: <www.juliosemeghini.com.br/projeto01.htm>. Acesso em: 14 nov. 2001. O memorando não inclui, no entanto, detalhes específicos sobre as “discussões” no Parlamento europeu.

Com relação aos contornos da responsabilidade dos PSOs e PSAs prevista, há poucos indicativos oficiais disponíveis publicamente sobre que intenção e interesses devem ser protegidos. Um indicativo é dado pelo relatório entregue ao Congresso por um grupo de especialistas oficialmente indicados para avaliar o projeto de lei. Nesse relatório, apontam-se as seguintes justificativas para a regulação proposta:

Com relação ao comportamento dos provedores com a privacidade de seus clientes, há que se criar o conceito de responsabilidade num ambiente em que se saiba que eles, provedores, não terão condições de conhecer todas as informações que trafegam na rede por seu intermédio. Nesse aspecto, o dr. Costa também sugere que sejam adotados modelos de legislações já existentes em outros países, a exemplo da França. O princípio a ser seguido em relação aos provedores, segundo dr. Costa, é o que considera que eles não têm responsabilidades sobre os dados que trafegam por seu intermédio, mas, a partir do momento em que têm conhecimento inequívoco de que estão servindo para instrumentalizar ilícitos, devem promover a imediata suspensão desses serviços.³³

Da história legislativa do projeto de lei disponível publicamente, não consta nenhuma referência expressa ao Digital Millennium Copyright Act. No entanto, um interesse crescente sobre as disposições do DMCA pode ser notado no Brasil. Um exemplo são as atas de reunião da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), publicadas na internet. A ABPI organizou diversos encontros em 2001, para a discussão das disposições do DMCA e a possibilidade de extrair delas modelos normativos, para sugestão ao Congresso Nacional, com a possível inserção no projeto de lei ora em curso. Por exemplo, na ata da reunião de 16 de maio de 2001, a ABPI expressamente menciona o seguinte, com relação à responsabilização de PSOs e PSAs, e ao DMCA:

³³ Comissão especial destinada a apreciar e proferir parecer ao Projeto de Lei nº 1.483 de 1999 do senhor deputado Dr. Hélio, que “institui a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de comércio eletrônico”, e apensado. Disponível em: <<http://computerworld.terra.com.br/noticias/imagens2/1483relatorio.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2002. Dr. Costa refere-se a Marcos da Costa, responsável pela comissão da OAB-SP, quanto à redação do anteprojeto de lei por esta sugerido. Os termos adotados em 1999 foram modificados em 2001 quando da criação do Projeto de Lei nº 4.906, substituindo, por exemplo, o termo “intermediários” por “provedores”.

Foram abordados igualmente aspectos relacionados ao tratamento da responsabilidade de intermediários em comércio eletrônico segundo a legislação brasileira projetada, bem como sob a perspectiva da legislação norte-americana específica (Digital Millennium Copyright Act).

(...)

Por fim, em vista da complexidade do assunto em debate, ficou decidido que sua análise terá continuidade em futuras reuniões conjuntas das Comissões, com vistas ao seu melhor entendimento e à elaboração de sugestões de emendas, a serem apresentadas pela ABPI, aos projetos sobre comércio eletrônico atualmente em trâmite no Congresso Nacional. Assim, será realizada nova reunião conjunta das Comissões de Direito Autoral e de “Software” e Informática, em data e local a serem definidos pelos Coordenadores.³⁴

Dessa forma, o DMCA acaba tornando-se um elemento de consideração com relação à adoção de modelos normativos futuros. A seguir, tenta-se determinar como essa influência pode fazer sentido do ponto de vista comparativo, especialmente considerando-se a criação de modelos de “porto seguro” pelo DMCA em contraposição ao modelo brasileiro.

As normas propostas no Brasil

De forma a melhor discutir a proposta normativa feita no Brasil com respeito à responsabilidade dos provedores (PSAs e PSOs), segue a transcrição do Capítulo IV do Projeto de Lei nº 4.906, de 2001:

Capítulo IV

Das obrigações e responsabilidades dos provedores

Art. 34. Os provedores de acesso que assegurem a troca de documentos eletrônicos não podem tomar conhecimento de seu conteúdo, nem duplicá-los por qualquer meio ou ceder a terceiros qualquer informação, ainda que resumida ou por extrato, sobre a existência ou sobre o conteúdo desses documentos, salvo por indicação expressa do seu remetente.

³⁴ Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Ata da Reunião Conjunta das Comissões de Direito Autoral e de “Software” e Informática realizada em 16 de maio de 2001. Disponível em: <www.abpi.org.br/atas/dirautor/16052001.htm>. Acesso em: 20 out. 2002.

§1º Igual sigilo recai sobre as informações que não se destinem ao conhecimento público armazenadas no provedor de serviços de armazenamento de dados.

§2º Somente mediante ordem do Poder Judiciário poderá o provedor dar acesso às informações acima referidas, sendo que as mesmas deverão ser mantidas, pelo respectivo juízo, em segredo de justiça.

Art. 35. O provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será responsável pelo conteúdo das informações transmitidas.

Art. 36. O provedor que forneça ao ofertante serviço de armazenamento de arquivos e sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações não será responsável pelo seu conteúdo, salvo, em ação regressiva do ofertante, se:

I – deixou de atualizar as informações objeto da oferta, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para efetivar as atualizações, conforme instruções do próprio provedor; ou

II – deixou de arquivar as informações ou, tendo-as arquivado, foram elas destruídas ou modificadas, tendo o ofertante tomado as medidas adequadas para seu arquivamento, segundo parâmetros estabelecidos pelo provedor.

Art. 37. O provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será obrigado a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas.

Art. 38. Responde civilmente por perdas e danos, e penalmente por co-autoria do delito praticado, o provedor de serviço de armazenamento de arquivos que, tendo conhecimento inequívoco de que a oferta de bens, serviços ou informações constitui crime ou contravenção penal, deixar de promover sua imediata suspensão ou interrupção de acesso por destinatários, competindo-lhe notificar, eletronicamente ou não, o ofertante, da medida adotada.

O projeto de lei distingue entre três tipos diferentes de provedores, conforme as funções de cada um deles, criando um tipo específico de responsabilidade para cada um. Essas distinções entre categorias funcionais são as seguintes:

- o provedor de acesso que assegure a troca de documentos eletrônicos (art. 34);

- o provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações (art. 35);
- o provedor que forneça, ao ofertante, serviço de armazenamento de arquivos e sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações (art. 36).

O primeiro tipo de provedor refere-se à definição técnica clássica de provedor de serviço de internet (Internet Service Provider – ISP),³⁵ isto é, empresas ou outras entidades que fornecem acesso e tráfego de informações sobre a internet. Sob o projeto de lei, existe um dever específico de confidencialidade imposto sobre esses provedores com relação a documentos eletrônicos,³⁶ ou seja, todos os tipos de dados transmitidos através de suas redes. Um provedor (ISP) não pode, assim, obter acesso, por quaisquer meios, à informação que trafega por sua rede, nem pode duplicar ou manter uma cópia dessa informação. Por fim, é vedado aos provedores ceder a terceiros extratos das informações que transmitem, mesmo se tais informações consistem apenas na indicação indireta de que certos conteúdos estão sendo trafegados (o que não se confunde com o conteúdo em si), a não ser que estes provedores sejam expressamente autorizados pelo remetente da informação.

A segunda proibição mencionada no projeto de lei é ainda mais intrigante. Provedores não podem duplicar a informação contida em suas redes de nenhuma forma. Apesar disso, algumas vezes, a duplicação de conteúdo é um requisito técnico para a eficiência de uma rede, tal como são utilizados os

³⁵ O projeto de lei parece adotar, no art. 35, uma definição de provedor compatível com a definição de Internet Service Provider apresentada na Webopedia, a enciclopédia de termos técnicos da internet, qual seja: “*a company that provides access to the Internet. For a monthly fee, the service provider gives you a software package, username, password and access phone number. Equipped with a modem, you can then log on to the Internet and browse the World Wide Web and USENET, and send and receive e-mail. In addition to serving individuals, ISPs also serve large companies, providing a direct connection from the company’s networks to the Internet. ISPs themselves are connected to one another through Network Access Points (NAPs). ISPs are also called IAPs (Internet Access Providers)*”, Disponível em: <www.webopedia.com/TERM/I/ISP.html>. Acesso em: 14 nov. 2002.

³⁶ O art. 2º do projeto de lei define “documento eletrônico” assim: “Art. 2º Para os efeitos desta lei, considera-se: I – documento eletrônico: a informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, optoeletrônicos ou similares”. Portanto, o projeto usa o termo “documento” em seu sentido amplo, abrangendo todas as formas concebíveis de informação que possa ser digitalmente transmitida por um provedor.

chamados “servidores de *proxy*”, para garantir velocidade e menor ocupação de tráfego na rede.³⁷ Em princípio, uma interpretação estrita do projeto de lei levaria à conclusão de que a prática dessa necessária duplicação técnica de dados por meio do uso de servidores de *proxy* seria uma violação de suas disposições.

Além disso, quando proíbe a cessão a terceiros de qualquer informação “sobre a existência” de documentos, “ainda que resumida ou por extrato”, o projeto de lei pode levar a um impacto indesejado sobre algumas atividades online, como, por exemplo, processos de medição de audiência na internet (*web ratings*).³⁸ A obtenção de extratos da informação que trafega através da rede de um provedor pode ser necessária em diversas instâncias, que vão desde atividades comerciais até atividades relativas à segurança pública. A questão é em que medida o acesso a esses extratos deve ser permitido. Se o projeto de lei for aprovado da forma como se encontra redigido, uma interpretação restritiva pode levar a uma situação de incerteza no desenvolvimento de atividades como segurança, medição de audiência, planejamento estatístico e outras. Por isso mesmo, a redação presente do projeto é desproporcional na ponderação desses valores conflitantes.

³⁷ Um servidor de *proxy* é assim definido pela Webopedia: “a server that sits between a client application, such as a Web browser, and a real server. It intercepts all requests to the real server to see if it can fulfill the requests itself. If not, it forwards the request to the real server. Proxy servers have two main purposes: **Improve Performance:** Proxy servers can dramatically improve performance for groups of users. This is because it saves the results of all requests for a certain amount of time. Consider the case where both user X and user Y access the World Wide Web through a proxy server. First user X requests a certain Web page, which we'll call Page 1. Sometime later, user Y requests the same page. Instead of forwarding the request to the Web server where Page 1 resides, which can be a time-consuming operation, the proxy server simply returns the Page 1 that it already fetched for user X. Since the proxy server is often on the same network as the user, this is a much faster operation. Real proxy servers support hundreds or thousands of users. The major online services such as Compuserve and America Online, for example, employ an array of proxy servers. **Filter Requests:** Proxy servers can also be used to filter requests. For example, a company might use a proxy server to prevent its employees from accessing a specific set of Web sites.” Disponível em: <www.webopedia.com/TERM/P/proxy_server.html>. Acesso em: 14 nov. 2002. Dessa forma, um servidor de *proxy* precisa necessariamente duplicar a informação constante da rede para realizar sua função.

³⁸ Um exemplo de medição de audiência na internet consiste no da empresa Media Metrix. Disponível em: <<http://searchenginewatch.com/reports/mediamatrix.html>>. Acesso em: 14 nov. 2002.

O segundo tipo de provedor mencionado se refere tanto à definição clássica de ISP já especificada quanto à definição de OSP.³⁹ De modo sintético, o provedor de serviços online, ao contrário do ISP, não fornece acesso à internet, mas sim utiliza-se desse acesso para a prestação de outros serviços. Como exemplo, um provedor de notícias como o Universo Online, ou ainda um sistema de busca como o Google, Altavista ou Cadê. Esta definição, tal qual redigida, parece também abranger os próprios ISPs definidos no art. 34, sempre que um “ofertante” ou “adquirente” estiverem envolvidos no processo. Desse modo, a redação é ampla o suficiente para abranger provedores de acesso que oferecem mais do que a simples “troca de documentos eletrônicos”, envolvendo também alguma forma de conteúdo. Um exemplo seria o Universo Online ou o Portal IG. O projeto de lei, não obstante, não é claro o suficiente com respeito à inclusão ou não de outros tipos de provedores na definição sob a redação “o provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente”. Uma vez que não inclui o termo “acesso”, a redação poderia ser interpretada no sentido de abranger mecanismos de busca como Yahoo!, Altavista, Radaruol, Google e Cadê. Mesmo páginas na internet poderiam ser incluídas na definição, se fossem consideradas intermediárias entre ofertantes e adquirentes na troca de informações. Um típico exemplo desta situação seriam os sites de leilão, como o E-bay e outros similares, que funcionam como intermediários de informação entre ofertantes e adquirentes.

³⁹ A definição da Webopedia para Online Service Provider é a seguinte: “*On the Internet, OSP (online service provider) has several different meanings. The term has had some currency in distinguishing Internet access providers that have their own online independent content, such as America Online (AOL), from Internet service providers (ISPs) that simply connect the user directly with the Internet. In general, the companies sometimes identified as OSPs (in this usage) offer an extensive online array of services of their own apart from the rest of the Internet and sometimes their own version of a Web browser. Connecting to the Internet through an OSP is an alternative to connecting through one of the national Internet service providers, such as AT&T or MCI, or a regional or local ISP. Some Internet service providers (ISPs) describe themselves as online service providers. In this usage, ISP and OSP are synonyms. America Online has used the term to refer to online content providers (usually Web sites) with which AOL has a business agreement*”. Disponível em: <http://searchserviceprovider.techtarget.com/sDefinition/0,,sid28_gci214203,00.html>. Acesso em: 14 nov. 2002.

Esta interpretação, entretanto, não é clara. Um aspecto importante é que a falta de clareza do texto do projeto de lei permite que os dispositivos ali constantes tenham sua interpretação influenciada por categorias forjadas em outros ordenamentos jurídicos que não o brasileiro. 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.⁴⁰ 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, foram também os primeiros a propor modelos normativos a seu respeito. Desse modo, principalmente por intermédio dos advogados e de acadêmicos, esses modelos normativos acabam tendo influência na interpretação e na formação da textura normativa no país. Isto, conjugado com a falta de clareza do texto do anteprojeto, abre brechas para que uma determinada interpretação do DMCA acabe tendo reflexos na interpretação que eventualmente será feita dos mesmos institutos no ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁰ Ver, por exemplo, os julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em que, com certa frequência, são citados casos norte-americanos para embasar decisões tomadas no país. Cf. Cade, K&S Aquisições Ltda., e Kolynos do Brasil Ltda., conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, Ato de Concentração nº 27/94 e Ato de Concentração nº 58/95 (Brahma, Miller), relator Renault de Freitas Castro. “Em mercados onde a dinâmica concorrencial assume a expressão da diferenciação de produtos, como é o caso em muitos mercados de bens de consumo, o poder de mercado pode ser expresso pela estratégia de proliferação de marcas (como no caso FTC vs Kellogg et al. - 99 FTC, 8, 16, 1982) ou pela elevação do custo e mesmo bloqueio da entrada de concorrentes (com a imposição de acordos de distribuição exclusiva, de *royalties* e outras restrições verticais, como no caso US vs Microsoft, 1995). O desfazimento, com a possível aquisição da Kolynos por competidor hoje potencial, teria efeito equivalente ao que levou, em 1956, o FTC a impedir a aquisição da Clorox pela Procter & Gamble, com a alegação de que seria eliminado o concorrente potencial e com ele a disciplina e o estímulo à eficiência gerada pela pressão da sua possibilidade de entrada.” No caso do direito da tecnologia e da internet, a influência de ordenamentos estrangeiros é ainda mais relevante, dadas a absoluta inexistência de precedentes e a similaridade técnica da infra-estrutura da internet nos diversos países.

Ver, em continuidade, a responsabilidade dos provedores sob o art. 35. Este expressamente isenta os provedores ali mencionados de qualquer responsabilidade relativa ao conteúdo das informações transmitidas através deles. Dessa forma, o texto atual do projeto de lei cria uma situação na qual a isenção de responsabilidade desses provedores não depende do cumprimento de nenhum requisito ou processo prévio estabelecido com respeito a material que viole direitos autorais. As normas definidas no DMCA são diferentes. Elas estabelecem que os provedores compatíveis com o art. 35 (ver quadro 3) são isentos de responsabilidade apenas se cumprirem determinados requisitos legais, que serão discutidos com mais detalhes adiante. Já o texto brasileiro indica que foi excluída toda e qualquer responsabilidade da parte desses provedores, mencionados sob o art. 35, com respeito à transmissão de material ilícito. O texto transfere, por sua vez, eventual responsabilidade para os indivíduos ou para as entidades engajadas na transmissão de conteúdo ilícito através do provedor, pulverizando o controle a respeito de informações ilícitas transmitidas pela rede. Nesse sentido, o modelo norte-americano centraliza na figura do provedor a responsabilidade pelo material ilícito, exceto se o provedor seguir à risca passos para sua isenção de responsabilidade, o chamado “porto seguro” (*safe harbor*).

O modelo brasileiro não criou nenhum “porto seguro”. De acordo com esse modelo, os provedores estão sempre seguros quanto à sua ausência de responsabilidade, e não seguros somente quando tomam providências para tanto. Essa interpretação é ainda reforçada pelo art. 37 do projeto de lei, que prevê que: “O provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será obrigado a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas.” Uma interpretação razoável desse texto indica que, mesmo que o provedor seja notificado com relação a atividades ilícitas com respeito ao conteúdo que transmite, ele não tem nenhuma obrigação para com essas informações, já que sua responsabilização por elas não ocorre.

A terceira e última distinção feita pelo projeto de lei é uma subcategoria da definição de provedores de acesso ou de conteúdo. O projeto define esta subcategoria como “o provedor que forneça ao ofertante serviço de armazenamento de arquivos e sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações”. Esta definição parece mencionar

especificamente a atividade de hospedagem (*hosting*),⁴¹ que inclui os serviços prestados por sites como o Geocities, ou ainda por certos provedores de acesso que oferecem a seus assinantes “espaço” para a hospedagem de websites pessoais ou comerciais. Conforme o projeto, esta subcategoria é a única em que existe uma estrutura normativa similar àquela adotada pelo DMCA, por meio da criação de um “porto seguro” que, se atendido, elide a responsabilidade do provedor.

Sob essa definição particular de “provedor de armazenamento”, o projeto requer que as informações estejam efetivamente “armazenadas” junto a ele, e não apenas transmitidas por ele. Em seguida, cria uma estrutura similar a um porto seguro do tipo instituído pelo DMCA: para ficar isento de responsabilidade, o provedor deve atender a certas notificações a respeito de material ilícito, retirando tais informações de sua rede imediatamente, como se verá adiante.

Em contrapartida a esse porto seguro, o projeto de lei cria um tipo especial de responsabilidade aplicada somente com relação aos provedores de armazenamento. Assim, a responsabilidade destes é dividida em duas categorias: responsabilidade para com o *ofertante* que se utiliza de seus serviços (art. 36); e responsabilidade civil e criminal, surgindo a partir do armazenamento de conteúdo ilícito (art. 38).

⁴¹ A definição de *hosting* adotada pelo projeto de lei é compatível com aquela apresentada pela Webopedia: “*Hosting (also known as Web site hosting, Web hosting, and Webhosting) is the business of housing, serving, and maintaining files for one or more Web sites. More important than the computer space that is provided for Web site files is the fast connection to the Internet. Most hosting services offer connections on T-carrier system lines. Typically, an individual business hosting its own site would require a similar connection and it would be expensive. Using a hosting service lets many companies share the cost of a fast Internet connection for serving files. A number of Internet access providers, such as America Online, offer subscribers free space for a small Web site that is hosted by one of their computers. Geocities is a Web site that offers registered visitors similar free space for a Web site. While these services are free, they are also very basic. A number of hosting companies describe their services as virtual hosting. Virtual hosting usually implies that their services will be transparent and that each Web site will have its own domain name and set of e-mail addresses. In most usages, hosting and virtual hosting are synonyms. Some hosting companies let you have your own virtual server, the appearance that you are controlling a server that is dedicated entirely to your site*”. Disponível em: <http://searchwebmanagement.techtarget.com/sDefinition/0,,sid27_gci213581,00.html>. Acesso em: 18 nov. 2002.

Com respeito às características da responsabilidade imposta pelo art. 36, especificamente atribuída a esse tipo de provedor, ele “não será responsável pelo seu conteúdo, salvo em ação regressiva do ofertante”, se cumprir com as disposições do tipo “porto seguro” definidas pelo texto do projeto de lei. A legitimidade de ação, nesse caso, é exclusivamente do ofertante, isto é, da parte que se utiliza dos serviços de armazenamento, que devem incluir o “armazenamento de arquivos e sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações”. Terceiros ficam excluídos da possibilidade de ingressar em juízo contra o provedor de armazenamento. Além disso, se cumpridos os dispositivos de “porto seguro”, fica o provedor isento de qualquer responsabilidade, mesmo com relação ao ofertante.

Quanto às características do “porto seguro” criado pelo projeto de lei, o inciso I requer que o provedor de armazenamento atualize as informações armazenadas de acordo com as instruções recebidas do ofertante. Também requer que o provedor forneça instruções para o ofertante sobre como tais atualizações devem ser solicitadas. A responsabilidade do mesmo surge, então, quando o provedor deixa de cumprir com tais requisitos, uma vez que o ofertante teve acesso às instruções mencionadas no texto do projeto de lei.

O inciso II requer ainda que o provedor forneça instruções ao ofertante sobre o mecanismo de armazenamento de informações. Ele também cria um “dever de diligência” da parte do provedor no sentido de que, se o provedor deixar de armazenar a informação enviada pelo ofertante de acordo com as instruções fornecidas, ele se torna responsável perante o ofertante. Da mesma forma, se a informação armazenada pelo provedor é destruída ou modificada, o provedor torna-se objetivamente responsável pelas consequências dessa destruição ou modificação.

Além disso, o art. 38 do projeto de lei pretende adotar ainda outras disposições que são similares em estrutura ao DMCA. O artigo determina que o provedor se torna civilmente responsável por perdas e danos e criminalmente responsável como co-autor, mas apenas se deixar de suspender ou interromper o acesso com relação a um eventual crime ou uma eventual contravenção praticada por meio dos seus serviços. O dever de interromper ou suspender o serviço com relação à atividade criminosa ou à contravenção surge sempre que

o provedor inquestionavelmente se torna ciente de que tais práticas estão ocorrendo no âmbito dos seus serviços. O problema desta disposição é que seu texto abrange também violações de direito autoral, já que estas são definidas como crime, de acordo com o art. 184 do Código Penal.⁴² Isso abre brechas para a captura dos provedores de armazenamento por parte de alegados detentores de direitos de propriedade intelectual, notadamente, detentores de direito autoral. Com isso, é possível que um efeito de quase “censura branca”, como o que aconteceu nos Estados Unidos, possa acontecer no Brasil. O mecanismo funciona da seguinte forma: o provedor recebe uma notificação, geralmente redigida por um advogado, alertando-o de que determinado conteúdo armazenado em seus sistemas viola o direito autoral de um alegado detentor. Essa notificação desencadeia os dispositivos do art. 36, pelos quais, uma vez que o provedor se encontra ciente de que a informação em seu sistema viola direitos autorais, ele se torna responsável civil e criminalmente por tal violação, a não ser que esta seja removida imediatamente. O espaço para abusos deste modelo é enorme. Temeroso de que sua responsabilidade seja deflagrada, o provedor, geralmente, tende a acatar todo e qualquer tipo de notificação recebida, retirando conteúdo do “ofertante” (usuário dos seus serviços) da rede, sem qualquer escrutínio mais cuidadoso. Nos Estados Unidos, o efeito dessas disposições foi nefasto. A quantidade de informações retirada da internet por medo de eventual responsabilização foi muito grande, como aponta o prof. Jonathan Zittrain, da Universidade de Harvard.⁴³ Isso levou à retirada da internet tanto de conteúdo protegido por direito autoral, quanto de conteúdo sem qualquer proteção jurídica. Isso levou também à criação de iniciativas, como o projeto Chilling Effects⁴⁴ (“efeito apaziguador”), criado pelo Berkman Center for Internet & Society, da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard. Tal projeto tem por objetivo analisar publicamente cartas de advogados endereçadas a provedores, solicitando, em termos legais, a retirada de conteúdo, sob alegada

⁴² “Art. 184. Violar direito autoral e os direitos que lhe são conexos:

⁴³ Zittrain, 1997.

⁴⁴ Disponível em: <www.chillingeffects.org>. Acesso em: 17 dez. 2002.

violação de direito autoral ou outros direitos sobre a propriedade intelectual. Com essa análise pública, determina-se que muitas dessas cartas não têm qualquer fundamento jurídico, tratando-se de ameaças vazias, cujo efeito deletério é provocar a retirada de conteúdo por parte dos provedores, por temor de se tornarem responsáveis por ele. Naturalmente, os provedores de acesso não têm condições ou interesse de verificar a procedência jurídica dos argumentos elencados nas cartas recebidas, de modo que a sua resposta padrão é a retirada do conteúdo sem uma segunda análise. O projeto Chilling Effects pretende ser uma iniciativa não-governamental que funcione como intermediário dessa análise, incentivando os provedores a não retirarem conteúdo online, exceto em casos em que realmente haja violações. Trata-se, apesar disso, de uma iniciativa isolada, que não tem, sozinha, a força de conter a avassaladora ação dos advogados na retirada de conteúdo da internet. É desnecessário dizer que tal ação empobrece sobremaneira o conteúdo disponível na rede e favorece a sua privatização, gerando concentração de conhecimento e informação em torno de capital.

No Brasil, a situação não seria diferente. Mesmo antes da implantação de um texto legal como o proposto pelo projeto de lei, situações semelhantes já são encontradas no país. Veja-se o exemplo paradigmático do que aconteceu com o website satírico “Cocadaboa”. Seu provedor, a empresa Braslink Network Informática, recebeu carta de advogados, solicitando a retirada de conteúdo desse website, que consistia em uma suposta entrevista feita com personalidade da televisão. O resultado foi que, por pressão do provedor, o material foi retirado do website, ainda que não tenha havido qualquer violação a direito autoral ou qualquer outro direito de propriedade intelectual, nem a configuração de qualquer crime de calúnia, injúria ou difamação, o que dificilmente teria acontecido, dado o caráter satírico do site.

Veja-se a carta enviada, que espelha, em sua estrutura, sua linguagem e seu conteúdo, a maioria das iniciativas desse tipo, cada vez mais freqüentes:

São Paulo, 26 de outubro de 2001.

À
BRASLINK NETWORK INFORMÁTICA LTDA.

A/C Representante Legal

Ref.: Site www.cocadaboa.com

“Entrevista” XXX – “Calúnia & Difamação”

Prezados Senhores,

XXX, brasileiro, solteiro, comunicador, com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua YYY (...), por seus advogados que esta subscrevem, com o escopo de prover a ressalva de direitos e prevenir responsabilidades, vem NOTIFICAR formalmente V. Sas. do quanto segue:

1. O site www.cocadaboa.com, do qual a BRASLINK NETWORK INFORMÁTICA LTDA. é provedora (hospedeira tecnológica virtual), está atualmente divulgando, em sua “coluna” intitulada CALÚNIA & DIFAMAÇÃO, uma entrevista que teria sido concedida pelo apresentador de televisão XXX.

2. A veiculação de tal “entrevista”, que nunca foi realizada e que atribui falsamente ao ora notificante declarações de caráter injurioso, calunioso e difamatório, tem-lhe gerado sérios prejuízos de ordem material e moral.

3. Por esta razão, ficam V. Sas. notificadas a excluir, nas próximas 12 (doze) horas, o site www.cocadaboa.com da Internet, sob pena de se sujeitarem às medidas legais cabíveis para apuração das responsabilidades cível e criminal, sem prejuízo da competente apuração das perdas e dos danos que a falsa veiculação vem causando ao notificante.

Atenciosamente,

OAB/SP nº

OAB/SP nº⁴⁵

⁴⁵ Disponível em: < www.cocadaboa.com/textos/calunia_mion.shtm>. Acesso em: 10 maio 2002.

Há ainda outras iniciativas semelhantes e igualmente abusivas, como a que aconteceu com a escritora carioca Elvira Vigna⁴⁶ em 2002, no Rio de Janeiro. Por incluir em seu website uma crítica literária escrita pela autora Beatriz Resende, ela recebeu também uma notificação solicitando a retirada do material – algo descabido, uma vez que não havia qualquer violação de direito au-

⁴⁶ Veja-se a transcrição da carta recebida, que levou à retirada da crítica literária do website. Disponível em: <www.vigna.com.br/cricoijudicial.htm>. Acesso em: 17 dez. 2002.

Escritório de Advocacia Prof. _____

Rio de Janeiro, 20 de maio de 2002.

À

Sra. Elvira Vigna

(Endereço)

Prezada Sra. Elvira Vigna,

Ass.: Notificação extrajudicial

Considerando-se que a resenha crítica intitulada “Há escritoras e escritoras”, de autoria de Beatriz Resende, publicada pelo *Jornal do Brasil*, em seu Caderno Idéias, em 16 de março de 2002, contém comentários que ofendem profundamente a imagem e a honra da Sra. Simone Ostrowski, autora da obra *A arte secreta do desejo*, foi proposta uma ação judicial em face do *Jornal do Brasil* e da resenhista Beatriz Resende, em trâmite na 21 Vara Cível da Comarca da Capital sob o número 2002.001.040495-0.

Recentemente, entretanto, a Notificante teve ciência de que a citada resenha crítica está disponível online, no site <http://www.vigna.com.br/cricoisas.htm>.

A divulgação deste texto em veículo de alcance tão amplo quanto a Internet poderá causar graves danos a Sra. Simone Ostrowski, já que tais comentários altamente ofensivos e injustos estão agora não apenas acessíveis aos leitores do *Jornal do Brasil*, mas a qualquer pessoa, em qualquer parte, que procure informações sobre a autora de *A arte secreta do desejo*, já que a busca pelos sites Yahoo!, Google e Uol, com a expressão “Simone Ostrowski”, remete à referida crítica, hospedada, como ressaltado, no site de Elvira Vigna, quando este trata das críticas à obra *Coisas que os homens não entendem*.

Deste modo, para prover a conservação e a ressalva de direitos e prevenir responsabilidades, vimos, na qualidade de mandatários do (sic) Sra. SIMONE OSTROWSKI, notificá-los para que suprimam a crítica “Há escritoras e escritoras” do site dedicado à autora Elvira Vigna, ao menos na parte em que menciona a autora Simone Ostrowski e/ou sua obra.

Solicitamos que a resposta de V. Sas. seja encaminhada ao Escritório de Advocacia Prof. _____, sito (endereço), por carta, com aviso de recebimento, no prazo máximo de 7 (sete) dias, a contar do recebimento da notificação.

Atenciosamente,

Simone Ostrowski

p.p. _____

OAB/RJ ...”

toral ou qualquer outra forma de propriedade intelectual, quanto mais outras ilicitudes, pela própria natureza do artigo.⁴⁷

Em outras palavras, a adoção de um texto legal como aquele proposto pelo art. 38 do projeto de lei institucionaliza a prática da retirada de conteúdo da internet sem maior escrutínio, por pressão de interesses organizados. A adoção de tal texto sem as necessárias salvaguardas, que impeçam abusos cometidos principalmente por advogados, leva ao empobrecimento de informações expostas na internet e à retirada maciça de conteúdo da rede, como apontado pelo prof. Jonathan Zittrain.⁴⁸ Isso demonstra que a adoção sem maiores reflexões de modelos normativos forjados alhures leva a conseqüências muitas vezes não previstas, prejudicando interesses tão relevantes quanto a manutenção de um rico conteúdo informativo disponível online, sem que ele seja dominado, capturado ou privatizado por interesses organizados.

Até aqui, foi feita a análise do Projeto de Lei nº 4.906, atualmente em tramitação no Congresso Nacional. Para que o quadro fique completo, a seguir é feita uma análise do DMCA, de modo a estabelecer os padrões comparativos entre esses dois textos, traçando suas semelhanças e os possíveis entrelaçamentos em termos de aplicação e interpretação.

A responsabilidade dos provedores de acordo com o DMCA

A definição de provedores de serviços de internet (PSIs) e provedores de serviços online (PSOs) no DMCA

Uma das mais importantes peculiaridades do DMCA é definir separadamente o que vem a ser um provedor de serviços online e um provedor de serviços de internet, atribuindo, a cada um, responsabilidades distintas. Discutem-se a seguir os aspectos dessas duas definições com respeito à sua res-

⁴⁷ Ver a este respeito a opinião do advogado Nehemias Gueiros Jr. Cf. Gueiros Jr., Nehemias. *Big Brother da Web: a censura estica seus tentáculos para o ciberespaço – crítica literária é suprimida de site pessoal por ameaça de processo*. Disponível em: <www.vigna.com.br/cricoijudicial.htm>. Acesso em: 17 dez. 2002.

⁴⁸ Zittrain, 1997.

ponsabilidade quanto a violações de direitos da propriedade intelectual, traçando elementos comparativos com a proposta de legislação no Brasil.

O DMCA não adota especificamente os termos PSO ou PSI,⁴⁹ mas uma terminologia distinta. Sob o art. 512(k)(1)(A),⁵⁰ encontra-se a seguinte definição com respeito a “provedores de serviço”:

(k) Definitions.

(1) Service provider. – (A) As used in subsection (a), the term “service provider” means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

(B) As used in this section, other than subsection (a), the term “service provider” means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A).⁵¹

Esta distinção aplica-se a quatro tipos de salvaguardas adotadas pelo DMCA quanto à responsabilidade dos provedores. A definição sob o art. 512(k)(1)(A),

⁴⁹ ISP (*internet service provider*) ou OSP (*online service provider*), no original. Apesar disso, em uma decisão judicial no caso *Costar v. Loopnet*, o Tribunal Federal do Distrito de Maryland, nos Estados Unidos, expressamente utilizou o termo OSP para referir-se às disposições do DMCA no art. 512(k)(1)(B). Cf. *Costar Group, Inc. and Costar Realty Information, Inc. v. Loopnet, Inc.*, Civil Action No. DKC 99-2983, United States District Court for the District of Maryland, 2001 U.S. Dist. LEXIS 15401. “*The DMCA was enacted to strike a new balance between the viable operations of OSP’s and the need to enforce copyright protection. It shields service providers from damages unless they have knowledge of infringement by users or are notified by copyright owners of alleged infringements*”.

⁵⁰ United States Code § 512 (k)(1)(A).

⁵¹ “(k) Definições.

(1) Provedor de Serviço. – (A) O termo provedor de serviço, conforme utilizado na subseção (a), significa uma entidade que oferece a transmissão, roteamento, ou fornece conexões para comunicações digitais online entre ou em meio a pontos especificados por um usuário, de material que o usuário tenha escolhido, sem modificação do conteúdo do material tal como enviado ou recebido.

(B) O termo provedor de serviço, conforme utilizado nesta seção, mas em outro ponto que não a subseção (a), significa um provedor de serviços online ou de acesso a redes, ou o operador desses serviços, e inclui a entidade descrita no subparágrafo (A).”

já transcrito, aplica-se para a salvaguarda constante no item 512(a), transcrito a seguir, com relação a “comunicações digitais transitórias em rede”.⁵² O “provedor de serviço” definido sob 512(k)(1)(B), por sua vez, aplica-se aos demais tipos de salvaguarda, quais sejam, aquelas aplicáveis à prática de *system caching*⁵³ (512(b)), hospedagem (512(c)) e ferramentas de localização de informações (512(d)). Todos estes dispositivos, cada um contendo uma salvaguarda quanto à responsabilidade do tipo de provedor, são transcritos a seguir:

512 (a) Transitory digital network communications. – A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider’s transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if (...).

512 (b) System caching. – (1) Limitation on liability. – A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which (...).

512 (c) Information residing on systems or networks at direction of users. – (1) In general. – A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider (...).

⁵² Apesar disso, na decisão judicial tomada no paradigmático caso Napster (A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.), o tribunal discute se a definição de provedor de serviço no item 512(k)(1)(A) foi modificada pelo *caput* da seção 512(a), da seguinte maneira: “*They [the plaintiffs] correctly note that the definition of ‘service provider’ under subparagraph 512(k)(1)(A) is not identical to the prefatory language of subsection 512(a). The latter imposes the additional requirement that transmitting, routing, or providing connections must occur ‘through the system or network’.*”

⁵³ Conforme a definição da Webopédia, “system caching é um tipo especial de armazenamento de dados em alta velocidade. Pode ser tanto reservada uma seção na memória principal ou através de um dispositivo específico de armazenamento.” Disponível em: <www.webopedia.com/TERM/c/cache.html>. Acesso em: 10 jan. 2003.

512 (d) Information location tools. – *A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider (...).*⁵⁴

Cada um dos dispositivos antes mencionados descreve um tipo de funcionalidade específica. Para cada uma delas, o DMCA define um conjunto de requisitos que, uma vez cumpridos pelos provedores, isentam-nos da responsabilidade por violações de direitos autorais contidas em seus sistemas. Segue-se uma comparação entre essas salvaguardas de responsabilidade e os requisitos existentes na legislação brasileira.

⁵⁴ “512 (a) *Comunicação transitória através de uma rede digital.* – Um provedor de serviço não será responsável por quaisquer danos, exceto pela subseção (j), ou sujeito a medidas liminares ou outras formas de antecipação de tutela, pela violação de direitos autorais decorrente do fato de o provedor **transmitir, rotear, fornecer conexões, através de um sistema ou de uma rede controlada ou operada pelo provedor de serviço, ou por razão da intermediação ou do armazenamento transitório de dados no curso dessa transmissão, desse roteamento ou desse fornecimento de conexões** se (...) [segue-se a lista de salvaguardas dispostas pelo DMCA, consistentes em condutas específicas que o provedor deve adotar para não ser responsabilizado, como, por exemplo, retirar o conteúdo do ar tão logo seja notificado a respeito de violação de direitos].

512 (b) *System caching.* – (1) Limitação de responsabilidade. – Um provedor de serviço não será responsável por danos, exceto pela subseção (j), ou sujeito a medidas liminares ou outras formas de antecipação de tutela, pela violação de direitos autorais decorrentes do fato de o provedor **intermediar e armazenar provisoriamente dados em um sistema ou em uma rede controlada ou operada pelo provedor de serviço** (...).

512 (c) *Informação residindo em um sistema ou em uma rede disponível para os usuários.* – (1) Em geral. – Um provedor de serviço não será responsável por danos, exceto pela subseção (j), ou sujeito a medidas liminares ou outras formas de antecipação de tutela, pela violação de direitos autorais decorrentes do fato de o provedor **armazenar conforme instruções do usuário o material que reside em um sistema ou em uma rede controlada ou operada pelo provedor de serviço** (...).

512 (d) *Ferramentas de localização de informações.* – Um provedor de serviço não será responsável por danos, exceto pela subseção (j), ou sujeito a medidas liminares ou outras formas de antecipação de tutela, pela violação de direitos autorais decorrentes do fato de o provedor **mostrar referências ou links para usuários de uma localidade online contendo material ou atividades que violem direitos autorais, por meio do uso de ferramentas de localização de informações, incluindo diretórios, índices, referências, apontadores, ou links de hipertexto** (...).

Comparação da responsabilidade dos provedores: a proposta legislativa brasileira e o DMCA

Em termos gerais, o quadro 3 ilustra a correspondência que existe entre os tipos de funcionalidade de provedores definidos pelo DMCA e aqueles definidos na proposta legislativa brasileira.

Quadro 3

Tipo de funcionalidade do provedor no PL nº4.906	Tipo de funcionalidade correspondente no DMCA
Provedores de acesso que asseguem a troca de documentos eletrônicos (art. 34 do projeto)	512(k)(1)(A): entidade que oferece a transmissão, o roteamento, ou fornece conexões para comunicações digitais online, entre ou em meio a pontos especificados por um usuário, de material que o usuário tenha escolhido, sem modificação do conteúdo do material tal como enviado ou recebido.
Provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações , ao ofertante ou ao adquirente (art. 35 do projeto)	512(k)(1)(B): provedor de serviços online ou de acesso a redes, ou o operador desses serviços, e inclui a entidade descrita no subparágrafo (A). E o <i>caput</i> dos seguintes artigos: 512(a): um provedor [engajado em] transmitir, rotear, fornecer conexões, através de um sistema ou de uma rede controlada ou operada pelo provedor de serviço, ou por razão da intermediação ou do armazenamento transitório de dados no curso dessa transmissão, do roteamento ou do fornecimento de conexões. E ainda: 512(d): um provedor de serviço [engajado em] mostrar referências ou links para usuários de uma localidade online contendo material ou atividades que violem direitos autorais, por meio do uso de ferramentas de localização de informações, incluindo diretórios, índices, referências, apontadores, ou links de hipertexto(...).
Provedor que forneça ao ofertante serviço de armazenamento de arquivos e sistemas necessários para operacionalizar a oferta eletrônica de bens, serviços ou informações (art. 36 do projeto)	512(c): um provedor de serviço [engajado em] armazenar, conforme instruções do usuário, o material que reside em um sistema ou em uma rede controlada ou operada pelo provedor de serviço (...).

Quanto à responsabilidade correspondente a cada uma dessas categorias, provedores de “comunicações transitórias através de rede digital” (512(a)) são isentos de violações de direitos autorais se respeitadas as seguintes salvaguardas:

- (1) a transmissão do material tenha sido iniciada ou solicitada por pessoa que não seja o próprio provedor do serviço;
- (2) a transmissão, o roteamento, o fornecimento de conexões ou o armazenamento sejam feitos por meio de um processo técnico automático sem qualquer seleção de material pelo provedor de serviço;
- (3) o provedor de serviços não tenha selecionado os destinatários dos materiais transmitidos, exceto pela resposta automática do pedido do usuário;
- (4) nenhuma cópia do material que tenha sido feita pelo provedor de serviço no curso de eventual intermediação ou armazenamento provisório das informações fica mantida no sistema ou na rede de maneira ordinariamente acessível a qualquer outra pessoa, e nenhuma cópia é mantida no sistema ou na rede de maneira acessível a qualquer usuário por um período maior do que o necessário para a transmissão, o roteamento ou o fornecimento de uma conexão; e
- (5) o material seja transmitido através do sistema ou da rede sem qualquer modificação de seu conteúdo.⁵⁵

De acordo com a legislação proposta no Brasil, em vez da criação de certas salvaguardas, que, uma vez atendidas, isentariam os provedores de responsabilidade por infrações ocorridas em seus sistemas, foi criada uma regra distinta: ao provedor fica legalmente vedado ter acesso ao conteúdo que transmite, criando-se uma espécie de “regra da venda”. Note o seguinte: no Brasil, o correspondente aos provedores de “comunicações transitórias através de rede digital” (512(k)(1)(A)) seriam os “provedores de acesso que asseguram a troca de documentos eletrônicos” (art. 34) e os “provedores que forneçam servi-

⁵⁵ “(1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider; (2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider; (3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person; (4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and (5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content.”

ços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente” (art. 35).

A “regra da venda” constante da proposta legislativa brasileira determina que é vedado aos “provedores de acesso que asseguram a troca de documentos eletrônicos”:

- tomar conhecimento de seu conteúdo;
- duplicar por qualquer meio ou ceder a terceiros qualquer informação, ainda que resumida ou por extrato, sobre a existência ou sobre o conteúdo desses documentos, salvo por indicação expressa do seu remetente.

De acordo com a “regra da venda”, os provedores de acesso tornam-se responsáveis quando obtêm acesso ao conteúdo transmitido através de sua rede ou de seus sistemas. Entretanto, curiosamente, a redação atual indica que essa responsabilidade surge primordialmente com relação às pessoas que não autorizaram o provedor a ter acesso a essas informações enviadas através do seu sistema, e não com relação àqueles que tiveram seus direitos de autor violados, como faz o DMCA. A proposta legislativa nacional cria, com sua redação, um tipo de responsabilidade diferente para o provedor: responsabilidade perante aqueles que trafegam suas informações através dos sistemas do provedor, caso este tenha acesso às informações. Não fica claro, pela redação atual, se os provedores seriam responsabilizados por eventuais violações de direitos autorais de terceiros no caso de tomarem ciência do conteúdo que trafegam ou de que tais violações acontecem em sua rede ou em seus sistemas.

Com isso, a redação cria um nicho de confusão. Uma interpretação literal levaria ao seguinte resultado insólito: se o provedor toma conhecimento de que há violação de direitos ocorrendo em seus sistemas e toma providências para remover tal violação, ele fica responsabilizado perante seus usuários direitos, já que ao provedor é vedado o acesso às informações que transmite. Por isso, a proposta brasileira não atende a nenhum dos interesses subjacentes envolvidos: nem ao interesse dos detentores de direitos de autor, nem ao interesse dos próprios provedores.

O surgimento de nichos de confusão, como o relatado, acaba abrindo espaço para que, no caso de uma controvérsia real ser levada a nossos tribunais, dada a ausência de precedentes, uma eventual decisão seja influenciada por

padrões definidos em outros países, por exemplo, na aplicação do DMCA nos Estados Unidos. Na ausência de uma legislação clara que pondere os interesses envolvidos de provedores, usuários e detentores de direitos autorais, e diante da necessidade de decidir no caso concreto, o juiz, muitas vezes, é levado a tomar a decisão com base em modelos simplistas que, por sua vez, também não consideram esses interesses. Desse modo, perde-se a segurança jurídica (as decisões sobre o tema ficam quase imprevisíveis) e perde-se o interesse estratégico e de política pública, no sentido de que uma ausência de regulamentação deixa de estabelecer os contrapesos necessários aos diferentes interesses envolvidos. O direito fica, dessa forma, à mercê dos ventos globais, que, muitas vezes, sopram em sentidos contrários àqueles pertinentes localmente.

Outra equivalência do DMCA com o projeto de lei é aquela entre o “provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente”, os provedores de “ferramentas de localização de informações” e os “provedores de serviço” sob o item 512(k)(1)(B). O texto do projeto é tão amplo que engloba as duas definições do DMCA. Como visto, a ausência de especificidade permite que a interpretação de tais provisões possa ser suprida por modelos forjados em outros ordenamentos jurídicos. Ver, por exemplo, as disposições do DMCA com respeito às salvaguardas atribuídas aos provedores. A responsabilidade dos provedores fica elidida se:

- (1)(A) os provedores não possuem conhecimento de que o material ou a atividade viola direitos;
- (B) na ausência de tal conhecimento, os provedores não conhecem fatos ou circunstâncias pelos quais a atividade que viola direitos se tornaria evidente;
- (C) tão logo os provedores obtenham conhecimento ou ciência, ajam para remover ou desabilitar o acesso a esse material;
- (2) os provedores não receberem qualquer benefício financeiro diretamente atribuível à atividade que viola direitos, caso os provedores tenham o direito e a capacidade de controlar tal atividade; e
- (3) notificados de uma suposta atividade que viole direitos conforme descrita pela subseção (c)(3), os provedores responderem imediatamente para remover ou desabilitar o acesso ao material que se alega estar violando direitos, exceto se, para os propósitos destes parágrafos, a informação descrita na subseção (c)(3)(A)(iii) seja identificada como referência ou

link à atividade violadora de direitos, caso em que os provedores devem removê-la imediatamente ou desabilitá-la, se obtiverem informação suficiente que lhes permita identificar a localização de tal referência ou link.⁵⁶

A responsabilidade atribuída aos provedores no Brasil com a mesma funcionalidade do DMCA é fundamentalmente diferente daquela atribuída nos Estados Unidos. Esses provedores, que incluem o que o DMCA chama de provedores de “rede de comunicação digital transitória” e de “ferramentas de localização de informações”, estão totalmente isentos, pelo projeto brasileiro, de qualquer responsabilidade específica com respeito ao conteúdo por eles transmitido. Na ausência de regulamentação específica, esta matéria é regulada pela chamada “teoria geral do direito”, o que permite decisões tão inconsistentes quanto a que recentemente se abateu sobre o provedor brasileiro LocaWeb e o consumidor da Fiat, Maritônio. Em síntese, o consumidor criou um website no qual protestava contra o fato de a Fiat ter atrasado a entrega de seu automóvel muito além do prazo previsto. A Fiat ingressou em juízo contra o provedor LocaWeb e contra o consumidor, e conseguiu obter liminarmente a retirada do site do consumidor da internet, com base em argumentos de violação de direitos autorais e direitos de marca.⁵⁷ Note-se que a ordem liminar foi expedida

⁵⁶ “(1)(A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing; (B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material; (2) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and (3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.”

⁵⁷ O despacho que concedeu a liminar é o que se segue:

Vistos, etc. (...)

Comprovado *quantum satis* o alegado na exordial, o site de protesto do Réu usa como modelo o da empresa-autora, fato que, ao meu juízo, contraria as disposições da Lei dos Direitos Autorais, defiro a liminar requerida, para determinar o cancelamento da divulgação na internet da página www.maritonio.com.br. Expeça-se mandado.

Cite-se na forma do pedido.

não só contra o consumidor, como também contra o provedor, baseando-se apenas em “princípios gerais”, dada a inexistência de uma regulamentação clara sobre o tema. A liberdade de expressão garantida pelo art. 5º, inciso IX, fica, desse modo, inevitavelmente prejudicada. Continua-se, assim, sem definição legal clara a respeito do lado para o qual deve pender o equilíbrio dos interesses subjacentes a esta questão.

O projeto de lei propõe a solução de que os provedores em questão:

- ❑ não serão responsáveis pelo conteúdo das informações transmitidas;
- ❑ não serão obrigados a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas.

Betim, 23 de dezembro de 2002.

Marco Aurélio Ferrara Marcolino

Juiz de Direito da 4ª Vara Cível.

Em 27 de dezembro, a Fiat aditou a inicial, dizendo que o provedor havia acatado a ordem judicial, porém tão logo Maritônio teve conhecimento do fato, “certamente informado através do provedor que lhe prestava serviços” (LocaWeb), passou a hospedar seu site em outro provedor (WW3Brasil), “já que o anterior estava impedido de veicular sua página em cumprimento à ordem judicial”.

A Fiat alegou também que, “ciente que o cumprimento da ordem judicial pela Fapesp resultaria na proibição de veiculação do site www.maritonio.com.br em qualquer provedor do país, haja vista que a atuação do órgão gestor implicaria na perda do domínio (ou seja, do endereço da página), o 1º Réu se aproveitou do lapso temporal necessário para que a Fapesp finalizasse as providências técnicas e burocráticas destinadas ao cumprimento da ordem judicial (...)” e, “utilizando-se de seus conhecimentos técnicos, passou a veicular o mesmo conteúdo questionado na presente medida em outros três sites, que por suas particularidades técnicas não se encontram sujeitos a controle pelo órgão gestor nacional”.

Diante de tais fatos, a montadora formulou os seguintes pedidos no aditamento:

- a) seja concedida liminar impedindo o 1º Réu de veicular na internet material que configure cópia da página da internet da Autora, localizada no endereço www.fiat.com.br, seja por meio dos sites www.maritonio.com.br, www.maritonio.com, www.maritonio.hpg.com.br e www.fiat.com, ou qualquer outro que venha a ser criado;
- b) seja arbitrada multa diária em caso de descumprimento da ordem judicial, sem prejuízo das demais cominações aplicáveis;
- c) seja expedida, em caráter de urgência, carta precatória para a comarca de Campo Grande/MS, intimando o 1º Requerido do conteúdo da ordem, em caso de concessão da liminar ora pleiteada.

Ressaltou a Fiat que até a presente data (27/12) nenhum dos Réus havia sido citado. O processo foi à conclusão, e em 30 de dezembro o juiz da 4ª Vara Cível de Betim decidiu, nos termos do pedido:

Dessa forma, o projeto resolve o conflito entre interesses divergentes pendendo para o lado dos provedores. Isso reduziria a possibilidade de que fosse tomada uma decisão como a do caso mencionado. O projeto, nesse aspecto, distancia-se do DMCA. Veja-se o que disse o quarto circuito federal nos Estados Unidos no caso *Costar v. Loopnet*:

O DMCA foi adotado tanto para preservar a possibilidade de proteger direitos de autor na internet como para conferir imunidade aos provedores de serviço quanto a violações destes direitos com relação a ações “passivas”, “automáticas”, nas quais os sistemas do provedor de serviço participam como parte do processo técnico iniciado por outras partes sem o conhecimento do provedor (...) A proteção dada pelo DMCA para um provedor inocente desaparece no momento que o servidor perde sua inocência, isto é, no momento em que o provedor de serviço se torna ciente de que uma terceira parte está utilizando-se do sistema para violar direitos. Neste momento, o DMCA impõe a responsabilidade ao provedor de remover o material que viola direitos, preservando os importantes incentivos para que provedores e detentores de direito autoral cooperem para detectar e lidar com violações de direito autoral que tenham lugar no ambiente digital.⁵⁸

Nota-se, dessa forma, que o projeto pretende resolver o conflito pendendo para os interesses dos provedores, enquanto nos Estados Unidos o conflito

Defiro o pedido de emenda da inicial.

Via de consequência, considerando que o site do Requerido usa padrão gráfico da Autora, fato inclusive reconhecido por ele, conforme documento de fls. 60 dos autos, o que, a meu juízo, contraria a Lei dos Direitos Autorais, defiro o pedido para determinar que o Réu se abstenha de veicular na internet material que configure cópia da internet da Autora, localizada no endereço www.fiat.com.br, seja por meio dos sites www.maritonio.com.br, www.maritonio.com, mauritonio.hpg.com.br e www.fiat.com ou qualquer outro que venha a ser criado, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

Cite-se como requerido.

Betim, 30 de dezembro de 2002.

Cf. Kaminski, Omar. Juiz proíbe consumidor de copiar elementos do site da Fiat. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/view.cfm?id=16038&rad=a>>. Acesso em: 13 jan. 2003.

⁵⁸ Cf. *Costar Group, Inc., and Costar Realty Information, Inc. v. Loopnet, Inc.*, Civil Action nº DKC 99-2983, United States District Court for the District of Maryland, 2001 U.S. Dist. LEXIS 15401.

foi resolvido pendendo para o lado dos detentores de direitos autorais. Como já mencionado, o DMCA não estabeleceu nenhum mecanismo para coibir abuso por parte dos detentores de direito autoral quando da realização de notificações para retirada de conteúdo por parte dos provedores. Isso leva à situação de empobrecimento gradativo do material que se encontra online, pois o provedor não tem nenhum incentivo para questionar eventuais alegações de violação de direitos e, portanto, para atender às salvaguardas criadas pelo DMCA. Simplesmente retira o material dos seus sistemas sem maiores questionamentos. No Brasil, o projeto teria o efeito contrário, qual seja, de servir como uma forma de escudo legal para que provedores, quando acionados judicialmente, defendam-se com base em seu desconhecimento a respeito das informações que trafegam nos sistemas (note-se que o projeto parece proibir que provedores tenham acesso às informações que transmitem), elidindo sua responsabilidade de plano.

Nem o DMCA nem o projeto no Brasil parecem adotar uma posição que reflita o equilíbrio de interesses efetivo que ocorre na sociedade. É inegável que os provedores necessitam de garantias suficientes para não serem obrigados a remover conteúdo sempre que receberem uma notificação. É também necessário que os detentores de direito autoral tenham seus direitos preservados, mas sempre tendo em vista as peculiaridades e as transformações que a tecnologia digital e a internet trouxeram. Dessa forma, um caminho estratégico que parece atender a esse equilíbrio é a adoção ponderada do DMCA: cria-se um modelo de salvaguardas, mas, ao mesmo tempo, cria-se também um mecanismo para prevenção de abusos. Esse mecanismo pode envolver, por exemplo, a responsabilização de advogado que notifica o provedor mesmo tendo ciência de que sua argumentação jurídica é inconsistente, ou ainda quando a notificação afeta direitos fundamentais, como a liberdade de expressão. Em casos em que a liberdade de expressão possa ser de qualquer maneira afetada, uma solução seria a possibilidade de o provedor manter o conteúdo disponível online, mas com a ressalva de que aquele conteúdo está sendo questionado como violador de direitos. O detentor de direitos autorais, neste caso, teria de recorrer ao Judiciário para promover a remoção do conteúdo, que seria feita liminarmente somente no caso de não haver prejuízo à liberdade de expressão, consideradas as peculiaridades do caso. Um efetivo mecanismo de equilíbrio entre os diversos princípios envolvidos, assim, deve constar de um texto legal que lide com este tema. Estes interesses são, entre outros: preservação de direi-

tos autorais, liberdade de expressão, manutenção de conteúdo na internet (pluralidade semiótica), manutenção da neutralidade dos meios de transmissão de informações.⁵⁹

Quando a lei não define objetivamente o equilíbrio desses interesses, como a situação atual, o resultado é que outros fatores passam a ter maior peso no modo como a sua regulação acaba sendo forjada: poder econômico (melhores advogados, mais fôlego para prosseguir com medidas judiciais etc.), circunstâncias de ocasião (o caso ganha atenção da mídia, o caso envolve uma marca famosa etc.), discricionariedade exacerbada do juiz (na ausência de uma diretriz legal clara, o juiz decide como lhe aprouver, valendo-se de sua competência). Portanto, de todas, a ausência de regulamentação é a pior das situações.

Vejam-se, por exemplo, as salvaguardas estabelecidas pelo DMCA com respeito ao provedor de armazenamento (*host*), que correspondem, no projeto brasileiro, ao art. 36. O provedor torna-se responsável pela violação, exceto se:

- (1)(A) não possui conhecimento de que o material ou a atividade viola direitos;
- (B) na ausência de tal conhecimento, não conhece fatos ou circunstâncias pelos quais a atividade que viola direitos se tornaria evidente;
- (C) tão logo obtenha conhecimento ou ciência, aja imediatamente para remover ou desabilitar o acesso a este material;
- (2) não receber qualquer benefício financeiro diretamente atribuível à atividade que viola direitos, caso o provedor tenha o direito e a capacidade de controlar tal atividade; e
- (3) notificado de uma suposta atividade que viole direitos conforme descrita pela subseção (c)(3), responder imediatamente para remover ou desabilitar o acesso ao material que se alega estar violando direitos, exceto se, para os propósitos destes parágrafos, a informação descrita na subseção (c)(3)(A)(iii) seja identificada como referência ou link à atividade violadora de direitos, caso em que o provedor deve removê-la imediatamente ou desabilitá-la, se obtiver informação suficiente que lhe permita identificar a localização de tal referência ou link.
- (2) Designação de procurador. – As limitações de responsabilidade estabelecidas nesta subseção aplicam-se ao provedor de serviços apenas se o provedor designar procurador para receber notificações de alegadas

⁵⁹ Lessig, 2001.

violações descritas no parágrafo (3), disponibilizando, através dos seus serviços, inclusive no website cujo acesso é disponível ao público, bem como enviando ao Centro de Controle de Copyright (Copyright Office), as seguintes informações:

(A) nome, endereço, telefone e endereço eletrônico do procurador;

(B) outros contatos pelos quais o oficial de registro de direitos autorais possa solicitar; e, em caso de notificação de violações descritas na subseção (c)(3), responda imediatamente para remover ou desabilitar o acesso ao material que se alega infringir direitos ou ser parte de atividade que infringe direitos, exceto se, para os propósitos deste parágrafo, a informação descrita na subseção (c)(3)A(iii) seja referente a link ou outra referência a material infringente de direito, e que este link seja removido ou tenha acesso desabilitado, tendo sido a informação enviada ao provedor suficiente para permitir que ele localize esta referência ou este link.⁶⁰

⁶⁰ “(A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

(2) Designated agent. – The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following information:

(A) the name, address, phone number, and electronic mail address of the agent;

(B) other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate; and upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)A(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.”

Com relação à correspondência perante a legislação brasileira, este tipo de provedor, ao qual se aplicam as disposições do DMCA, teve uma especial atenção do projeto de lei no Brasil. Quanto a este tipo de provedor, a descrição do DMCA pelos tribunais federais nos Estados Unidos, transcrita anteriormente, parece aplicar-se com perfeição: alcançou-se um equilíbrio entre o interesse dos provedores e os interesses dos detentores de direitos, no caso do projeto brasileiro, não só direitos autorais, como também direito à honra e outros. Para este tipo de provedor, a salvaguarda proposta pelo projeto é que “responde civilmente por perdas e danos, e penalmente por co-autoria do delito praticado, o provedor de serviço de armazenamento de arquivos que, tendo conhecimento inequívoco de que a oferta de bens, serviços ou informações constitui crime ou contravenção penal, deixar de promover sua imediata suspensão ou interrupção de acesso por destinatários, competindo-lhe notificar, eletronicamente ou não, o ofertante, da medida adotada”.

Dessa forma, o projeto tende, apenas para este tipo de provedor, a dar maior ênfase aos detentores de direitos do que aos interesses dos provedores, da mesma forma como o fez o DMCA. Entretanto, o projeto não vai longe o suficiente, por exemplo, para obrigar o provedor a designar um procurador para receber notificações, como fazem as disposições do DMCA, transcritas anteriormente.

Síntese conclusiva

O DMCA tem funcionado como legislação modelo na maioria dos países para criação de dispositivos legais de responsabilização de provedores. Ele adota um equilíbrio de interesses objetivo, no qual são privilegiados os interesses dos detentores de direitos autorais. Para isso, o DMCA cria uma regra pela qual o provedor, quando notificado de que violações a direitos autorais estão sendo perpetradas através de seus sistemas, fica obrigado a remover o conteúdo imediatamente. O provedor, por sua vez, não tem nenhum incentivo legal para questionar a fundamentação jurídica da notificação e, por isso, remove o conteúdo na maioria absoluta dos casos.

A situação atual no Brasil é de ausência absoluta de dispositivos legais específicos que tratem do assunto. Isso leva à situação de serem proferidas decisões judiciais inconsistentes, que alteram de maneira impensada o equilíbrio entre interesses relevantes, como liberdade de expressão e proteção à propriedade intelectual.

O projeto de lei atualmente em tramitação no Congresso Nacional não resolve essa situação. Ele diferencia os diferentes tipos de provedores (provedores de serviços de acesso, provedores de serviços online) e cria regras de responsabilidade distintas para cada um deles. O projeto define o equilíbrio de interesses privilegiando o interesse dos provedores, que ficam sujeitos a uma “regra da venda”, pela qual é vedado que eles tenham acesso às informações que transmitem e, por isso mesmo, ficam isentos de responsabilidade por essas informações. O único provedor para o qual o projeto criou dispositivos similares ao DMCA é o provedor de hospedagem. Para este, o projeto cria um mecanismo de notificação implícito, similar àquele adotado nos EUA, pendendo o equilíbrio de interesses, dessa forma, para os detentores de direitos, autorais ou outros.

Por isso, a solução do projeto também é insuficiente. Ele não resolve de maneira concludente os interesses conflitantes e não cria, quanto aos provedores de armazenamento, contrapesos que os protejam contra abusos e que garantam a manutenção de conteúdo lícito na internet, evitando seu empobrecimento gradual.

DESAFIOS E TRANSFORMAÇÕES DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Dentro do tema direito e realidade em face da evolução tecnológica, a questão do software livre e do software proprietário é uma das mais paradigmáticas. Ela deixa claro que um dos principais desafios do jurista de hoje é pensar sobre a repercussão do direito da propriedade intelectual sobre circunstâncias de fato completamente novas, ponderando sobre os caminhos para sua transformação e as consequências das opções jurídicas feitas.

A propriedade intelectual é posta em xeque, por exemplo, quando se considera, do ponto de vista da realidade de nossos dias, a proteção a outros interesses, tais como a privacidade, a garantia da existência de espaços públicos (*commons*) na rede, a liberdade de expressão e a livre concorrência. Cada um desses interesses demanda formas de proteção jurídica não raramente conflitantes com as tradicionais instituições da propriedade intelectual. Um incremento excessivo quanto à proteção a ela concedida traz consequências diretas a outros valores jurídicos. Por exemplo, reduz a amplitude do chamado “uso legítimo” (*fair use*) de obras intelectuais, afetando valores ligados à liberdade de expressão. Do mesmo modo, traz preocupações quanto à garantia da manutenção de espaços públicos de uso comum (*commons*), na medida em que torna o acesso ao conhecimento limitado pelo regime de propriedade e, por consequência, controlado de maneira privativa. Da mesma forma, a proteção excessiva à propriedade intelectual traz problemas com respeito à livre concorrência. O direito da propriedade intelectual tem como um de seus objetivos assegurar o retorno de capital do autor/inventor, bem como incentivar o de-

envolvimento tecnológico futuro. No entanto, muitas vezes, acaba criando monopólios privados e ineficiências que a análise jurídica tradicional não consegue considerar.

Sobre o tema, são analisadas duas situações: a primeira considera as relações do direito com o desenvolvimento tecnológico de um ponto de vista em que as instituições jurídicas permanecem imutáveis diante da transformação da realidade. Para tanto, analisa-se o caso envolvendo a empresa Microsoft perante os tribunais norte-americanos e a repercussão que a manutenção das tradicionais estruturas de direito autoral trouxe para o mercado de software, privilegiando um modelo centralizado, composto por poucos agentes, em detrimento da possibilidade da constituição de um sistema cognitivamente aberto e pluralista.

A segunda situação analisada traz um exemplo de estratégia adaptativa do direito, por meio da qual o regime tradicional de proteção à propriedade intelectual é subvertido, criando-se novas respostas jurídicas em face dos novos desafios trazidos pela tecnologia. Pela análise do surgimento do movimento do “software livre”, verifica-se a necessidade de se repensarem as consequências do regime atual de propriedade intelectual, sem um demasiado apego institucionalista. O movimento do software livre demonstra que há espaço para inovação institucional no âmbito da propriedade intelectual, e que tal inovação pode-se dar fora dos mecanismos usuais de transformação do direito.

Conforme o prof. Roberto Mangabeira Unger, uma das principais características do pensamento jurídico dominante em nossos tempos é a sua limitação quanto às possibilidades de transformação institucional.⁶¹ Quando defrontada com novos desafios, a análise jurídica prevalecente insiste em enfrentá-los por meio de um exagerado apego aos modelos institucionais então disponíveis. Esse excessivo apego às instituições existentes impede, muitas vezes, que se considerem, em toda sua amplitude, as repercussões da manutenção das estruturas jurídicas tradicionais em face das transformações da realidade. O objetivo aqui é justamente questionar sobre as possibilidades de se enxergar o presente com desapego quanto ao passado.

⁶¹ Cf. Unger, 1996.

Copyright: o caso Microsoft e os velhos modelos na nova realidade

Quadro 4

Camadas afetadas	Formas de regulação			
	Lei	Norma	Código	Mercado
Física				
Lógica	O regime de direitos autorais tradicional aplicado ao software, produzindo distorções no seu modo de produção e exploração		Código produzido em regime fechado, sem que os usuários tenham acesso ao modo como ele funciona	Poder econômico utilizado para limitar as liberdades de escolha na camada lógica
Conteúdo				

Esta seção traz alguns questionamentos sobre as repercussões do atual regime de proteção à propriedade intelectual em face do desenvolvimento tecnológico. Mais especificamente, enfoca-se o fato de que o direito autoral se aplica indistintamente tanto à proteção de obras intelectuais, como livros, fonogramas, filmes, quanto à proteção ao software. Discute-se que, justamente por causa dessa aplicação indistinta do direito autoral ao software, centralização e monopólio ocorrem em detrimento de inclusão e abertura.

Como se sabe, a empresa Microsoft exerce influência sobre praticamente todo o desenvolvimento tecnológico no mundo. Conforme apontado por autores como o prof. Jonathan Zittrain, da Universidade de Harvard, a Microsoft tornou-se, nos últimos anos, uma poderosa monopolista, que alegadamente abusa de sua posição dominante. O próprio Zittrain aponta que “a Microsoft tem explorado de modo brilhante seu atual controle sobre o mercado de software e sistemas operacionais para conceder, a si mesma, vantagens no sentido de controlar também o mercado de sistemas operacionais no futuro. Essa exploração de sua posição dominante é totalmente independente do fato de a empresa ser eficiente, oferecendo produtos sólidos, confiáveis e populares. Ao contrário, ela deriva-se diretamente do controle que a Microsoft exerce sobre os *defaults* (padrões) aplicáveis aos usuários, um poder que a empresa possui graças à combinação de (1) alto domínio do mercado pelo Windows, (2) ‘efeito rede’, cuja conseqüência é tornar extremamente difícil a possibilidade de os consumidores ou fabricantes de computadores optarem por uma alternativa,

(3) direitos autorais sobre software, que drasticamente impedem competidores de desenvolverem programas que possam ser bem-sucedidos de forma independente dessa dinâmica específica do ‘efeito rede’, e que, assim, requerem uma solução jurídica distinta também.”⁶²

Esse poder de monopólio da Microsoft tem conexão direta com o regime de propriedade intelectual tradicional, que não sofreu qualquer transformação em face do desenvolvimento tecnológico. Para que essa relação seja mais bem entendida, convém verificar alguns dos fatos que envolvem a empresa e são relativos às diversas ações iniciadas perante os tribunais norte-americanos. Não se trata aqui de fazer uma investigação extensa dos casos específicos envolvendo a Microsoft, mas sim de utilizar alguns desses elementos como forma de explicitar este argumento.

Desde 1990, a Microsoft tornou-se ré nos Estados Unidos em diversos processos judiciais que envolvem questões antitruste. Curiosamente, nenhuma dessas ações judiciais foi capaz, até o momento, de produzir um remédio jurídico que conseguisse modificar, de modo eficaz, os problemas descritos pelo prof. Zittrain com relação à posição monopolista da empresa. Aparentemente, todas as vezes que os tribunais tentaram impor algum remédio jurídico mais complexo, a Microsoft simplesmente o ignorou. Exemplos disso aconteceram entre 1995 e 2002, quando a empresa foi acusada de haver ignorado as decisões liminares que lhe vedavam incorporar o software de navegação Internet Explorer ao sistema operacional Windows. Como resultado, foi protocolada uma “moção para julgamento civil com base em desrespeito de decisão judicial com o intuito de executar decisão liminar”⁶³ contra a Microsoft, mas, nesse entretempo, a fatia de mercado detida por seu único concorrente significativo no mercado de programas de navegação, o *browser* Netscape, foi irremediavelmente perdida.

Esses fatos levam ao questionamento a respeito das origens dessa limitação do direito quanto a lidar com casos como este. Um dos elementos evidenciados pelo caso Microsoft é que o “tempo processual” se mostra incompatível com a produção de um remédio jurídico eficaz, já que as relações no plano dos

⁶² Zittrain, 1999b.

⁶³ Cf. Openlaw: the Microsoft case. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/msdoj/>>. Página mantida pela Universidade de Harvard sobre o caso Microsoft.

fatos referentes ao caso ocorrem de maneira muito mais acelerada. Além disso, a matéria probatória e factual tornou-se praticamente impossível de ser apreendida, esbarrando na impossibilidade de se determinar com precisão a dimensão econômica que os efeitos de uma decisão judicial ou que a demora em proferir tal decisão judicial poderiam trazer. Desse modo, a criação de um remédio jurídico rápido e eficaz foi uma tarefa que os tribunais não foram capazes de cumprir. Mais ainda, as complexidades inerentes ao poder econômico de uma empresa como a Microsoft tornam ainda mais difícil a eficácia de qualquer remédio jurídico. Como exemplo, em pelo menos uma circunstância, a empresa foi bem-sucedida em desafiar frontalmente o remédio jurídico imposto: usando de sua influência sobre os fabricantes de computador, a Microsoft desrespeitou os limites do acordo judicial celebrado com o Departamento de Justiça, no qual a empresa se comprometia a não incorporar certos novos produtos a seu sistema operacional Windows. Em síntese, os fabricantes foram forçados a incorporar o navegador Internet Explorer ao hardware que vendiam, como condição para a obtenção da licença para distribuir o então recém-desenvolvido Windows 95, tudo isso em detrimento do acordo judicial firmado. Nenhum remédio jurídico corrigiria o fato de que a concorrência no mercado de navegadores foi, nesse meio-tempo, irreversivelmente eliminada.⁶⁴

No entanto, a raiz do poder da Microsoft, a conseqüente incapacidade do direito e do Judiciário de promoverem qualquer remédio jurídico que consiga efetivamente solucionar o problema, tem outra origem: a manutenção das estruturas tradicionais do direito da propriedade intelectual. Nenhum dos remédios jurídicos propostos para o caso Microsoft menciona a possibilidade de transformação das instituições jurídicas ligadas ao direito da propriedade intelectual, mais especificamente, quanto ao fato de que o software é protegido pelo atual regime de direito autoral. Conforme aponta também Jonathan Zittrain, o cerne do caso Microsoft não são questões de direito da concorrência, mas sim as questões de direito autoral. É graças ao direito autoral que a Microsoft assegura a possibilidade de abusar de sua posição monopolista.⁶⁵ É o direito autoral, um monopólio criado pelo pró-

⁶⁴ Para mais informações, cf. <<http://cyber.law.harvard.edu/is02/syllabus/#11>>. Acesso em: 28 maio 2002.

⁶⁵ Zittrain, 1999b.

prio direito, que impede competidores de ameaçarem a posição dominante da Microsoft. Como exemplo, sob o atual regime de direitos autorais, o programa Microsoft Windows 95 continuará protegido pelos 70 anos previstos pela lei e só depois disso se tornará de domínio público. É difícil conceber que tal fato, quando acontecer, venha a ter qualquer impacto na estrutura concorrencial de então. Como proposto pelo prof. Zittrain, para ser eficaz, um remédio jurídico efetivo para o caso Microsoft teria de considerar a transformação da estrutura do direito autoral aplicável ao software em geral. Qualquer outro remédio aventado, desde propostas simples, tais como a imposição de multas compensatórias, até opções complexas, como a divisão compulsória da empresa em empresas menores, apenas perpetuaria o problema central. Se as estruturas do direito autoral continuam as mesmas para software, o poder de abuso continua intacto.⁶⁶ Não é por acaso que o próprio Zittrain defende que a proteção jurídica concedida ao software deveria ser de espécie diferente daquela concedida aos direitos autorais em geral. Uma das mudanças possíveis seria considerar o software um gênero específico, que estaria sujeito, por exemplo, à redução do prazo de proteção de 70 anos para algo em torno de cinco a 10 anos, após o qual se tornaria de domínio público. Dessa forma, eventuais concorrentes estariam livres para gerar trabalhos derivados a partir daquele software de domínio público, e o mercado privilegiaria aquele que desenvolvesse o melhor produto.

Em 1976, o prof. Abram Chayes afirmou que um “remédio jurídico não é uma mera transferência compensatória final, mas um esforço de se estabelecer um programa que possa prover conseqüências futuras de modo a acomodar toda a gama de interesses envolvidos”.⁶⁷ Ele provavelmente não poderia ter consciência dos obstáculos e das limitações que tal tarefa encontraria, especialmente com relação às conseqüências do descompasso entre o avanço tecnológico e as instituições jurídicas, e da inerente impossibilidade de transformação destas pelo atual modelo judiciário. Um remédio efetivo deveria passar pela modificação das estruturas jurídicas institucionais vinculadas à proteção do software, indo além da mera aplicação de paliativos às conseqüências derivadas da manutenção desse regime tradicional.

⁶⁶ Chayes, 1976.

⁶⁷ Ibid.

Nesse sentido, discute-se, a seguir, outra possibilidade de resposta aos dilemas trazidos pelo eterno conflito entre realidade, mais especificamente desenvolvimento tecnológico, e direito, consistente no movimento do software livre.

Copyleft: software livre e a possibilidade de transformação construtiva da propriedade intelectual

Quadro 5

Camadas afetadas	Formas de regulação		
	Lei	Norma	Código
Física			
Lógica		Regimes normativos originados da sociedade com profundo impacto na economia do software	Software escrito em código aberto, que permite sua compreensão e aperfeiçoamento
Conteúdo			Conteúdo do software migra da esfera puramente técnica para a esfera de conhecimento de toda a sociedade

O movimento do software livre parece ser uma das raras circunstâncias em que as estruturas do direito autoral foram confrontadas a partir de uma perspectiva de transformação, derivada da percepção das limitações inerentes ao regime tradicional quanto ao desenvolvimento de software. Desse modo, não é surpresa o fato de que o movimento do software livre seja considerado um caminho plausível para minorar os problemas surgidos, por exemplo, da posição dominante da Microsoft, discutida anteriormente. E sua origem “de baixo para cima” torna tal movimento ainda mais relevante como fonte de inspiração quanto à formulação das alternativas que podem transformar instituições jurídicas, ir além das possibilidades conhecidas ou, ao menos, informá-las.

Não se pretende traçar a genealogia desse movimento, mas sim recorrer a alguns de seus elementos para evidenciar a idéia de que a inovação das instituições jurídicas deve ser considerada quanto aos novos desafios trazidos pela tecnologia.

O movimento do software livre é produto da subversão das tradicionais idéias de propriedade com relação aos “bens intelectuais”. Originou-se da insatisfação relativa ao regime tradicional de direito autoral quando aplicado ao software, na medida em que ele impedia as possibilidades de se atender a ob-

jetivos que fossem além daqueles puramente econômicos. Nesse sentido, o movimento do software livre teve como escopo transformar a proteção da propriedade intelectual para criar bens intelectuais abertos, amplamente acessíveis tanto com relação ao uso, quanto com relação à possibilidade de inovação e modificação, não só do ponto de vista econômico, como também do ponto de vista cognitivo.

Sob o regime tradicional aplicável à proteção ao software, consistente nas instituições de direito autoral, o detentor dos direitos sobre ele tem a prerrogativa de limitar o acesso dos usuários ao seu código-fonte.⁶⁸ Essa limitação de acesso ao código-fonte tem dois planos, pois ocorre tanto do ponto de vista fático (o software tecnicamente não permite acesso ao seu código-fonte), quanto do ponto de vista jurídico (trata-se de violação ao direito de autor obter acesso ao código-fonte contrariamente aos termos da licença concedida por ele). Como consequência, somente o autor tem condições, por exemplo, de modificar o software em questão.

Software em regime “livre”, entretanto, requer exatamente o oposto: o autor exige, valendo-se de suas prerrogativas como tal, que o software deve conferir a qualquer usuário o direito de acesso ao seu código-fonte, incluindo liberdade para usar, modificar e criar trabalhos derivados a partir daquele código-fonte específico, bem como aplicá-lo para quaisquer propósitos. E não é só: o autor confere também liberdade para redistribuir e copiar livremente o software em questão. Esse rol de direitos é chamado, nos Estados Unidos, de *copyleft*, em oposição à definição de *copyright* (direito autoral) tradicionalmente existente. Desse modo, a violação aos direitos do autor no caso de um software “livre” ocorre quando algum agente tenta transformar esse software, mantido em regime de *copyleft*, novamente em regime de *copyright* (direito de autor). Em outras palavras, quando o agente tenta fechar o código-fonte, impedir o acesso a ele, impedir a livre redistribuição do software etc.

O movimento do software livre é um perfeito exemplo de uma subversão das instituições jurídicas que, embora pequena, representa uma significativa

⁶⁸ Código-fonte é definido da seguinte forma: “*The source code for a work means the preferred form of the work for making modifications to it.*” (Código-fonte de um determinado produto significa a forma preferencial intrínseca ao produto para que sejam feitas modificações nele.) Cf. Stuz, Michael. Applying copyleft to non-software information. *GNU's Not Unix*. Disponível em: <www.gnu.org/philosophy/nonsoftware-copyleft.html>. Acesso em: 27 maio 2002.

resposta aos arranjos institucionais tradicionais que envolvem a propriedade intelectual. Ele foi criado valendo-se de canais diferentes daqueles traçados pelos sistemas jurídico e político tradicionais, mas, ao mesmo tempo, produziu um impacto sobre ambos. Essa subversão institucional ocorrida de baixo para cima traz consigo conseqüências valorativas, econômicas e cognitivas. Em todo caso, o movimento do software livre representa um significativo passo no sentido da possibilidade de inovação das instituições jurídicas, bem como de fomentar a participação coletiva nessa atividade: por meio de um exercício de imaginação institucional, o movimento do software livre foi bem-sucedido em conclamar a participação/integração de quaisquer indivíduos interessados no âmbito da coletividade como um todo, quebrando a distinção entre membros e não-membros, agentes e pacientes, aperfeiçoadores e usuários, de um modo que, sob os auspícios do modelo tradicional de propriedade intelectual, não teria sido possível.

Segue-se em maior detalhe um esforço de melhor entender, do ponto de vista jurídico e na perspectiva da possibilidade de transformação institucional, a anatomia das conseqüências trazidas por esse movimento.

Agentes

Quem foram os agentes desse movimento? Nas tradicionais formas de análise jurídica, os agentes são vistos como basicamente o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário. Estes seriam os arautos principais da transformação institucional. No caso do movimento do software livre, este não foi criado por juízes, nem por legisladores ou advogados. Ele foi criado por programadores insatisfeitos com o regime institucional do direito autoral, ao perceberem-no como um obstáculo à concretização de modelos de desenvolvimento de software que propiciassem sua capacidade integral, indo além dos propósitos exclusivamente econômicos. Essa insatisfação tomou forma a partir de uma constatação cognitiva: o direito autoral tradicional gera um incentivo à centralização do desenvolvimento do software do ponto de vista intelectual, na medida em que o produto final é controlado, desenvolvido e explorado exclusivamente pelo detentor de direitos sobre ele. Esses programadores, agentes do movimento do software livre, perceberam que as possibilidades de inovação seriam muito maiores se o desenvolvimento de software fosse descentralizado. Dessa

forma, alguns deles começaram a desenvolver softwares para, depois, distribuí-los livremente. A idéia por trás disso era de que, se houvesse outros programadores interessados em dar continuidade ao desenvolvimento daqueles projetos de softwares específicos, eles estariam livres para fazê-lo. Utilizando-se das suas prerrogativas de “autores”, foi estabelecido um novo tipo de licença, dispondo que os softwares que eles haviam desenvolvido originalmente para livre distribuição deveriam continuar livres. Em outras palavras, outros adquirentes daqueles softwares obrigavam-se a mantê-los livres em qualquer circunstância, sob pena de violação dos direitos dos autores. Dois resultados originaram-se: o desenvolvimento de software provou ser passível de descentralização, ao mesmo tempo em que se formava uma estrutura de cooperação aberta, em que quaisquer interessados ficavam automaticamente convidados a participar.

Conseqüências econômicas

Antes do advento do movimento do software livre, o modelo existente de desenvolvimento de software baseado no tradicional regime de direito autoral era tido como algo inquestionável: uma instituição jurídica não poderia ser otimizada ou modificada, e a sociedade como um todo simplesmente aceitava os seus contornos como fato estabelecido. Depois do surgimento do movimento do software livre, ficou claro que esse regime tradicional representa, em diversos aspectos, um obstáculo à inovação. O movimento do software livre, na medida em que incentiva a cooperação entre programadores, muitas vezes de todas as partes do mundo, não só demonstrou as ineficiências do regime de direito autoral tradicional aplicado ao software, como também provou ser muito mais eficiente e dotado de um grau muito superior de sofisticação: um passo significativo no sentido de um regime mais receptivo à inovação e muito mais eficiente em termos econômicos. Os resultados foram impressionantes. Um sistema operacional como o Linux, desenvolvido em regime de software livre, com a participação e a cooperação de programadores de várias partes do mundo, tornou-se, como conseqüência, muito mais estável e sofisticado do que um sistema operacional desenvolvido com base em modelos centralizados, derivados do regime de direito autoral tradicional. Ademais, do ponto de vista econômico, o Linux é livre para ser copiado, distribuído, utilizado e modificado.

Como apontado por autores como Eric Raymond,⁶⁹ o movimento do software livre introduz um modelo de “bazar” em contraposição ao modelo de “catedral”, vinculado ao tradicional regime de direito autoral. Ele consiste em um perfeito exemplo de subversão de uma instituição jurídica com relação “ao regime de propriedade, que torna possível gerar níveis de descentralização maiores, sem sacrificar escala ou eficiência”.⁷⁰

Possibilidade de imaginar novas instituições jurídicas

A licença de “software livre”,⁷¹ núcleo do movimento do software livre, foi criada de baixo para cima, por agentes diretamente afetados pelas limitações das instituições jurídicas tradicionais. Ela denota a viabilidade de imaginar diferentes formas de associação e perspectivas, bem como a possibilidade de transformação das instituições jurídicas internamente. Nas palavras de Hayek, “seria interessante descobrir em que medida uma visão crítica realmente séria dos benefícios do direito autoral para a sociedade (...) teria a chance de ser discutida em uma sociedade na qual os canais de expressão encontram-se tão largamente controlados por pessoas que têm um interesse direto na situação existente”.⁷² Nesse sentido, o movimento do software livre ajuda a tornar evidentes esses interesses e traz a possibilidade de transformar as estruturas ligadas a eles.

Contrariamente ao senso comum, é importante mencionar que o software livre pode ser explorado comercialmente. Uma vez comercializado, o software continua contando com suas prerrogativas de poder ser distribuído livremen-

⁶⁹ Raymond, Eric S. The cathedral and the bazaar. Disponível em: <www.tuxedo.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/magic-cauldron/x227.html#AEN244>. Acesso em: 27 maio 2002.

⁷⁰ Unger, 1996.

⁷¹ Existem variantes tanto na terminologia quanto no conteúdo das licenças envolvendo software *open source*. A mais conhecida é a GNU/GPL, desenvolvida pela Free Software Foundation. Não faz parte do objetivo deste estudo discutir as nuances dessas variantes. Para mais informações sobre essas definições, ver: Free Software Foundation. Disponível em: <www.fsf.org>. Ou: The open source definition. Disponível em: <www.opensource.org>. Acesso em: 27 maio 2002.

⁷² “It would be interesting to discover how far a seriously critical view of the benefits to society of the law of copyright (...) would have a chance of being publicly stated in a society in which the channels of expression are so largely controlled by people who have a vested interest in the existing situation” (Hayek, 1998).

te, modificado, copiado etc. Entretanto, a exploração econômica não é vedada, mas, ao contrário, incentivada. É também incorreto afirmar que o movimento do software livre não é viável do ponto de vista econômico. Como demonstram as inúmeras empresas organizadas em torno do modelo do software livre, tais como a Red Hat ou a Cygnus, ou a brasileira Conectiva, o movimento apresenta resultados econômicos significativos.⁷³ Existem basicamente quatro modelos de negócio envolvendo software livre:

- distribuição do software livre, acompanhado da posterior venda de suporte a ele (como usualmente mencionado nos Estados Unidos, “distribua a receita e depois abra um restaurante”),⁷⁴ ou ainda adaptação do software livre conforme a necessidade do cliente;
- conquista de mercado, pela qual determinado software é distribuído na forma “livre”, para a posterior venda de outros produtos vinculados a ele;
- incorporação do software livre junto com a venda de hardware, barateando custos de licença e o preço final do equipamento como um todo;
- oferecimento de produtos acessórios ao software livre, como cursos, livros, treinamento, desenvolvimento etc.

Outros modelos surgem a todo momento, demonstrando que as possibilidades econômicas do modelo “livre” estão apenas no começo.

Conseqüências para o indivíduo

Para os indivíduos em geral, o movimento do software livre é um convite ao engajamento e um empreendimento coletivo. Os indivíduos têm liberdade de ir e vir, bem como para deixar suas contribuições pessoais para o desenvolvimento do projeto intelectual subjacente ao software. São também estimulados a sugerir mecanismos procedimentais para a organização prática do desenvolvimento dos projetos de software livre, bem como a se engajar politicamente no sentido de promover a transformação das estruturas tradicionais de desenvolvimento de software baseado nos modelos usuais de direito autoral. Esse convite vem sendo cada vez mais aceito, e vários fóruns relati-

⁷³ Cf. <www.conectiva.com.br>. Acesso em: 30 maio 2002.

⁷⁴ Raymond, cit. n. 69.

vos ao movimento do software livre têm sido instalados em diversas partes do mundo. A regra geral parece ser que indivíduos engajados em projetos envolvendo software livre tornam-se, em grande medida, também partidários do modelo.

Comentários finais

Do que foi visto, ficam algumas observações sobre os desafios atuais quanto ao desenvolvimento e à aplicação do direito em face do desenvolvimento tecnológico. É preciso estar atento quanto às conseqüências da manutenção e da aplicação das tradicionais instituições jurídicas para a estrutura social. Para a promoção do avanço tecnológico em um país como o Brasil, fazem-se necessários o abandono do fetichismo institucional e a identificação dos pontos para reforma de instituições jurídicas. Em suma, constata-se a urgente necessidade de:

- ponderação cuidadosa dos efeitos sociais, inclusive econômicos, da manutenção do atual regime da propriedade intelectual em face do avanço tecnológico, com o objetivo de privilegiar a sociedade como um todo, e não agentes específicos (“*empower the system, and not the agents*”);
- abandono do fetichismo institucional na consideração de alternativas como parte da evolução adaptativa do direito, permitindo, por exemplo, que obras intelectuais distintas, como o software, sejam reguladas por um regime também distinto;
- adoção de uma estratégia adaptativa explícita para o direito, que inclua a imaginação de novos modelos de instituições jurídicas, levando em conta, por exemplo, agentes fora dos canais jurídicos usuais (“de baixo para cima”).

No mesmo sentido, nessa fase de transição, cumpre ao Poder Judiciário ser o arauto dessa estratégia adaptativa. Também ao Poder Judiciário cabe identificar, desde já e com muito zelo, os interesses subjacentes envolvidos em casos relacionados à propriedade intelectual e à tecnologia. É importante enxergar além da relação entre as partes, visualizar os novos desafios do ponto de vista do desenvolvimento do país e, sobretudo, incorporar a perspectiva de que a relação entre direito e tecnologia se insere no contexto da globalização e das pressões dela decorrentes. Para isso, é importante que o Judiciário faça valer suas prerrogativas para decidir a respeito dessa inserção global, e não meramente por causa dela.

ALÉM DO SOFTWARE LIVRE: A REVOLUÇÃO DAS FORMAS COLABORATIVAS

Quadro 6

Camadas afetadas	Formas de regulação		
	Lei	Norma	Código
Física			
Lógica		Normas sociais fomentando o aperfeiçoamento de software e a abertura da camada lógica	
Conteúdo		Normas sociais fomentando o surgimento do conteúdo e o acesso a ele	Regimes de código aberto permitindo formas de produção de conteúdo inéditas

“A República Federativa do Brasil é, de longe, o maior e mais populoso país da América do Sul. Seu vasto território encontra-se entre os Andes e o oceano Atlântico, fazendo fronteira com Uruguai, Argentina, Paraguai, Bolívia, Peru, Colômbia, Venezuela, Guiana, Suriname e Guiana Francesa. Batizado Brasil por causa do pau-brasil, uma árvore local, o Brasil possui extensas áreas agrícolas e florestas equatoriais.”

O trecho transcrito não é de minha autoria. Ele consta do verbete “Brasil” da enciclopédia Wikipedia. Caso alguém venha a achar que esse texto não descreve adequadamente o que é o Brasil, não há maiores problemas. Essa pessoa pode modificar tal texto imediatamente. Basta ir ao website da Wikipedia,⁷⁵ uma enciclopédia online, e clicar na opção “Editar esta página”, introduzindo a seguir as alterações que julgar necessárias. Essas modi-

⁷⁵ <www.wikipedia.org>.

ficações serão incluídas automaticamente e a próxima pessoa que acessar a página já encontrará o novo conteúdo criado pela pessoa que efetuou as mudanças.

A Wikipedia, talvez a maior enciclopédia hoje na internet, tem aproximadamente 170 mil verbetes. A diferença entre a Wikipedia e uma enciclopédia como, por exemplo, a Britannica, é que esta última possui um conselho editorial e investe maciçamente em autores e revisores, que produzem seu conteúdo. Além disso, a Britannica é regida pela lei tradicional do direito autoral, o que significa dizer que, para modificar um artigo seu e posteriormente publicá-lo, é necessário pedir autorização prévia.

A Wikipedia, por sua vez, não possui conselho editorial e propõe um novo enfoque quanto ao direito autoral tradicional. Ela é construída integralmente a partir da colaboração de pessoas do mundo todo, que têm permissão fundada em sua “licença de uso”⁷⁶ para livremente criar novos verbetes e alterar os anteriores, sem qualquer intervenção “editorial” prévia. Há inclusive planos para o lançamento de uma versão impressa da Wikipedia que, como a Enciclopédia Britannica, será vendida em livrarias. Quem a comprar, entretanto, terá liberdade para copiá-la, redistribuí-la e alterá-la.

Naturalmente, tudo isso lembra o modelo do software livre, já mencionado. Este modelo, iniciado por Richard Stallman e popularizado por Linus Torvalds, estabeleceu um novo paradigma de produção. Muito já se falou sobre ele, mas alguns outros comentários são aqui adicionados. Como aponta o prof. Yochai Benkler,⁷⁷ este modelo iniciado pelo software livre possibilitou o surgimento de uma nova forma de organização econômica que não se filia à dualidade empresa/mercado descrita por Ronald Coase.⁷⁸ Existe hoje um imenso número de projetos colaborativos em todo o mundo, todos fundados em uma estrutura aberta como a do software livre, da qual qualquer interessado pode participar.

⁷⁶ A Wikipedia utiliza-se da GNU Free Documentation License, uma autorização que confere liberdade de cópia, alteração e reprodução dos materiais sob ela licenciados. Cf. <http://en2.wikipedia.org/wiki/GNU_FDL>.

⁷⁷ Benkler, Yochai. Coase's Penguin, or Linux and the nature of the firm. Disponível em: <www.benkler.org/CoasesPenguin.html>.

⁷⁸ Coase, 1990.

Isso denota a emergência dessa nova forma de organização produtiva, sem precedentes na história. Segundo Coase, por causa dos custos de transação,⁷⁹ há duas formas básicas de organização das forças de produção: por meio do mercado e por meio da empresa (firma). *Grosso modo*, a firma surge para racionalizar custos de transação: determinados recursos são mais baratos de serem obtidos dentro da firma do que no mercado. Quanto a outros recursos, é mais barato obtê-los diretamente do mercado, de modo descentralizado. Nestes casos, não faz sentido para a firma incorporá-los internamente. Assim, firmas racionais crescem na medida em que continuam racionalizando custos de transação. Quando não podem mais racionalizá-los, é melhor obter novos recursos do mercado.

As formas colaborativas de produção, por outro lado, fundam o novo modelo que rompe com as idéias de firma e de mercado. O principal exemplo é o GNU/Linux, um software criado a partir da colaboração de programadores de todo o mundo, que não se encontram vinculados diretamente nem a uma empresa nem à idéia de mercado, mas a um terceiro tipo: um modelo colaborativo. A criação do GNU/Linux foi possível porque, na maioria dos casos, programadores dedicaram seu tempo “livre” a desenvolver o software, sem esperar remuneração ou direitos autorais em troca, mas apenas para poder participar de um modelo colaborativo global e, como o próprio Linus Torvalds alega, por incentivos que não guardam relação direta com benefícios econômicos, mas sim com interesses sociais e individuais.⁸⁰

É por causa desses incentivos não-econômicos (ao menos diretamente) que pessoas em todo o mundo decidem dedicar uma parte substancial do seu tempo a, por exemplo, redigir ou aprimorar um verbete da Wikipedia. Muitos fazem isso porque consideram esta atividade divertida, outros o fazem porque acreditam estar retribuindo conhecimento à sociedade, e outros ainda porque

⁷⁹ Em economia e nas disciplinas conexas, custo de transação é um custo incorrido quando se faz uma troca econômica. Por exemplo, a maioria das pessoas, quando compra ou vende uma ação, deve pagar comissão a um corretor. Ou ainda, quando se compra uma banana em um supermercado, seu custo não será apenas o preço da banana em si, mas também a energia e o esforço necessários para ir de casa até o supermercado e voltar. Os custos além do preço da banana serão os custos de transação. Cf. <http://en.wikipedia.org/wiki/Transaction_cost>.

⁸⁰ Torvalds e Diamond, 2001.

passam a se sentir parte de uma iniciativa global, que pode beneficiar diretamente centenas de milhares de pessoas, senão a humanidade como um todo.

O ciclo geralmente começa quando alguém que detém um determinado conhecimento específico em alguma área é atraído para a Wikipedia, em princípio para verificar se o verbete relativo a essa área descreve apropriadamente aquele campo do conhecimento. Em muitos casos, daí surge a vontade de acrescentar algo ou mesmo revisar o que está escrito, para aprimorar o texto. Foi a partir desse impulso que os mais de 170 mil verbetes surgiram e se tornaram úteis, ameaçando trabalhos centenários como o da Enciclopédia Britannica, e realizando o ideal iluminista de Enciclopédia de maneira jamais imaginada.

Além da Wikipedia, há vários outros projetos colaborativos em curso hoje. Como exemplo, existe um projeto, mantido pela Nasa, de catalogação das crateras do planeta Marte, a partir das fotos enviadas pela sonda Viking. O projeto já catalogou, até o momento, mais de 1.127.430 crateras e continua aberto para quem quiser analisar as fotografias do planeta e contribuir na catalogação.⁸¹ Outro é o projeto *Kuro5hin*, uma revista de tecnologia e cultura cuja íntegra da produção editorial é feita por meio de um sofisticado trabalho cooperativo.⁸²

Assim, tudo indica que o modelo do software livre não mudou apenas a história do software, mas também criou uma nova forma de organização econômica, com impacto profundo nas formas de produção e organização globais como um todo.

Aspectos jurídicos dos modelos colaborativos: o Creative Commons

Qual o estatuto jurídico desta nova forma de produção? Ou ainda, como pode o direito dar fundamento a ela? Uma das respostas a esta questão é a criação do modelo Creative Commons.⁸³ Iniciativa concebida pelo prof. Lawrence Lessig e atualmente sediada na Universidade de Stanford, o Creative Commons tem por objetivo desenvolver licenças públicas, isto é, licenças ju-

⁸¹ <<http://clickworkers.arc.nasa.gov/top>>.

⁸² <www.kuro5hin.org>.

⁸³ <www.creativecommons.org>.

rídicas que possam ser utilizadas por qualquer indivíduo ou entidade, para que seus trabalhos sejam disponibilizados na forma de modelos abertos.

Em outras palavras, o Creative Commons cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles.

Um dos principais problemas do direito autoral “clássico” é que ele funciona como um grande “NÃO!”. É comum encontrar, em obras autorais exploradas economicamente, a inscrição “Todos os Direitos Reservados” (ou “*All Rights Reserved*”). Isso quer dizer que, se alguém pretende utilizar aquela obra, tem de pedir autorização prévia a seu autor ou detentor de direitos.

Grosso modo, se alguém faz rabiscos em um guardanapo, aqueles rabiscos já nascem protegidos pelo direito autoral, e qualquer pessoa que deseje utilizá-los precisa pedir permissão ao autor. E este mesmo modelo aplica-se a qualquer outra obra autoral: como regra geral, presume-se que, para se utilizar uma música, um filme, uma foto, um texto ou quaisquer outras obras, é necessário pedir autorização prévia, porque “*todos os direitos estão reservados*”. Como consequência disso, os custos de transação envolvidos na obtenção dessa autorização prévia restringem de forma brutal a quantidade de cultura que uma determinada sociedade tem disponível para acesso em um determinado tempo.

Entretanto, existe um grande número de autores, detentores de direitos e criadores de um modo geral que simplesmente não se importa que outras pessoas tenham acesso às suas obras. Há músicos, produtores de vídeos ou escritores que desejam o exato oposto: querem que as pessoas tenham acesso às suas obras, ou, eventualmente, que outras pessoas continuem o seu trabalho, seja reinterpretando-o, seja reconstruindo-o ou recriando-o. Para essas pessoas, não faz sentido nem econômico, nem artístico, que seus trabalhos se submetam ao regime de “*todos os direitos reservados*”.

Ocorre que, até o surgimento da internet, da tecnologia digital e de um modelo jurídico como o Creative Commons, não havia meios para que esses autores pudessem indicar à sociedade que eles simplesmente não se importam

com a divulgação de suas obras. E é exatamente isto o que um modelo de licenciamento como o Creative Commons faz: cria meios jurídicos para que autores, criadores e outros detentores de direitos possam indicar a todos que eles não se importam com a utilização de suas obras por outras pessoas.

Isso é feito por meio das mencionadas licenças públicas, dos contratos de licenciamento, tendo, de um lado, o autor e, do outro, a sociedade e todos os interessados de modo geral. Trata-se de textos *standards*, que padronizam o entendimento sobre o licenciamento e sobre o tipo de direito que está sendo disponibilizado.

Essas licenças são escritas em três níveis sob o projeto Creative Commons: um nível para leigos, passível de entendimento por quem não tem formação jurídica, explicando no que consiste a licença e quais os direitos que o autor está concedendo; um nível para advogados, em que a redação da licença se utiliza de termos jurídicos, tornando-a válida perante um determinado ordenamento jurídico; e um nível técnico, em que a licença é transcrita em linguagem de computador, permitindo que as obras sob ela autorizadas no formato digital sejam digitalmente “marcadas” com os termos da licença, e permitindo que um computador identifique os termos de utilização para os quais uma determinada obra foi autorizada. Esta última modalidade é particularmente importante em face da crescente regulação arquitetônica da internet, e pode permitir no futuro que, mesmo na eventualidade do fechamento completo da rede, os trabalhos licenciados sob um tipo de licença como esta do Creative Commons possam continuar a ser interpretados como livres por um determinado computador.

Todo este modelo, cumpre ressaltar, surge de baixo para cima, sem a intervenção estatal ou a modificação na lei. Trata-se de utilizar a própria idéia e os conceitos do direito autoral para modificar sua estrutura caso a caso, gerando autorizações caracterizadas pelo termo *copyleft*.⁸⁴ A idéia é permitir a criação de uma coletividade de obras culturais publicamente acessíveis, incrementando o domínio público e concretizando as promessas da internet e da tecnologia de maximizar o potencial criativo humano.

⁸⁴ “*Copyleft is the application of copyright law to ensure public freedom to manipulate, improve, and redistribute a work of authorship and all derivative works*” (*Copyleft* é a aplicação do direito autoral para assegurar publicamente a liberdade de manipular, melhorar e redistribuir uma obra autoral e todas as obras dela derivadas.) Cf. Wikipedia.

Por outro lado, esta mudança de paradigma quanto ao direito autoral não renega o direito autoral tradicional. Ao contrário: fundamenta-se nele e nas prerrogativas legais dos autores de autorizarem a utilização de suas obras como bem entenderem. Trata-se de um deslocamento do eixo de “todos os direitos reservados” para “alguns direitos reservados” (“*all rights reserved*” para “*some rights reserved*”).

Apesar de ser uma iniciativa surgida nos Estados Unidos, o Creative Commons tem caráter global. O Brasil foi o terceiro país a se integrar à iniciativa, logo após a Finlândia e o Japão. No Brasil, o Creative Commons funciona em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro (Direito Rio), que traduz e adapta ao ordenamento jurídico brasileiro as licenças, inclusive com o apoio do Ministério da Cultura.⁸⁵

Tipos de licenças do Creative Commons e modo de utilização

A seguir, são explicados alguns dos tipos de licenças desenvolvidos pelo Creative Commons e quais os direitos nelas contidos. Todas essas licenças estão sendo adaptadas para o ordenamento jurídico brasileiro e estarão disponíveis para utilização pública.

Como se vê adiante, dentro do espírito de “Alguns Direitos Reservados”, o Creative Commons procura atender aos interesses e às necessidades dos mais diversos tipos de artistas, criadores e detentores de direitos. Assim, um determinado autor pode optar por licenciar seu trabalho sob uma licença específica, que atenda melhor a seus interesses, podendo escolher entre as diversas opções existentes.

As licenças do Creative Commons podem ser utilizadas para quaisquer obras, tais como música, filme, texto, foto, blog, banco de dados, compilação, software ou qualquer obra passível de proteção pelo direito autoral. O próprio site do projeto indica como utilizar as licenças e como tornar público o fato de que uma certa obra foi licenciada segundo os termos do Creative Commons, bem como traz as instruções sobre como “marcar” digitalmente a obra com código de programação, indicando que ela está sob uma determinada licença.

⁸⁵ <www.creativecommons.org/projects/international/br>. Ver também o texto de lançamento oficial do projeto: Creative Commons goes to Brazil. Disponível em: <<http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-presslist/2003-August/000008.html>>.

O autor poderá então, se desejar, disponibilizar sua obra em grandes arquivos públicos, como o Archive.org,⁸⁶ ou ainda valer-se de redes de compartilhamento *peer to peer* para distribuir seu trabalho.

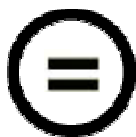
Segue-se uma breve síntese do funcionamento de algumas das licenças do projeto.

Atribuição



Pelos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Entretanto, ele requer que a obra seja sempre atribuída ao autor original, constando em todos os meios de divulgação, quando adequado ao meio, o nome do autor.

Não a obras derivativas



Pelos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Entretanto, o autor requer que a obra seja sempre mantida intacta, sendo vedada sua utilização para a criação de obras derivativas. Assim, a obra do autor não poderá ser remixada, alterada, ou reeditada sem a permissão expressa, devendo permanecer igual ao modo com que foi distribuída.

⁸⁶ <www.archive.org>. A iniciativa Archive.org, criada por Brewster Kahle, tem por objetivo armazenar digitalmente o maior número possível de obras na internet, preservando-as em formato digital para as gerações futuras. Atualmente, o Archive.org já conta com uma quantidade significativa de material, como textos, websites e filmes.

Vedados usos comerciais



Pelos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Entretanto, o autor veda qualquer distribuição, cópia e utilização que tenha fins comerciais. Isto significa que qualquer pessoa que tenha obtido acesso à obra não pode utilizá-la para fins comerciais, como, por exemplo, vendê-la ou utilizá-la com a finalidade de obter lucro.

Compartilhamento pela mesma licença



Pelos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Entretanto, o autor impõe a condição de que, se a obra for utilizada para a criação de obras derivativas, como, por exemplo, uma música ser incluída em um filme ou uma foto ser incluída em um livro, ou mesmo uma reconstrução da obra original, o resultado deve ser necessariamente compartilhado pela mesma licença. Assim, uma obra licenciada pela modalidade “Compartilhamento pela mesma licença” só pode ser utilizada em outras obras se essas outras obras também forem licenciadas sob a licença Creative Commons.

Recombinação (Sampling)



A licença de Recombinação (também chamada licença de *Sampling*) foi desenvolvida conjuntamente pelo Creative Commons e pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, no Rio de Janeiro. O termo Recombinação ho-

menageia o coletivo pernambucano chamado Re:Combo, um dos pioneiros no Brasil no licenciamento de obras para recombinação e modificação. Pelos termos desta licença, o autor pode ou não autorizar a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Entretanto, ele autoriza sempre a utilização parcial ou recombinação de boa-fé da obra, por meio do emprego de técnicas como “sampleamento”, “mesclagem”, “colagem” ou qualquer outra técnica artística, desde que haja transformação significativa do original, levando à criação de uma nova obra. A distribuição das obras derivadas fica automaticamente autorizada para o autor que recriou a obra do autor original.

CC-GPL e CC-LGPL



Assim como a licença de Recombinação (*Sampling*), estas duas licenças tiveram origem no Brasil. Ambas são destinadas ao licenciamento de software. As licenças apresentam os três níveis do Creative Commons (para leigos, jurídico e tecnológico) e foram desenvolvidas para atender necessidades específicas do governo brasileiro no que tange ao incentivo à adoção do software livre no país.⁸⁷ Esse programa de incentivo é coordenado pelo Instituto da Tecnologia da Informação (ITI),⁸⁸ órgão vinculado à Presidência da República. O ITI é

⁸⁷ <www.gnu.org>. Cf. Governo brasileiro é o primeiro a adotar nova licença de software. www.iti.br. “Foi anunciada ontem, durante a II Rodada de Compartilhamento de Software Livre, a adoção da licença CC-GPL para o software TerraCrime, programa voltado para a segurança pública que utiliza o geoprocessamento para analisar os dados estatísticos dos boletins de ocorrência. Esse software foi desenvolvido para o Ministério da Justiça, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE). Esse é o primeiro programa no mundo a adotar esse tipo de licença, que reúne as características de duas entidades distintas. A primeira é uma das mais populares licenças para software livre, a GPL (General Public License) da Free Software Foundation, caracterizada por assegurar as quatro liberdades básicas, ou seja, usar, estudar, melhorar e redistribuir o código. Essa licença alinhou-se às premissas da Creative Commons, entidade sem fins lucrativos que defende o equilíbrio entre a propriedade intelectual e a garantia de que essa prerrogativa não se transforme em um inibidor para a criatividade e a inovação.”

⁸⁸ <www.iti.br>.

responsável, entre outras funções, por coordenar a estrutura de certificação digital no Brasil, e tem atuado como coordenador da implantação do software livre no país. Essas licenças consistem nas tradicionais GPL e LGPL do GNU, isto é, a General Public License e a Lesser General Public License,⁸⁹ internacionalmente adotadas para o licenciamento de software livre, mas com a diferença de serem embaladas de acordo com os preceitos do Creative Commons. Estas licenças garantem todos os quatro direitos básicos do software livre: a liberdade de estudar o programa, com acesso ao seu código-fonte; a liberdade de executar o programa para qualquer finalidade; a liberdade de modificá-lo e aperfeiçoá-lo; a liberdade de distribuí-lo livremente. Note-se que na GPL, em contrapartida, mesmo que tenham ocorrido alterações no programa, este deve continuar sendo distribuído livremente sob os mesmos termos da GPL. Quanto à LGPL, ela permite que, em algumas circunstâncias, o programa seja distribuído sob termos de outras licenças.⁹⁰

Combinações

Obviamente, as licenças do Creative Commons podem ser combinadas e recombinadas. Um determinado autor pode escolher licenciar sua obra, por exemplo, pela modalidade “Atribuição – Vedados usos comerciais – Compartilhamento pela mesma licença”. Ou pode optar apenas por “Atribuição”.

Como o modelo é matricial, cada autor pode escolher a licença adequada aos seus interesses e a suas necessidades, combinando-a com outras licenças.

Efeitos práticos

Como exemplo de interesse pelas licenças Creative Commons, cumpre mencionar aquela da rede de televisão e rádio estatal BBC de Londres. A partir de uma iniciativa do então diretor Greg Dyke, a BBC anunciou em agosto de 2003 estar trabalhando com o Creative Commons, com o intuito de disponibilizar todo o seu arquivo de produções televisivas e radiofônicas para ser livremente acessado, utilizado e reutilizado online. O projeto foi batizado de Creative

⁸⁹ <www.gnu.org>.

⁹⁰ Cf. <<http://creativecommons.org/license/cc-gpl-br>> e <<http://creativecommons.org/license/cc-lgpl-br>>.

Archive e, ao que tudo indica, promete causar um impacto profundo no modelo de negócios da mídia tradicional.⁹¹

A principal alegação da BBC é de haver tomado essa decisão especialmente por ser uma rede de rádio e televisão estatal e, por isso, ter o dever de abrir suas produções, financiadas primordialmente com dinheiro público, para o conjunto da população.⁹²

Como resultado, os modelos de produção colaborativos ganhariam um aliado de peso e relevância econômica, o que certamente adianta o desenvolvimento do modelo colaborativo na área audiovisual em vários anos. Como já foi analisado, modelos abertos como este e o software livre dependem de ações individuais que, gradualmente, reconstruem as estruturas do direito autoral de baixo para cima. Assim, estes modelos dependem de “microatores” que agem de maneira constante, na direção de um resultado coletivo. Entretanto, a entrada da BBC neste modelo pode significar o mesmo que a participação da IBM significou para o desenvolvimento do movimento do software livre.⁹³

Desse modo, ao que tudo indica, o ciclo de desenvolvimento do modelo colaborativo para outras mídias, que vão além do software, pode ser mais rápido do que se imagina. Na verdade, há diversos sinais que indicam demandas e urgência a esse respeito. Existe uma grande movimentação social, silenciosa e descentralizada, mas constante, que clama por modelos alternativos mais adequados à realidade da transformação tecnológica. A pirataria é a forma mais perversa e nefasta de manifestação dessa necessidade de mudança. Entretanto, há outras.

Conforme foi detectado pelo antropólogo Hermano Vianna,⁹⁴ há, no Brasil, um movimento nas periferias que já pratica a transcendência do modelo do direito autoral tradicional, como determinados movimentos musicais de Belém do Pará, notadamente o movimento chamado **tecnobrega**, um tipo de música que remonta à primeira geração da jovem guarda, a mais romântica, misturada com sintetizadores e música dançante eletrônica dos anos 1980 e 1990.

⁹¹ Dyke to open up the BBC archive. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/tv_and_radio/3177479.stm>.

⁹² Cf. BBC: the new P2P freedom fighter. *Wired Magazine*, Nov. 2003.

⁹³ Lessig, 2001.

⁹⁴ Vianna, 2003.

A peculiaridade desse movimento musical que atrai milhares de pessoas no Pará é que quem quiser comprar um CD de tecnobrega em uma loja irá frustrar-se. Os produtores e músicos da cena possuem um acordo de distribuição diretamente com os camelôs, que vendem os CDs totalmente à margem da indústria musical “oficial”. Para eles, pouco importa a forma pela qual seus trabalhos são distribuídos, como neste caso, em que os CDs custam entre R\$ 2 e R\$ 3 cada um. O que sustenta efetivamente a cena são as multidões que ela atrai nas periferias. E o movimento sustenta-se com sua permanente renovação, centrada no uso do MP3, que sucedeu o vinil utilizado pelos DJs locais na década de 1980, o CD e o MD da década de 1990.⁹⁵

Por isso, seja a BBC em Londres ou o tecnobrega em Belém do Pará, todos estamos vivendo modificações de um modelo de direitos autorais, criado no século XIX e com base em uma diferente realidade social, cuja transformação parece ser inexorável.⁹⁶

Em síntese

Emergiu uma nova forma de produção, que não se confunde com o modelo de firma nem com o de mercado, conforme descritos por Ronald Coase. O software livre, primeiro caso bem-sucedido desse modelo colaborativo, acabou por servir de exemplo para que outros bens intelectuais também comesçassem a caminhar no sentido da produção de trabalhos coletivos, globais e abertos.

O surgimento desses modelos está intimamente ligado ao desenvolvimento da internet e da tecnologia digital e, sobretudo, às transformações do direito da propriedade intelectual relativas a elas.

Assim como aconteceu com o software, enquanto o direito autoral aplicável permanece intacto, ou se torna ainda mais severo, uma estrutura paralela fundada na idéia de *copyleft* é desenvolvida. Tal estrutura depende de

⁹⁵ Vianna, 2003.

⁹⁶ “Bars can’t have TVs bigger than 55 inches. Teddy bears can’t include tape decks. Girl Scouts who sing ‘Puff, the Magic Dragon’ owe royalties. Copyright law needs to change.” ([Nos Estados Unidos,] bares não podem ter TVs com mais de 55 polegadas. Ursinhos de pelúcia não podem conter toca-fitas. Escoteiros cantando “Puff, o Dragão Mágico” têm de pagar royalties. O direito autoral precisa mudar.) Cf. Zittrain, Jonathan. *The copyright cage*. Disponível em: <www.legalaffairs.org/issues/July-August-2003/feature_zittrain_julaug03.html>.

“microatores”, que dedicam seu tempo livre ao projeto e utilizam suas prerrogativas de autores para exigir que seus trabalhos permaneçam abertos.

O mesmo está acontecendo agora com outras áreas. Exemplos como a Enciclopédia Wikipedia, a revista *Kuro5hin* e outros denotam essa transformação. Juntamente com estes novos modelos colaborativos, surge um novo estatuto jurídico, com profundo impacto e relevância.

Iniciativas como o Creative Commons têm por objetivo principal fomentar o desenvolvimento de modelos cooperativos, garantindo o estatuto jurídico dessas iniciativas e, sobretudo, permitindo que autores, criadores e detentores de direitos indiquem ao mundo que **não se importam** com a utilização, a distribuição e até a modificação de suas obras por outras pessoas, em um esforço de ampliação do domínio público em prol da criação de uma universalidade criativa de bens culturais.

Por isso, o direito autoral, caracterizado como um grande “Não!”, começa a se transformar em razão desses “microatores”, que passam a ter canais para indicar ao mundo que preferem o caminho do “Sim”. Um “Sim” que tenta recuperar a promessa libertária original da internet e da tecnologia digital de emancipação criativa, e que faz do direito não um instrumento de preservação do passado, mas de transição para o futuro.

A REGULAMENTAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

Desde 1995, a internet apresenta significativa utilização no país. Apesar disso, até o presente, pouco se fez em termos legislativos para a definição dos equilíbrios de interesses que permeiam a rede. Essa ausência de regulamentação explícita traz, pelo menos, duas conseqüências. A primeira é que o fomento à inovação fica prejudicado. Como não existe certeza jurídica quanto aos parâmetros do que se pode ou não fazer no âmbito da rede, projetos inovadores ficam sempre inquinados pela incerteza do que é ou não legal, da mesma forma que os incentivos para autores e criadores de obras intelectuais também acabam sendo vitimados por essa incerteza. Com isso, a regulamentação da internet brasileira é feita primordialmente por “regras gerais” que têm como conseqüência transferir a decisão do equilíbrio de interesses para o Poder Judiciário, mas sem dotá-lo de regras claras para tanto, o que aumenta ainda mais a incerteza.

A segunda conseqüência é que a ausência de regulamentação formal da internet abre espaço para que outras formas de regulamentação tenham lugar, formas estas que acontecem fora dos canais democráticos. Desse modo, a inexistência de regulamentação legal para os conflitos derivados da rede não significa que a mesma não se regule de alguma forma. Ao contrário, essa normatização surge e produz efeitos, mas proveniente de fontes diferentes das democraticamente estabelecidas.

Neste capítulo, são discutidas estas duas hipóteses: primeiro, a de que a ausência de uma definição precisa do que é legal ou não na internet acaba por prejudicar a inovação em termos de idéias e projetos quanto à rede; e segundo, a de que, ainda que não ocorra por meio dos mecanismos formais, a regulamentação da rede ocorre por outras formas que passam ao largo dos canais democráticos regulares.

A idéia de regulamentação da internet no Brasil e as possibilidades de inovação

Houve duas oportunidades recentes em termos de novos textos legais, nos quais a questão do equilíbrio de interesses pertinente ao avanço tecnológico poderia ter sido regulada, mas não o foi. Essas duas oportunidades foram a aprovação da nova Lei de Direitos Autorais, de 1998,⁹⁷ e da Lei de Software,⁹⁸ que imediatamente a antecedeu. A característica que se deseja ressaltar como unindo esses dois textos legais é que nenhum deles menciona sequer uma única vez a palavra internet. Como já apontei em outro texto,⁹⁹ por muito tempo vigoraram, na doutrina brasileira, sobre a regulamentação da internet, duas idéias distintas, mas com o mesmo resultado prático: o de contribuir para que nenhuma estrutura normativa específica e adequada tenha sido adotada no país quanto à regulamentação da internet e da tecnologia digital.

A primeira era a idéia de que a internet não poderia ser regulada, dados o seu caráter internacional e a falta de adequação e eficácia dos mecanismos tradicionais de regulamentação em face das peculiaridades da rede. Essa influente idéia, diga-se, teve origem não no pensamento jurídico brasileiro, mas sim no pensamento jurídico norte-americano, especialmente no manifesto pela independência do ciberespaço, escrito por John Perry Barlow em 1996.¹⁰⁰ Nesse manifesto, Barlow conclama os governos de todo o mundo a deixarem a internet em paz, em nome do surgimento de um espaço livre, em que as idéias imperam sobre qualquer outra forma precedente de infra-estrutura. Além disso, Barlow aponta a ineficácia de qualquer tentativa reguladora, dadas as características voláteis que configuram a internet.

Desde que foi expressa, tal visão foi classificada como dotada de uma certa ingenuidade. Essa ingenuidade caiu por terra nos anos subseqüentes, especialmente por causa dos ensaios que culminaram na publicação do livro

⁹⁷ Lei nº 9.610, de 19-2-1998.

⁹⁸ Lei nº 9.609, de 19-2-1998.

⁹⁹ Silva Jr., 2001.

¹⁰⁰ “*Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. 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*” (Barlow, 1996. Disponível em: <www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>).

Code and other laws of cyberspace, de Lawrence Lessig. Em síntese, Lessig aponta, em seu livro, que a conjugação de estruturas normativas tradicionais (novas leis) e estruturas normativas radicadas nas próprias características tecnológicas que compõem a internet (camada do código) leva a um tipo de regulamentação não só eficaz, mas que assume formas cada vez mais perversas de controle sobre a rede. Assim, essa regulamentação fundada no código sob a convivência da lei não só afeta a privacidade dos usuários, como também eleva a proteção dos bens intelectuais a patamares jamais imaginados. Com isso, não só põe em risco o acesso a informações que devem ser *res commune* (*commons*), que não devem pertencer a ninguém, mas a todos ao mesmo tempo (como as obras em domínio público), como também restringe o acesso às obras protegidas pelo direito autoral de modo intolerável, eliminando até mesmo direitos de uso legítimo autorizados pela lei.

No Brasil, essa corrente de pensamento de que a internet não podia ser regulamentada contribuiu para um atraso significativo na percepção de que a tecnologia digital conjugada com a internet demanda uma intervenção normativa imediata, para a composição dos interesses de **usuários, detentores da propriedade intelectual e provedores de serviços e infra-estrutura**. Essa intervenção normativa faz-se necessária principalmente como forma de estabelecer com clareza a distribuição de responsabilidades e riscos inerentes à internet, possibilitando assim o dimensionamento de investimentos, incentivando autores e criadores ao mesmo tempo em que garante à sociedade em geral o acesso à informação ao menor custo.¹⁰¹

¹⁰¹ Nesse sentido, vale a pena ressaltar que todos os interesses aqui discutidos encontram guarida na Constituição Federal. Os interesses dos **autores, criadores e detentores de propriedade intelectual** constam dos incisos XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º da Constituição Federal, da seguinte forma:

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 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 no-

Além de a idéia da impossibilidade de regulamentação da internet haver persistido por muito tempo (e ainda hoje se manifeste em uma ou outra instância), há outra idéia igualmente importante na doutrina brasileira. Trata-se do entendimento de que a internet não precisa ser regulada, pois o conjunto normativo existente é suficiente para resolver todos os problemas jurídicos que eventualmente dela surjam. Esta noção também trouxe a mesma consequência da anterior, no sentido de incentivar a manutenção de uma estrutura normativa que não tratasse especificamente dos problemas peculiares relativos ao avanço tecnológico.

Por essa e outras razões, nossa Lei de Direitos Autorais e a Lei do Software, de 1998, deixaram de aproveitar a oportunidade para enfrentar problemas que viriam a tornar-se pungentes nos anos seguintes à sua promulgação. Nesse sentido, naquele mesmo ano de 1998, os Estados Unidos promulgavam o Digital Millenium Copyright Act, já extensivamente analisado e que teve por mérito definir o equilíbrio entre os diversos interesses derivados do avanço tecnológico, ainda que essa definição tenha ocorrido, naquele país, de modo extremamente matizado para a proteção dos detentores de direitos sobre a

mes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”

Da mesma forma, o interesse dos **usuários** de ter acesso à informação pode ser verificado em diversos outros dispositivos da Constituição, como nos art. 215 e 216, especialmente em seu inciso III:

“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.

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: (...)

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas.

Da mesma forma como a Constituição traz, em diversos dispositivos gerais e específicos, as regras que nortearão as atividades dos provedores de serviços e de infra-estrutura, notadamente pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002, que estabeleceu: “Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais”; e, entre os princípios do art. 221, encontra-se “a promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação”.

propriedade intelectual. Como resultado disso, questões cruciais – como, por exemplo, a responsabilidade dos provedores de acesso à internet, a privacidade, os direitos de uso legítimos de informações na internet, a responsabilidade dos prestadores de serviços online, os incentivos à cultura nacional, a criação de um regime suficientemente diferenciado para a proteção ao software que o torne distinto do modelo de proteção do direito autoral atualmente empregado e, sobretudo, a proteção aos bens intelectuais e ao patrimônio cultural local em face dos avanços e das pressões cada vez maiores exercidos no âmbito da globalização – ficaram de fora de textos legais que naturalmente as abrigariam.

Dessa forma, até o presente momento, essas e outras questões permanecem não reguladas, dificultando o surgimento de projetos inovadores, em razão do cenário de incerteza jurídica, originado pela ausência de definição legal para atribuição de responsabilidades e risco. No capítulo anterior, foi mencionado o surgimento de uma nova forma de organização produtiva fundada em modelos colaborativos, que não se confunde nem com a empresa nem com o mercado. Além das licenças colaborativas já mencionadas, como o projeto Creative Commons, esses projetos dependem também de outro pré-requisito.

Vários desses projetos colaborativos existem apenas porque a definição de responsabilidades e risco é clara perante a lei da jurisdição onde foram fundados. Como exemplo de definição desse equilíbrio, cumpre mencionar o mecanismo de “portos seguros” definidos pelo DMCA, que protegem os intermediários de responsabilidade desde que cumpram com determinadas condutas, definidas na lei. Considere-se o website da Wikipedia,¹⁰² já mencionado. Todo o esforço colaborativo que culminou no surgimento dessa enciclopédia virtual só é possível porque a lei norte-americana define claramente quais as responsabilidades da Wikipedia, como prestadora de serviços online, quanto ao conteúdo inserido por terceiros em seus sistemas. Esses “portos seguros” estabelecidos pelo DMCA já foram analisados extensamente, mas, na prática, cumpre fazer algumas observações exemplificativas. A Wikipedia conta com material fornecido por pessoas de todo o mundo, que criam e alteram verbetes no website da enciclopédia. Entretanto, isso só se torna possível porque a legislação norte-americana diz que a Wikipedia não é responsável por esse conteúdo, caso o material infrinja direitos de terceiros, tão logo ela o retire do ar se for notifica-

¹⁰² <www.wikipedia.com>.

da a esse respeito. Assim, o website da Wikipedia só será responsabilizado por conteúdo que viole direitos de terceiro na medida em que tenha conhecimento a respeito dessas violações e, mesmo assim, mantenha o conteúdo no ar. Se alguém, agindo ou não de má-fé, tiver inserido material pertencente a outra pessoa, sem ter direitos para tanto, e se a Wikipedia tiver sido notificada, esta tem de verificar se a notificação faz sentido e tem de retirar o conteúdo do site para eximir-se de sua responsabilidade. O DMCA, como visto, prescreve que, se o site responder “prontamente” assim que tomar conhecimento do conteúdo infringente nele inserido, retirando-o do ar, **não terá responsabilidade** sobre o que tiver sido inserido. Graças a isso, o website Wikipedia pode oferecer espaço à sociedade em geral para a criação de uma enciclopédia livre e aberta, que conta com a participação de toda e qualquer pessoa na sua redação e atualização.

Suponhamos que a Wikipedia se tivesse desenvolvido no Brasil, onde não há qualquer legislação específica determinando quais são os contornos da responsabilidade de provedores de serviços online ou de intermediários de informações e disponibilizadores de canais na internet. Primeiramente, em razão das incertezas jurídicas atinentes à matéria, dificilmente alguém dedicaria seu tempo e seus investimentos para estabelecer um sistema similar à Wikipedia no Brasil, sem saber de antemão se seria responsabilizado ou não por violações a direitos de terceiros cometidas em seu sistema. Em segundo lugar, caso ocorra qualquer violação de direitos de terceiros pelos usuários do sistema, cumprirá ao Poder Judiciário decidir com imensa discricionariedade se o intermediário será responsabilizado ou não pela violação cometida pelo usuário de seu sistema. Como não há regras específicas para orientar tal decisão, os riscos são relevantes e contribuem para a inviabilidade de qualquer iniciativa inovadora.

Dessa forma, são ao menos dois os pré-requisitos jurídicos¹⁰³ para o fomento de modelos colaborativos, tais como aqueles descritos no capítulo anterior. Em primeiro lugar, o desenvolvimento de licenças públicas genéricas conforme descritas anteriormente, que permitem a autores e criadores indicar, à

¹⁰³ Há, naturalmente, outros requisitos que não pertencem ao âmbito jurídico, mas se configuram como elementos econômicos e outros elementos sociais. Aqui discutimos apenas os requisitos jurídicos.

sociedade como um todo, que suas obras podem ser utilizadas com certos níveis de liberdade, sem a necessidade de autorização prévia. Além disso, muito importante também é o surgimento de cláusulas de “compartilhamento pela mesma licença”, conforme discutidas anteriormente, que estabelecem a condição de um criador ou autor quanto ao desejo de utilizar-se de uma obra licenciada sob essas cláusulas para criar outras obras (obras derivativas). Para isso, ele precisa necessariamente concordar que suas criações intelectuais baseadas na obra original sejam livres também, nos mesmos termos da mesma licença que ele próprio (juntamente com toda a sociedade) recebeu para utilizar a obra.

O segundo pré-requisito é que haja o estabelecimento de regras para atribuição de responsabilidades e risco de modo claro. Muitos dos projetos colaborativos dependem de um intermediário, seja um provedor de infraestrutura, seja um provedor de serviços online. A definição clara e precisa das responsabilidades entre esses provedores, os usuários e os efetivos perpetradores de violações à propriedade intelectual é fundamental para que projetos colaborativos possam surgir. Ainda que essa definição de equilíbrios tenha sido feita de modo matizado, como aconteceu nos Estados Unidos, ela possibilitou grande margem para o surgimento de projetos desta forma. É sumamente importante a criação de “portos seguros” para os provedores, de maneira que estes possam saber que, seguindo um determinado padrão de conduta – como, por exemplo, efetuar a retirada de conteúdo que viole direitos de propriedade intelectual tão logo tenham ciência a respeito do fato (ou tão logo verifiquem a procedência da violação) –, eles não serão responsabilizados pelas violações perpetradas por terceiros. O Projeto de Lei nº 4.906 cuida de modo extremamente liberal da questão referente à responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros. É de se questionar se tamanha liberalidade cumpriria o pré-requisito de estabelecimento de regras claras necessárias ao fomento da inovação na internet. Desse modo, como já sugerido, uma melhor e mais clara composição da proteção aos diferentes provedores da internet, conjugada com uma responsabilização severa dos agentes que podem provocar a responsabilização dos provedores (por exemplo, advogados que enviam notificações alegando violações de direito sobre determinado conteúdo), provavelmente irá funcionar melhor do ponto de vista prático do que a mera adoção de uma regra que isente totalmente de responsabilidade alguns tipos de provedores de acesso ou de serviços online.

Em síntese, como o primeiro tipo de pré-requisito identificado, qual seja, o surgimento de licenças públicas, depende de iniciativas privadas, este tem sido já de certa forma atendido, seja por iniciativas como o Creative Commons, que se projetam no país por intermédio de entidades e iniciativas privadas, ou por outras iniciativas privadas de indivíduos e entidades brasileiras, como a iniciativa Licenças Públicas Genéricas, de autoria do advogado Pablo Cerdeira,¹⁰⁴ ou a licença desenvolvida para o projeto Re:Combo.¹⁰⁵ Assim, a proliferação desta mesma idéia de colaboração no país, inclusive encarnada em iniciativas jurídicas, demonstra o interesse em dar continuidade às possibilidades de inovação derivadas do avanço tecnológico.

Entretanto, seu segundo componente, a definição de regras claras de atribuição de responsabilidade e risco, depende de alterações legislativas. Assim, surge um descompasso significativo, na medida em que as iniciativas privadas e descentralizadas pregam a inovação e a possibilidade de surgimento de projetos sem precedentes, em termos de alocação de recursos e geração de bens comuns, criando estruturas jurídicas para tanto, ao mesmo tempo em que a inexistência de regras jurídicas claras impede que estes projetos se concretizem em larga escala, pelo temor inerente da responsabilização por ato de terceiros.

¹⁰⁴ <www.lpg.adv.br>. Licenciamento Público Geral, uma das iniciativas pioneiras no país que tem por objetivo redigir e disponibilizar licenças públicas para que autores e criadores possam disponibilizar suas obras: “Nosso objetivo é desenvolver um sistema de licenciamento, registro e distribuição de obras intelectuais pela Internet, incluindo programas de computador, músicas, textos etc”.

¹⁰⁵ <www.recombo.art.br>. O coletivo chamado Re:Combo é um grupo de “artistas plásticos, engenheiros de software, DJs, professores e acadêmicos, que trabalha em projetos de arte digital e música de uma forma descentralizada e colaborativa”. O coletivo desenvolveu uma licença denominada Licença de Uso Completo Re:Combo, definida nas palavras do próprio grupo: “é na busca de uma cura moderna, coerente, e que não passe pela sangria dos artistas, que o Re:combo, alheio a qualquer hipocrisia ou vaidade, sente-se no dever de instrumentalizar seus princípios para publicar esta Licença de uso livre como forma de estimular e garantir que a circulação e o uso de suas obras permanecerá livre em diversos meios. Através desta Licença de Uso Completo Re:combo, todo trabalho audiovisual ou fonográfico produzido pelo coletivo (ou de quem adotar a Licença) fica, de uma forma perfeitamente legal dentro da legislação brasileira, permanentemente aberto e livre, para fomentar novas produções também abertas e garantir a livre circulação de obras intelectuais em prol da generosidade intelectual e do progresso da humanidade.”

Desse modo, passados vários anos desde que a internet obteve popularidade relevante no Brasil, ainda não tivemos nenhum conjunto de instrumentos normativos que atendessem às questões jurídicas primordiais da rede e, por consequência, pudesse fomentar ou servir de base para a inovação criativa no país.

A seguir, trataremos do segundo aspecto deste capítulo. Ainda que a regulamentação da internet quanto a questões relativas à inovação até o presente momento tenha sido incipiente, outras formas de regulamentação tomaram corpo, muitas vezes passando ao largo dos canais democráticos, conforme veremos.

A regulamentação da internet ao largo dos canais democráticos

É ingênuo acreditar que, apesar da inexistência de instrumentos normativos formais para a regulamentação da internet no país, essa regulamentação não tenha ocorrido. Quando a lei não define os equilíbrios de interesses emergentes do surgimento da internet e da tecnologia digital, esse mesmo equilíbrio é determinado por fatores fora dos canais democráticos.

Assim, essa regulamentação de fato ocorreu, mas fundada em peculiaridades técnicas e suas demandas de urgência, alimentadas pela necessidade de eficácia imediata, bem como sutilmente por meio de outros canais econômicos e sociais de modo amplo. Entretanto, nenhuma dessas regulamentações passou pela reflexão e pelo escrutínio democrático, como seria esperado com respeito a uma questão estratégica e importante para o desenvolvimento do país.

Passemos a abordar três exemplos de direitos surgidos ao largo das fontes formais do direito e dos canais democráticos, a saber:

- a estrutura de regulamentação dos nomes de domínio na internet no Brasil;
- a regulamentação privada da atividade de spam no Brasil;
- a regulamentação surgida da prática dos advogados e grupos específicos no envio de notificações para intermediários, como os provedores de acesso e serviços.

O primeiro e o segundo itens serão desenvolvidos em mais detalhes. O terceiro item será discutido mais rapidamente, sobretudo pelo fato de já ter sido abordado no primeiro capítulo.

A estrutura de regulamentação dos nomes de domínio da internet no Brasil

Quadro 7

Camadas afetadas	Formas de regulação		
	Lei	Norma	Código
Física	A lei neste tópico tem impacto direto na estrutura física da rede	Normas sociais são responsáveis pela estruturação de quase todo o sistema normativo de domínios	O código é fator normativo fundamental para nomes de domínio, que se vinculam à estrutura física da rede
Lógica	A lei afeta diretamente a estrutura da rede e seus protocolos neste tópico	Normas de origem social definem quase toda a estrutura lógica da rede	O código funciona como fator normativo sobre a estrutura lógica de domínios na rede
Conteúdo			Nomes de domínio servem de índice para o conteúdo que trafega na rede

A internet, como conexão de várias redes, depende de um sistema de indexação e endereçamento específico para que um computador consiga encontrar outros computadores a ela conectados e, por conseqüência, obter determinadas informações armazenadas nesse outro computador.

Esse sistema de indexação e endereçamento é o que se chama de sistema de nomes de domínio.¹⁰⁶ É ele que permite transformar um determinado endereço eletrônico, como <www.planalto.gov.br>, em um endereço numérico, que permite a outros computadores terem acesso ao website da Presidência da República. Trata-se de um sistema eminentemente técnico, mas que tem profundas implicações ao longo de toda a rede, haja vista o fato de que a internet se estrutura exatamente sobre esse sistema. Quem controla tal sistema, dessa forma, acaba controlando *grosso modo* a “chave mestra” da rede.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Sistema de nomes de domínio é a tradução de *domain name system* (DNS), que, conforme a definição da Webopedia, “é um serviço da Internet que traduz nomes de domínio em endereços de IP. Isso porque nomes são alfabéticos e mais fáceis de serem lembrados. A internet, entretanto, é construída sobre endereços de IP [numéricos]. Todas as vezes que um nome de domínio é utilizado, o serviço de DNS deve traduzir este nome em seu endereço de IP correspondente. Por exemplo, o nome de domínio <www.example.com> traduz-se no número 198.105.232.4” (cf. <www.webopedia.com>).

¹⁰⁷ Esta afirmação deve ser ressalvada. Hoje há servidores *raiz* sendo implementados fora da jurisdição da Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Icann), que é a entidade

Como diversos outros nichos da internet, a regulamentação desse sistema técnico surgiu informalmente, baseada em uma regulamentação por normas sociais e não na lei. Enquanto a internet ainda estava em sua infância,¹⁰⁸ esse sistema ficava a cargo de especialistas e voluntários que mantinham o controle dos endereços de IP, os quais permitiam a um computador encontrar outro na rede, relacionando-os então com os nomes de domínio que facilitavam sua utilização do sistema.

Grosso modo, no final dos anos 1980 e no começo dos anos 1990, todo o sistema de endereçamento na internet se concentrou nas mãos de uma única pessoa, Jon Postel, fundador e mantenedor da Internet Assigned Numbers Association (Iana). Era Jon Postel¹⁰⁹ quem mantinha o registro de cada um dos endereços dos computadores conectados à rede. Ele também foi responsável por atribuir a cada país uma terminação regional, tendo se baseado, para isso, na tabela da International Standards Organization (daí o Brasil ter recebido a terminação “.br”, a Argentina, “.ar”, a Alemanha, “.de”). Tudo era feito informalmente.

Também no começo dos anos 1990, o governo norte-americano começou a enxergar a internet como tecnologia estratégica para o desenvolvimento daquele país. Nesse sentido, começou a chamar a si uma série de atividades que eram mantidas inicialmente por voluntários ou pelo próprio Jon Postel. Por meio de concessão, o governo norte-americano determinou que a empresa Network Solutions Inc. (NSI) passasse a administrar as questões relativas aos nomes de domínio. Assim, Jon Postel continuava a administrar os **números de domínio** (como 255.234.112.002), enquanto a NSI passava a administrar os **nomes de domínio** (como <www.whitehouse.gov>, ou <www.amazon.com>). Com isso, a administração do DNS, composto pelo sistema de administração tanto de nomes de domínio, quanto de números de domínio a eles associados, passou a ser dividida. Note-se que, até o momento, não havia qualquer legisla-

norte-americana responsável por controlar o DNS. Isso dificulta o controle do sistema de endereçamento como um todo por apenas uma entidade. Apesar disso, pode-se dizer que a Ican ainda concentra a maior parcela de controle sobre o DNS atualmente, o que não pode ser desprezado.

¹⁰⁸ Não se pretende aqui descrever a história da internet. Inúmeros estudiosos, no Brasil e no exterior, já o fizeram. Para uma história acurada da rede, ver Castells (2001).

¹⁰⁹ Cf. <www.postel.org/postel.html#about>.

ção a respeito deste sistema, que era constituído puramente por meio de regulação originada em normas sociais.

Jon Postel ainda mantinha vivo o lado “voluntário” da internet, no sentido de que não se sujeitava a nenhum mecanismo formal ou legal de tomada de decisão, mantendo-se fiel a uma estrutura reguladora fundada na informalidade e em normas sociais. Enquanto isso, a NSI funcionava como uma espécie de *longa manus* do governo norte-americano, efetuando o registro de nomes de domínio e estabelecendo mecanismos ainda primários e pouco sofisticados de resolução de disputas sobre eles.¹¹⁰

Com o crescimento da internet, o interesse do governo norte-americano sobre a regulação do Sistema de Nomes de Domínio foi aumentando. Em 1998, após a morte de Jon Postel, o governo norte-americano decidiu criar uma nova entidade, tanto autônoma com relação à atuação precedente de Jon Postel e da IANA, quanto relativamente autônoma à NSI. Com isso, a administração Clinton editou um *white paper* por intermédio do Departamento de Comércio,¹¹¹ no qual estabeleceu toda a mudança de paradigma quanto à administração de nomes e números de domínio na internet. Entre outros princípios, o documento estabelecia como princípio básico que a administração dos nomes de domínios (não a de números) deveria ser regida pelo regime de mercado e da livre concorrência. Além disso, seria criada uma entidade com um corpo diretivo relativamente aberto, representando os diversos “constituintes” da internet global, que seria responsável pelo controle de todo o sistema.

Com isso, foi criada a Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Icann), uma companhia privada, sem fins lucrativos, constituída sob as leis do estado da Califórnia.¹¹² Essa entidade assumiu e desempenha até hoje a função de controlar todo o DNS da internet, incluindo nomes e núme-

¹¹⁰ Disputas, por exemplo, entre detentores de marcas registradas e detentores de domínios. Como o sistema de registro de marcas era e ainda é independente do sistema de registro de domínios, inúmeros casos ocorriam e ainda ocorrem em que um detentor de marca vê a titulação da marca registrada na internet por outro indivíduo ou outra entidade. Sobre este primeiro sistema de resolução de disputas da NSI, cf. <<http://cyber.law.harvard.edu/property00/syllabus/>>.

¹¹¹ Cf. <www.icann.org/general/white-paper-05jun98.htm>.

¹¹² Cf. Articles of Incorporation of ICANN. Disponível em: <www.icann.org/general/articles.htm>.

ros de domínio, até aqueles pertinentes a terminações relativas a todos os países do mundo, como “.br” (Brasil), “.ar” (Argentina) ou “.de” (Alemanha).

Como já apontou diversas vezes o prof. Joaquim Falcão, as implicações desse sistema de controle global, ao ser incorporado pelo sistema jurídico nacional, são muitas e importantes.¹¹³

Em primeiro lugar, trata-se de todo um conjunto normativo que tem reflexos importantes para a administração da internet no Brasil. Em segundo lugar, a própria natureza de constituição desse regime e sua incorporação no Brasil foram feitas, em sua maior parte, totalmente à margem do ordenamento jurídico brasileiro, padecendo até hoje de diversas ilegalidades. Serão analisados, a seguir, alguns aspectos dessa questão.

A incorporação do domain name system no Brasil e sua ausência de fundamento legal

O Brasil defrontou-se, assim, desde o início, com o problema de ter de servir a dois senhores ao mesmo tempo:¹¹⁴ o primeiro, todo o arcabouço normativo e tecnológico aplicável aos nomes de domínio estabelecidos nos Estados Unidos; o segundo, a incorporação e a adaptação desse arcabouço normativo ao ordenamento jurídico brasileiro.

Para se entender o porquê de **normas sociais**, e não a lei, serem predominantes na regulamentação da internet no Brasil, convém contar um pouco da sua história.

Por contingências históricas, no Brasil, a entidade responsável pelo controle de nomes e números de domínio sob a terminação “.br” é a prestigiosa Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp). É ela que mantém o sistema de registro de nomes de domínio no Brasil, denominado “Registro.br”, em atividade similar àquela desempenhada pela Ican. É ao mesmo tempo contraparte e subordinada em relação à Ican, já que se constitui como entidade delegada para a administração dos domínios com terminação “.br”, delegação esta que remonta aos tempos de Jon Postel, muito antes da criação da própria Ican. Entretanto, o controle da estrutura geral da internet

¹¹³ Falcão, 2003a.

¹¹⁴ Ibid.

(o DNS) permanece ainda centralizado com a Iccann, de modo que as entidades nacionais, como a Fapesp, têm autonomia, mas não independência.

A primeira regra que a Fapesp incorporou com relação à estrutura de registro de domínios estabelecida nos Estados Unidos foi a regra do “*first come, first serve*” (“quem primeiro chega primeiro é servido”), isto é, obtém o registro aquele que o solicitar primeiro. Para que uma determinada entidade ou um determinado indivíduo tenha direito à utilização de um determinado nome de domínio, deve ser feito à Fapesp um requerimento de registro do nome, bem como o pagamento de uma taxa anual. Assim, se o nome tiver sido registrado anteriormente, a Fapesp não concederá direitos de uso sobre ele, ainda que o titular dessa requisição posterior tenha direitos legítimos ao uso do nome, fundados no direito de marca, por exemplo. A segunda regra que rege os registros de nome de domínio no Brasil, também adotada de fora para dentro, é a que estabelece prazo perpétuo de utilização do nome de domínio, desde que o usuário continue efetuando o pagamento da taxa anual.

Note-se que não existe, no Brasil, qualquer determinação legal estabelecendo disposições a respeito da existência dessas regras de “quem primeiro chega primeiro é servido” e do prazo perpétuo de duração para os nomes de domínio. É especialmente importante ter isso em mente pelo fato de que o registro de domínio gera direitos e obrigações e, sobretudo, gera conseqüências patrimoniais. Um nome de domínio pode ter valor econômico bastante expressivo e os direitos sobre ele decorrem diretamente do registro junto à Fapesp.

De onde provém, então, a competência da Fapesp para realizar o registro de nomes de domínio, e por que o registro é feito sob essas regras? A resposta a essa questão vincula-se diretamente às contingências históricas de implantação da internet no Brasil, analisadas brevemente a seguir. Tal qual nos Estados Unidos, nossa internet surgiu informalmente, nas mãos de brilhantes cientistas e especialistas, que, graças a seu esforço pessoal e visão privilegiada, fizeram com que o Brasil não perdesse a oportunidade histórica de ingressar na rede e se tornar hoje um de seus líderes. Cumpre citar nomes como Demi Getscko, Tadao Takahashi, Ivan Moura Campos e Carlos Afonso, entre outros, todos pioneiros e ainda líderes merecedores de todo o crédito pelo sucesso da internet no Brasil. Entretanto, como homens de razão prática e não juristas, não tinham a obrigação nem a necessidade de ponderar sobre os aspectos institucionais do que então se criava. Esse vácuo institucional se explicita melhor adiante.

Comentários sobre a implementação da internet no Brasil¹¹⁵ e seus aspectos institucionais

A competência da Fapesp para operar registros sobre nomes de domínio provém do plano dos fatos, de uma regulação fundada em normas sociais, profundamente vinculadas à necessidade de eficácia imediata e à urgência de integração do Brasil ao sistema mundial. Dois fatores assim se conjugaram: a necessidade de integrar as normas forjadas no ordenamento norte-americano para o registro de nomes de domínio no Brasil e a necessidade de operar aqui as mesmas funções operadas lá fora, quanto aos domínios “.br”. Essa competência originou-se de diversos interesses sociais legítimos e de circunstâncias históricas que demandavam eficácia e urgência. Não se originou, entretanto, do nosso ordenamento jurídico e de suas diretrizes institucionais. Para se ter uma idéia, até 1995, não havia qualquer ato normativo formal a respeito da regulamentação específica da internet no Brasil. Convém assim mencionar brevemente a história da rede no país.

O fato de o sistema de telecomunicações brasileiro ser detido integralmente pelo Estado fazia com que, até 1990, toda a infra-estrutura de redes de computadores existentes no país também fosse estatal, ou seja, nenhuma rede existia que não fosse explorada pelo poder público (com duas exceções: da rede bancária internacional Swift e da rede de emissão de passagens aéreas Sita, também internacional).

O setor acadêmico, pioneiro da internet no Brasil, na época, já mantinha três projetos iniciadores de construção de redes, que almejavam conectar o país às redes então já existentes e relativamente bem desenvolvidas no exterior. Esses projetos eram liderados por quatro instituições: a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp), a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj), o Laboratório Nacional de Computação Científica (LNCC) e a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

¹¹⁵ Sou muito grato ao trabalho de Marcos Rolim Fernandes Fontes e à obra de Tadao Takahashi, um dos pioneiros da internet no Brasil (Takahashi, 2000), bem como ao artigo de Michael Stanton. (Cf. Stanton, Michael. *A evolução das redes acadêmicas no Brasil: parte 1 – da BITNET à Internet (1987 a 1993)*. Disponível em: <www.rnp.br/newsgen/9806/inter-br.shtml>. Acesso em: 11 nov. 2003.)

Em 1988, o LNCC conseguiu estabelecer sua primeira conexão com uma rede no exterior, a então chamada Bitnet,¹¹⁶ grande rede que conectava universidades e instituições acadêmicas no mundo. Nesse mesmo ano, também a Fapesp estabeleceu sua conexão à rede do Fermilab em Chicago, outro importante ponto de acesso a redes existentes no exterior. A isso, seguiu-se a UFRJ, que se conectou à Universidade da Califórnia (Ucla). Para se ter uma idéia, na época, essas redes brasileiras sequer eram conectadas entre si. Valiam-se, assim, de suas conexões com redes no exterior para efetuar essa conexão interna.

Outras instituições educacionais e de pesquisa brasileiras começaram então a se conectar às redes destas três instituições. Desse modo, essas redes no país iam ganhando acesso progressivo às redes no exterior e também entre si. A partir de 1991, a Fapesp deu um passo importante e aprimorou sua conexão com o Fermilab de Chicago, passando então a utilizar o protocolo TCP/IP, que é o protocolo utilizado pela internet, sendo assim uma das instituições pioneiras no Brasil neste sentido. Logo em seguida, a mesma Fapesp tornou-se responsável por gerir operacionalmente a Rede Nacional de Pesquisa (RNP), criada com o patrocínio do Ministério da Ciência e Tecnologia e do CNPq, interligando instituições acadêmicas em todo o país. Tudo isso, conjugado também à atuação da Embratel, na época parte do Sistema Telebrás, serviu de base para a internet no Brasil.

Em 1994, a Embratel anunciou que iria dar início ao fornecimento de acesso discado à internet, o que ocorreu efetivamente em 1995, em caráter experimental. Isso significa dizer: usuários nacionais poderiam, utilizando um telefone, conectar seus computadores a alguma das redes brasileiras (inclusive a da própria Embratel) e, com isso, conectar-se a redes no exterior. Surge então o acesso discado à internet no país. A partir daí, a internet no Brasil expandiu-se vertiginosamente, alcançando uma dimensão que extrapolou a área pública e, graças a uma mudança de perspectiva governamental, passou então a ser conduzida primordialmente pelo setor privado, por meio da criação de provedores privados de acesso, que passavam também a oferecer a usuários nacionais o acesso discado à internet.

¹¹⁶ “A Bitnet, acrônimo de *because it's time network*, é uma das mais antigas e maiores redes de grande amplitude usada para conectar extensivamente universidades.” Cf. <www.webopedia.com>.

Apesar dos avanços tecnológicos, do ponto de vista jurídico e institucional, até 1995, não havia qualquer dispositivo normativo formal regulamentando a internet no país. Havia apenas a incorporação informal do regime estrutural e normativo de registros de nomes de domínio, feito já pela Fapesp, espelhando estruturas adotadas nos Estados Unidos. Como coordenadora operacional da RNP, a Fapesp já havia assumido na prática a gestão do sistema de registro de nomes de domínio no país, aqueles sob a terminação¹¹⁷ “.br”.

Foi nesse mesmo ano de 1995 que começaram a surgir os instrumentos institucionais que ao menos buscavam conferir maior formalização normativa a esse sistema de registro de nomes de domínio. Esses primeiros instrumentos justamente coincidiam com a idéia do então governo de atribuir o desenvolvimento subsequente da internet à iniciativa privada. A preocupação era, naturalmente, muito maior em garantir as “regras do jogo” para o desenvolvimento subsequente da internet do que em pensar nas repercussões da projeção de um modelo global, forjado nacionalmente (nos Estados Unidos), sobre o ordenamento jurídico brasileiro e na sua compatibilização com ele.

Foi editada em 31 de maio de 1995, dentro dessa visão, a portaria interministerial que criou o comitê Gestor da Internet no Brasil.¹¹⁸ O Comitê foi produto da ação conjunta do Ministério da Ciência e Tecnologia e do Ministério das Comunicações. O Comitê Gestor já nasceu assim com características híbridas: sem personalidade jurídica própria, nem de direito público, nem de direito privado, sem respaldo em qualquer legislação, sem qualquer competência normativa formal (o que inclusive consta expressamente da portaria que o instituiu) e criado por portarias interministeriais sem competência para

¹¹⁷ ccTLD (*country code Top Level Domain Name*) “.br”.

¹¹⁸ A Portaria nº 147 delegava as seguintes atribuições ao Comitê Gestor: “I) acompanhar a disponibilização de serviços de Internet no país; II) estabelecer recomendações relativas a: estratégia de implantação e interconexão de redes, análise e seleção de opções tecnológicas; e papéis funcionais de empresas, instituições de educação, pesquisa e desenvolvimento (IEPD); III) emitir parecer sobre a aplicabilidade de tarifa especial de telecomunicações nos circuitos por linha dedicada, solicitados por IEPDs qualificadas; IV) recomendar padrões, procedimentos técnicos e operacionais, e código de ética de uso para todos os serviços de Internet no Brasil; V) coordenar a atribuição de endereços IP (*Internet Protocol*) e o registro de nomes de domínios; VI) recomendar procedimentos operacionais de gerência de redes; VII) coletar, organizar e disseminar informações sobre o serviço de Internet no Brasil; e VIII) deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas”.

tanto. Apesar disso, o paradoxo: na prática, o Comitê Gestor cria direitos e obrigações, gere e supervisiona todo o sistema de registro de domínios, dialoga e representa o Brasil perante a Iann, quanto à incorporação de normas técnicas e outras diretrizes por ela estabelecidas, com impacto sobre o Brasil.

E o mais notável de tudo: as resoluções normativas do Comitê Gestor são citadas pelo Poder Judiciário com força de lei na decisão de conflitos sobre nomes de domínio, com severas repercussões patrimoniais para indivíduos por ela afetados, como se verá a seguir. Nas palavras do prof. Joaquim Falcão:

As normas que estruturam o registro de um nome de domínio no Brasil são poucas e simples. Todas de direito administrativo. São basicamente três. Em primeiro lugar trata-se da Portaria Interministerial 147/95, do Ministério das Comunicações e do Ministério de Ciência e Tecnologia, criando o Comitê Gestor da Internet para o Brasil em 31 de maio de 1995. Em segundo lugar, a Resolução nº 01 deste Comitê Gestor estabelecendo as regras para o registro de nomes de domínio. Finalmente, a Resolução nº 02 delegando à FAPESP a competência para realizar as atividades de registro de nomes de domínio, distribuição de endereços IP's e sua manutenção na rede Internet. A esse conjunto inicial de normas, acrescido de sua prática, isto é, de normas subseqüentes, registros efetuados, interpretação doutrinária, decisões administrativas e judiciais damos o nome de subsistema de registro de nomes de domínio. Esse subsistema é estruturado na competência normativa do Comitê Gestor e pelo monopólio operacional da Fapesp.¹¹⁹

Dessa forma, o Comitê Gestor, por si só eivado de problemas institucionais, tornou-se fonte normativa no país. Em 1996, editou um ato normativo regulando todo o sistema de registro de nomes de domínio no país¹²⁰ e estabelecendo que o próprio Comitê Gestor seria “o órgão responsável pelo registro, no país, de Nomes de Domínios na rede eletrônica Internet”.¹²¹ Note-se o dilema: o Comitê Gestor deve integrar-se a dois sistemas normativos distintos. O primeiro, aquele forjado nos Estados Unidos, que culminou com

¹¹⁹ Falcão, 2003a.

¹²⁰ Cf. Ato Normativo do Comitê Gestor da Internet. Disponível em: <www.cg.org.br/regulamentacao/ato-norm.htm>

¹²¹ *Ibid.*, item 1.

a criação da Icann, órgão gestor supremo do Sistema de Nomes de Domínio. Trata-se de órgão formalmente vinculado ao governo norte-americano, ainda que sua estrutura de governança interna preveja uma representação relativamente aberta, inclusive quanto a uma certa participação internacional. Naturalmente, suas diretrizes e políticas atendem à realidade da sociedade e aos interesses norte-americanos (cumpra sempre lembrar que a Icann é uma corporação com sede na Califórnia). Tanto é assim que a Icann é a responsável pela manutenção das terminações de domínios regionais,¹²² como o “.br” sob a administração brasileira. Entretanto, quanto à administração de domínios globais, aqueles que não possuem nenhuma terminação regional específica (como <www.amazon.com>, ou ainda <www.un.org>), ou seja, aqueles que não se filiam a nenhum país específico, mas dizem respeito a todos eles, a Icann nada delega. Mantém para si a administração integral desses domínios. Tanto é assim que websites norte-americanos sequer se utilizam da terminação “.us”, que indicaria filiação norte-americana, mas se utilizam sobretudo dos domínios genéricos globais, como se fossem exclusivamente norte-americanos. Sobre isso, há inclusive discussões crescentes a respeito da remoção da autoridade da Icann para a Organização das Nações Unidas, que teria representatividade mais ampla para lidar com essa questão de impacto global.¹²³ A segunda parte do dilema do Comitê Gestor é que ele deve integrar-se também ao sistema jurídico nacional, com seus pressupostos institucionais definidos constitucionalmente. Como o Poder Executivo atribuiu ao Comitê Gestor as funções de estabelecer os critérios e a organização do registro de nomes de domínio no Brasil, e tal registro possui sérias repercussões patrimoniais e estratégicas para o desenvolvimento do país e sua inserção em um contexto global, essas diretrizes deveriam ter sido, no míni-

¹²² Essas terminações de domínios regionais são chamadas ccTLDs (*country code top level domains*).

¹²³ “What happens if ICANN fails? Who will run the DNS then? Of course to many, ICANN already has failed –spectacularly so. Critics have long complained that ICANN not only lacks accountability and legitimacy, but also that it is inefficient (at best) and downright destructive (at worst). According to these critics, ICANN’s many sins include threatening the stability of the Internet, limiting access by imposing an artificial domain name scarcity, and generally behaving like a petulant dictator” (Cf. Kapur, Akash. United Nations vs. ICANN: one ccTLD at a time. In: *Circle ID*. Disponível em: <www.circleid.com/article/92_0_1_0_C/>.)

mo, estabelecidas por lei. É o caso, por exemplo, de todos os outros registros com repercussões patrimoniais no país.¹²⁴

Entretanto, a adequação do Comitê Gestor a esses dois regimes distintos, aquele de origem internacional e este de origem nacional, parece ter privilegiado o primeiro em detrimento do segundo. É assim, por exemplo, com a aceitação da regra de “quem primeiro chega primeiro é servido” e de outras regras que se assemelham à estrutura global de registros de domínio, mas não incorporam, por exemplo, a proteção ao direito de marca no país, como se vê a seguir.

O Comitê Gestor deu continuidade à sua produção normativa autônoma para lidar com algumas das lacunas prementes, originadas das demandas relativas à atividade de registros de domínios. Em 1998, o Comitê Gestor da Internet editou suas duas e únicas resoluções. A primeira estabeleceu as regras básicas para o registro de nomes de domínio no Brasil, inclusive reiterando a famosa regra de “quem primeiro chega primeiro é servido” (o registro é concedido àquele que o solicitar em primeiro lugar), bem como regras gerais sobre a vedação do registro de nomes que possa induzir terceiros a erro ou casos em que estejam envolvidos determinados direitos de marca.¹²⁵ Na Resolução nº 2, o Comitê Gestor delegou à Fapesp todas as suas atribuições para efetuar o registro de nomes de domínio no Brasil,¹²⁶ o que, na prática, já vinha ocorrendo há vários anos. A função da Resolução nº 2 foi apenas de revestir com algu-

¹²⁴ “O registro de pessoas físicas, que é regulado pela Lei 6.015 de 1973; o registro de empresas mercantis, que é regulado pela lei 8.934 de 1996; o registro de marcas e patentes, que é regulado pela lei 5.648 de 1970; o registro de veículos, regulado pelo Código Nacional de Trânsito, a lei 9.503 de 1997, entre tantos outros” (Cf. Falcão, 2003a).

¹²⁵ Comitê Gestor da Internet, Resolução nº 1, de 15-4-1998. Anexo I, art. 2º, II, b: “b) não pode tipificar nome não registrável. Entende-se por nome não registrável, entre outros, palavras de baixo calão, os que pertençam a nomes reservados mantidos pelo CG e pela Fapesp com essa condição, por representarem conceitos predefinidos na rede Internet, como é o caso do nome ‘internet’ em si, os que possam induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas, quando não requeridos pelo respectivo titular, siglas de Estados, de Ministérios etc.”.

¹²⁶ Comitê Gestor da Internet, Resolução nº 2, de 15-4-1998: “Art.1º. Delegar competência à Fapesp para realizar as atividades de registro de nomes de domínio, distribuição de endereços IPs e sua manutenção na rede eletrônica Internet”.

ma formalidade o que, na prática, já acontecia desde os primórdios da internet no país: a administração do DNS brasileiro sempre foi efetuada pela Fapesp.

Quanto à Resolução nº 1, por sua natureza eminentemente administrativa (trata-se de resolução emitida por órgão sem personalidade jurídica, criado por portaria interministerial sem qualquer amparo legal), ela deveria, na melhor das hipóteses, aplicar-se somente à administração pública, e não gerar direitos, nem deveres, entre particulares. Não foi o que aconteceu. A Resolução nº 1 do Comitê Gestor acabou por se tornar norma cogente do ordenamento jurídico brasileiro, criando direitos e deveres entre particulares. Ironicamente, essa resolução só não criou direitos e deveres para a própria administração pública: a Fapesp, órgão responsável pelo registro, não possui qualquer sistema de verificação das disposições da Resolução nº 1 e simplesmente ignora as disposições de seu conteúdo pertinentes ao registro de marca. Note-se que a resolução comanda, por exemplo, que não são registráveis “nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas”. Ora, o comando dirige-se à administração pública, e não a particulares. Nas palavras do prof. Joaquim Falcão sobre os problemas deste regime:

Um deles é a recusa da FAPESP e do Comitê Gestor em adotar procedimentos administrativos compatíveis com o princípio constitucional do devido processo legal, conforme o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Brasileira, e o princípio da publicidade do artigo 37. Hoje em dia, o processo de registro estimula a violação a direitos assegurados pelo INPI, o que tem obrigado os lesados a recorrerem ao Poder Judiciário. A linear internalização do princípio “first come, first serve” tem, no dizer da juíza Silvia Maria Andrade, “acabado por ensejar (...) pirataria” (Autos n. 143.99, 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, São Paulo).

A FAPESP se recusa a considerar qualquer impugnação administrativa feita por terceiros prejudicados diante dos registros efetuados unilateralmente. O fato de os registros serem feitos online e com publicidade, *data venia*, não atende ao princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos. Esta publicidade não é suficiente para prevenir lesão de direitos.

O regime atual viola, assim, o direito ao devido processo legal, o direito de petição, o princípio da legalidade e a publicidade dos atos administrativos. Além disso, e o mais grave, passou assim o Poder Judiciário a carregar o ônus

de ter de decidir os conflitos sobre nomes de domínio, uma vez que a Fapesp não exerce administrativamente essa função. Essa situação desnuda os dilemas do Judiciário nestes tempos de globalização e de avanço tecnológico. O Judiciário passou a ser responsável por resolver conflitos sobre os quais **não existe nenhuma norma legal no ordenamento jurídico brasileiro**. Com isso, o dilema: que norma aplicar na resolução desses conflitos?

Na imensa jurisprudência brasileira sobre o assunto,¹²⁷ chamam atenção dois fatos: o primeiro, a total ausência de compatibilidade entre uma decisão e outra em termos doutrinários. As decisões judiciais ora recorrem à lei de marcas para conferir a proteção ao detentor do registro de marca, ora decidem com base em um juízo de equidade sem qualquer fundamento no ordenamento jurídico nacional,¹²⁸ e o mais importante para este estudo: muitas vezes, as decisões judiciais adotam a própria Resolução nº 1 do Comitê Gestor como se lei fosse, compelindo particulares e estabelecendo inclusive imensos fardos patrimoniais com base na mesma.

É o caso da decisão judicial paradigmática tomada pela 7ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. Trata-se de ação impetrada pela TV Globo contra a ML Editora de Jornais e Revistas Ltda. e a Fapesp. Na ação, a TV Globo reclamava a transferência para si do domínio <www.jornalnacional.com.br> que havia sido registrado anteriormente pela ré ML Editora. Veja-se trecho da decisão, que dispensa explanação:¹²⁹

Ao que se apura nos autos, com o advento e incremento da utilização da “Internet” em nosso país, o Governo Federal criou o comitê Gestor Internet no Brasil, com a atribuição específica de gerir o sistema, o que foi regulamentado pela Portaria Interministerial MCMCT nº 147/95.

¹²⁷ Kaminski, 2003.

¹²⁸ Ibid. Decisão sobre o caso dos domínios <www.pedromalan.com.br> e <www.paulorenato.com.br>. Trata-se de nomes próprios, sobre os quais o ordenamento jurídico não confere qualquer proteção especial. Em razão de pertencerem a ministros de Estado à época da decisão, ambos os nomes foram retirados compulsoriamente pelo Judiciário de seus detentores à época e transferidos aos respectivos ministros de Estado. Note-se, por exemplo, que “Paulo Renato” é nome comum no país, e o mero fato de ser ministro de Estado não lhe confere titularidade sobre o nome de domínio correspondente ao seu nome próprio.

¹²⁹ Cópia dos autos. Disponível em: <www.direitobancario.com.br/artigos/direitogeral/julgados/01_julho_099.htm>.

Logo, não é somente porque se é o primeiro a requerer o registro é que este deverá prontamente lhe ser deferido. Há que se preencher as condições para tanto.

E uma destas condições encontra-se no Anexo I, que cuida do Registro de Domínio, que em sua alínea “b” inciso III do art. 2º, dispõe *in verbis* que:

“Art. 2º O nome escolhido para registro deve ter:

III – o nome escolhido pelo requerente para registro, sob determinado DPN, deve estar disponível para registro neste DPN, o que subentende que:

b) não pode tipificar nome não registrável. Entende-se por nome não registrável, entre outros, palavras de baixo calão, os que pertençam a nomes reservados mantidos pelo CG e pela FAPESP com essa condição, por representarem conceitos predefinidos na rede Internet, como é o caso do nome internet em si, os que possam induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas, quando não requeridos pelo respectivo titular, siglas de Estados, Ministérios etc.”

Como fica claro da regra em questão, somente pode obter o registro de domínio aquele que primeiro o requerer e que, concomitantemente, preencher as exigências para o registro do nome.

A decisão não só aplicou a Resolução nº 1 para retirar o nome em questão do titular que o havia registrado primeiro, como também estabeleceu multa diária de R\$ 500 desde o dia da data do registro, cominada com o pagamento de R\$ 30 mil por danos morais. Quanto ao fundamento legal da indenização, a decisão em tela é silente e não dá mais detalhes a respeito.

Note-se que este tipo de decisão deslinda os dilemas contemporâneos do Judiciário: é preciso decidir sobre conflitos atomizados, mas esses mesmos conflitos, se vistos a partir de uma perspectiva mais ampla, teriam de considerar uma estrutura institucional complexa, que escapa aos limites do ordenamento jurídico nacional e põe em jogo modelos institucionais amplos. Nas palavras do prof. Joaquim Falcão:

No plano da eficácia, o Poder Judiciário se confrontará com o fato de que o atual sistema é eficiente tecnologicamente, utilizado diariamente por milhões de brasileiros, e conecta o Brasil à world wide web. Se aplicar a legislação tal como ela é hoje em dia, provavelmente infligirá dano operacional ao funcionamento do sistema de proporções incalculáveis,

longe de seu controle, afetando a vida cotidiana de milhões de brasileiros, tão interligados estão os milhões de interesses envolvidos e juridicamente protegidos. De repercussão com certeza, global. Se assim for, essas considerações sobre a eficácia podem prevalecer diante de considerações sobre a validade.

Na verdade, o Poder Judiciário se encontraria diante de uma incômoda situação cada vez mais freqüente numa sociedade de massas: os excessivos custos sociais e financeiros de aplicar a lei podem inviabilizar essa aplicação.¹³⁰

Regulação dos nomes de domínio: avanços recentes e comentários sobre a questão federativa

Em 3 de setembro de 2003, o governo federal, preocupado com os aspectos institucionais relativos à regulação do Sistema de Nomes de Domínio no Brasil, estabeleceu um novo texto normativo a seu respeito, consistente no Decreto presidencial nº 4.829.¹³¹

Tal decreto foi gerado com base no nível crescente de preocupações institucionais em torno do fato de a Fapesp exercer, em regime de monopólio, as atividades de governança e toda a gestão do Sistema de Nomes de Domínio no país. Várias das discussões que culminaram na edição do decreto foram objeto de atas das reuniões do Comitê Gestor de Internet e se encontram disponíveis para acesso público graças ao trabalho de Mário Teza, conselheiro do Comitê Gestor.¹³²

Uma das principais questões que levaram à edição do referido decreto refere-se a aspectos federativos afetados por esse regime de monopólio. Naturalmente, o objetivo deste livro não é efetuar uma análise a partir do ângulo do direito constitucional a respeito desse regime. Em todo caso, alguns elementos que levam a importantes considerações a este respeito podem ser expressos de fato e, a partir delas, constitucionalistas e administrativistas poderão eventual-

¹³⁰ Falcão, 2003a.

¹³¹ Texto integral do decreto. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Também in: Kaminski, Omar. Eleições na web: decreto cria novo Comitê Gestor e modelo de governação. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/21356/>>.

¹³² O acesso a todas essas discussões pode ser obtido no site mantido pelo conselheiro Mario Teza: <<http://debatecomitegestor.softwarelivre.org>>.

mente elaborar, dentro de seus respectivos campos de estudo, outras considerações sobre essa situação.

Nas palavras de Joaquim Falcão, a Fapesp exerce um “monopólio executivo uniestadual de uma competência legislativa federal”.¹³³ Trata-se de uma entidade vinculada ao estado de São Paulo, operando no exercício da esfera de atuação que deve ser definida pela lei federal. Esse monopólio levanta questões constitucionais de relevo. O art. 22 da Constituição Federal, por si só, dispõe que compete **privativamente** à União legislar sobre direito civil, informática e registros públicos.¹³⁴ Por esses três critérios, o Poder Executivo em si já fica impedido de atuar na regulamentação dos nomes de domínio isoladamente, haja vista o fato de que isso diz respeito direto a questões de informática, de direito civil (o nome de domínio possui valor patrimonial) e de registros públicos. Sobre esse aspecto, tal como ocorre com o registro de automóveis, aeronaves, embarcações, bens imóveis, títulos e documentos, entre outros, qualquer registro com caráter patrimonial empreendido pelo poder público deve ser regulado e definido por lei específica, como de fato é para cada um desses casos. Não é o caso dos registros sobre nomes de domínio, sobre os quais não há qualquer lei, específica ou geral, a esse respeito.

Isso não bastasse, ainda que o registro de nomes de domínio fosse considerado pertinente à esfera das telecomunicações, o que se alega apenas a título de exemplo, já que as atividades relativas à internet são consideradas serviços de valor adicionado que não se confundem com a prestação do serviço de telecomunicações,¹³⁵ a competência para regulamentação e exploração dos mesmos também compete à União, e não ao Poder Executivo isoladamente.

¹³³ Falcão, 2003a.

¹³⁴ Constituição Federal: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; XXV – registros públicos”.

¹³⁵ Lei nº 9.472, de 16-7-1997 (Lei Geral de Telecomunicações):

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

Por fim, a atividade de registro de nomes de domínio seria então atividade econômica não sujeita a nenhum regime de exploração específico, sujeita à regulamentação geral dos arts. 170 e 173 da Constituição Federal.¹³⁶ Com isso, o registro de nomes de domínio seria atividade privada, sujeita ao princípio da livre concorrência, cuja “exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Como já foi mencionado, não há lei definindo esse regime de exploração direta pelo Estado, o que faz com que, em princípio, o Sistema de Registro de Nomes de Domínio seja explorado em caráter privado, sujeito ao regime da livre concorrência.

Não é isso que ocorre. O registro, apesar da inexistência de lei, é explorado por uma entidade uniestadual, que recebeu sua competência do governo federal por meio de resoluções do Comitê Gestor, criado, por sua vez, por portaria interministerial sem respaldo em lei. Independentemente do mérito do trabalho da Fapesp, aliás, indiscutível, questões cruciais apresentam-se com respeito à sua moldura institucional e sua legitimidade fundada no estado democrático de direito. Forma-se assim o dilema: se a lei é aplicada (e a Constituição), o Sistema de Registro de Nomes de Domínio no Brasil é inconstitucional. Entretanto, a questão é lidar com sua legitimidade de fato, com os inúmeros interesses e com as várias relações jurídicas constituídas com base neste regime, e não só com sua integração ao sistema de nomes de domínio globais e as repercussões daí derivadas. Note-se que mesmo nos Estados Unidos, berço da internet e sede da Ican, entidade que supervisiona o sistema de nomes de domínio globais, há questionamentos constitucionais sérios sobre a legitimidade e legalidade da gestão estabelecida do sistema de registro de nomes de domínio, questionamentos estes originados do ordenamento jurídico nacional

¹³⁶ Constituição Federal:

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:

IV – livre concorrência;

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

naquele país,¹³⁷ ou originados de pressões internacionais para que a Icannt transfira seu poder a outra entidade que possua representação institucional global, como a Organização das Nações Unidas.¹³⁸ Isso ocorre apesar do fato de, nos Estados Unidos, a atividade de registro de nomes de domínio (mas não o controle sobre os números de domínio) ser conduzida em caráter de regime de mercado, sujeita à livre concorrência.

Dessa forma, surge uma questão importante, que é a de como justificar e integrar esse regime surgido quase inteiramente por força dos fatos e com uma legitimidade auto-atribuída e fundada majoritariamente por critérios técnicos.

Para se dar um exemplo de apenas uma das nuances dessa situação complexa, basta mencionar a questão relativa ao tratamento que deve ser dado ao imenso volume de recursos financeiros acumulado pela Fapesp, ao longo de todos os anos de exercício da gestão do Sistema de Nomes de Domínio. O registro de um nome de domínio não é gratuito. Para obtê-lo, é necessário pagar uma taxa, que depois é cobrada todos os anos do detentor para manter aquele nome registrado para o mesmo titular. O valor dessa taxa foi inicialmente de R\$ 50. Baixou então para R\$ 40 e, em 2003, foi reduzido para R\$ 30.¹³⁹ A razão disso é que o registro de nomes de domínio é atividade extremamente lucrativa do ponto de vista econômico. Tanto assim que uma das várias razões que levaram à criação da Icannt nos Estados Unidos foi exatamente a necessidade de fazer com que esta atividade se sujeitasse ao regime da livre concorrência, que, como mencionado, é o que de fato ocorre hoje naquele país.

No Brasil, o regime de monopólio faz com que a atividade seja ainda mais lucrativa. Por mais que o preço cobrado pelo registro de um nome de domínio tenha baixado ao longo dos anos, o desempenho dessas atividades de registro levou a Fapesp a acumular, até maio de 2003, o valor de R\$ 64 milhões. A

¹³⁷ Froomkim, 2000b. Disponível em: <www.law.miami.edu/~froomkin/articles/icann-main.htm>. Em síntese, o autor explica as razões pelas quais a Icannt fere os princípios estabelecidos pela Constituição norte-americana, de modo que o Poder Executivo, por meio do Departamento de Comércio naquele país, outorgou-se poderes extraordinários de maneira a controlar a “chave geral” da internet, violando também as normas da administração pública norte-americana.

¹³⁸ Cf. Kapur, cit. n. 123.

¹³⁹ Falcão, 2003b.

estimativa é que uma receita de aproximadamente R\$ 13,5 milhões continue a ser obtida anualmente nos próximos anos.¹⁴⁰ A natureza e a administração de tais recursos geram desde questões importantes relativas à organização e à separação dos poderes, pertinentes tanto ao direito financeiro quanto ao orçamento público anual, até problemas federativos de distribuição desses valores entre os estados.

Do ponto de vista legal, não existe qualquer regulamentação do tratamento a ser dado a esses recursos. As pouquíssimas disposições sobre sua aplicação e gestão encontram-se exclusivamente no art. 3º da Resolução nº 2 de 1998, do Comitê Gestor, que, por si só, não tem qualquer força normativa.¹⁴¹ Segundo esse artigo, o produto arrecadado pela Fapesp deve ser utilizado “para ressarcir-se dos custos incorridos” e “para promover atividades ligadas ao desenvolvimento da internet no Brasil”. Supondo-se que esta disposição tivesse força legal, como apropriar tais recursos ao orçamento público? Quem define estas políticas “ligadas ao desenvolvimento da internet” no Brasil? O Decreto presidencial nº 4.829, de 2003, tampouco resolveu ou enfrentou este problema. Ele não dispõe sobre qualquer diretriz de emprego ou apropriação desses recursos. Aliás, em si, ele é inquinado pelos mesmos vícios formais que maculam a portaria interministerial que criou o Comitê Gestor: este é desprovido de qualquer fundamento legal e ignora igualmente os dispositivos constitucionais antes mencionados.

Nesse sentido, pouco é preciso dizer para se constatar que o regime atual de registro de nomes de domínio na internet viola vários princípios basilares da administração pública, entre eles, o princípio da reserva legal, da transparência, da responsabilidade administrativa e do regime republicano federativo.

¹⁴⁰ “A atividade de registro de nomes de domínio começou a gerar receita em 1987. Segue quadro resumo com dados sobre os recursos envolvidos desde aquela data. Valores acumulados: 1987-2003 (R\$ milhões)* Receita: 66. Rendimentos: 20. Despesas: 22. Saldo (março/2003): 64.
* Dados obtidos junto ao ‘Registro .br’.

A receita estimada do Projeto, se mantidos os valores atuais da cobrança de serviço, é superior a R\$ 13,5 milhões anuais.” Cf. Ata da Reunião do Comitê Gestor, de 19-5-2003. Disponível em: <<http://debatecomitegestor.softwarelivre.org/bin/view/Main/ReuniaoDia19Maid2003>>.

¹⁴¹ Comitê Gestor da Internet. Resolução nº 2, de 1998: “Art. 3º O produto da arrecadação decorrente das atividades de que trata esta Resolução deverá ser utilizado pela FAPESP para ressarcir-se dos custos incorridos com as mesmas e para promover atividades ligadas ao desenvolvimento da Internet no Brasil”.

Quanto a este último aspecto, basta mencionar o fato de que, apesar de a entidade que faz o registro de nomes de domínio ser vinculada ao estado de São Paulo, tal sistema de registro abrange o Brasil como um todo, envolvendo todos os demais estados da Federação. Dessa forma, os domínios registrados pela Fapesp têm origem não só no estado de São Paulo, como também em Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, Piauí e todos os demais entes que compõem a Federação. Por consequência, os recursos direcionados e geridos por um único estado, por sua própria natureza, dizem respeito também aos outros estados da Federação, que, pelo modelo atual, possuem representatividade insuficiente e, sobretudo, em desacordo com o modelo que a própria Constituição estabeleceu para lidar com questões do tipo.

Sobre isso, cumpre apenas mencionar que o Decreto nº 4.829, de 2003, na verdade, apenas modificou o regime de governança da internet no país, delimitando sua personalidade jurídica na forma de uma organização não-governamental, cujo regime de governança interna é compartilhado entre governo e sociedade civil. Assim, haverá 10 conselheiros do novo Comitê Gestor da internet que serão indicados pelo governo.¹⁴² Haverá quatro conselheiros representando o setor empresarial, outros quatro representando o terceiro setor e mais três representando a comunidade científica e acadêmica. Todos os representantes não indicados pelo governo serão escolhidos, conforme o decre-

¹⁴² Decreto nº 4.829:

Art. 2º O CGIbr será integrado pelos seguintes membros titulares e pelos respectivos suplentes:

I – um representante de cada órgão e entidade a seguir indicados:

- a) Ministério da Ciência e Tecnologia, que o coordenará;
- b) Casa Civil da Presidência da República;
- c) Ministério das Comunicações;
- d) Ministério da Defesa;
- e) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;
- f) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- g) Agência Nacional de Telecomunicações; e
- h) Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

II – um representante do Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia;

III – um representante de notório saber em assuntos de Internet;

IV – quatro representantes do setor empresarial;

V – quatro representantes do terceiro setor; e

VI – três representantes da comunidade científica e tecnológica.

to, por meio de eleições, cujos critérios são totalmente inéditos no ordenamento jurídico nacional, faltando também com o cumprimento dos princípios constitucionais, como o da transparência ou representatividade. Em síntese, apesar das suas boas intenções, o decreto aprofunda a incompatibilidade do sistema de registro de domínio brasileiro com o ordenamento jurídico nacional, não sanando os problemas institucionais históricos herdados desde a criação do Comitê Gestor e gerando um complexo sistema de representatividade que ignora os fundamentos mais básicos da democracia, como valor constitucional e como regime político.

Por fim, quanto ao monopólio da Fapesp, o decreto estabeleceu uma disposição intrigante. Em seu art. 10, prescreveu o decreto:

Art. 10. A execução do registro de Nomes de Domínio, a alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e a administração relativas ao Domínio de Primeiro Nível poderão ser atribuídas a entidade pública ou a entidade privada, sem fins lucrativos, nos termos da legislação pertinente.¹⁴³

Com isso, aparentemente, tanto a alocação de endereços numéricos de IP quanto a administração dos nomes de domínio no Brasil podem ser exercidas por entidade pública ou entidade privada, nos termos da legislação pertinente. Em primeiro lugar, não há legislação pertinente. Em segundo lugar, como não há legislação e não há previsão constitucional no país em que o sistema de registro de nomes de domínio seja exercido em regime público, ele deveria, em princípio, ser regido em regime privado (o que, como visto, nunca aconteceu). E por fim, para que entidades públicas exerçam essas atividades, é necessário autorização legislativa, ou, de outro modo, o princípio da estrita legalidade é ignorado.

O decreto, assim, possui diversos elementos peculiares: autoriza o que pela letra estrita da lei não precisa de autorização (que o Sistema de Nomes de Domínio seja exercido por entidades privadas) e fere o princípio da estrita legalidade, ao tentar dar legitimidade à prestação das atividades exercidas pela Fapesp, permitindo que entidades públicas também exerçam essas atividades, mas desprezando por completo o princípio da estrita legalidade, já que não existe qualquer “legislação pertinente”.

¹⁴³ Decreto presidencial nº 4.829, de 3-9-2003.

Essa situação demonstra, assim, o poder do “direito derivado da tecnologia”. Sobre este, construiu-se todo um sistema normativo à margem do ordenamento jurídico nacional, que gera suas próprias regras de modo independente da Constituição Federal e do escrutínio democrático da sociedade como um todo. Tais regras, por sua vez, lutam para compatibilizar-se não só com o ordenamento jurídico nacional, como também com os sistemas normativos de origem global, em especial aquele produzido nos Estados Unidos, com fonte na Ican. E, por fim, essa mesma situação põe em xeque os mecanismos de controle social como um todo, inclusive a divisão de poderes, na medida em que o Poder Judiciário enfrenta profundos dilemas ao ter de simplesmente aplicar a lei. Se a aplica como deve ser, põe em risco a infinidade de interesses constituídos sob a situação atual, gerando uma decisão quase intolerável do ponto de vista social e global. Fica, então, refém da única opção, que é a de aplicar a lei não enquanto *dever ser*, mas simplesmente como *ser*.

A auto-regulação quanto à prática de spam no Brasil

Quadro 8

Camadas afetadas	Formas de regulação			
	Lei	Norma	Código	Mercado
Física		Normas sociais sobre spam incentivam bloqueios físicos		
Lógica		Normas sociais sobre spam incentivam bloqueios lógicos	Uso de software de filtragem	
Conteúdo		Normas sociais sobre spam reprimem certos tipos de conteúdos	Certos conteúdos automaticamente bloqueados	Mercado incentiva spam e certos mecanismos de repressão a ele (auto-regulação)

A prática do spam,¹⁴⁴ consistente no envio de mensagens eletrônicas não solicitadas, geralmente com finalidades comerciais e para um grande número

¹⁴⁴ Segundo a definição da Webopedia a respeito de spam: “*Electronic junk mail or junk newsgroup postings. Some people define spam even more generally as any unsolicited e-mail. However, if a long-lost brother finds your e-mail address and sends you a message, this could hardly be called spam, even though it’s unsolicited. Real spam is generally e-mail advertising for some product sent to a mailing list or newsgroup*”. Disponível em: <www.webopedia.com/TERM/s/spam.html>.

de pessoas, tem sido apontada por diversos setores como um dos principais problemas para regulamentação quanto à internet.

Pesquisas recentes demonstram que, nos Estados Unidos, somente no ano de 2001, foram enviados mais de 140 bilhões de e-mails caracterizados como spam.¹⁴⁵ No ano de 2002, a prática cresceu 86%, alcançando 261 bilhões de e-mails caracterizados como spam enviados.¹⁴⁶

Há estudos apontando que o custo do spam para empresas alcançará algo em torno de US\$ 20,5 bilhões em 2003 e projeções de que este valor, em 2007, será de US\$ 198 bilhões,¹⁴⁷ custo este computado em termos de ocupação de banda na internet, bem como congestionamento nas redes corporativas.

As estatísticas oficiais existentes no Brasil¹⁴⁸ revelam um perfil igualmente relevante. Entre janeiro e outubro de 2003, foram identificados no país 3.057.962 tipos de mensagens caracterizadas como spam. Não há estatísticas precisas sobre quantas vezes cada uma delas foi enviada, mas, mesmo que se pense em múltiplos bastante conservadores, o resultado é imenso.

Apesar desses números e do consenso em torno dos problemas gerados pelo spam,¹⁴⁹ não há medidas legislativas no país que enfrentem especifica-

¹⁴⁵ Cf. Sullivan, Bob. Spam wars: how unwanted e-mail is burying the Internet, MSNBC. Disponível em: <www.msnbc.com/news/941040.asp>. Acesso em: 6 ago. 2003.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Mossoff, 2003. Disponível na Social Sciences Research Network em: <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID460720_code031022630.pdf?abstractid=460720>.

¹⁴⁸ Reclamações a respeito de spam de janeiro a outubro de 2003. Disponível em: <www.nbso.nic.br/stats/spam/2003-jan-out/total.html>. As estatísticas são disponibilizadas pelo NIC Brasil Security Office (NBSO), que é o órgão ligado ao Comitê Gestor da Internet Brasileira responsável pela segurança da rede no país.

¹⁴⁹ O próprio NIC Brasil Security Office aponta como problemas derivados do spam para o usuário:

- não recebimento de e-mails: boa parte dos provedores de internet limita o tamanho da caixa postal do usuário no seu servidor. Caso o número de spams recebidos seja muito grande, o usuário corre o risco de ter sua caixa postal lotada com mensagens não solicitadas. Se isso ocorrer, todas as mensagens enviadas a partir desse momento serão devolvidas ao remetente e o usuário não conseguirá mais receber e-mails até que possa liberar espaço em sua caixa postal;
- gasto desnecessário de tempo: para cada spam recebido, o usuário necessita gastar um determinado tempo para ler, identificar o e-mail como spam e removê-lo da caixa postal;
- aumento de custos: independentemente do tipo de acesso à internet utilizado, quem paga a conta pelo envio do spam é quem o recebe. Por exemplo, para um usuário que utiliza acesso

mente a regulamentação da prática de spam. Há, no entanto, esforços privados de auto-regulação empreendidos no país,¹⁵⁰ ainda que até hoje nenhum deles tenha obtido efeitos satisfatórios. Em novembro de 2003, entretanto, foi anunciada a iniciativa de auto-regulação mais ambiciosa e abrangente, até o momento, relativa ao problema do spam. Trata-se da iniciativa empreendida por diversas entidades de classe envolvidas na área de comércio eletrônico, publicidade e prestação de serviços de internet e software,¹⁵¹ denominada Brasil Anti-spam.

A principal diferença dessa iniciativa é estabelecer um Código de Ética Anti-spam¹⁵² relativo à prática do spam e propor-se a aplicar sanções sociais àqueles que o descumprirem. Segue-se a transcrição do projeto, quando de seu lançamento em novembro de 2003, que permite o entendimento do propósito dessa iniciativa:

discado à internet, cada spam representa alguns segundos a mais de ligação que ele estará pagando;

- perda de produtividade: para quem utiliza o e-mail como uma ferramenta de trabalho, o recebimento de spams aumenta o tempo dedicado à tarefa de leitura de e-mails, além de existir a chance de mensagens importantes não serem lidas, serem lidas com atraso ou apagadas por engano;
- conteúdo impróprio: como a maior parte dos spams é enviada para conjuntos aleatórios de endereços de e-mail, não há como prever se uma mensagem com conteúdo impróprio será recebida. Os casos mais comuns são de spams com conteúdo pornográfico ou de pedofilia enviados para crianças. Disponível em: <www.nbso.nic.br/docs/cartilha/cartilha-06-spam.html>.

¹⁵⁰ Entre eles, o extinto site Museu do Spam, que residia no endereço <www.museu.dospam.subversao.com>, tendo se tornado um dos projetos mais populares de repressão social ao spam no Brasil. Cf. Kaminski, Omar. Internet perdeu: Museu do Spam encerra suas atividades. *Revista Consultor Jurídico*, 2003. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/16781/>>.

¹⁵¹ São elas: Associação Brasileira de Anunciantes <www.aba.com.br>, Associação Brasileira das Agências de Publicidade (<www.abap.com.br>), Associação Brasileira de Marketing Direto <www.abemd.com.br>, Associação Brasileira das Empresas de Software <www.abes.com.br>, Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviço e Informações da Rede Internet <www.abranet.com.br>, Associação de Mídia Interativa <www.ami.org.br>, Associação de Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação, Software e Internet <www.assespro.com.br>, Business Software Alliance <www.bsa.org>, Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico <www.camara-e.net> e Federação do Comércio do Estado de São Paulo <www.fecomerciosp.org.br>.

¹⁵² Esse Código de Ética, bem como uma Cartilha Anti-spam, estão disponíveis no website oficial da iniciativa: <www.brasilantispam.org>.

Esclarecemos que o Código de Ética AntiSPAM foi lançado na mídia no último dia 11/Nov/03, e deverá ser divulgado amplamente nos próximos 30 dias, para que chegue ao conhecimento de todos.

As empresas terão um prazo de 60 e no máximo 90 dias para poderem adaptar seus procedimentos às regras éticas recomendadas. Após este período, estaremos recebendo as denúncias e coordenando seu encaminhamento, quer seja para um julgamento no âmbito do Comitê, se for o caso de infração ao Código de Ética, ou às entidades competentes como Procon, Ministério Público ou Juizado Especial Civil, se for o caso de continuar com uma ação judicial indenizatória.

O regulamento do Comitê e como será o procedimento de julgamento de denúncias será publicado no site em 30 dias, após encerrar o período de publicidade do mesmo.

A força do Comitê é de caráter moral e o fato de termos 9 entidades signatárias nos permite uma coerção vertical e uma maior penetração e atuação no curto prazo. No entanto, é preciso ser concedido este tempo mínimo de adaptação da sociedade ao mesmo. Vamos divulgar os próximos andamentos através do site.

Grupo Brasil AntiSPAM¹⁵³

Conforme anunciado, a iniciativa pretende criar uma lista de empresas e usuários que violaram as disposições do Código de Ética, impondo assim “sanções morais”, na linguagem da própria iniciativa, àqueles que forem considerados seus descumpridores.

Há dois problemas importantes pertinentes às atividades de auto-regulação da internet, como é o caso dessa iniciativa, que serão abordados a seguir. O primeiro diz respeito ao fato de que modelos auto-reguladores não podem funcionar como instrumentos que diminuam ou restrinjam direitos públicos individuais fundamentais, como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, devido processo legal, bem como direitos de publicidade, transparência e garantias procedimentais. O segundo é que modelos puros de auto-regulação não são adequados para lidar sozinhos com toda a complexidade de valores e interesses que compõem as questões ligadas à internet. No mínimo, eles precisam contar com outras formas de escrutínio fundadas democraticamente. Isso ocorre em razão de, por sua própria natureza, esses modelos estarem fadados a

¹⁵³ Disponível em: <www.brasilantispam.org>. Acesso em: 15 nov. 2003.

atender e vislumbrar de modo apenas parcial os valores e interesses em jogo socialmente presentes.

A possibilidade de restrição de direitos fundamentais por modelos auto-reguladores e sua insuficiência e vinculação unilateral a interesses específicos

A iniciativa Brasil Anti-spam anuncia que servirá de fórum para resolução de disputas, a saber, decisões a respeito da violação ou não do seu Código de Ética por parte de uma determinada entidade ou um indivíduo. Nesse sentido, de imediato, nota-se uma disparidade entre entidade reguladora e regulados: o Código de Ética elaborado pretende-se vinculante e aplicável a qualquer indivíduo ou entidade que o viole. Trata-se, assim, de um código aplicável à sociedade brasileira como um todo e nada há nele que restrinja sua aplicação, até mesmo para entidades internacionais.

Entretanto, tal código é produto do esforço de uma série de entidades específicas, todas de caráter eminentemente comercial. Até o momento, não houve qualquer divulgação sobre os mecanismos pelos quais serão tomadas as decisões relativas ao descumprimento do código e a inclusão daquele que o viola em lista específica. Existe, assim, uma incompatibilidade consistente no fato de que o mecanismo normativo e adjudicante seja controlado por alguns (membros das entidades participantes da iniciativa), enquanto seus efeitos dão-se para a sociedade como um todo.

Isso para não se mencionar o atendimento a outras garantias procedimentais fundamentais em nossa sociedade, como o direito ao devido processo legal, o direito de defesa e outras. Conforme tem sido analisado ao longo de todo este estudo, a internet caracteriza-se por permitir novas formas de regulação que transcendem qualquer forma preexistente em termos de eficácia e autoimplementação. Desse modo, a diferença entre modelos auto-reguladores como este que lidam com questões da rede e outros modelos auto-reguladores existentes em outros âmbitos é que aqueles são dotados da possibilidade de geração de uma eficácia imediata. Essa eficácia imediata faz com que qualquer compensação de eventuais exageros ou parcialidades inerentes a ela que possa ser feita por parte dos mecanismos de garantia de direitos tradicionais, como o Poder Judiciário, fique imediatamente prejudicada. O tempo do Judiciário, como se viu anteriormente na questão de sua atuação no caso Microsoft e

quanto aos direitos autorais, faz com que sua atuação seja apenas residual em questões como esta. Qualquer abuso substancial ou formal vinculado a modelos de auto-regulamentação que produzem eficácia imediata fica sujeito a não ter qualquer reparação por parte do Judiciário, ou, o que é igualmente preocupante, faz com que essa reparação só aconteça tarde demais, o que, em termos práticos, tem o mesmo significado.

O que a iniciativa Brasil Anti-spam avoca para si é a qualidade de agentes de toda a sociedade para a implementação de um código de ética aplicável a todos e, ao mesmo tempo, agentes para decidir quem são os violadores desse código de ética. Em outras esferas sociais, tal iniciativa esbarraria em sérios problemas de legitimidade. Entretanto, no âmbito da internet, a ordem das coisas funciona de modo bastante diferente.

Como demonstra a experiência recente ocorrida nos Estados Unidos, denominada Realltime Blackhole List, tais experiências podem gerar efeitos imediatos e de grande amplitude, muitas vezes indesejáveis.¹⁵⁴ Criada pelo veterano da internet Paul Vixie, essa lista tinha por objetivo compilar nomes e detalhes técnicos (como endereços de IP) daqueles que violassem as Best Practices para o uso de e-mail, definidas pela organização mantenedora da lista.¹⁵⁵ Essas Best Practices possuíam a mesma funcionalidade de um código de conduta, como, por exemplo, o desenvolvido pela iniciativa Brasil Anti-spam. Ocorre que, como resultado da criação da lista, os provedores de serviços de acesso à internet, em defesa de seu próprio interesse econômico de reduzir o tráfego que transportam, começaram a utilizar os dados da lista para simplesmente bloquear eletronicamente todas as mensagens provenientes de endereços listados como pertencentes a perpetradores de spam. Note-se que o bloqueio passou a acontecer não só quanto ao endereço de um determinado usuário ou uma entidade específica, mas, em diversos casos, o provedor optava por bloquear todos os servidores ligados aos endereços contidos na lista.¹⁵⁶

Observe-se que, de modo muito fácil, a restrição estabelecida pela Realltime Blackhole List migrou do nível de restrição ao conteúdo da rede baseada em

¹⁵⁴ Cf. Post, 2000a. Disponível em: <www.temple.edu/lawschool/dpost/blackhole.html#N_1_>.

¹⁵⁵ Organização denominada Mail Abuse Prevention System (Maps), ainda em atividade pelo website <www.mail-abuse.org>.

¹⁵⁶ Cf. Strom, David. Shining light in the Realltime Blackhole List. *O'Reilly Network*. Disponível em: <www.oreillynet.com/pub/a/network/2000/06/09/magazine/rbl.html>.

regras morais (vedação de envio de spam, sancionada moralmente pela publicidade dada àquele que o perpetrasse) para uma restrição ao próprio código da rede, valendo-se do poder normativo deste próprio código (restrição de acesso implementada por provedores de acesso, levando ao resultado de que determinados e-mails provenientes dos endereços listados eram simplesmente bloqueados, não importando se seu conteúdo era spam ou não).

Além disso, o número de alegados perpetradores de spam é tão grande que, a partir de um certo momento, a lista se tornou imensa, não dispondo de nenhum mecanismo de controle mais acurado sobre quem efetivamente praticava essa atividade ou não. Assim, o mecanismo de revisão dos membros da lista tornou-se impraticável, e atividades que de nenhum modo violavam os termos de conduta listados nas Best Practices, ou ainda atividades totalmente aceitáveis, passaram a integrar a lista e acabaram tendo seus endereços bloqueados por provedores de acesso à internet.¹⁵⁷ Por fim, a Realtime Blackhole List, ameaçada por ações judiciais provenientes das mais diversas entidades e de diferentes indivíduos, decidiu então encerrar definitivamente seus serviços.¹⁵⁸

A criação de listas de perpetradores de spam é, portanto, uma atividade que precisa ser regulada por fontes mais complexas que possam ir além da auto-regulação. Como visto no caso da Realtime Blackhole List, esse tipo de iniciativa que tem por base o estabelecimento de sanções morais, fundando-se na regulação da camada de conteúdo da rede, pode, de maneira muito simples, tornar-se um instrumento para a regulação da camada do código da rede.

Assim, apesar de totalmente louvável, uma atividade reguladora de outra natureza faz-se necessária, mesmo que seja para impedir a migração da regulação da camada de conteúdo para a camada de código (por exemplo, por meio da proibição de que provedores da internet façam o bloqueio de endereços de IP e servidores a eles conexos, sem antes efetuar uma verificação procedimental objetiva).

Uma analogia interessante é a criação de cadastros nacionais de devedores, como Serasa, Cadin e SPC. Hoje, há praticamente consenso de que esse

¹⁵⁷ Até mesmo a respeitada publicação *O'Reilly Network* chegou a integrar a lista, como perpetradora de spam. *Ibid.*

¹⁵⁸ Cf. Wagner, Jim. Facing legal challenge, blackhole list closes. *Internet News*, Mar. 20, 2003. Disponível em: <www.internetnews.com/dev-news/article.php/10_995251>.

sistema auto-regulador traz em si abusos, derivados de sua auto-executoriedade e vinculação ao atendimento de interesses específicos, sobretudo da classe dos comerciários. Tanto é assim que o Judiciário, bem como iniciativas legislativas estaduais,¹⁵⁹ regra a utilização desses cadastros, em atenção a outros interesses e valores sociais.¹⁶⁰ Entretanto, esse processo de estabelecimento de garantias mínimas prévias e inerentes à inclusão de devedores naturalmente levou anos para se consolidar. Dessa forma, em modelos auto-reguladores que trazem o risco de eficácia imediata e ampla, há necessidade urgente do escrutínio de outras fontes reguladoras balizadas pelos canais democráticos, demandando assim atenção ainda maior.

A segunda observação a ser feita quanto à restrição de direitos fundamentais derivados de modelos auto-reguladores como aquele aqui em questão é de caráter substancial. Como visto, esse modelo de auto-regulação direcionado à regulação da camada de conteúdo da internet é passível de transformar-se também em regulação da camada do código. Com isso, o modelo ameaça a perma-

¹⁵⁹ Rio de Janeiro, Lei estadual nº 3.762, de 7-1-2002. Proíbe a inscrição de usuários do serviço público em cadastros de devedores.

¹⁶⁰ O Judiciário tem reconhecido, especialmente nos últimos anos, o efeito unilateral e auto-executório que a inclusão do nome de um consumidor em um cadastro como o Serasa e outros traz em si. Com isso, o Judiciário tem exigido a aplicação de critérios mínimos para tal inclusão, como a notificação prévia por escrito (com base no art. 43 do Código do Consumidor) e outros. Veja-se, por exemplo, trecho da decisão do juiz Osny Claro de Oliveira Junior, que percebe com bastante nitidez a questão: “É notório o efeito atômico que gera a inscrição no Serasa: passa o inscrito a fazer parte de um clube para o qual não foi convidado a associar-se, mas do qual tem de participar assiduamente, pois seu nome e sua qualificação tornam-se disponíveis ao exame de qualquer um que tenha mínimo acesso aos dados, e que são obtidos em qualquer empresa associada por meio do sistema online. O inscrito perde, verdadeiramente, grande parte de sua capacidade para os atos da vida civil. Conseguem o SERASA e seus clientes, com a simples inserção de um disquete no drive A de seus computadores, obter efeito prático que, para os reles credores que não sejam seus associados, apenas é alcançável após o longo e devido processo legal de declaração de insolvência civil, previsto nos artigos 748 e seguintes do CPC.” Decisão da 3ª Vara Cível de Porto Velho. Apud: Juiz manda Fininvest e Serasa indenizarem consumidora. *Revista Consultor Jurídico*, 24 abr. 2002. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/11181>>.

Ou ainda: “O valor médio das indenizações referentes a danos morais, para quem tem o nome incluído indevidamente na Centralização de Serviços Bancários (SERASA) ou no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), tem correspondido a cerca de 150 salários mínimos (R\$ 20.400,00).” *Revista Consultor Jurídico*, 2 fev. 2000. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/2217/>>.

nência de canais de comunicação sempre abertos, restringindo as possibilidades de discurso e os canais para este.

Conforme disposto em seu art. 1º, o Código de Ética Anti-spam tem por objetivo reger a “comunicação institucional, comercial e publicitária”. O código estabelece como um dos critérios para a configuração de uma mensagem como spam a “inexistência de identificação do remetente”.¹⁶¹ Outros fatores são a “ausência de prévia autorização do destinatário” ou a “ausência da sigla NS no campo Assunto, quando a mensagem não houver sido previamente solicitada”. O código trabalha, assim, com categorias bastante amplas na definição do que pode ser considerado spam.

O problema dessas categorias é que elas não abrangem exceções substanciais e acabam resvalando na restrição do espaço discursivo da sociedade. Comunicações de cunho político ou social, que podem muito bem não se confundir com o conceito de spam, podem estar abrangidas pelo código. Desse modo, um e-mail enviado por uma determinada organização não-governamental pode ser configurado como spam. Uma das grandes promessas da internet é que ela integraria comunicativamente todos os aspectos da vida humana. Entretanto, essa integração em níveis que vão além de interesses econômicos, com raras exceções, ainda é incipiente. Assim, a participação política através da rede, modelos de democracia digital, todas as mais variadas formas de debates e até mesmo o exercício da democracia direta, todas essas promessas possíveis, mas não realizadas da rede, são afetadas inevitavelmente por essa questão. Conforme apontado pelo prof. Paul Schwartz:

O ciberespaço tem o potencial de emergir como um ponto focal essencial para atividades em comunidade e participação política. Este desenvolvimento ajudaria a responder a tendências negativas (...) como interesse eleitoral em declínio, número de membros em vários tipos de associações voluntárias tradicionais decaindo e um senso de compartilhamento comunitário fragmentado. Recursos de tecnologia da informação e a

¹⁶¹ Código de Ética Anti-spam, art. 3º, (a). No debate norte-americano sobre o spam, o anonimato é consensualmente visto como fundamental para a vida em sociedade, conforme a síntese de Slobogin (2002): “*Anonymity in public promotes freedom of action and an open society. Lack of public anonymity promotes conformity and an oppressive society. These sentences summarize the conclusions of a host of thinkers about public privacy*”.

internet em particular têm o potencial de reverter estas tendências pela formação de novos tipos de interação entre pessoas, mantendo estas conexões para o aumento da participação na vida democrática.¹⁶²

Outro problema importante a ser mencionado é que, por meio dos mecanismos reguladores tradicionais, a regulamentação é introduzida por entes públicos que são responsabilizados pela política reguladora adotada. Nesse sentido, agentes públicos responsáveis pela adoção de políticas públicas são destituídos de acordo com condições políticas específicas derivadas da adoção de um caminho regulador ou outro. São também responsabilizados por meio dos canais de escolha democráticos, nos quais a democracia representativa é fundada. O mecanismo eleitoral, dessa maneira, traz embutido em si um caráter de responsabilidade para com os representantes responsáveis pela definição de políticas públicas. O problema imaneente aos sistemas de auto-regulação é que os agentes responsáveis pelo estabelecimento da regulamentação substantiva **não são publicamente responsáveis por suas decisões e por seus caminhos reguladores escolhidos**. Portanto, podem adotar determinada política específica, sem, no entanto, serem responsabilizados por ela. Quanto à questão do spam, vários são os autores que criticam ferozmente esse tipo de iniciativa, chegando a chamar os responsáveis pela sua implementação de *vigilantes*,¹⁶³ no sentido de colocá-los na mesma categoria daqueles que buscam a

¹⁶² “Cyberspace has the potential to emerge as an essential focal point for communal activities and political participation. This development would help counter several negative trends in the United States. Voter turnout is declining; membership in many kinds of traditional voluntary associations is sinking; and a sense of shared community is frayed. Information technology in general and the Internet in particular have the potential to reverse these trends by forming new links between people and marshalling these connections to increase collaboration in democratic life” (Schwartz, Paul. Privacy and democracy in cyberspace. *Vanderbilt Law Review*, v. 52. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=205449>>).

¹⁶³ Swartz, John. Anti-spam service or McCarthyism? Internet group puts some ISPs on a blacklist. Disponível em: <www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/1999/05/10/BU76824.DTL> (comparando o estabelecimento de listas de *spammers* ao macarthismo). Ou, ainda, a persuasiva opinião do prof. Lawrence Lessig (The spam wars. Last modified Dec. 31, 1998. Apud Post, 2000a):

“These battles [between spammers and anti-spammers] will not go away. The power of the vigilantes will no doubt increase, as they hold out the ever-more-appealing promise of a world without spam. But the conflicts with these vigilantes will increase as well. Network service

justiça com as próprias mãos, em desrespeito aos fundamentos valorativos da sociedade.

Um código de conduta auto-regulador como esse, com força auto-executória, repercute socialmente e tem por efeito imediato desestimular certos usos da internet que incluem também usos legítimos. Assim, apesar de louvável a iniciativa de coibição ao spam, existem outros valores em jogo que são afetados diretamente pela questão, cumprindo ponderar sobre a prevalência destes ou sobre a inclusão de exceções substantivas e estabelecimento de “portos seguros”, que permitam minimizar, ou mesmo eliminar completamente, qualquer efeito de desestímulo a atividades legítimas que podem derivar-se desse tipo de iniciativa.

A necessidade de controle de modelos auto-reguladores torna-se fundamental, sobretudo, porque é preciso evitar que iniciativas como essa sirvam para legitimar determinados tipos de mensagens eletrônicas de massa, como, por exemplo, aquelas que forem compatíveis com o código de conduta estabelecido, enquanto deslegitima todas as outras, independentemente de seu conteúdo.

Desse modo, em vez de modelos auto-reguladores puros, há necessidade de que os modelos sejam ao menos híbridos, no sentido de conjugar também a proteção e os mecanismos de controle por parte de outros mecanismos reguladores democraticamente estabelecidos.¹⁶⁴

providers will struggle with antispam activists even as activists struggle with spam. There's something wrong with this picture. This policy question will fundamentally affect the architecture of e-mail. The ideal solution would involve a mix of rules about spam and code to implement the rules. (...) Certainly, spam is an issue. But the real problem is that vigilantes and network service providers are deciding fundamental policy questions about how the Net will work – each group from its own perspective. This is policy-making by the 'invisible hand'. It's not that policy is not being made, but that those making the policy are unaccountable. (...) Is this how network policy should be made? The answer is obvious, even if the solution is not".

¹⁶⁴ “A dificuldade tradicional com a regulação privada é que ela pode não expressar o consenso político das sociedades democráticas com respeito aos valores a serem defendidos ou o balanço de poderes a ser estabelecido com relação a participantes fracos e fortes do mercado. (...) Para se combinarem as vantagens jurisdicionais da regulação privada e a maior legitimidade política da regulação pública, é necessário o desenvolvimento de novas molduras regulatórias híbridas” (Perritt, 2001).

Controle do conteúdo por meio do intermediário em decorrência da inexistência de lei

Quadro 9

Camadas afetadas	Formas de regulação		
	Lei	Norma	Código
Física			
Lógica			
Conteúdo		Provedores retirando conteúdo por ausência de regras claras sobre sua responsabilidade	

Este tema já foi abordado em mais detalhes no capítulo sobre o DMCA, a legislação brasileira e a responsabilidade dos provedores. Convém aqui apenas retomar alguns dos seus aspectos. Esse tipo de regulamentação do conteúdo da rede funda-se no estabelecimento de pressões sobre os intermediários da rede, provedores de acesso, serviços e outros, quanto ao conteúdo supostamente ilícito transmitido por seus usuários. Trata-se de uma redistribuição de riscos e responsabilidades que, no caso brasileiro, é feita sem qualquer respaldo legal, exceto por normas gerais que regulam a responsabilidade civil, como o novo Código Civil.

Só a título de exemplo, em estatísticas divulgadas pela própria Associação Brasileira dos Produtores de Discos, consta a informação de que, até novembro de 2002, somente a Associação Protetora dos Direitos Intelectuais Fonográficos (APDIF) notificou mais de 20.378 websites na internet e removeu 20.960.¹⁶⁵

Conforme artigo divulgado pela imprensa, em que se comenta o mecanismo pelo qual isso acontece:

Quando um site tem um link direto para músicas não autorizadas, recebe um comunicado pedindo a retirada do material ilegal em até 72 horas. Passado esse prazo, a APDIF encaminha uma notificação para o provedor de acesso, com cópia para o responsável. Normalmente isso é o suficiente

¹⁶⁵ Cf. Associação Brasileira dos Produtores de Discos. <www.abpd.org.br/faq/faq.htm>.

para resolver o problema, pois temendo ser processado, o provedor é praticamente obrigado a retirar esse tipo de conteúdo do ar.¹⁶⁶

O mesmo processo vale não só para a indústria musical, como para alegações de calúnia e difamação, e outras. O que chama a atenção quanto à responsabilidade do intermediário no Brasil é que, diferentemente de outros países, não foi estabelecido nenhum critério legal para isenção ou atribuição de responsabilidade ao intermediário, mediante o recebimento de notificação. Dessa forma, o provedor de acesso à internet, sob o temor e a incerteza do resultado de uma eventual decisão judicial, fica propenso a efetivamente retirar o conteúdo sem qualquer verificação de sua legitimidade, não tendo, ao contrário, nenhum incentivo para fazer de modo diferente. Note-se que não há qualquer previsão de regimes de “porto seguro” no país que especificamente isentem o provedor de responsabilidade, caso ele cumpra determinados requisitos.

Dessa forma, uma grande parte do conteúdo na rede, ainda que legítimo, deixa de ter qualquer proteção jurídica, ficando sujeita à atividade de entidades de classe e à atuação de advogados em nome de interesses específicos que, com a ameaça aos intermediários, conseguem retirar, sem que haja maior escrutínio, conteúdo eventualmente legítimo da rede.

Isso não bastasse, ocorre a descontinuidade de serviços online, como fóruns e salas de bate-papo, por temor de que o conteúdo transmitido nesses canais gere responsabilidade para o seu mantenedor. Com isso, uma parcela significativa do conteúdo da rede passa a ser regulada não socialmente, por meio de decisões democráticas, mas por meio de forças pulverizadas ou outras organizadas em torno de interesses econômicos, que alcançam eficácia derivada justamente da indefinição legal, de acordo com seus próprios critérios de determinação do que é legítimo ou não em termos de conteúdo.

¹⁶⁶ Cf. Tardin, Vicente. O caçador de piratas: conheça o homem que já fechou mais de 2 mil sites brasileiros de músicas para download não autorizadas pelas gravadoras. *CliqueMúsica*. Disponível em: <www.cliquemusic.com.br/br/musicaCom/MusicaCom.asp?Status=MATERIA&Nu_Materia=923>.

MODELOS GLOBAIS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL QUE NÃO DEVEMOS SEGUIR

Este capítulo aborda modelos de regulamentação relativos ao desenvolvimento da internet e da tecnologia digital que se caracterizam por uma extensão desmesurada dos limites da propriedade intelectual. Esses limites avançaram tanto, que autores como Lawrence Lessig chegaram ao ponto de afirmar que:

A conclusão inevitável a respeito das mudanças de escopo de proteções similares ao direito autoral é que a quantidade de conteúdo disponível livremente, isto é, conteúdo que não é controlado por nenhum direito de exclusividade, nunca foi tão limitada como é hoje.¹⁶⁷

Assim, apesar de todo o avanço tecnológico, por causa dessa reação do direito, que vem ocorrendo globalmente e tornando a proteção à propriedade intelectual cada vez mais severa, a quantidade de informação livre – e assim a cultura das sociedades livre para servir de base a novas criações e para ser transmitida livremente de geração para geração – é cada vez menor.

Neste capítulo, são analisados dois modelos reguladores que expandem exageradamente os limites da proteção da propriedade intelectual. Será analisada uma iniciativa pertinente à esfera pública, ou seja, um modelo legislativo, e outro pertinente à esfera privada, consistindo em uma modalidade específica de contratação.

¹⁶⁷ “The unavoidable conclusion about changes in the scope of copyright’s protections is that the extent of ‘free content’ – meaning content that is not controlled by an exclusive right – has never been as limited as it is today” (Lessig, 2001:110).

O primeiro desses modelos é a iniciativa ocorrida na Europa, no sentido de se estender proteção similar aos direitos autorais ao conteúdo de bancos de dados, ainda que esse conteúdo em si não seja passível de proteção pelo direito autoral.

O segundo desses modelos são algumas das vicissitudes dos chamados “contratos por clique”, utilizados amplamente na regulamentação da propriedade intelectual por entidades privadas, mas que, muitas vezes, estendem seus limites na geração de gravames contraditórios a direitos fundamentais inerentes ao uso da informação e à proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos usuários.

Ambos os modelos são exemplos claros de atividades normativas que não devemos seguir, seja repudiando-as legislativamente e em pressões advindas de negociações internacionais no âmbito da integração econômica, seja por meio de decisões judiciais que compensem cláusulas contidas em “contratos por clique”, que extrapolem normativamente ou em termos de princípios o regime de proteção à propriedade intelectual ou a proteção ao usuário.

A proteção aos bancos de dados na Europa

Quadro 10

Camadas afetadas	Formas de regulação		
	Lei	Norma	Código
Física			
Lógica			
Conteúdo	Lei fechando conteúdos livres		

A proteção de bancos de dados é um tema estratégico e relevante socialmente. Para se entender os motivos de sua relevância social, é necessário primeiro entender as peculiaridades que, de fato, envolvem os bancos de dados e sua proteção, e não apenas as questões normativas relativas ao tema. O objetivo aqui é discorrer sobre as características da proteção a banco de dados no âmbito do direito da propriedade intelectual global, e suas faculdades quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista os seguintes temas:

- origem e características da doutrina de proteção aos dados contidos em um banco de dados no contexto global;

- contorno da proteção jurídica aos dados contidos em um banco de dados no ordenamento jurídico brasileiro – tema que se subdivide em: distinção no direito brasileiro entre “dados” e “bancos de dados”; regime específico da proteção a “bancos de dados” e a “dados” em face dessas distinções;
- vicissitudes dos “termos de uso” e contratos por clique.
- corolário: modelos legislativos e normativos que não devemos seguir ou aceitar.

A proteção dos bancos de dados no âmbito da propriedade intelectual global

A pressão para se criar uma proteção específica dos dados constantes de um banco de dados surgiu, no âmbito global, a partir de interesses defendidos pelas empresas e pelos grupos internacionais da área de mídia. Tais interesses relacionam-se com a manutenção das respectivas posições econômicas por parte desses grupos em face do desenvolvimento tecnológico, substancialmente, o desenvolvimento da tecnologia digital e da internet. A proteção aos dados contidos em um banco de dados é diferente da proteção conferida pelo direito autoral. Muitas vezes, eles consistem em compilações de fatos e outras informações livres que não atendem aos requisitos de criatividade e originalidade necessários para a proteção do direito autoral.

Nesse sentido, na defesa desses interesses econômicos específicos, diversos países passaram a considerar a possibilidade de adoção de uma legislação que ampliasse o escopo do direito da propriedade intelectual. Essa legislação estabeleceria um direito de propriedade *sui generis* aplicado às informações contidas em um banco de dados, mesmo que estas não fossem protegidas pelo direito autoral. O conteúdo de um banco de dados restaria, assim, incondicionalmente protegido por meio da criação dessa nova categoria de propriedade intelectual.

A União Européia foi a pioneira na implementação desse novo direito *sui generis*. Em 1996, foi adotada a Diretiva nº 96/9/EC,¹⁶⁸ criando um novo instituto jurídico para proteção de dados constantes em um banco de dados. Esse

¹⁶⁸ Eur-Lex. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31996L0009&model=guichett>.

novo direito *sui generis* aplica-se incondicionalmente, ainda que o conteúdo dos respectivos bancos de dados seja composto por informações não sujeitas ao regime de direito autoral. Conforme a diretiva, a proteção vigora enquanto novos investimentos forem continuamente realizados no banco de dados, visando à sua atualização e manutenção. Vejam-se as suas disposições:

Capítulo III

Do direito *sui generis*

Artigo 7

Objeto da proteção

1. Os Estados-Membros deverão dispor sobre um direito para o criador de um banco de dados que demonstre ter havido substancial investimento, qualitativo e/ou quantitativo, seja na obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo, para prevenir a extração e/ou reutilização do todo ou de parte substancial, avaliados qualitativamente, e/ou quantitativamente, do conteúdo do banco de dados.

(...)

4. O direito disposto pelo parágrafo 1 é aplicável independentemente da proteção do banco de dados por direito autoral ou outros direitos. Além disso, o mesmo aplica-se independentemente da proteção do conteúdo do banco de dados por direito autoral ou outros direitos. A proteção a bancos de dados sob o direito disposto pelo parágrafo 1 não modificará os direitos que independentemente se apliquem com relação ao conteúdo.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Chapter III — *Sui Generis Right*

Article 7

Object of protection

1. Member States shall provide for a right for the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database.

(...)

A decisão legislativa europeia foi extremamente controversa. A comunidade civil mundial reagiu negativamente à criação desse novo direito, apontando-o como uma ampliação infundada dos limites da propriedade intelectual, ao criar um novo regime de propriedade aplicado a “fatos”, tradicionalmente não sujeitos a esse regime. Nos Estados Unidos, por exemplo, a reação contrária a essas disposições foi enfática. Esse novo direito foi visto como uma ameaça ao desenvolvimento econômico e tecnológico. As razões são muitas. Entre os impactos negativos que esse novo direito *sui generis* traz¹⁷⁰ estão: aumento generalizado de custos de acesso à informação, sem qualquer contrapartida ou benefício social; impossibilitação da agregação de valor ou criação de trabalhos

4. *The right provided for in paragraph 1 shall apply irrespective of the eligibility of that database for protection by copyright or by other rights. Moreover, it shall apply irrespective of eligibility of the contents of that database for protection by copyright or by other rights. Protection of databases under the right provided for in paragraph 1 shall be without prejudice to rights existing in respect of their contents.*

¹⁷⁰ Cf. <www.arl.org/info/frn/copy/business.html>. Relatório elaborado pela Association of Research Libraries, entidade que congrega as principais bibliotecas dos Estados Unidos, incluindo Yale, Harvard, Georgetown e outras. A seguir, uma síntese do resultado do relatório elaborado pela ARL, com referência ao impacto do direito *sui generis* sobre bancos de dados:

- Impossibilidade de criação de valor agregado: vários agentes privados ou públicos utilizam informações de bancos de dados preexistentes e acrescentam valor ao mesmo, com novas informações ou reorganizando os dados de forma diferente. Essa possibilidade enseja a existência de empresas que atendem a nichos específicos do mercado. O direito *sui generis* aplicado a bancos de dados inviabiliza esses serviços.
- Aumento generalizado de custos: informação é fundamental na sociedade contemporânea. Empresas são dependentes de uma pluralidade de fontes para manterem-se competitivas. Essas informações incluem listas de consumidores, relatórios sobre o mercado financeiro e sobre o custo de insumos. O novo direito *sui generis* acarretaria uma barreira a mais à obtenção de informações que, ao longo do tempo, levaria ao aumento generalizado de custos.
- Restrições deletérias quanto ao uso de informação: muitas empresas dispõem de bancos de dados para uso interno. Ali são listados, por exemplo, consumidores potenciais ou projeções de receitas de empresas em uma determinada indústria. Com esse novo direito, ficaria prejudicada a capacidade de manutenção desses bancos de dados, ainda que internos.
- Danos a empresas que dependem de informações científicas de outras fontes: a comunidade científica é um dos maiores críticos desse novo direito. Observações feitas por cientistas são compiladas em bancos de dados acessíveis à análise de outros cientistas. O novo direito criará incentivos negativos para o compartilhamento de informações, o que, por sua vez, retarda o avanço do conhecimento científico. O impacto negativo sobre o desenvolvimento da indústria de tecnologia (informática, biotecnologia) é imediato. Acesso a bancos de dados também

derivados a partir de bancos de dados anteriores; restrições à criação de bancos de dados autônomos, ainda que para uso interno ou privado; obstáculos para o desenvolvimento de empresas de tecnologia, dependentes de informação abundante e barata; danos à comunidade científica e à capacidade de pesquisa em geral.

Não por acaso, os Estados Unidos recusaram-se persistentemente nos últimos 10 anos a adotar qualquer proteção semelhante à da União Européia. Isso não bastasse, a Suprema Corte norte-americana negou, de forma peremptória, a existência de qualquer proteção *sui generis* aos dados constantes de um banco de dados, no caso denominado Feist.¹⁷¹ Em síntese, o caso discute a proteção jurídica incidente sobre os fatos constantes de uma base de dados, no caso em questão, nomes, endereços, telefones etc., não sujeitos à proteção pelo direito autoral. O caso segue os princípios básicos do direito da propriedade intelectual, inexistindo uma modificação legislativa como aquela que teve lugar na Europa. A decisão reafirma que, para ser objeto de proteção, uma determinada informação deve possuir um grau mínimo de criatividade.¹⁷² Além disso, e mais importante, o caso estabelece que o “mero esforço e investimento” não estendem a proteção do direito autoral aos dados constantes em um banco de dados,¹⁷³ inexistindo uma modificação na lei que preveja tal extensão.

beneficia empresas que não se baseiam diretamente em tecnologia: informações geológicas, por exemplo, são utilizadas por companhias elétricas, processamento de resíduos e construção civil.

□ Danos a empresas que conduzem pesquisa científica: grande parcela da economia mundial baseia-se em pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Em grande parte, descobertas são publicadas em compilações coletivas. O novo direito proposto impede essas atividades de colaboração, reduzindo a produtividade científica.

¹⁷¹ Feist Publishing, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 US 340 (1991).

¹⁷² Nas palavras do caso Feist: “*That there can be no valid copyright in facts is universally understood. The most fundamental axiom of copyright law is that ‘[no] author may copyright his ideas or the facts he narrates’*” (A inexistência de direitos autorais sobre fatos é universalmente entendida. O mais importante axioma do direito autoral é que “nenhum autor pode ter direito sobre suas idéias ou fatos por ele narrados”.)

¹⁷³ A expressão “esforço e investimento”, no caso, é denominada “sweat of the brow”. Nas palavras do próprio caso: “*The ‘sweat of the brow’ doctrine had numerous flaws, the most glaring being that it extended copyright protection in a compilation beyond selection and arrangement to the facts themselves.*” (A doutrina a respeito de “esforço e investimento” tem inúmeras falhas, a mais gritante sendo a de estender a proteção do direito autoral a compilações além da seleção e organização aos fatos propriamente ditos.)

Dessa forma, verifica-se que a proteção aos dados é um direito de propriedade *sui generis*, surgido na década de 1990 como produto da pressão de grupos de mídia contra a disseminação de informações, para a proteção de sua posição dominante. A Europa assumiu, nesse contexto, uma posição excepcionalista, na qual conferiu expressamente essa proteção *sui generis* aos dados, criando um direito de propriedade sobre fatos não passíveis de direito autoral, desde que inseridos em uma base de dados. Outros países, como os Estados Unidos, têm, de modo diverso e consistente, refutado a adoção de qualquer medida no mesmo sentido nos últimos 10 anos.¹⁷⁴ E países como o Brasil, que seguiram um caminho legislativo consistente com a posição majoritária que nega a proteção *sui generis* aos dados, assistem agora ao surgimento de problemas jurídicos a esse respeito, cuja solução se discute a seguir.

O contorno da proteção jurídica brasileira aos bancos de dados: repúdio ao direito *sui generis*

O Brasil encontra-se na mesma categoria da posição global majoritária: nosso ordenamento não contém nenhuma disposição legal que estenda a proteção do direito da propriedade intelectual a fatos que, por sua vez, não são objeto de proteção por parte do direito autoral, só devido a estarem incluídos em um banco de dados. É universalmente aceito, inclusive no ordenamento pátrio, que a criatividade é o requisito para a proteção pelo direito autoral.

A Lei nº 9.610/98 deixa claro esse princípio quando prevê, em seu art. 7º, que:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como (...)

Por exemplo, os comentaristas brasileiros que se preocupam com a questão dos direitos autorais na internet seguem e reafirmam esse mesmo princípio. Veja-se, por exemplo:

¹⁷⁴ Diversos atos legislativos similares à diretiva europeia foram propostos perante o Congresso norte-americano, nenhum alcançando sucesso, especialmente em vista dos fatores negativos já reportados, decorrentes desse direito *sui generis*.

Por fim, quanto à sensível questão do direito autoral virtual, frise-se que a disponibilidade para acesso na Web não se confunde com a autorização ou cessão de direitos, impossibilitando sua reprodução ou utilização de obras (inclusive base de dados) sem anuência inequívoca do respectivo autor ou detentor desses direitos, **a toda obra intelectual que seja criação do espírito de alguém**, veiculada por qualquer meio, inclusive a Internet, sob pena de indenização por danos morais e patrimoniais.¹⁷⁵

Veja-se, ademais, a prescrição do art. 7º, inciso XIII, da nossa lei de direitos autorais, que, mencionando explicitamente as “bases de dados”, condiciona sua proteção pelo direito autoral ao fato de representarem, por sua natureza, autêntica criação intelectual. *In verbis*:

XIII – coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Assim, ao mencionar a proteção a bases de dados, a lei nacional não faz exceção a elas quanto ao princípio geral, ou seja, não estende a proteção conferida especificamente às bases de dados¹⁷⁶ aos dados nelas contidos, que dependem isoladamente de ser ou não “criação intelectual”. Até o presente, não existe, em nosso ordenamento jurídico, o direito *sui generis* aplicado na Europa, que estende o regime de propriedade intelectual a fatos e outras informações livres constantes de banco de dados, elementos estes não protegidos em si por direito autoral.

Mais à frente, são detalhadas algumas das conseqüências desse regime. Antes, porém, para melhor se entender a legislação pátria sobre o tema, é preciso examinar em nosso ordenamento a distinção entre os conceitos de “dados” e “banco de dados”. Trata-se de uma importante distinção originada no plano dos fatos, que tem impacto direto no plano do direito, como discutido a seguir.

¹⁷⁵ Blum, 2001:38 (destaque nosso).

¹⁷⁶ Veja-se, adiante, a distinção legal entre “bases de dados” e “dados”.

Distinção entre “dados” e “banco de dados”, e suas conseqüências jurídicas

Realmente, o direito brasileiro dá significados diferentes à proteção conferida a “dados” e a “banco de dados”, ou seu sinônimo, “base de dados”. Tal distinção é importante por encontrar-se em sintonia com o princípio básico de que fatos e informações livres¹⁷⁷ não se sujeitam à proteção por direitos autorais. Além disso, tal distinção demonstra com clareza os contornos específicos e determinados que a proteção ao ente “banco de dados” felizmente recebeu no Brasil até o momento.

Veja-se, por exemplo, o uso pela Constituição Federal, no inciso LXXII do art. 5º, do conceito de “banco de dados”:

LXXII – conceder-se-á “habeas-data”:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou **bancos de dados** de entidades governamentais ou de caráter público;

A seguir, no mesmo inciso, a Constituição menciona o conceito de “dados”:

b) para a retificação de **dados**, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Também o inciso XII do art. 5º menciona “dados”:

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;

Note-se que a própria Constituição distingue entre o termo “dados” e o termo “banco de dados”. A distinção constitucional é pertinente e tem origem no plano dos fatos. Dados correspondem ao conteúdo substantivo de um “banco

¹⁷⁷ Como exemplos de informações livres, podem ser mencionados as leis, os resultados esportivos e as obras em domínio público.

de dados”, enquanto o “banco de dados” propriamente dito consiste na estrutura lógica, sistematizada, para o armazenamento, o gerenciamento e a organização dos dados.

A mera análise do uso das palavras em seu sentido pragmático denota essa diferença. A Constituição fala em “sigilo de dados” e não em “sigilo de banco de dados”. Ou ainda, fala em “retificação de dados” e não em “retificação de banco de dados”. Do mesmo modo, fala sobre o “conhecimento de informações constantes de bancos de dados” e não sobre “conhecimento de informações constantes de dados”. Donde se conclui que dados são elementos do banco de dados, e não se confundem com este.

A diferença entre dados e bancos de dados assemelha-se à diferença entre estrutura e elementos de um sistema. Os elementos correspondem ao repertório do sistema. Os elementos de uma biblioteca, por exemplo, seriam cadeiras, livros, mesas, estantes etc. Entretanto, para que se configure uma biblioteca, esses mesmos elementos devem estar estruturalmente organizados: se meramente agrupados de forma desordenada, a configuração de uma biblioteca deixa de ter lugar (os mesmos elementos podem estar agrupados em um depósito, ou em uma loja). Essa analogia é significativa. “Dados” correspondem aos elementos de um sistema. Já um “banco de dados” consiste em si no sistema, dotado de estrutura lógica para armazenamento e organização de seus elementos. Tal definição pode ser apreendida com facilidade a partir das definições usuais para os termos “dados” e “bancos de dados” adotados na prática.¹⁷⁸ E,

¹⁷⁸ Conforme a definição do Dicionário Aurélio: “**Dado** [Do lat. *datu*, part. pass. de *dare*, ‘dar’.] 10. Inform. Elemento de informação, ou representação de fatos ou de instruções, em forma apropriada para armazenamento, processamento ou transmissão por meios automáticos”.

Conforme a Webopedia, Enclopédia de Termos da Internet (www.webopedia.com): “*Data: (1) Distinct pieces of information, usually formatted in a special way. All software is divided into two general categories: data and programs. Programs are collections of instructions for manipulating data. Data can exist in a variety of forms – as numbers or text on pieces of paper, as bits and bytes stored in electronic memory, or as facts stored in a person’s mind*” (Informações distintas geralmente formatadas de modo específico. Todo programa de computador é dividido em duas categorias: os dados e o programa. O programa consiste em um conjunto de instruções para a manipulação de dados. Dados podem existir em uma variedade de formas – tal como números ou textos impressos em um papel, bem como em bits ou bytes armazenados em memória eletrônica, ou ainda como fatos armazenados na mente de uma pessoa).

A expressão “banco de dados” vem de *database*, que, por sua vez, tem definição própria originada no inglês. Veja-se a definição do Dicionário Merriam-Webster: “**Database**: a usually large

mais importante, convém mencionar a existência de bancos de dados organizados na forma de hipertexto.¹⁷⁹ Estes consistem também em um sistema, com suas características próprias de estrutura e elementos, mas com uma peculiaridade: cada elemento de seu repertório pode estar ligado a outro elemento, aumentando significativamente a complexidade e relevância de sua estrutura. Bancos de dados na forma de hipertexto são a essência dos bancos de dados mantidos na internet.

Tais conceitos são importantes para se entender o panorama da proteção brasileira aos bancos de dados. A legislação infraconstitucional brasileira segue essa mesma distinção entre “dados” e “bancos de dados”, constante da Constituição, no regime de proteção a bancos de dados.

collection of data organized especially for rapid search and retrieval (as by a computer)” (Banco de dados: uma geralmente ampla compilação de dados organizados especialmente para propiciar busca e obtenção rápidas, por um computador, por exemplo).

A definição de banco de dados de acordo com a Webopedia: “(1) *A collection of information organized in such a way that a computer program can quickly select desired pieces of data. You can think of a database as an electronic filing system. Traditional databases are organized by fields, records, and files. A field is a single piece of information; a record is one complete set of fields; and a file is a collection of records. For example, a telephone book is analogous to a file. It contains a list of records, each of which consists of three fields: name, address, and telephone number. An alternative concept in database design is known as Hypertext. In a Hypertext database, any object, whether it be a piece of text, a picture, or a film, can be linked to any other object. Hypertext databases are particularly useful for organizing large amounts of disparate information, but they are not designed for numerical analysis*” (Um conjunto de informações organizado de modo que um programa de computador possa rapidamente selecionar partes específicas de informação. Pensa-se em um banco de dados como um sistema de armazenamento eletrônico. Bancos de dados tradicionais são organizados por campos, diretórios e arquivos. Um campo é uma peça única de informação; um diretório é um conjunto de campos; um arquivo é uma coleção de diretórios. Por exemplo, um catálogo telefônico é análogo a um arquivo. Ele contém uma lista de diretórios, cada qual consistindo em três campos: nome, endereço e número de telefone. Um conceito alternativo de banco de dados é designado por hipertexto. Em um banco de dados em hipertexto, qualquer objeto, seja uma parte de texto, figura ou um filme, pode ser ligado a outro objeto. Bancos de dados na forma de hipertexto são particularmente úteis para a organização de grandes quantidades de informação diversificada, mas não são planejados para análise numérica).

¹⁷⁹ Ver último parágrafo da nota anterior.

A proteção aos bancos de dados conferida pela lei de direitos autorais no Brasil: repúdio expresso ao direito *sui generis*

Como mencionado, a legislação pátria não acolhe o conceito de direito de propriedade intelectual *sui generis* com relação aos dados contidos em um banco de dados. Em vez disso, nosso direito cuidou de proteger especificamente os “bancos de dados” por meio do mesmo instituto jurídico utilizado para a proteção de software, o direito autoral. Isso se dá porque o sistema lógico denominado “banco de dados” consiste em “criação do espírito”, atendendo ao requisito de sua proteção.

Em diversos momentos, nossa atual Lei de Direitos Autorais¹⁸⁰ tratou dos contornos jurídicos à proteção de bancos de dados, sempre em consonância com este modelo. Em seu art. 7º, definiu como obras intelectuais protegidas:

XIII – coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, **bases de dados** e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma **criação intelectual**.

E, por fim, expressamente menciona que:

§2º A proteção concedida no inciso XIII **não abarca os dados ou materiais em si mesmos** e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

Em seu capítulo VII, tratou especificamente dos bancos de dados da seguinte forma:

Art. 87. O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, **a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base**, de autorizar ou proibir:

- I – sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo;
- II – sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação;
- III – a distribuição do original ou de cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público;

¹⁸⁰ Lei nº 9.610, de 19-2-1998.

IV – a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo.

Note-se que a lei brasileira, que segue a posição da maioria dos países, não dispôs sobre a criação de uma categoria *sui generis* quanto ao conteúdo dos bancos de dados. Ao contrário, nossa lei conferiu ao titular da base de dados “o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base”, que não se estende ao seu conteúdo.

Os “dados” de um “banco de dados” gozam de proteção autônoma pelo direito autoral, desde que se constituam como obras intelectuais e objeto de criação do espírito. Se meros fatos não gozam de nenhuma proteção, não importa se foram incluídos ou não em uma base de dados, por sua vez, protegida pelo direito autoral.

Note-se que a disposição do art. 29 da Lei de Direitos Autorais sobre a inclusão de obras intelectuais em bases de dados aplica-se somente àquelas protegidas pelo direito autoral, da seguinte forma:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

IX – a **inclusão em base de dados**, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

Desse modo, dados que não são protegidos por direito autoral, tais como meros fatos, não resultantes de criação do espírito, podem ser livremente incluídos em bases de dados, armazenados em computador, microfilmados etc. E tal inclusão ou utilização não lhes modifica a natureza jurídica, não conferindo proteção por parte do direito autoral apenas pela circunstância de terem sido, por exemplo, incluídos na base de dados.

O Brasil não faz parte, até o momento, do rol de países que, como a União Européia, adotaram a teoria do “esforço e investimento” para a extensão da proteção do direito autoral a bancos de dados.

Conseqüências do regime *sui generis*

“A informação deve ser livre como o ar”, disse o juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte norte-americana, referindo-se a todas as obras que se encontram em domínio público, como as expressões de fatos e todas as manifesta-

ções que não atendem ao requisito mínimo de constituir “criações do espírito” para serem protegidas pelo direito autoral.

É de se notar que hoje grande parte das expressões intelectuais humanas encontra-se sob domínio público e mesmo aquelas que não estão, uma vez transcorrido o seu prazo de proteção, tornar-se-ão *res commune*, isto é, bem de todos, como o ar. Outras informações já nascem livres: são os textos legais, os nomes próprios, os resultados esportivos, os fatos, os números de telefone, os endereços etc. Falta-lhes o requisito da “criatividade” e, por isso, são também *res commune*.

Essa abundância de bens comuns é pré-requisito para o progresso científico, tecnológico e para a preservação e transmissão da cultura de um povo de geração para geração. O regime *sui generis* ameaça, entretanto, esse patrimônio coletivo. A diretiva europeia faz com que tudo aquilo que é inserido em um banco de dados, mesmo que seja parte do bem comum, passe a ser de propriedade do criador do banco de dados. O único requisito é que tenha havido o mencionado investimento “substancial” já detalhado.

Assim, arrisca-se tudo o que é livre a ter dono. Como a diretiva define “banco de dados” do modo mais amplo possível, um website, um CD-ROM, um livro, os autos de um processo, ou um conjunto de leis, todos podem acabar sendo vistos como um “banco de dados”, dependendo da interpretação. Assim, mesmo a lei poderia assim ser privatizada e ter dono em determinadas circunstâncias. Quem citasse um artigo legal inserido em uma compilação poderia ter de pedir licença ao compilador.

Tal modelo legislativo traz, ainda, o aumento generalizado de custos para obtenção de informações, a concentração de conhecimento em torno do capital, danos à capacidade de pesquisa científica, entre outros.

Felizmente, no Brasil, esse modelo ainda não foi aceito. Por isso, não decorre da inclusão em uma base de dados no país o surgimento de nenhum direito de propriedade extravagante. Se os dados são livres antes da inclusão, assim continuam depois.

Entretanto, a idéia da criação de um direito *sui generis* no Brasil, como o da União Europeia, de tempos em tempos, teima em ressuscitar. Vez ou outra, o Poder Judiciário depara-se com a questão. Em outros casos, em negociações para integração econômica internacional, o assunto surge como parte da barganha. Nesses momentos, o que está em jogo é o patrimônio de informações comuns e livres no país, sua própria cultura, em oposição a um futuro em que

toda informação tem dono. Portanto, o direito *sui generis* é parte do tipo de modelo legislativo originado das reações ao avanço da internet e da tecnologia digital que cumpre não ser seguido.

“Contratos por clique” como forma de expandir direitos da propriedade intelectual

Quadro 11

Camadas afetadas	Formas de regulação		
	Lei	Norma	Código
Física			
Lógica		Norma afetando o código	
Conteúdo		Norma fechando conteúdos livres	

O outro exemplo de modelo normativo que expande os limites da proteção à propriedade intelectual são os “contratos por clique”. Como se sabe, esse tipo de contrato encontra-se presente nas mais diversas instâncias de utilização de recursos digitais, desde a instalação de um programa de computador até o acesso a um determinado website ou banco de dados.

Um dos principais problemas a respeito dos contratos por clique é que também eles podem ser utilizados para estender proteções similares àquela conferida pela propriedade intelectual para fatos e outros tipos de informações livres. Assim, essa modalidade contratual funcionaria quase como uma forma privada de estabelecimento de direitos *sui generis*. Imagine-se, por exemplo, um determinado website que mantivesse um banco de dados com a legislação pátria desde o começo do século passado. Como sabido, textos legais não são protegidos pelo direito autoral¹⁸¹ e, portanto, não conferem privilégios de exclusividade a qualquer autor, nem ao compilador, com base na legislação autoral brasileira.

Entretanto, pode-se conceber que o mantenedor desse website com vastos textos legais possa introduzir algum tipo de cláusula, estabelecendo, por

¹⁸¹ A Lei nº 9.610/98 diz em seu art. 8º, inciso IV, que não são objeto de proteção como direitos autorais: “IV – os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais”.

exemplo, “que a utilização do conteúdo do site, parcial ou totalmente, só poderia ser feita sem fins lucrativos”; de outro modo, o usuário do website necessitaria da permissão prévia do compilador. Trata-se de situação em que os “contratos por clique” são utilizados para se imporem restrições e se clamarem direitos sobre aquilo que não se tem.

Uma situação semelhante ocorreu por meio da portaria editada pelo diretor-geral do Departamento de Imprensa Nacional, pela qual se vedou a utilização, para fins comerciais, dos dados contidos no *Diário Oficial* e disponibilizados online.¹⁸² Note-se que esses dados consistem em dispositivos legais que, como sabido, não são protegidos por direito autoral.¹⁸³ Dispositivos legais são, portanto, *res communes*, livres como o ar, não passíveis de apropriação. Por isso, universalmente não gozam de proteção jurídica e sobre eles não vigora qualquer direito de propriedade. Isso não bastasse, a portaria também mencionou expressamente que “a utilização e divulgação da base de dados com fins lucrativos serão consideradas violação de direito autoral”.¹⁸⁴

Apesar de não se tratar especificamente de um contrato por clique, o texto dessa portaria denota precisamente o modo como tais contratos podem ser utilizados para estender direitos típicos da propriedade intelectual para informações que são livres. Ocorre que o requisito para se estabelecerem gravames sobre determinada informação é primeiramente ter direitos sobre ela. Neste caso, a Imprensa Nacional não possui quaisquer direitos sobre os dados conti-

¹⁸² Portaria nº 188, de 29-8-2003, Casa Civil/Imprensa Nacional:

“Art. 2º Fica autorizada a divulgação, sem fins lucrativos, parcial ou total, do conteúdo da base de dados utilizado para a publicação dos jornais oficiais mencionados no artigo 1º, ressalvado o disposto nos parágrafos deste artigo.

§1º A divulgação do conteúdo da base de dados em sítio diverso somente pode ser efetuada sem fins lucrativos.

§2º Considera-se divulgação com fins lucrativos a reprodução e distribuição da referida base de dados como objeto de comércio.

¹⁸³ A Lei nº 9.610/98 diz em seu art. 8º, inciso IV, que não são objeto de proteção como direitos autorais: “IV – os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais”.

¹⁸⁴ Portaria nº 188, de 29-8-2003, Imprensa Nacional: “Art. 3º A utilização e divulgação da base de dados com fins lucrativos será considerada violação de direito autoral, nos termos dos artigos 87 e 102, e seguintes da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e 184 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940”.

dos em seu banco de dados. A mera inclusão dos dados em um banco de dados não gera a sua apropriação, e não altera sua natureza jurídica, que permanece como *res commune*. Desse modo, eles não podem ser objeto de restrições, como, por exemplo, vedar a sua utilização para fins comerciais.

Em síntese, a própria natureza das informações ali contidas permite que qualquer usuário do site da Imprensa Nacional possa livremente acessar, copiar ou mesmo redistribuir os dados contidos em seu banco de dados. As restrições não operam qualquer efeito jurídico, dada a natureza de *res commune* dos dados contidos na base de dados em questão. Conforme já mencionado, somente a União Européia permite a apropriação de dados não protegidos por direito autoral por meio da sua inclusão em banco de dados, com base na doutrina do “esforço e investimento”. Tal regime é criticado em uníssono como prejudicial ao interesse público, por razões econômicas e científicas, considerações que impediram a adoção de legislações similares em outros países do mundo.¹⁸⁵

Felizmente, tal entendimento prevaleceu e, em 10 de setembro de 2003, a Portaria nº 188 foi revogada e substituída pela Portaria nº 209, em razão da imensa polêmica por ela provocada.¹⁸⁶ A nova portaria estabeleceu prontamente que “fica autorizada a reprodução, para uso próprio, parcial ou total, por qualquer meio, do conteúdo mencionado no art. 1º”. Ficou assim eliminada a restrição imposta quanto à utilização da base de dados para fins comerciais.

¹⁸⁵ A própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) não deu continuidade aos esforços para a adoção do regime *sui generis* de proteção a dados inseridos em banco de dados, por falta de apoio dos países-membros.

¹⁸⁶ Forma e conteúdo: diretor-geral da Imprensa Nacional corrige portaria. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/21505/>>. “O diretor-geral do Departamento da Imprensa Nacional, Fernando Tolentino de Sousa Vieira, negou que pretendesse restringir a reprodução dos atos publicados no Diário Oficial e no Diário da Justiça com a Portaria nº 188. Mas reeditou o instrumento corrigindo seus termos. Na portaria revogada, ele proibia a reprodução do conteúdo da base de dados. Em carta enviada para a *Folha de S. Paulo* e em entrevista concedida ao jornal *Correio Braziliense*, Tolentino afirmou que o que estava proibindo era a formatação (diagramação e paginação). Ou seja, segundo ele, onde estava escrito conteúdo, os leitores deveriam entender forma. ‘Tudo o que se fazia antes em publicações e trabalhos está permitido. O que não se pode fazer é publicar exatamente na forma como nós fazemos. Queremos proteger o trabalho de nossos paginadores e diagramadores. Não se pode ganhar dinheiro em cima do esforço das pessoas que fazem o Diário Oficial, por exemplo’, afirmou Tolentino ao *Correio Braziliense*”.

Tal recusa em um regime contratual que produza os mesmos efeitos do direito *sui generis* europeu faz sentido também do ponto de vista prático. Em vez da proteção legal, aqueles que pretendem a proteção dos dados livres inseridos em banco de dados contam, para tanto, com alternativa mais eficiente e sensata do ponto de vista social: a utilização de mecanismos técnicos que permitem controlar eletronicamente o acesso aos dados contidos na base de dados. Tais meios técnicos, além da implantação extremamente fácil, são muito mais baratos e eficientes na proteção do que os mecanismos jurídicos. O detentor da base de dados pode, por exemplo, como forma de proteger o seu conteúdo, limitar o número de acessos eletronicamente, ou estabelecer “cotas” de utilização por parte dos usuários, sejam estas baseadas em tempo de acesso, quantidade de informação que o usuário pode utilizar, número de acessos possíveis etc.

Note-se que tal limitação técnica produz efeitos imediatos no plano dos fatos e sua implantação, em termos de custo, tempo ou complexidade, é de mínima dificuldade, com eficácia quase absoluta. O direito, por considerações atinentes ao interesse público, deve abster-se de adotar regimes públicos e privados com efeitos da proteção *sui generis* para dados não protegidos por direito autoral apenas por estarem contidos em uma base de dados. Tal proteção é desnecessária e lesiva, haja vista a simplicidade de se recorrer a níveis mais eficazes e menos intrusivos de proteção, considerando-se os potenciais prejuízos sociais que uma proteção jurídica *sui generis* aplicada a “fatos” poderia trazer.

Outras peculiaridades dos contratos por clique vis-à-vis a expansão da propriedade intelectual

Em acréscimo ao que foi discutido anteriormente, é importante ainda ter em mente as peculiaridades dos contratos por clique, que têm um impacto direto em sua aplicação. Não é o objetivo deste estudo discutir os problemas inerentes à deficiência do consentimento quando da celebração de tais contratos, bem como outras questões de formação contratual e a doutrina sobre contratos de adesão e proteção ao consumidor. A preocupação aqui é quanto aos efeitos sociais desses contratos no que tange à expansão da propriedade intelectual e aos prejuízos para a cultura e a liberdade de informação.

Nesse sentido, uma das preocupações relativas a tais contratos é a possibilidade de eles serem veículos para abusos, gerando direitos por *fiat*, a partir do nada. Por isso, eles são ainda mais delicados e merecem mais cuidados do que os tradicionais contratos de adesão.

Dois são os pontos atinentes aos contratos por clique para os quais convém chamar a atenção para fins deste estudo: sua absoluta unilateralidade¹⁸⁷ e sua volatilidade. São absolutamente unilaterais por serem redigidos exclusivamente por uma das partes, que tem controle absoluto sobre a linguagem empregada, inclusive no tempo. Isso não bastasse, o incentivo à leitura de um contrato por clique é ainda mais deficiente do que no caso dos contratos de adesão: como invariavelmente não há contato pessoal quando do exercício do consentimento, dificilmente existe qualquer comunicação entre as partes quanto ao seu conteúdo. Outrossim, a possibilidade de qualquer questionamento sobre tal conteúdo é ainda mais difícil, já que a parte concordante esbarra na barreira de que muitas vezes é difícil identificar quem deve contatar no caso de uma objeção aos termos do contrato, e tal objeção depende, muitas vezes, de significativo dispêndio de tempo. Em síntese, na prática, é quase impensável negociar os termos de um contrato por clique.

A segunda consideração relaciona-se com a volatilidade do contrato por clique. O habitat natural dos contratos por clique é o ambiente eletrônico. Ainda mais relevante, tais contratos ficam digitalmente armazenados sob o controle exclusivo do ofertante. Isso significa dizer: em se tratando de um website, um contrato por clique pode ser modificado a qualquer momento, de modo que aqueles que eventualmente concordaram com os seus termos em um dado momento no tempo – quando suas cláusulas dispunham sobre um certo rol específico de direitos – ficam sujeitos às suas posteriores alterações, introduzidas unilateralmente e a qualquer tempo pelo ofertante, muitas vezes de modo sutil. Por causa disso, uma necessidade imanente de escrutínio para sobre esses contratos, pois, de outro modo, seriam como cheques em branco, passíveis de serem modificados a qualquer momento, uma vez que a assinatura foi neles aposta. Como se vê, é instintivo que tais contratos tenham limites

¹⁸⁷ Naturalmente, o uso do termo “unilateral” não tem a ver com a distinção entre contratos “bilaterais” e “unilaterais”. A unilateralidade aqui diz respeito ao mecanismo de formação do contrato, que se encontra sobremaneira centrado em apenas uma das partes.

estritamente definidos, como decorrência de sua sujeição aos princípios do ordenamento jurídico.

É possível conceber um contrato entre partes privadas, por exemplo, uma empresa que compilasse textos legais e decisões judiciais, exibindo-os em seu website e cobrando acesso aos usuários, e que estabelecesse um contrato por clique no qual fossem estabelecidas cláusulas semelhantes àquelas constantes da Portaria nº 188, da Imprensa Nacional. Assim, esse compilador privado poderia exigir no seu contrato, por exemplo, que qualquer usuário, ao utilizar aquele conteúdo se abstinhasse de utilizá-lo, por exemplo, “para fins comerciais”. Como exemplo de possibilidade de expansão não razoável de direitos, nota-se que, como são redigidos unilateralmente, tais contratos podem incluir a proteção a direitos que sequer existem, isto é, podem ser utilizados como forma de apropriação parcial ou total de bens caracterizados como *res commune*, o que, em outra situação contratual, seria impensável.

Valendo-se de sua unilateralidade, esses contratos podem estabelecer limites restritos para o uso dos dados contidos em uma base de dados, como, por exemplo, um website, negligenciando o fato de que o compilador das informações em questão não exerce nenhum direito sobre elas e, portanto, não tem o condão de estabelecer restrições sobre elas. Como se sabe, o direito autoral não protege idéias, mas apenas a sua exteriorização.¹⁸⁸ Assim, mesmo

¹⁸⁸ Ao contrário do regime de patentes, em que a *idéia* em si é protegida, o direito autoral protege apenas a manifestação da *idéia*. Conforme a boa síntese feita por Denis Borges Barbosa: “O Direito Autoral não protege idéias, planos, conceitos, mas somente formas de expressão. Como disse, reiteradamente, a 1ª Câmara do Conselho Nacional de Direito Autoral: ‘Invenções, idéias, sistemas e métodos não constituem obras intelectuais protegidas pelo Direito Autoral, porquanto a criação do espírito objeto da proteção legal é aquela de alguma forma exteriorizada. Assim, obra intelectual protegível, o sentido que lhe dava o art. 5º da Lei 5.988/73 e a atual Lei 9.610, é sempre a forma de expressão de uma criação intelectual, e não as idéias, os inventos, os sistemas ou os métodos.’ É assim em todo o mundo. Obra recente, de edição da Unesco, em que examina e compara a totalidade dos sistemas jurídicos, conclui que, em nenhum país, o Direito Autoral protege idéias. Muito menos planos de marketing e assemelhados. Diz a obra, de Claude Colombet: ‘Com efeito, criando o Direito de Autor um monopólio em proveito do criador, direito este que é sancionado com vigor, tornar-se-ia paralisante tolerar que esta tutela recaísse sobre as idéias; as criações seriam entravadas pela necessidade de requerer a autorização dos pensadores: pode-se imaginar, por exemplo, que, no domínio científico, toda narração dos progressos seria difícil porque elas imporiam a concordância dos pensadores, dos quais as idéias seriam a base das descobertas” (Barbosa, Denis Borges. *Quem é o dono da idéia?* Disponível em: <www.nbb.com.br/public/memos12.html>).

em se tratando de informações protegidas por direito autoral, restrições do tipo vedar o uso para fins comerciais podem ser consideradas abusivas.

Seria tal como o editor de um livro de receitas que estabelecesse, no preâmbulo da obra, que “as receitas contidas neste livro somente podem ser utilizadas para fins não comerciais, sendo vedada sua utilização em restaurantes, lanchonetes e outras atividades comerciais”. Ora, ainda que as receitas fossem protegidas por direito autoral, o que este protege é a sua manifestação, e não a idéia atinente a elas. Dessa forma, o contrato, ou “termos de uso”, existente no preâmbulo desse livro funciona como uma boa analogia para a utilização abusiva relativa aos contratos por clique. O que esses “termos de uso” estão tentando fazer é limitar o direito que qualquer pessoa tem de utilizar para quaisquer finalidades que quiser as receitas contidas no livro. O que o direito autoral veda é a reprodução da forma de expressão dessas idéias, no caso receitas, e, por exemplo, sua contrafação em outros livros sem autorização do autor original. Assim, utilizar contratos por clique, “termos de uso” e similares para entender a proteção do direito autoral às idéias subjacentes à sua manifestação é outro dos exemplos de modelos normativos que não se devem seguir. Disposições como essas devem ser reconhecidas, tanto por razões de direito quanto de política pública, como nulas de pleno direito.

Outro exemplo diz respeito ao abuso da volatilidade dos contratos por clique e de “termos de uso” de modo geral. Pode haver casos em que relações jurídicas constituídas com base em determinados “termos de uso” sejam modificadas unilateralmente em certo momento, e o autor das modificações pretenda fazer valer essas modificações para aqueles que tenham dado início à relação com base em outros termos anteriores. Assim, relações obrigacionais anteriormente não existentes podem surgir por *fiat*, depois que a relação jurídica for constituída.

Em consideração ampla sobre os efeitos nocivos dos contratos por clique enquanto veículos de abuso e de expansão de direitos, utilizo como conclusão a lapidar síntese feita por Niva Elkin-Koren, um dos principais nomes mundiais sobre esta questão:¹⁸⁹

¹⁸⁹ “The power to control every conceivable use of information places a privilege never enjoyed by the public under private control. It therefore enhances the ability of owners to exclude access to cultural forms and to limit access to information on the basis of economic power. Information in the broad sense of the term – comprising data, books, movies, music – constitutes culture. Depriving

O poder de controlar os usos concebíveis da informação faz com que o privilégio detido pelo público em geral seja colocado sob controle privado. Desse modo, esse poder aumenta a possibilidade de detentores de direitos excluírem o acesso a formas de cultura e limitarem o acesso à informação com base no poder econômico. Informação, no sentido amplo do termo – que compreende dados, livros, filmes, música –, gera a cultura. A negação de acesso a tais artefatos culturais gera conseqüências políticas. Essa negação restringe de maneira severa a capacidade de se reagir ou responder a símbolos culturais. Além disso, destrói a capacidade de se participar nas decisões políticas e no diálogo social. A natureza especial da informação que permite o seu compartilhamento a custos mínimos e faz com que a informação hoje existente seja essencial para a inovação futura indica que sua disseminação e seu uso devem ser maximizados. Um regime contratual que permite que detentores de direitos transformem informação em pura mercadoria traz consigo barreiras a seu uso socialmente indesejáveis.

Em síntese

Apenas a União Européia admite hoje proteção *sui generis* sobre “dados” com fundamento no mero fato de estes terem sido incluídos em uma “base de dados” por meio de “esforço e investimento”. Esse direito *sui generis* adotado na Europa gerou reações negativas em uníssono nos demais países do mundo, em razão de seus deletérios efeitos econômicos e científicos. Conforme o direito prevalecente, dados contam com a proteção do direito autoral se produtos de criação do espírito. Senão, são *res commune*, não sujeitos a apropriação.

Nosso ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal, distingue entre os conceitos de “dados” e de “banco de dados”, conferindo proteção jurídica diferente para cada um deles. “Banco de dados” corresponde à estrutura lógica para armazenamento, gerenciamento e organização de dados.

access to cultural artifacts may have political consequences. It may severely restrict the ability of people to react and respond to cultural symbols. In addition, it may hamper the ability of people to participate in political deliberations and social dialogue. The special nature of information that allows it to be shared at minimal cost and makes existing information essential for future creation suggests that information dissemination and use should be maximized. A contractual regime that allows owners to commodify information may raise use barriers to an extent that would be socially undesirable” (Elkin-Koren, 1997).

Como produto criativo do espírito, goza de proteção jurídica pelo direito autoral, da mesma forma, por exemplo, que um software. “Dados” contidos em um banco de dados não se confundem com este, e têm sua natureza jurídica distinta, conforme protegidos ou não pelo direito autoral.

A nossa lei de direitos autorais felizmente protegeu especificamente os “bancos de dados”, não criando o direito *sui generis* adotado, por exemplo, na União Européia. A proteção adotada no Brasil diz respeito à “forma de expressão da estrutura da referida base”, não se estendendo automaticamente aos dados nela contidos, em consonância com a Constituição Federal e com as definições pragmático-jurídicas dos conceitos de “dados” e “bancos de dados”.

Uma alternativa à proteção jurídica *sui generis* adotada na Europa é aqueles que mantêm bancos de dados se valerem de mecanismos técnicos para limitar o acesso a eles, caso isso seja de seu interesse. Tais mecanismos técnicos, além de simples, implementados com rapidez e baratos, conferem eficácia à proteção dos dados, com um mínimo de “intrusividade”, e sem as conseqüências sociais deletérias que uma proteção exclusivamente jurídica acarretaria.

Os contratos por clique e “termos de uso” são outra modalidade normativa, neste caso, privada, de se estenderem os limites de proteção da propriedade intelectual. Por exemplo, quando dados contidos em um banco não gozam de proteção do direito autoral, por se tratarem de coletânea de fatos ou informações livres, assim devem prevalecer, dado o seu caráter de *res commune*. Contratos e termos de uso que estabelecem limitações quanto à sua utilização (por exemplo, vedando fins comerciais) devem ser interpretados como nulos de pleno direito, tais como seriam as disposições no preâmbulo de um livro contendo obra de domínio público que dispusesse sobre as finalidades para as quais o seu conteúdo deve ser utilizado. A natureza do direito autoral não alcança a idéia, e assim deve permanecer ainda na era digital.

Entre outros aspectos que afetam sua validade, contratos por clique são caracterizados por sua unilateralidade e volatilidade. Essas características podem ser utilizadas para conferir direitos a si mesmo sobre aquilo que não se tem. Em outras palavras, as peculiaridades desses contratos e termos de uso podem ser utilizadas para privatizar informações e bens que são comuns a todos. Tal utilização deve ser repudiada, porque, como sintetiza Niva Elkin-Koren, “um regime contratual que permite que detentores de direitos transfor-

mem informação em pura mercadoria traz consigo barreiras a seu uso socialmente indesejáveis”.¹⁹⁰

Modificações no direito penal brasileiro

O avanço tecnológico provocou uma modificação específica no direito penal brasileiro. De forma a atender a crescente pressão dos interesses dos detentores de propriedade intelectual, certas violações a direitos autorais passaram a ser criminalizadas, especialmente aquelas relativas à violação dos “direitos conexos”.¹⁹¹

Isso foi feito em 1º de julho de 2003, com a edição da Lei nº 10.695, que modificou o art. 184 do Código Penal. O direito penal brasileiro foi modificado então para criminalizar não só as violações ao direito do autor, como dispunha o Código Penal antes da alteração, mas agora também as violações aos direitos conexos, de produtores, intérpretes e executantes.

Neste livro, pretende-se fazer apenas breves comentários sobre o modelo adotado pelo Brasil. O objetivo desses comentários é demonstrar que o direito brasileiro, apesar de tentar considerar o equilíbrio de interesses entre propriedade intelectual e o direito à informação, acabou por gerar uma série de imprecisões que podem afetar a inovação tecnológica no país, bem como a repressão a atividades legítimas, por causa da ausência de segurança jurídica derivada da falta de clareza do texto legal.

Seguem transcritas as modificações no Código Penal introduzidas pela Lei nº 10.695, de 2003:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

¹⁹⁰ Elkin-Koren, 1997.

¹⁹¹ A expressão “direitos conexos” é empregada em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e corresponde ao direito de artistas, intérpretes, executantes, produtores, organismos de radiodifusão e outros, derivados originariamente do direito autoral. O Convênio de Roma e a Convenção para a Proteção aos Produtores de Fonogramas contra a Reprodução Não-autorizada de seus Fonogramas, realizada em 1971 em Genebra, ambas assinadas pelo Brasil, tratam desses direitos conexos.

§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 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 nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

A primeira incongruência destes dispositivos é que o aumento de pena acabou por superar aquele aplicado pela lei específica que protege o software (Lei nº 9.609, de 1998). Enquanto a violação de direito autoral nos casos previstos nos parágrafos subseqüentes ao *caput* do art. 184 prevê pena de dois a quatro anos de reclusão, a lei do software prevê pena de detenção de seis meses a dois anos, ou de reclusão de um a quatro anos no caso de reprodução para fins de comércio.

Isso significa dizer que um hipotético violador de direitos autorais, diga-se, um camelô que tenha, entre suas mercadorias, fonogramas e softwares ilegais, sujeita-se a um regime penal mais severo por causa da violação de direitos de autor e conexos relativos a um fonograma do que em razão da violação dos direitos de autor relativos a um software.

Em segundo lugar, a modificação na legislação penal traz em si uma preocupação importante quanto aos limites do novo tipo penal estabelecido pela mudança no art. 184. Uma das questões atuais mais importantes é o acesso a obras musicais e cinematográficas pela internet, especialmente através de redes *peer to peer*, que permitem o compartilhamento de arquivos entre usuários. Nesse sentido, o §4º estabeleceu que não se aplica o regime penal agravado estabelecido nos parágrafos anteriores se se tratar de “cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”.

Com isso, duas questões surgem. A primeira, que tem sido bastante debatida no Brasil,¹⁹² é se a mera troca de arquivos pela internet configuraria a hipótese de **lucro direto** ou **indireto**, ainda que dela não seja derivado nenhum ganho financeiro. A segunda, se na hipótese de afastamento do regime agravado, seria aplicável ainda o *caput* do art. 4º, configurando ainda ilícito penal, mas sujeito a regime de pena minorado.

Em síntese, as conseqüências do argumento são: se o lucro direto ou indireto configura-se pela troca de arquivos, ou se o *caput* continua aplicável ainda após a exceção do §4º, então centenas de milhares de usuários nacionais no Brasil estariam cometendo a infração penal descrita pela lei. Restaria saber apenas se estariam sujeitos ao regime agravado (dois a quatro anos de reclusão, sujeito a ação penal pública incondicionada) ou ao regime minorado (três meses a um ano, mediante queixa).¹⁹³

¹⁹² Cf. Carboni, Guilherme. *A Lei nº 10.695/93 e seu impacto no direito autoral brasileiro*. [S.l.]: Instituto Brasileiro de Política e Direito da Internet. Disponível em: <www.ibdi.org.br/index.php?secao=&rid_noticia=175&acao=lendo>. Apesar disso, ainda perduram algumas dúvidas acerca da tipificação penal da troca de arquivos de música na internet através da tecnologia *peer to peer*, que hoje é uma das formas mais discutidas de aquisição de obras intelectuais.

¹⁹³ A Lei nº 10.695 alterou também o Código de Processo Penal, em seu art. 186, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 186. Procede mediante:

I – queixa, nos crimes previstos no *caput* do art. 184;

Como visto, a figura principal da nova legislação penal brasileira é o conceito de “lucro direto ou indireto”. A ausência ou presença da intenção de lucro direto ou indireto é o que definirá o aumento de pena, passando do regime estabelecido pelo *caput* para o regime agravado, estabelecido pelos parágrafos.

Do ponto de vista da política criminal e da manutenção de um estado democrático de direito, acontece o fenômeno apontado pelo professor de direito criminal da Universidade de Virginia, William Stuntz. Em síntese, os limites do direito penal acabam sendo cada vez mais alargados, fazendo com que cada vez mais atividades toleradas pela sociedade acabem se configurando formalmente como crime. É o caso da lei em questão, que criminaliza as atividades de centenas de milhares de usuários da internet.

Se estes atos serão configurados ou não como crimes, isso dependerá das autoridades públicas responsáveis pela administração criminal, tal como o Ministério Público e a autoridade policial. Com isso, o regime penal que efetivamente acontece no plano dos fatos dependerá da discricionariedade desses entes administrativos de dar prosseguimento ou não ao processamento penal desses crimes.¹⁹⁴

Desnecessário dizer que, considerando-se apenas o art. 184, que, dependendo de sua interpretação, criminaliza as ações de centenas de milhares de brasileiros, a situação é em si relevante. Como o processamento criminal de todos aqueles que violam esses dispositivos é impossível, o grau de discricionariedade dessas entidades sobre quem será ou não processado torna-se imenso. Isso acarreta o desvirtuamento da própria essência do direito penal de servir como *ultima ratio*, e abre espaço para o surgimento de motivações outras que não seja o mero cumprimento da lei para a aplicação da lei penal.

II – ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§1º e 2º do art. 184;

III – ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações instituídas pelo Poder Público;

IV – ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no §3º do art. 184.

¹⁹⁴ “Given the way the criminal justice system is presently organized, defendants’ rights have complicated, and to some degree perverse distributive consequences. Those consequences are, in turn, tied closely to the discretionary nature of the relevant decisions. Prosecutors are free to steer their charging decisions in one direction or another” (Stuntz, 1997).

Com isso, em situações nas quais surgem **bodes expiatórios**, a aplicação da lei penal para obter efeitos políticos, ou, ainda, a aplicação da lei apenas para atender a interesses alheios aos seus propósitos originais, acaba não só sendo fomentada, como, muitas vezes, acaba sendo a única consequência deste sistema repressivo fundado no direito penal.

Assim, argumentos favoráveis à não-criminalização do compartilhamento de arquivos através de redes *peer to peer* podem ser relevantes socialmente, uma vez que reduzem o escopo de aplicação da lei penal, atribuindo a repressão a esta atividade, quando violadora de direitos autorais, ao campo dos ilícitos civis.

Nesse sentido, a interpretação de **lucro direto ou indireto** pode e deve ser restringida, para compreender lucro apenas como **resultado econômico de atividade empresarial**, tal como o conceito é tratado, por exemplo, na legislação tributária ou na legislação societária. Assim, a interpretação razoável é de que lucro corresponde ao resultado da atividade do empresário, que organiza os fatores de produção, obtendo ganho que supera o investimento organizacional. Ele é **direto** quando auferido pelo próprio empresário e **indireto** quando beneficia outrem. Em ambos os casos, o compartilhamento de arquivos em redes *peer to peer* não se inclui.

Além disso, pode-se argumentar também em favor da exclusão da aplicação do *caput* do art. 184, no caso de se configurar a exceção do §4º. Note-se que o §4º afasta o regime agravado de punição quando se “tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998”. Em se configurando esta exceção, não faz sentido a remissão ao *caput* do artigo, pois nenhuma violação existe quando se trata de limitação ao direito do autor. O mesmo se aplica para a exceção que afasta o regime agravado de punição também para a “cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”. Se a exceção estiver compreendida dentro de qualquer limitação ao direito do autor, tratando-se de uso legítimo, previsto em lei ou tratado internacional do qual o Brasil é parte, não há qualquer razão para se aplicar o *caput* do artigo, pois nenhuma violação a direito autoral ocorre.

Tribunais em todo o mundo têm recentemente dado demonstrações de adoção deste caminho, qual seja, de restringir apenas na medida estritamente necessária o avanço tecnológico por meio da lei civil e penal.

Diversas iniciativas legais e decisões judiciais recentes têm sido tomadas no mundo todo com o intuito de favorecer atividades de compartilhamento de arquivos através de redes *peer to peer*, retirando delas a pecha de ilegalidade por si só. Os argumentos para tanto são extensos e importantes. Vários deles, de cunho econômico, são discutidos no próximo capítulo. Por ora, cumpre mencionar algumas dessas decisões que parecem indicar uma tendência mundial.

No Canadá, o Copyright Board considerou que baixar arquivos musicais pela internet não infringe a legislação canadense e, por isso, estabeleceu a criação de uma taxa sobre diversos produtos utilizados para a manipulação desses arquivos, destinada a remunerar os autores por essa atividade.¹⁹⁵ Na Holanda, o Tribunal de Recursos de Amsterdã estabeleceu que a utilização e a distribuição de programas *peer to peer* não violam direitos autorais.¹⁹⁶ Por fim, os tribunais nos Estados Unidos consideraram ilegais medidas tomadas pela Associação da Indústria Fonográfica no sentido de obrigar provedores de internet a fornecerem o nome de seus usuários que participam de redes *peer to peer*,¹⁹⁷ para serem subseqüentemente por ela processados.

As considerações expostas têm por objetivo argumentar que, dependendo da forma como seja interpretado, o regime penal proposto no Brasil será um dos mais severos do mundo quanto à proteção de direitos relativos à propriedade intelectual, gerando conseqüências políticas e econômicas, além de um fator que prejudica a inovação e o acesso legítimo à informação.

Será discutido, a seguir, um modelo alternativo de regulamentação deste mesmo problema. Em vez de endurecimento da legislação, especialmente a penal, na maioria das vezes sem eficácia, o direito pode funcionar como um instrumento de transição, compondo os interesses econômicos dos detentores

¹⁹⁵ Mesquita, Renata. No Canadá P2P está dentro da lei. *Info Online*. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/aberto/infonews/122003/12122003-7.shl>>. A íntegra da decisão oficial tomada pelo Copyright Board está disponível em: <www.cb-cda.gc.ca>.

¹⁹⁶ Holanda legaliza download do Kazaa. *Info Online*. Disponível em: <<http://info.abril.uol.com.br/aberto/infonews/122003/22122003-1.shl>>. E ainda: Deutsch, Anthony. Court: Kazaa not responsible for swapping. *USA Today*. Disponível em: <www.usatoday.com/tech/news/techpolicy/2003-12-19-kazaa-dutch_x.htm>.

¹⁹⁷ EUA considera ilegais as ações da RIAA contra internautas. *Folha Online*. Disponível em: <<http://noticias.bol.com.br/internet/2003/12/19/ult124u14830.jhtm>>.

da propriedade intelectual com os interesses da sociedade de ter acesso à informação. A discussão deste modelo, em si, prova que é possível imaginar alternativas que não restrinjam a discussão a um ou outro interesse específico, mas que tragam em si a possibilidade de contemplar valores de toda a sociedade.

UM MODELO ALTERNATIVO DE REMUNERAÇÃO PARA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Imagine-se um distrito que não possui iluminação pública. Por uma razão ou outra, os habitantes desse distrito jamais foram alcançados pela rede pública de energia elétrica. O distrito é relativamente populoso, essencialmente rural, e atrai muitas pessoas que para lá se dirigem com o intuito de comprar produtos agrícolas *in natura*.

Imagine-se agora que um morador desse distrito resolva tomar a iniciativa de implementar por conta própria iluminação pública para todo o distrito. Como a safra do ano anterior foi especialmente rentável, ele dispõe de um certo capital para iluminar ao menos alguns quarteirões do distrito. O plano de negócios desse morador é, assim que implementar a iluminação nesses primeiros quarteirões, passar a cobrar dos beneficiários, o que possibilitará a obtenção de recursos para levar luz aos demais quarteirões do distrito.

Tão logo despende seu capital e consegue iluminar quatro quarteirões do distrito, utilizando um gerador a diesel, ele se depara com um sério problema: de quem cobrar a taxa de iluminação? Em primeiro lugar, ele pensa em cobrar das pessoas diretamente beneficiadas, ou seja, os moradores dos quatro quarteirões iluminados. Entretanto, logo ele percebe que muitos desses moradores recusam-se a pagar, alegando, entre outras razões, que a luz beneficia igualmente os moradores de outros quarteirões não iluminados que por ali circulam, bem como as pessoas de fora que também transitam por aquela região. Eles exigem, assim, que essas pessoas também contribuam de alguma forma. Além disso, outros moradores recusam-se a pagar porque constatam que, mesmo não pagando, continuarão a ser beneficiados pela iluminação pública na frente de suas casas, que já foi implantada de qualquer maneira.

Logo o empreendedor do distrito descobre que os custos de transação para negociar individualmente com as pessoas indiretamente beneficiadas, e até mesmo com as diretamente beneficiadas, são altíssimos. Com isso, ele percebe que seu modelo de negócio não é viável e, em poucas semanas, o gerador é desligado e a iluminação pública deixa de funcionar.

Tal exemplo denota o que a teoria econômica chama de “a tragédia dos *commons*”, ou “tragédia dos bens públicos”.¹⁹⁸ Conforme explicado anteriormente, por *commons* entendem-se aqueles bens econômicos que são não-competitivos e não-exclusivos. Por não-competitivos, entende-se que a utilização do bem por uma pessoa não exclui que outras pessoas dele se utilizem igualmente; e por não-exclusivos, entende-se que, uma vez que o bem tenha sido produzido, é muito difícil, senão impossível, excluir alguma pessoa de ter acesso a ele. Trata-se do caso da iluminação no distrito hipotético: ela beneficia a todos que por ali transitam e é muito difícil impedir alguém de se beneficiar após a sua instalação, ainda que não pague por ela.

Por causa disso, bens públicos, como o descrito, sempre correm o risco de escassez devido à dificuldade de recuperação do investimento, especialmente pela ausência de um mecanismo que permita compensar economicamente aqueles que os produzem.¹⁹⁹

Há basicamente cinco estratégias pelas quais a tragédia dos bens públicos pode ser evitada, todas apontadas por William Fisher.²⁰⁰ A primeira é a produção desses bens ser desempenhada pelo Estado, que passa a provê-los por si, remunerando-se ou não por meio de impostos ou taxas. Este é, na maioria das vezes, o caso da iluminação pública.

¹⁹⁸ Hardin, 1968. Também disponível em: <<http://dieoff.org/page95.htm>>.

¹⁹⁹ Fisher, 2004, cap. 6. O autor descreve, por meio de outros exemplos, este mesmo problema econômico. O capítulo 6 do livro – disponível, antes mesmo de sua publicação, no endereço <www.tfisher.org/> – é o trabalho acadêmico mais importante atualmente quanto à proposição de um modelo alternativo de remuneração à propriedade intelectual.

²⁰⁰ A teoria econômica moderna inclusive propõe a superação da “tragédia dos *commons*”. Carol Rose, professora da Universidade de Yale, propôs até a expressão “comédia dos *commons*” em seu artigo, no qual desmistifica a inviabilidade econômica dos *commons* e dá vários exemplos em que a produção de bens públicos se torna cada vez mais viável, em especial por causa do avanço tecnológico (Rose, 1986).

A segunda forma de solução do problema é o Estado pagar diretamente a particulares para produzirem esse tipo de bem. Isto acontece, por exemplo, com o sistema de financiamento de projetos de pesquisa, que faz dotações em dinheiro a acadêmicos e pesquisadores para que produzam bens científicos e outros bens intelectuais úteis a toda a comunidade. É também o caso das leis de incentivo à cultura, que permitem que recursos destinados aos cofres públicos possam gerar bens culturais aproveitáveis à cultura nacional.

A terceira estratégia é a concessão de prêmios e outras remunerações *a posteriori* àqueles que produzem bens públicos. Como exemplo, prêmios no estilo “jovem cientista” ou, ainda, o prêmio Innovare²⁰¹ do Poder Judiciário, concedido a juízes e outros funcionários públicos que criem soluções inovadoras para sua gestão, permitindo que estas sejam implantadas por outras entidades do Judiciário no aprimoramento de seus serviços.

A quarta estratégia é a criação de monopólios legais que excluem a competição com aqueles que provêem bens públicos. É o exemplo do direito de pedágio em estradas: apesar de o bem ser público, seu provedor tem o direito exclusivo de coletar remuneração dos usuários. É também o caso da lei de patentes: inventores recebem da lei o monopólio de 20 anos para exploração exclusiva de sua idéia inovadora patenteada. Com esse monopólio, os detentores da patente podem cobrar dos usuários taxas suficientes para recuperar o investimento e auferir lucro, afastando qualquer outro do direito de competir com aquela inovação pelo seu período de duração. Ou ainda, os direitos autorais, que proíbem a competição com os autores quanto à cópia, distribuição, adaptação ou execução dos bens intelectuais de sua criação, sem autorização prévia.

A quinta estratégia é aquela em que a lei ou o contrato assiste o provedor do bem público no sentido de gerar “exclusividade”, isto é, a possibilidade de excluir terceiros de ter acesso ao bem. Exemplo disso são os contratos que proíbem a engenharia reversa de um software, ou ainda a proteção legal ao “segredo industrial”, característica do ordenamento norte-americano, bem como cláusulas de confidencialidade, entre outros.

Quanto aos bens intelectuais, a estratégia adotada para se evitar a escassez, gerando mecanismos de incentivo à sua produção, sempre esteve ligada à

²⁰¹ Cf. <www.innovare.com.br>.

quarta estratégia, já descrita, qual seja, a concessão por meio da lei de monopólios aos autores, de forma a gerar exclusividade quanto a alguns elementos inerentes a estes (reprodução, distribuição, adaptação etc.).

Bens intelectuais configuram-se por sua própria natureza como bens públicos, no sentido de serem não-competitivos e não-exclusivos. Se a não-competitividade e a não-exclusividade eram imperfeitas no passado com relação a alguns bens intelectuais, já que estes precisavam materializar-se em suportes físicos como livros, *compact discs* ou celulóide, com o avanço tecnológico, cada vez mais estes bens tornam-se bens públicos perfeitos, no sentido de que avançam cada vez mais para sua imaterialidade.

Com isso, fica cada dia mais difícil fazer valer a estratégia de criação legal de monopólios privados, uma vez que a facilidade de cópia, distribuição ou execução do bem intelectual trazida pelo avanço tecnológico torna a exclusividade desses atos quase impossível pelo aparato legal existente. Dois caminhos são geralmente apontados para a solução deste problema. O primeiro deles insiste no reforço da quarta estratégia e o outro tenta propor modelos alternativos a ela.

Quanto ao reforço da quarta estratégia, assistimos atualmente a diversas iniciativas no sentido de criar mecanismos que protejam ainda mais a exclusividade dos bens intelectuais. Exemplo disso são os mecanismos técnicos de proteção já mencionados, como o sistema que vem sendo desenvolvido pela Microsoft, anteriormente denominado Palladium.²⁰² Cumpre mencionar também os mecanismos anticópia instalados nos DVDs, os CDs protegidos contra reprodução e vários outros.

Além de mecanismos técnicos, assistimos também a outros mecanismos legais para o reforço da quarta estratégia. Como exemplo, o endurecimento da lei penal, estudado no capítulo anterior, ou ainda a criação de um direito *sui generis* para a proteção aos bancos de dados, também já analisada. Além disso, assiste-se à pressão internacional para a implementação de uma legislação similar àquela implementada nos Estados Unidos, qual seja, o Digital Millennium Copyright Act, pressão esta constante nas rodadas de negociação da Organização Mundial do Comércio e da Alca. Conforme mencionado no início deste estudo, o DMCA não só regulamentou a responsabilidade dos provedores de

²⁰² Cf. Introdução.

serviços de internet quanto à violação de direitos autorais, como também criou um reforço muito particular e grave quanto à quarta estratégia.

Esse reforço do DMCA consistiu na criminalização de qualquer tentativa de violar as barreiras técnicas implementadas por agentes privados para a proteção de seus bens intelectuais.²⁰³ Assim, se alguém desenvolve um meio técnico de quebrar a proteção de acesso ou cópia quanto a um DVD, essa pessoa está cometendo um crime perante a legislação norte-americana – tudo isso como forma de reforçar a exclusividade do bem intelectual. A má jurisprudência e as conseqüências nefastas decorrentes desta disposição legal são inúmeras,²⁰⁴ demonstrando que a legislação autoral naquele país passou a proteger não só o bem intelectual, como também os dispositivos tecnológicos que protegem tecnicamente aquele mesmo bem.

E o mais grave, a proibição de quebrar esses mecanismos técnicos de proteção não comporta quaisquer exceções quanto a direitos legítimos de uso, isto é, mesmo que a lei permita expressamente que alguém tenha acesso a um bem protegido, a pessoa estará cometendo violação só pelo fato de quebrar a

²⁰³ DMCA, Section 1201 – Circumvention of Copyright Protection Systems, (a)(1)(A): “No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title”.

²⁰⁴ Felten v. RIAA, No. CV-01-2669 (June 26, 2001, D.N.J.): neste caso, Edward Felten, professor da Universidade de Princeton, foi processado por desenvolver um trabalho acadêmico que poderia ser utilizado, entre outros fins, para quebrar a proteção criptográfica de um sistema de proteção a músicas na internet. Depois da imensa repercussão negativa do caso, a ação foi suspensa pelo autor. No caso US v. Elcomsoft, o programador russo Dmitry Sklyarov foi preso ao chegar aos Estados Unidos para uma conferência, sob acusação de ter desenvolvido um software que permitia acesso a conteúdo protegido em e-books, com a finalidade de copiar o conteúdo para outros tipos de computadores. Cf. <www.eff.org/IP/DMCA/US_v_Sklyarov20011213_eff_pr.html>. Em United States v. Whitehead, C.D. Cal., No. 3-CAS (Sept. 9, 2003), um morador da Flórida foi condenado penalmente por vender um aparelho utilizado para receber o sinal da DirecTV. O réu foi condenado porque obteve um software necessário para a reprogramação dos cartões de acesso da DirecTV. No curioso caso Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Tech., Inc., 68 U.S.P.Q.2d 1009 (N.D. III. Aug. 29, 2003), tentou-se processar o fabricante de um controle remoto para garagens porque este permitia abrir o código de outras garagens sem a autorização dos respectivos fabricantes. Apesar de ter decidido que o DMCA se aplicava ao caso, o tribunal resolveu inocentar o réu, porque a tecnologia empregada para abrir garagens não é passível de proteção pelo direito autoral. No entanto, o tribunal declarou que, se esta fosse protegida por direito autoral, o DMCA teria sido aplicado e o réu, condenado.

proteção técnica a esse bem, mesmo que possua direitos legítimos ao conteúdo protegido pelo mecanismo técnico.²⁰⁵

Portanto, o caminho adotado até o presente momento é a criação de mecanismos tecnológicos e legais para fazer com que o monopólio de obras intelectuais fique cada vez mais estrito, aliás, mais estrito do que em qualquer outro momento da história da humanidade.²⁰⁶ Com isso, prejudicam-se o acesso à cultura e a democracia de informações e, sobretudo, abre-se espaço para uma mercantilização sem precedentes de bens culturais que, como conseqüência, pode levar a uma exclusão digital e cultural de contornos graves.

Em uma realidade não muito implausível, quem quiser ter acesso à maioria dos bens culturais contemporâneos poderá ter necessariamente de pagar antes, sob pena de restar barrado por um sistema de exclusão perfeito, cuja violação é criminalizada independentemente dos motivos subjacentes.

Entretanto, a estratégia de reforçar ainda mais os monopólios sobre bens intelectuais não é a única alternativa possível. O segundo caminho plausível é levar a sério outros mecanismos de incentivo à produção de bens públicos, especificamente os bens intelectuais. Nesse sentido, será analisado, a seguir, um modelo que propõe lidar com bens intelectuais não a partir da quarta estratégia (monopólio cada vez mais severo), mas sim a partir da terceira estratégia.

Incentivos sem monopólios: levando a sério o caráter público da informação e da cultura

A terceira estratégia, como já visto, prevê a utilização de formas de remuneração *a posteriori* para a compensação daqueles que se engajam na produção de bens intelectuais. Autores do peso de Steven Shavell, Tangy van Ypersele e, antes deles, Steve Calandrillo e até mesmo o histórico juiz James Madison, nos

²⁰⁵ Existem apenas quatro exceções permitidas às disposições contra violação do DMCA aprovadas pela Biblioteca do Congresso norte-americano, competente para tanto. Elas podem ser encontradas no site da Biblioteca do Congresso, no endereço <www.copyright.gov/1201/>. Como se pode perceber pela análise das exceções, nenhuma delas gera impacto significativo capaz de tornar as disposições contra violação do DMCA mais equânimes socialmente.

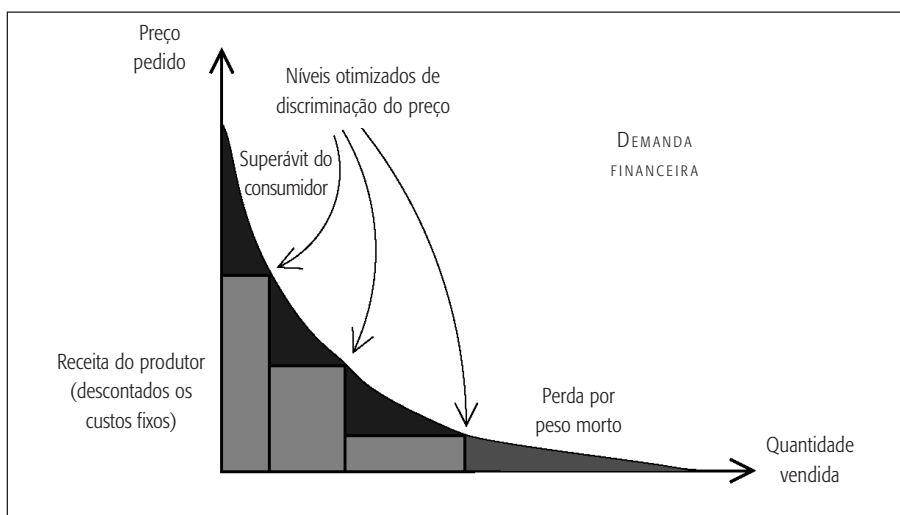
²⁰⁶ Lessig, 2001.

Estados Unidos, sugerem que esse modelo de remuneração deveria ter um espaço bem maior em nossa sociedade, por suas vantagens intrínsecas.²⁰⁷

O problema sobre o qual agora nos debruçamos é que, com o avanço da tecnologia digital e da internet, o custo marginal dos bens intelectuais tende a ser zero. Isso significa dizer: qualquer sistema de preços fundado em monopólios concedidos pelo direito autoral leva à geração de “pesos mortos para a sociedade”.²⁰⁸

A figura 1 ilustra a questão do “peso morto” criado pelo monopólio do direito autoral: o monopólio impede pessoas que ordinariamente teriam acesso à obra intelectual de fazê-lo, em razão da discriminação de preço do monopolista, com o intuito de maximizar o seu ganho. Quando o custo marginal do bem intelectual é zero, como vem se tornando o caso da música na internet, qualquer exclusão promovida pelo regime de preços praticado pelos monopolistas se configura como “peso morto”.

Figura 1
Perda financeira por peso morto



²⁰⁷ Shavell et al., 2001; Calandrillo, 1998. Sobre a proposta de James Madison, cf. Walterscheid (1994).

²⁰⁸ Eckersley, 2003. Disponível em: <www.ipria.org/publications/workingpapers/ipria%20wp%2002-03.pdf>.

Ao mesmo tempo, um bem cujo custo marginal é zero simplesmente não tem valor de mercado, o que impossibilita a criação de qualquer sistema de remuneração fundado no mercado, exceto com a aplicação de mecanismos de reforço externos para garantia de monopólio. Ainda assim, mesmo que uma pessoa pague pela aquisição, diga-se, de uma música pela internet, uma próxima pessoa poderá obter essa mesma música de graça, seja de outras pessoas, seja daquela pessoa que pagou inicialmente por ela, conforme o sistema de garantia do monopólio, efetivo ou não.

A idéia surgida para contornar esse problema a partir dessa constatação é arrojada. Ela propõe uma alternativa que resolve o problema da escassez dos bens públicos (no caso, bens cujo custo marginal é zero), na medida em que cria incentivos para a sua produção, ao mesmo tempo em que leva a sério a natureza de *common* da informação, tornando-a livremente acessível a todos e assim eliminando o “peso morto” gerado pelo monopólio.

Em síntese, a proposta alternativa é a de criação de um modelo de incentivo à produção intelectual, inicialmente voltado para música e filmes, gerido pelo Estado, que se encarregaria de coletar os fundos necessários na sociedade e repassá-los aos criadores. Com isso, seriam suspensas várias das restrições monopolísticas dos direitos autorais, permitindo que a informação circulasse livremente e, ainda assim, fazendo com que os autores fossem compensados de maneira justa pelos seus trabalhos.

Por mais utópica que essa proposta, à primeira vista, possa parecer, há diversos trabalhos sérios e complexos que pretendem dar conta de um modelo semelhante. O mais importante é o do professor da Universidade de Harvard William Fisher, já mencionado,²⁰⁹ além de diversos outros.²¹⁰ A crise da indústria musical, que vê seu modelo de negócios esvaindo-se a cada dia, além dos maus presságios que assolam a indústria do cinema nos Estados Unidos,²¹¹ faz com que a criação de um modelo nesse sentido se torne cada vez mais plausível.

²⁰⁹ Fisher, 2004.

²¹⁰ Netanel, 2003. Eckersley (2003; disponível em: <www.ipria.org/publications/workingpapers/pria%20wp%2002-03.pdf>). Love, James. *Artists want to be paid: the blur/baff proposal*. Disponível em: <www.nsu.newschool.edu/blur/blur02/user_love.html>. O'Hare (s.d.). Grassmuck et al. (s.d.).

²¹¹ Anderson, 2004. Disponível em: <www.wired.com/wired/archive/12.01/>.

Em síntese, esse modelo propõe a eliminação de todas as proteções monopolísticas conferidas ao autor pelo direito autoral (sobretudo exclusividade de reprodução e distribuição) e, em contrapartida, estabelece um mecanismo público de remuneração para os autores, com fundos obtidos por meio da cobrança de impostos. Com isso, abandona-se a estratégia de número quatro (reforço das posições monopolísticas) em prol da estratégia de número três (remuneração *a posteriori* para os criadores de bens intelectuais). Esse modelo depende das respostas a algumas questões fundamentais. Para que as proteções monopolísticas do direito autoral sejam eliminadas, é necessário saber quanto arrecadar, como arrecadar e como distribuir.

A seguir, são discutidas em maior detalhe essas questões.

Quanto arrecadar?

William Fisher calculou quanto seria necessário arrecadar para continuar remunerando artistas e demais detentores de propriedade intelectual nos mesmos níveis históricos que eles auferem no presente (com o valor corrigido anualmente, de acordo com projeções atualizadas pela agência governamental responsável por essa remuneração), caso os direitos monopolísticos fundados no direito autoral detidos por eles fossem eliminados.

Esse modelo pressupõe, assim, a idéia de pagamento aos artistas e detentores da propriedade intelectual não pelo valor social integral de suas obras, o que, aliás, seria provavelmente impossível de calcular. O modelo proposto pretende, portanto, apenas arrecadar o valor necessário para que os atuais beneficiários econômicos de bens intelectuais continuem a receber o que recebem no modelo atual, do mesmo modo que novos autores também possam receber valores compatíveis em igualdade de condições.

A figura 2 apresenta os diversos fluxos de receita envolvidos no mercado fonográfico,²¹² com ênfase naqueles ameaçados pela distribuição na internet. Em síntese, o primeiro elemento a ser notado é que a autorização para a livre distribuição pela internet, eliminando uma parcela significativa do monopólio concedido pelo direito autoral, ameaça alguns desses fluxos de receita, mas não todos. Por exemplo, a livre distribuição de música online ameaça natural-

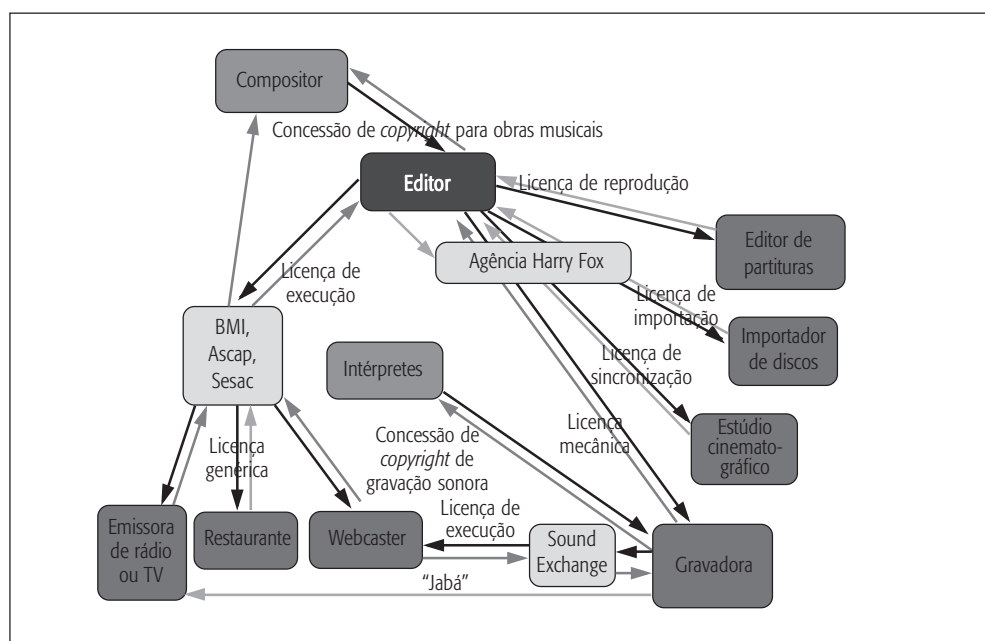
²¹² Fisher, 2004.

mente as receitas derivadas da venda de CDs e, portanto, diretamente a renda auferida pelas gravadoras. Com isso, todas as receitas pagas pelas gravadoras também diminuiriam (por exemplo, receitas pagas às editoras, aos intérpretes e compositores). Em segundo lugar, pode-se conceber uma diminuição na audiência do rádio convencional, já que todo o conteúdo transmitido pelo rádio poderia ser obtido online, sem a necessidade de anunciantes. Dessa forma, tanto a receita da arrecadação por parte das sociedades arrecadadoras, como o Ecad, quanto o pagamento do “jabá” por parte de gravadoras a rádio e televisão ficariam reduzidos.

Entretanto, cumpre notar que algumas fontes de receita não seriam afetadas. Como exemplo de receitas mantidas ainda que a livre distribuição pela internet seja permitida, há receitas derivadas do licenciamento de obras musicais para filmes, televisão e rádio, bem como a execução pública dessas mesmas obras musicais em bares, restaurantes e outros locais públicos por outros meios que não sejam os digitais. Também seriam reduzidas as receitas relativas à publicação de partituras e cifras.

Figura 2

Fluxos de renda ameaçados pela livre distribuição via internet



De acordo com os cálculos feitos, tomando-se por base o ano de 2000 nos Estados Unidos, um ano particularmente favorável para a indústria musical naquele país, seria necessário aproximadamente US\$ 1,1 bilhão para compensar as perdas de receita derivadas da permissão para livre distribuição de conteúdo pela internet; isto em uma estimativa bastante conservadora. Os cálculos feitos para tanto são complexos, e faço remissão à obra do autor para sua verificação.²¹³ Esses cálculos incluem também os benefícios com o corte de custos com intermediários trazido por este sistema, isto é, a utilização da internet não só gera perdas quanto a certas receitas, como também gera ganhos decorrentes do barateamento dos custos de distribuição pelo meio digital.

Para a indústria cinematográfica e para a indústria musical, a mesma situação se repete, conforme demonstrado na figura 3. Algumas receitas são diretamente afetadas pela livre distribuição de filmes pela internet; outras, não.

A primeira receita afetada é a da venda de DVDs e de fitas de vídeo, bem como seu aluguel por intermédio de locadoras e congêneres. A segunda fonte de receitas é aquela proveniente de *royalties* pagos por canais a cabo e por sistemas de *pay per view*, que terão sua audiência reduzida em razão de todo o conteúdo estar disponível online. Como exemplo de receitas que não seriam afetadas, ou apenas em certa medida afetadas pela distribuição online, estão as receitas auferidas nas bilheterias, as receitas obtidas pelo licenciamento de filmes para televisão e para sistemas de cabo, com a venda de produtos licenciados e *merchandising* em filmes.

Para compensar essas perdas da indústria cinematográfica, no primeiro ano de implantação do sistema, seria necessário o valor de aproximadamente US\$ 512 milhões.

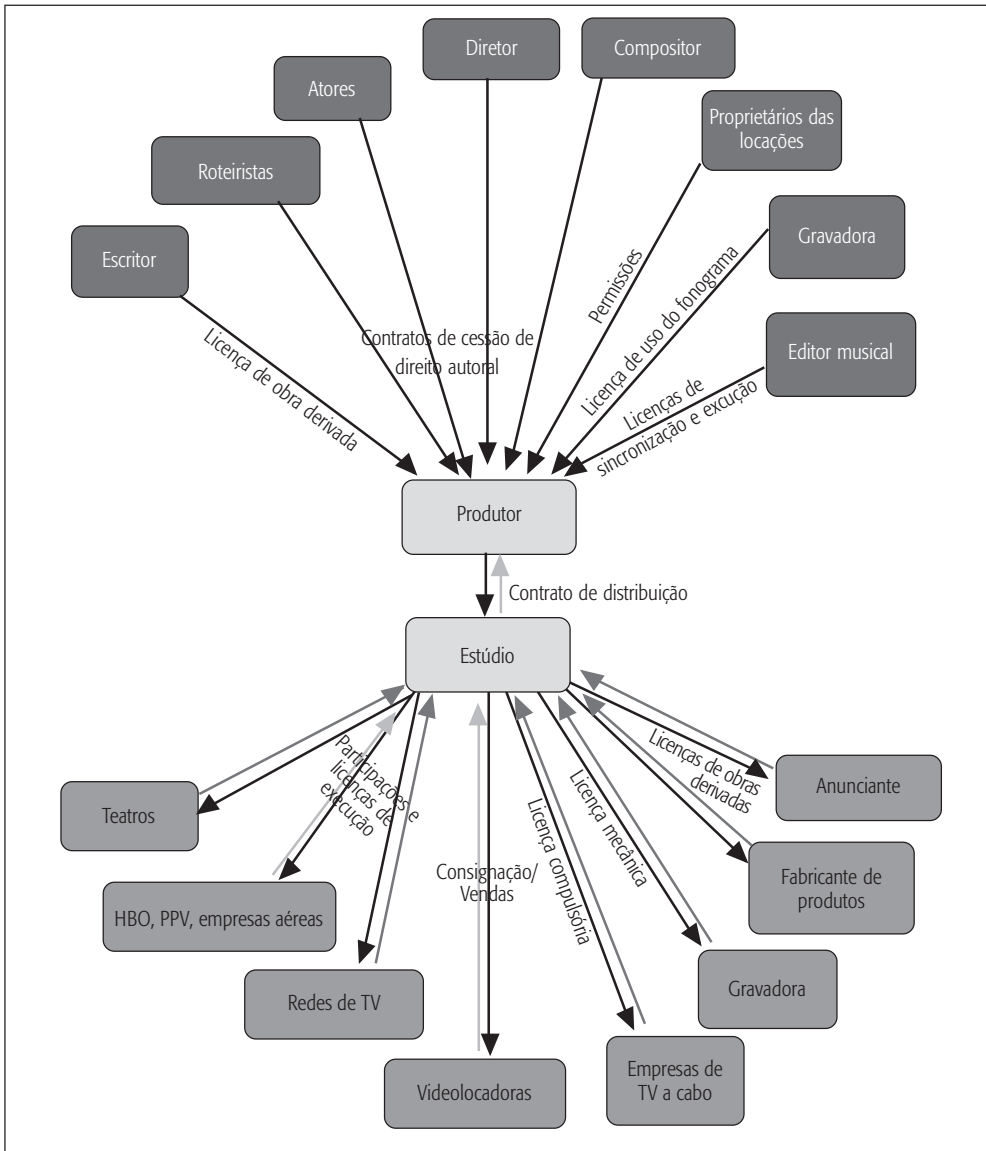
Somando-se os valores da indústria cinematográfica e da indústria musical, seria obtido o valor de aproximadamente US\$ 1,7 bilhão. Incluindo-se aí os custos de manutenção e operação do sistema de arrecadação e também os ajustes inflacionários norte-americanos, seria preciso arrecadar a quantia de US\$ 2,5 bilhões, para se obter o valor suficiente a ponto de compensar os

²¹³ Fisher, 2004. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf>>.

detentores de propriedade intelectual nessa nova situação em que a distribuição pela internet passa a ser totalmente permitida.

Trata-se de um valor muito grande, mas, ao se examinar como esses recursos poderiam ser obtidos, pode-se notar que o sistema é viável.

Figura 3
Situação para as indústrias fonográfica e musical



Como arrecadar?

Há diversas discussões sobre como arrecadar esse valor. Aponta-se como a forma menos intrusiva, por não ter um impacto sobre o consumo dos bens em questão, o imposto de renda. Nos Estados Unidos, um aumento de US\$ 32 por ano e por família seria suficiente para obter tal valor. O problema desse sistema, tanto lá quanto aqui, é a sua falta de palatabilidade política e a incerteza quanto à destinação dos recursos arrecadados.

A outra opção, seriamente hoje considerada e inclusive recentemente adotada no Canadá de forma parecida, é a tributação de bens e serviços utilizados para a obtenção de música e filme.²¹⁴ Estariam aí compreendidos: equipamento utilizado para fazer cópias de gravações digitais, tais como gravadores de CD e I-Pods; a mídia utilizada para gravação dessas cópias, como CDs em branco e outros; os serviços utilizados para obter acesso à internet, como os valores pagos pelos usuários a provedores de acesso; os sistemas de compartilhamento de arquivos, como as redes *peer to peer*.

De acordo com os cálculos feitos, somente no ano de 2002, 2 bilhões de CDs em branco foram vendidos nos Estados Unidos. Se cada um fosse tributado em US\$ 0,50, só eles poderiam gerar uma receita de US\$ 1 bilhão. Além disso, os serviços de acesso à internet nos Estados Unidos geram US\$ 10,7 bilhões anualmente. Um pequeno percentual adicionado ao valor pago seria suficiente para obter o valor almejado de US\$ 2,5 bilhões, isto sem mencionar as receitas provenientes das outras fontes (equipamentos, sistemas de compartilhamento de arquivos etc.).

Como distribuir?

Primeiramente, para poder receber qualquer remuneração proveniente do sistema, uma obra intelectual precisaria ser registrada junto a um órgão específico, por exemplo, a Biblioteca Nacional ou outro órgão especialmente constituído para tanto. No ato desse registro, a obra seria identificada digitalmente e, a partir daí, preenchidos os campos obrigatórios, seu autor passaria a ter condições de auferir receita a partir dela.

²¹⁴ Netanel, 2003.

O ponto crucial do sistema parece ser como distribuir os valores obtidos. Várias alternativas foram propostas a este respeito, desde um sistema de votação eletrônica por parte de cada usuário,²¹⁵ até a utilização de um complexo sistema de estatísticas e amostragem, similar àqueles adotados pelas redes de TV, mas cuja complexidade seria infinitamente maior, para verificar o conteúdo que cada indivíduo efetivamente utilizou.

Seguem-se alguns comentários sobre esse sistema de distribuição. Não é o objetivo deste livro discorrer sobre qual seria o melhor sistema. Primeiramente, ainda não há proposta definitiva ou consensual a esse respeito. O objetivo aqui é apenas mencionar as propostas hoje discutidas **para que se tenha em mente como a tecnologia permite repensar a forma como lidamos tradicionalmente com a propriedade intelectual.**

Peter Eckersley,²¹⁶ por exemplo, propõe o conceito de *virtual markets*, em que ocorre um misto de estatísticas de utilização obtidas dos usuários e um sistema de votação que seria aplicado. Outra sugestão importante é a chamada Proposta Blur/Baff,²¹⁷ apresentada por um grupo de artistas na conferência *Power at Play in Digital Art and Culture*, realizada em abril de 2002 em Nova York. Em síntese, essa proposta visa evitar que uma quantidade exorbitante de

²¹⁵ Por este sistema, ao fim de um determinado período de tempo, o computador pessoal de cada usuário estabeleceria estatísticas para repartição dos “votos” de cada usuário. O usuário poderia concordar com elas ou modificá-las para refletir de modo acurado sobre o conteúdo que utilizou durante aquele período.

²¹⁶ “Alice now has three choices. She could refuse to vote completely (in which case, her downloads alone would be counted). She could spend the time to vote explicitly, carefully considering which works had been of most value to her recently. Finally, she could allow her computer to suggest a vote. In this last case, the software and devices she used to read, listen and watch information goods, have been collecting statistics on her recent preferences – which songs she’s picked out of her playlists, which e-books she’s spent hours pouring over, and so on. But rather than shipping this information straight off to the virtual market, it is simply handed to Alice on a platter. If she wishes, she only has to vote with her mouse to reward the precise musicians and writers who have been contributing to her life. I have termed this mechanism a ‘virtual market’ not because it is a ‘market’ which happens to operate on the Internet. Instead, it is virtual in a stronger sense of the word – a sort of ‘market through the looking-glass’. Despite the involvement of public funding, the rewards and incentives which flow from VMRS are very similar to those which would result from the exchange of goods and currency in a marketplace, although these exchanges do not occur” (Eckersley, 2003).

²¹⁷ Disponível em: <www.nsu.newschool.edu/blur/blur02/user_love.html>.

fundos seja alocada para aqueles artistas que são extremamente famosos.²¹⁸ A proposta prevê um sistema de votação no qual os percentuais são alocados de acordo com as preferências dos usuários, mas garantindo-se um percentual mínimo a ser alocado para produções musicais não-comerciais, bem como para a constituição de um fundo de aposentadoria para artistas e para remuneração de compositores.

De todas essas propostas, entretanto, a que parece ser mais consensual é a implantação de um sistema de amostragem, valendo-se, para tanto, dos avanços tecnológicos.²¹⁹ Por este sistema, o usuário teria um dispositivo de hardware ou software, a ser utilizado sempre que acessasse conteúdo em formato digital, que estabeleceria estatísticas de utilização de todo o conteúdo utilizado, independentemente da mídia, da forma ou do serviço pelo qual esse conteúdo fosse acessado. Obviamente, há preocupações sobre como evitar distorções no sistema, ou ainda sobre a privacidade dos usuários. Não cabe aqui, no entanto, discutir esses temas.

O objetivo é puramente demonstrar que, além da estratégia de número quatro – já discutida, que prevê uma resposta à tecnologia digital como exclusivamente fundada na restrição cada vez mais severa dos direitos de monopólio conferidos pelo direito autoral, valendo-se para tanto de meios técnicos –, há alternativas possíveis. Enquanto, no caso da quarta estratégia, a sociedade migra para um cerceamento da informação, no caso da alternativa proposta vislumbra-se uma sociedade totalmente aberta em que a informação é tratada como bem público, não-exclusivo e não-competitivo. De pronto, evita-se o problema dos “pesos mortos” gerados pelo monopólio, ao mesmo tempo que se mantém um sistema de remuneração *a posteriori* que permite gerar incentivos perenes a artistas e produtores de bens intelectuais.

Com isso, vislumbra-se a proposição deste estudo: o avanço tecnológico desnuda e transforma diversas instituições jurídicas, tal como a propriedade intelectual. O apego demasiado à tradição, isto é, repetição da solução tradicional ainda que para lidar com novos tempos, pode levar a consequências socialmente desastrosas. Cumpre, assim, imaginar alternativas possíveis que dêem conta de realizar o potencial completo dos novos tempos.

²¹⁸ Não por coincidência, essa situação foi apelidada de “feito Britney”, em alusão à cantora Britney Spears, que atrai para si uma substancial fatia da remuneração do mercado fonográfico.

²¹⁹ Fisher, 2004.

Um sistema alternativo de remuneração à propriedade intelectual feito pela sociedade civil

A seção anterior descreveu um sistema de remuneração à propriedade intelectual no qual o Estado é o fator preponderante. Por diversas razões, este modelo estatal é de difícil implementação e esbarra em problemas políticos quase intransponíveis. Entretanto, em paralelo a esse modelo, surgem cada vez mais indícios de que é viável a implementação de modelos alternativos de remuneração à propriedade intelectual criados pela própria sociedade, sem a intervenção estatal.

William Fisher propõe a criação de “cooperativas” como forma de implementação. Essas cooperativas agregariam autores e produtores de conteúdo, por exemplo, musical, que constituiriam uma relação próxima com seus fãs, a ponto de envolvê-los na própria remuneração e financiamento da produção artística. A estratégia dessas cooperativas seguiria em grande medida aquela descrita anteriormente, em que cada obra é registrada e obtém um número de registro próprio. Entretanto, seriam os próprios cooperados que criariam as estratégias de remuneração e distribuição dos valores coletados.

Diversas iniciativas nesse sentido têm surgido, algumas com bastante sucesso. Conforme apontado antes, a população brasileira, mesmo nas periferias, já integra a tecnologia digital ao processo de produção cultural. O antropólogo Hermano Vianna é responsável pela análise do tecnobrega de Belém do Pará, já apontada, e também pela análise do Forró da Amazônia, cenas culturais enormes que intensivamente usam a tecnologia digital de forma inovadora do ponto de vista de organização econômica. Por exemplo, os CDs tradicionais de áudio, com 10 a 15 músicas em média, perdem cada vez mais espaço nas ruas de Manaus. Os fãs do Forró da Amazônia, exigentes, demandam que os CDs sejam gravados em formato MP3, com pelo menos 100 músicas. Como resultado, torna-se difícil encontrar CDs de áudio tradicionais na periferia de Manaus.

De um modo geral, uma iniciativa que pode produzir resultados, especialmente para o Brasil, é a ocupação das novas mídias digitais de forma pulverizada, sistemática e intensa. Inundar o universo digital, enquanto ainda aberto, de conteúdo cultural do país. Projetar a cultura, urbana ou tradicional, da favela ao rock, da praia à arquitetura modernista, do maracatu ao *Brazilian drum'n'bass*, através de aparelhos celulares, da internet, das novas TVs e rádios

digitais. Enfim, ocupar intensamente esse espaço simbólico novo e ainda aberto com produtos bem-feitos (mas nem por isso caros), universais e locais, que chamem a atenção sobre nossa história, nossas imagens, nossa língua, visão e povo.

Para isso, iniciativas que flexibilizam o acesso aos bens intelectuais, como o Creative Commons, anteriormente descrito, são importantes. Tais iniciativas facilitam a projeção da cultura de um país de forma estratégica. Com projeção global, por exemplo, da nossa cultura, cria-se demanda. Demanda pela nossa música, história, língua, olhar e imagem. Trata-se de uma oportunidade efêmera. Ela só existe enquanto a captura das novas mídias ainda não é completa. Entretanto, se bem-sucedida, contribui para manter essa mídia sempre aberta. Daí em diante, que vença o melhor e mais interessante. Na medida em que a nova mídia é ocupada por produtos descentralizados, sobretudo interativos (daí a importância de fomentar a indústria de *games* no Brasil), abundantes e livres, consolida-se um novo paradigma. Mudam-se os gostos, mudam-se as demandas e os hábitos de consumo.

Essa é uma nova estratégia econômica que casa com a proposta de cooperativa feita por William Fisher. Tome-se o exemplo da música, que se desagrega a cada dia em novos produtos: *ringtones*, DVDs, shows, vídeos, licenciamentos etc. Muitas vezes, permitir a distribuição de uma canção através de uma licença do Creative Commons é a melhor forma de maximizar as receitas provenientes de cada um desses produtos. Quanto mais ouvido e conhecido um artista, maior é o consumo de produtos conexos a ele, nos mais diversos âmbitos.

Nesse sentido, fica cada vez mais claro que o valor econômico na economia da música reside na relação que o artista tem com seu público. Dois exemplos paradigmáticos disso foram postos em prática pelas bandas The Darkness e Marillion. A primeira, com a venda de produtos através do seu site, que vão desde camiseta a faixas-bônus, obteve recursos suficientes para a produção de um novo álbum, antes mesmo de as novas músicas estarem compostas.

Ainda mais significativo foi o montante de US\$ 1.358.000 obtido pela banda neozelandesa Marillion com as vendas de um próximo álbum através do seu website, álbum este que sequer foi gravado. Mesmo sem gravadora e fora do circuito das turnês, a banda obteve um valor duas vezes maior do que o necessário para a produção do disco. O restante será destinado ao financiamento de uma turnê nos Estados Unidos. Para quem acha que apenas artistas de grande porte possuem essa chance, vale notar que a banda alemã

Einstuerzende Neubauten acaba de trilhar o mesmo caminho, tendo vendido seu disco antecipadamente pelo seu site.

Todos esses exemplos demonstram que há caminhos alternativos a serem seguidos pela propriedade intelectual. Caminhos esses que estão ainda em formação, mas que não devem ser abortados e sim incentivados. Caminhos que não dependem de mudanças feitas pelo Estado, originados na própria sociedade e melhores do que a estratégia maximizadora, que, como solução para os problemas da era digital e da internet, simplesmente defende a expansão desmesurada dos limites da propriedade intelectual em detrimento da sociedade.

Um sistema alternativo de remuneração à propriedade intelectual e o Brasil

Os modelos descritos, em maior ou menor medida, pressupõem uma sociedade em que o acesso à cultura seja feito predominantemente através de meios digitais. Isso pode levar à objeção de que, em uma sociedade como a brasileira, em que o problema da exclusão digital é extremamente severo, um sistema alternativo de remuneração à propriedade intelectual não faria sentido, ou faria menos sentido.

O objetivo desta seção não é examinar em detalhes as repercussões de tal sistema em uma sociedade como a brasileira, mas sim argumentar brevemente que, em países onde há imensa exclusão digital, tal sistema faz ainda mais sentido do que em países mais evoluídos em termos de tecnologia da informação.

Primeiramente, a exclusão digital traduz-se sobretudo em exclusão cultural. Em suma, em uma sociedade pobre, que sofre com a desigualdade na distribuição da renda, o acesso à cultura depende essencialmente de recursos econômicos. Isso se dá especialmente pelas razões econômicas antes explicitadas, em que o regime de monopólio conferido pelo direito autoral sempre gera “pesos mortos”, isto é, há sempre pessoas excluídas do acesso ao bem intelectual que, de outro modo, não o seriam se o preço do bem fosse ajustado de forma não-monopolística. Assim, a distribuição de conteúdo cultural pelos meios tradicionais que predominam na sociedade brasileira (livros, CDs, vídeoteipes, rádio e televisão) pressupõe, primeiramente, uma oferta extremamente escassa de bens intelectuais. Em segundo lugar, o monopolista, ao

lidar com um mercado em que predomina a distribuição do bem intelectual em seu suporte físico, tem muito maior controle para discriminar preços e elevar seus ganhos.

A contrapartida a essa situação é representada pela “pirataria” e pelas formas alternativas de se lidar com a propriedade intelectual vistas anteriormente. O “pirata” atende a um vasto mercado composto por aqueles que se incluem na faixa de “peso morto”, qual seja, que não teriam acesso ao bem cultural se não fosse pelo regime de preços diferenciado praticado pelo “pirata”. Por outro lado, conforme foi mencionado no terceiro capítulo, começa a surgir no Brasil um uso criativo e espontâneo da propriedade intelectual que compreende essas peculiaridades econômicas e tenta desvencilhar-se delas. O exemplo disso é o acordo de distribuição dos produtores de música locais, em Belém do Pará, com os “piratas”: estes podem distribuir diretamente os trabalhos daqueles, sem outros intermediários e a preços que permitem o acesso de uma gama imensamente maior de consumidores aos produtos.

Com isso, um sistema alternativo de tratamento da propriedade intelectual, em que o monopólio fosse eliminado, permitindo-se a livre reprodução e distribuição de obras intelectuais, em contrapartida a um sistema de remuneração público, tem, sim, condições de trazer imensos benefícios, inclusive para uma sociedade vitimada pela exclusão digital. Esse sistema eliminaria a “pirataria”, fazendo com que aqueles que hoje são “piratas” passassem a funcionar como agentes de distribuição de obras intelectuais, inclusive cobrando por isso (especificamente, cobrando pelos serviços de distribuição, mas não pelos direitos autorais). Desse modo, esses novos distribuidores poderiam servir de intermediários, obtendo obras por meio digital, reproduzindo-as e copiando-as livremente, podendo, em seguida, distribuí-las pelos meios que julgassem convenientes. O valor cobrado seria aquele correspondente à distribuição, e não à obra intelectual distribuída. Com isso, o acesso à cultura seria ampliado significativamente.

E não é só: iniciativas como a implantação de centros de acesso à internet nas periferias, como os Telecentros²²⁰ na cidade de São Paulo, serviriam como

²²⁰ A esse respeito, consultar a interessante entrevista concedida por Sérgio Amadeu, que concebeu o projeto dos Telecentros, utilizando-se exclusivamente, aliás, de software livre. Disponível em: <www.eesc.usp.br/nomads/sergio.htm>.

centros de distribuição e acesso ilimitado à cultura. Além disso, conforme o trabalho de Susanna Leisten,²²¹ exposto na conferência “Alternative compensation system”, patrocinada pela Universidade de Harvard,²²² bibliotecas públicas e demais centros de acesso poderiam ser equipados como centros de difusão, permitindo que um baixo custo de investimento levasse um grande número de pessoas a ter acesso a bens culturais que, de outra forma, lhes seriam inacessíveis.

Em síntese, um sistema alternativo quanto à propriedade intelectual seria benéfico a um país que sofre com a exclusão digital, já que possibilitaria o acesso muito mais amplo à cultura daquele país, seja direta ou indiretamente, ao mesmo tempo em que cuidaria da remuneração justa dos autores e demais detentores da propriedade intelectual.

O esforço para a democratização da mídia no século XXI vai se dar não com relação ao acesso à infra-estrutura das telecomunicações, mas sim no plano dos conteúdos que circulam sobre esses canais. Nas décadas de 1970 e de 1980, fazia sentido o foco dos esforços de democratização concentrarem-se na batalha (malsucedida) pela democratização de acesso aos canais de televisão e rádio. Era o apogeu da mídia de *broadcast*, da comunicação “de um para muitos”.

O acesso à infra-estrutura continua importante. Entretanto, não é mais o fator crucial. Com a convergência tecnológica, o foco muda. A batalha desloca-se do plano físico para o plano simbólico. Do plano do acesso aos meios físicos, para o plano do conteúdo. Com a indústria de conteúdo ganhando crescente poder, a ponto de controlar os produtos e serviços que podem ser oferecidos pelas novas mídias, cria-se nada menos que uma reserva de mercado dentro de quaisquer novas mídias digitais, a ser ocupada pela mesma indústria que viu seu apogeu no século XX. Em síntese, cria-se um mecanismo jurídico para se evitar a transformação da estrutura do mercado de conteúdo.

Essa discussão sobre o acesso ao conteúdo importa muito ao Brasil, mesmo que nosso país seja atingido de modo tão profundo pela exclusão digital. O

²²¹ Leisten, s.d.

²²² Cf. Rangel, Vivian. Imposto para download de música. *Jornal do Brasil*, 22 dez. 2002. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/papel/cadernos/internet/2003/12/21/jorinf20031221005.html>>.

acesso a computadores é pequeno, mas o acesso a outros aparelhos como celulares e televisão é amplo. Só aqueles já são 60 milhões. A convergência tecnológica torna esses aparelhos os próximos meios de acesso à informação e ao conteúdo. Por isso é preciso descartar rapidamente o pensamento da sequência de etapas, em que primeiro é preciso dar computadores para a população e somente depois preocupar-se com a democratização do conteúdo. O conteúdo precisa ser descentralizado, aberto e acessível desde já, para que possa ser acessado seja pelo computador, seja pelo celular ou pela TV digital.

CONCLUSÃO

Não cumpre, neste momento, resumir o que já foi abordado ao longo de todo o livro. Cumpre apenas reforçar algumas das conclusões que podem ser extraídas a partir de cada capítulo específico e que, em conjunto, compõem seu argumento.

Nos capítulos, foram mapeadas diversas situações em que tecnologia e direito se entrelaçam, cada uma delas apresentando peculiaridades distintas. No primeiro capítulo, que trata da responsabilização dos provedores e sua conseqüente transformação em agentes fundamentais na defesa da propriedade intelectual, foi identificado o efeito perverso de uma regulamentação sem atenção a valores sociais amplos. Graças a ela, o direito repercute na tecnologia, fazendo com que os canais de comunicação se tornem obstruídos e a decisão sobre que conteúdo pode ou não trafegar pela rede passe a ser tomada primordialmente por agentes privados. Com isso, perdem a cultura, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O segundo capítulo abordou como a manutenção da estrutura tradicional do direito autoral traz efeitos econômicos preocupantes quando aplicada à proteção do software. A mesma proteção conferida a obras literárias, filmes e música é também conferida ao software, ainda que este tenha características funcionais distintas daquelas obras. Com isso, o monopólio atribuído ao “autor” do software, além de permitir que ele controle com exclusividade sua distribuição, modificação e cópia, permite também suprimir o seu “código-fonte”. Esta supressão faz com que os usuários tenham acesso funcional ao software, mas jamais acesso cognitivo. Assim, utiliza-se o bem intelectual através de suas funcionalidades, mas fica-se impossibilitado de compreender ou estudar como elas operam e se constituem. Além disso, a supressão do código-

fonte, conjugada com as demais prerrogativas do direito autoral tradicional, permite a criação e continuidade de monopólios como aquele detido pela empresa Microsoft, com suas repercussões econômicas, para o desenvolvimento e cognitivas. Tal monopólio é tão severo que o próprio Judiciário, mesmo com seu escopo de atuação incrementado pelo advento da chamada “litigância de direito público”,²²³ não consegue lidar com ele. Isto porque não tem o Judiciário condições de enfrentar a raiz da questão, que seria a própria transformação da idéia de direito autoral aplicável ao software. No máximo, o Judiciário consegue lidar com a administração das conseqüências do monopólio, de modo a remediá-las. Não consegue, entretanto, alcançar as suas causas.

Em resposta a isso, surgem movimentos para a implementação de um novo modelo de desenvolvimento de software, que inova a idéia de direito autoral tradicional. Por esse outro modelo, o autor, valendo-se de suas prerrogativas, simplesmente autoriza que sua obra possa ser estudada (o código-fonte é sempre disponível), distribuída e copiada. Além disso, o autor estabelece a condição de que, para ter acesso à sua obra e modificá-la, qualquer versão posterior do seu trabalho deve ser também mantida em regime “livre”, perpetuando assim o sistema. Essa reação iniciada com o software demonstra, de modo claro, que o avanço tecnológico leva a uma modificação profunda na propriedade intelectual, ainda que esta modificação não tenha origem em uma

²²³ Em 1976, o prof. Abram Chayes, da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, descreveu os novos papéis do Judiciário em uma sociedade cujo nível de complexidade é crescente. Ele denominou este novo modelo “litigância de direito público” (*public law litigation*). Nas suas palavras, neste novo papel para o Judiciário, “a relação adversária é a todo momento diluída e miscigenada com processos de negociação e mediação. O juiz é a figura dominante na organização e orientação do caso, e ele extrai sustentação não apenas das partes e seus advogados, mas de uma ampla variedade de agentes externos – peritos, consultores e revisores. Mais importante ainda, o juiz de primeira instância torna-se o criador e administrador de formas complexas de remédio judicial que se alongam no tempo, produzem amplos efeitos também para pessoas que não são partes do litígio perante o tribunal e requerem, do juiz, contínuo envolvimento em sua administração e implementação. Problemas de segregação racial em escolas, discriminação no emprego, direitos carcerários são exemplos de casos que vêm imediatamente à mente como paradigmas desse novo tipo de litígio. Mas seria um erro supor que ela se restringe a essas áreas. Direito da concorrência, direito do mercado de capitais e outros aspectos do direito societário, falências e concordatas, direito sindical, fraude contra o consumidor, moradia, direito eleitoral, direito do meio ambiente – casos em todas estas áreas demonstram, em vários graus, as características desta chamada litigância de direito público”.

mudança legal. Exemplo disso é que um novo modelo de produção surge, tendo o software livre como inspiração. Esse modelo expande o conceito além do software, chegando também a outras obras intelectuais, como música e filme, valendo-se de regimes de licenciamento público como o Creative Commons.

O avanço tecnológico também aprofunda a crise do direito que vem sendo apontada há anos pela sociologia jurídica. Essa crise exemplifica-se, por exemplo, no surgimento de uma ordem normativa paralela dentro do próprio Estado, que não se fundamenta nas estruturas do estado de direito definidas constitucionalmente. Além disso, são ordens normativas “globalizadas”, que vivem o dilema constante de atender à legitimação não só perante o ordenamento jurídico interno, mas também manter sua compatibilidade com direcionamentos estabelecidos globalmente e em outras jurisdições.

O exemplo disso é a regulamentação dos nomes de domínio no Brasil, a partir de uma estrutura normativa formalmente deficiente, que cria um modelo de governança inédito, incompatível com princípios basilares como a estrita legalidade ou o federalismo. Ainda assim, tal modelo perpetua-se no tempo, e o Judiciário, na maioria das vezes, sequer toma conhecimento de seus vícios, ou se defronta com uma persistente incapacidade de alterá-lo, temendo modificar as relações que há anos vêm sendo constituídas sob esse modelo.

Ainda nessa mesma linha de ordens normativas que não passam pelo escrutínio democrático, aponta-se o surgimento de regulamentações privadas, como as iniciativas para o controle do problema do spam. A grande dificuldade enfrentada por essas iniciativas é que aqueles que as propõem não possuem responsabilidade pública sobre os efeitos daquele texto normativo. Além disso, corre-se o risco permanente de supressão de direitos legítimos, por exemplo, concretizada por sanções “morais” pelo exercício, diga-se, de direitos legítimos de liberdade de expressão, mas que eventualmente violam as normas privadas adotadas.

Por fim, na ausência de regulamentação legal, a atuação dos advogados é influenciada por modelos forjados fora do país. Estes atuam como agentes na retirada de conteúdo e empobrecimento das redes de informação, muitas vezes sem qualquer amparo legal. Em vista da indefinição da lei, intermediários como provedores de acesso e outros detentores da camada física da internet reagem simplesmente cumprindo as demandas recebidas, evitando assim a possibilidade de responsabilização e poupando custos com a verificação da pertinência das demandas recebidas.

Também por causa da ausência de definição legal democrática que componha, pela lei, o equilíbrio de interesses da sociedade brasileira, modelos forjados em outros países projetam sua sombra sobre nosso ordenamento jurídico. Dois deles, um de origem pública e outro de origem privada, são especialmente relevantes. O primeiro é a mudança ocorrida na Europa quanto à proteção dos bancos de dados, em que a proteção do direito autoral foi estendida a ponto de passar a abranger mesmo “fatos” não cobertos pelo requisito da criatividade humana, sendo chamada por isso de proteção *sui generis*. As conseqüências de tal extensão são graves para a manutenção de uma sociedade em que uma universalidade mínima de informações esteja disponível para acesso público. Mais grave ainda é que modelos como esse muitas vezes são postos em negociação em mesas da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, ou como barganha nos processos de integração econômica globais.

O segundo modelo é a utilização cada vez mais constante dos “contratos por clique”, como forma de regulamentação do meio digital. Por serem redigidos unilateralmente, de acordo com interesses específicos, tais contratos acabam por suprimir direitos públicos fundamentais, sejam eles tangentes à propriedade intelectual, à proteção do consumidor e outros. Sua volatilidade torna-os ainda mais graves que os contratos de adesão e, sobretudo, eles também atuam no sentido de transformar a informação em mercadoria, com os prejuízos inerentes para os demais interesses sociais.

Quando o direito brasileiro finalmente reage ao avanço tecnológico, como fez com a modificação do art. 184 do Código Penal, isso se faz de maneira a atender o clamor cada vez mais constante, e pouco ponderado, dos detentores da propriedade intelectual por leis mais severas, que restaurem o *status quo ante*, no qual a tecnologia digital não era uma ameaça a modelos de negócios. Ocorre que, mesmo que essas modificações tentem atender também aos demais interesses da sociedade, como por meio da introdução de exceções de uso legítimo quanto a cópias feitas para uso privado, tal definição não é clara, atribuindo ao Judiciário uma vez mais o ônus de ter de decidir a questão no caso concreto. E, ainda mais grave, o art. 184, dependendo de como for interpretado, criminaliza as atividades de centenas de milhares de usuários da internet no Brasil, entregando um poder discricionário imenso às autoridades responsáveis pela administração criminal no país. Em síntese, muitos tornam-se do dia para a noite “criminosos”, cabendo a essas autoridades administrativas decidir, então, quem merece ou não sofrer a pena. Entre as distorções de-

correntes desse regime, basta mencionar a presença de matizes políticos para tanto, o surgimento de “bodes expiatórios”, bem como a distorção de finalidade do ideal do direito penal enquanto *ultima ratio*.

Por fim, o último capítulo ilustra como o desapego às instituições tradicionais da propriedade pode levar à criação de modelos que tragam benefícios sociais jamais imaginados. Basta vislumbrar qualquer questão jurídica relacionada à regulamentação das novas tecnologias para se verificar que o apego à tradição, ainda que não faça sentido econômico ou social, obscurece caminhos que podem ser bem mais benéficos para a sociedade como um todo. O capítulo exemplifica um pouco da economia da propriedade intelectual e permite fazer ver que o mecanismo adotado historicamente para incentivar as criações intelectuais, pelo qual aos autores se atribui o monopólio sobre suas obras, pode ser modificado sem prejuízo destes. Por exemplo, a possibilidade de um sistema em que se valoriza a remuneração *a posteriori*, como prêmio para aqueles que se engajam em atividades criativas. O resultado é uma sociedade em que a informação e a cultura são amplamente disponíveis, enquanto o sistema permite o incentivo constante para novas criações. Os elementos que permitiriam uma tal sociedade, por mais utópica que possa parecer, merecem ser seriamente considerados. Basta vislumbrar as fissuras trazidas pela pirataria, um verdadeiro sistema de diferenciação de preços praticado sem a autorização dos autores, ou os usos criativos da propriedade intelectual que despontam no Brasil, nos quais o autor e o “pirata” passam a integrar o mesmo sistema, baixando preços e permitindo um acesso incomparavelmente maior à criação intelectual.

Por tudo isso, o objetivo que sintetiza o argumento aqui desenvolvido é demonstrar que, sem a formação de um pensamento jurídico que leve em consideração todas as peculiaridades propostas pelo avanço tecnológico em vista do interesse social amplo, as decisões sobre os caminhos que nossa sociedade irá seguir serão tomadas cada vez mais por interesses que não são os nossos. E serão esses mesmos interesses alheios que se beneficiarão, em detrimento de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRE, Philip E. *Computation and human experience*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

_____; ROTENBERG, Marc (Ed.). *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: MIT Press, 1997.

AKDENIZ, Yaman. To link or not to link: problems with World Wide Web links on the internet. *International Review of Law, Computers and Technology*, v. 11, n. 2, 1997.

ALLISON, John R.; LEMLEY, Mark A. Taking stock: the law and economics of intellectual property rights: who's patenting what? An empirical exploration of patent prosecution. *Vand. L. Rev.*, v. 53, n. 2.099, 2000.

AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION. Intellectual Freedom Committee. *Access to electronic information, services, and networks: an interpretation of the Library Bill of Rights*. Draft statement. Mar. 3, 1995.

ANDERSON, Chris. Memo to the new head of the MPAA. *Wired Magazine*, Jan. 2004.

ANDREWS, Anna S. *When is a threat truly a threat lacking First Amendment protection? A proposed "true threats" test to safeguard free speech rights in the age of the internet*. Ucla Online Institute for Cyberspace Law and Policy, Spring 1999.

ANONYMITY: should the LCS anonymous remailer be shut down? MIT Lab for Computer Science, Apr. 1999. Panel discussion.

AOKI, Keith. (Intellectual) property and sovereignty: notes toward a cultural geography of authorship. *Stan. L. Rev.*, v. 48, n. 1.293, 1996a.

_____. Interrogating the entrepreneur: innovation and the information environment. *Oregon Law Review*, v. 75, n. 1, 1996b.

ARONOWITZ, S.; MARTINSONS, B.; MENSER, M. (Eds.). *Technoscience and cyberculture: a cultural study*. Routledge, 1996.

ASSEY JR., James M.; ELEFTHERIOU, Demetrios A. The EU-U.S. privacy safe harbor: smooth sailing or troubled waters? *CommLaw Conspectus*, v. 9, n. 145, 2001.

ATKINS, Bruce T. Trading secrets in the information age: can trade secret law survive the internet? *1996 U. Ill. L. Rev.*, n. 1.151, 1996.

BAIRD, Douglas. Changing technology and unchanging doctrine. *1984 Supreme Court Review*, v. 237, 1984.

BALADI, Joe. Building castles made of glass: security on the internet. *U. Ark. Little Rock L. J.*, v. 21, n. 251, 1999.

BARLOW, John Perry. The economy of ideas: a framework for rethinking patents and copyrights in the digital age. *Wired 2.03*, Mar. 1994.

_____. *A declaration of the independence of cyberspace*. Davos, Switzerland: Feb. 8, 1996.

BARTOW, Ann. Educational fair use in copyright: reclaiming the right to photocopy freely. *U. Pitt. L. Rev.*, v. 60, n. 149, 1998.

_____. Separating marketing innovation from actual invention: a proposal for a new, improved, lighter, and better-tasting form of patent protection. *J. Small & Emerging Bus. L.*, v. 4, n. 1, 2000.

BAUCHNER, Joshua S. State sovereignty and the globalizing effects of the internet: a case study of the privacy debate. *Brooklyn J. Int'l L.*, v. 26, n. 689, 2000.

BAUGHMAN, Matthew. Recent legislation: regulating the internet. *Harv. J. on Legis.*, v. 36, n. 230, 1999.

BELL, Tom W. Fared use v. fair use: the impact of automated rights management on copyright's fair use doctrine. *North Carolina L. Rev.*, v. 76, n. 557, 1998.

BENKLER, Yochai. *Rules of the road for the information superhighway: electronic communications and the law*. West, 1996.

_____. Free as the air to common use: First Amendment constraints on enclosure of the public domain. *N. Y. U. L. Rev.*, v. 74, n. 354, 1999.

_____. Constitutional bounds of database protection: the role of judicial review in the creation and definition of private rights in information. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 15, n. 535, 2000a.

_____. Net regulation: taking stock and looking forward. *U. Colo. L. Rev.*, v. 71, n. 1.203, 2000b.

_____. Taking stock: the law and economics of intellectual property rights: an unhurried view of private ordering in information transactions. *Vand. L. Rev.*, v. 53, n. 2.063, 2000c.

_____. From consumers to users: shifting the deeper structures of regulation towards sustainable commons and user access. *Federal Communications Law Journal*, v. 52, 2000.

BIEGEL, Stuart. New directions in cyberspace law. *L. A. & S. F. Daily Journals*, 1996/97.

_____. *Beyond our control? Confronting the limits of our legal system in the age of cyberspace*. Cambridge: MIT Press, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra feita por encomenda*. São Paulo: RT, 1977.

BLUM, Renato Ópice. *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*. [S.l.]: Edipro, 2001.

BORGMAN, Christine L. *From Gutenberg to the global information infrastructure: access to information in the networked world*. Cambridge: MIT Press, 2000.

BOYLE, James. A politics of intellectual property: environmentalism for the net. *Duke L. J.*, v. 47, n. 87, 1997a.

_____. Foucault in cyberspace: surveillance, sovereignty, and hardwired sensors. *U. Cinn. L. Rev.*, v. 177, 1997b.

_____. Cruel, mean, or lavish? Economic analysis, price discrimination and digital intellectual property. *Vand. L. Rev.*, v. 53, n. 2.007, 2000a.

_____. Governance of the internet: a nondelegation doctrine for the digital age? *Duke L. J.*, v. 50, n. 5, 2000b.

_____. The constitution under Clinton: a critical assessment: the First Amendment and cyberspace: the Clinton years. *Law & Contemp. Prob.*, v. 63, n. 337, 2000c.

BRIN, David. *The transparent society: will technology force us to choose between privacy and freedom?* Perseus, 1998.

BROOK, James; BOAL, Ian. *Resisting the virtual life: the culture and politics of information.* City Lights Books, 1996.

BUDNITZ, Mark E. Privacy protection for consumer transactions in electronic commerce: why self-regulation is inadequate. *S. C. L. Rev.*, v. 49, n. 847, 1998.

BURK, Dan L. Proprietary rights in hypertext linkages. *J. Info. L. & Tech.*, n. 2, 1998.

_____. Patenting speech. *Tex. L. Rev.*, v. 79, n. 99, 2000a.

_____. The trouble with trespass. *J. Small & Emerging Bus. L.*, v. 4, n. 27, 2000b.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais.* Sagra Luzzatto, 1998. p. 242.

CALANDRILLO, Steve. An economic analysis of property rights and information: justifications and problems of exclusive rights, incentives to generate information, and the alternative of a Government-run reward system. *Fordham Intellectual Property, Media, and Entertainment Law Journal*, n. 301, 1998.

CALKINS, Mary M. They shoot Trojan horses, don't they? An economic analysis of anti-hacking regulatory models. *Geo. L. J.*, v. 89, n. 171, 2000.

CAMPOLO, Joseph N. Childporn.GIF: establishing liability for online service providers. *Fordham I. P., Media & Ent. L. J.*, v. 6, n. 721, 1996.

CARMICHAEL, John. In support of the white paper: why online service providers should not receive immunity from traditional notions of vicarious and contributory liability for copyright infringement. *Loy. L. A. Ent. L. J.*, v. 16, n. 759, 1996.

CARSON, John M. et al. Claim jumping on the newest frontier: trademarks, cybersquatting, and the judicial interpretation of bad faith. *Ucla Ent. L. Rev.*, v. 8, n. 27, 2000.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Direito de informação e liberdade de expressão.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *The internet galaxy: reflections on the internet, business, and society*. [Oxford]: Oxford Press, 2001.

CAVAZOS, Edward A.; MORIN, Gavino. *Cyberspace and the law: your rights and duties in the online world*. Cambridge: MIT Press, 1994.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, May 1976.

CHIN, Andrew. Making the World Wide Web safe for democracy: a medium specific First Amendment analysis. *Hastings Comm. & Ent. L. J.*, v. 19, n. 309, 1997.

CHON, Margaret. New wine bursting from old bottles: collaborative internet art, joint works, and entrepreneurship. *Oregon L. Rev.*, v. 75, n. 257, 1996.

CHRISTENSEN, Kory D. Fighting software piracy in cyberspace: legal and technological solutions. *Law and Pub. Policy in Int. Bus.*, v. 28, n. 435, 1997.

COASE, Ronald. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

COHEN, Julie E. A right to read anonymously: a closer look at copyright management in cyberspace. *Conn. L. Rev.*, v. 28, n. 981, 1996.

_____. Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 12, n. 161, 1997.

_____. Lochner in cyberspace: the new economic orthodoxy of "rights management". *Mich. L. Rev.*, v. 97, n. 462, 1998.

_____. Cyberspace and privacy: a new legal paradigm? Examined lives: informational privacy and the subject as object. *Stan. L. Rev.*, v. 52, n. 1.373, 2000a.

_____. Taking stock: the law and economics of intellectual property rights: copyright and the perfect curve. *Vand. L. Rev.*, v. 53, n. 1.799, 2000b.

COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS & THE EMERGING INFORMATION INFRASTRUCTURE. *The digital dilemma: intellectual property in the information age*. National Research Council, National Academy Press, 2000.

CONTRERAS, Jorge L. Book review of: STERLING, Bruce. *The hacker crackdown: law and disorder on the electronic frontier*. *Harv. J. Law and Tec.*, v. 6, n. 421, 1993.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.

DANIEL, Philip T. K.; PAUKEN, Patrick D. The impact of the electronic media on instructor creativity and institutional ownership within copyright law. *Ed. Law Rep.*, v. 132, n. 1, 1999.

DERTOUZOS, Michael L. *What will be: how the new world of information will change our lives*. Harper, 1997.

DIAMOND, Edwin; BATES, Stephen. Law and order comes to cyberspace. *MIT Technology Review*, Oct. 1995.

DREYFUSS, Rochelle C. UCITA in the international marketplace: are we about to export bad innovation policy? *Brook. J. Int'l L.*, v. 26, n. 49, 2000.

DUEKER, Kenneth S. Trademark law lost in cyberspace: trademark protection for internet addresses. *Harv. J. Law & Tec.*, v. 9, n. 483, 1996.

DUNHOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic analysis of international law. *Yale J. Int'l L.*, v. 24, n. 1, 1999.

DYSON, Esther. *Release 2.0: a design for living in the digital age*. Broadway, 1997.

ECKERSLEY, Peter. *Virtual markets for virtual goods: an alternative conception of digital copyright*. Australia: Intellectual Property Research Institute of Australia, 2003. (Working Paper, n. 02/03).

EDGAR, Stacey L. *Morality and machines: perspectives on computer ethics*. Jones and Bartlett, 1997.

ELKIN-KOREN, Niva. Copyright law and social dialogue on the information superhighway: the case against copyright liability of bulletin board operators. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 13, n. 345, 1995.

_____. Cyberlaw and social change: a democratic approach to copyright law in cyberspace. *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, v. 14, n. 215, 1996.

_____. Copyright policy and the limits of freedom of contract. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 12, 1997.

_____. Copyrights in cyberspace – rights without laws? *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 73, n. 1.155, 1998.

EPSTEIN, Julian. A lite touch on broadband: achieving the optimal regulatory efficiency in the internet broadband market. *Harv. J. Legis.*, v. 38, n. 37, 2001.

EPSTEIN, Richard A. Cyberspace and privacy: a new legal paradigm? Privacy, publication, and the First Amendment: the dangers of First Amendment exceptionalism. *Stan. L. Rev.*, v. 52, n. 1.003, 2000.

EZER, Deborah J. Celebrity names as web site addresses: extending the domain of publicity rights to the internet. *U. Chi. L. Rev.*, v. 67, n. 1.291, 2000.

FALCÃO, Joaquim. Globalização e Poder Judiciário; a internalização das normas de nomes de domínio. In: SILVA JR., Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (Org.). *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais/FGV, 2003a.

_____. Quem vai mandar na internet? *Folha de S. Paulo*, 23 maio 2003b.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *O direito na economia globalizada*. [São Paulo]: Malheiros, 2000.

_____ et al. *A sociologia jurídica no Brasil*. Sérgio Antônio Fabris Editores, 1991.

FERNANDEZ, Cristina. The right of publicity on the internet. *Marq. Sports L. J.*, v. 8, n. 289, 1998.

FISHER, William W. Property and contract on the internet. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 73, n. 1.203, 1998.

_____. *Promises to keep: technology, law, and the future of entertainment*. Stanford: Stanford University Press, 2004.

FRASER, Stephen. The copyright battle: emerging international rules and roadblocks on the global information infrastructure. *John Marshall Journal of Computer and Information Law*, v. 15, n. 759, 1997.

FROMHOLZ, Julia M. The European Union data privacy directive. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 15, n. 461, 2000.

FROOMKIN, A. Michael. The metaphor is the key: cryptography, the clipper chip, and the Constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, n. 709, 1995.

_____. It came from planet clipper: the battle over cryptographic key “escrow”. *University of Chicago Legal Forum*, v. 15, 1996a.

_____. Regulation and computing and information technology: flood control on the information ocean: living with anonymity, digital cash, and distributed databases. *U. Pittsburgh J. Law & Com.*, v. 15, n. 395, 1996b.

_____. The internet as a source of regulatory arbitrage. In: KAHIN, Brian; NESSON, Charles (Ed.). *Borders in cyberspace*. Cambridge: MIT Press, 1996c.

_____. The death of privacy? *Stan. L. Rev.*, v. 52, n. 1.461, 2000a.

_____. Wrong turn in cyberspace: using Icannt to route around the APA and the Constitution. *Duke L. J.*, v. 50, n. 17, 2000b.

FUJITA, Anne K. The great internet panic: how digitization is deforming copyright law. *J. Tech. L. and Pol’y*, v. 2, n. 1, 1996.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet*. São Paulo: Record, 2001.

GASAWAY, Laura N. Impasse: distance learning and copyright. *Ohio St. L. J.*, v. 62, n. 783, 2001.

GASKIN, James E. *Corporate politics and the internet*. Prentice Hall, 1997.

GEISSLER, R. Jonas. Whether “anti-spam” laws violate the First Amendment. *Journal of Online Law*, 2001.

GEIST, Michael A. Where can you go today? The computerization of legal education from workbooks to the web. *Harv. J. L. & Tech.*, v. 11, n. 141, 1997.

GIBBONS, Llewellyn Joseph. No regulation, government regulation, or self-regulation: social enforcement or social contracting for governance in cyberspace. *Cornell J. L. & Pub. Pol’y*, v. 6, n. 475, 1997.

GIMBEL, Mark. Some thoughts on the implications of trusted systems for intellectual property law. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998.

GOLDFOOT, Josh A. Antitrust implications of internet administration. *Va. L. Rev.*, v. 84, n. 909, 1998.

GRASSMUCK, Voker et al. *Models for alternative compensation entertainment content: a critical review*. Harvard: Harvard Law School, [s.d.]. Workshop on Alternative Compensation Systems, Berkman Center for Internet & Society.

HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. *Science Magazine*, n. 162, 1968.

HARDY, I. Trotter. The proper legal regime for “cyberspace”. *U. Pitt. L. Rev.*, v. 55, n. 993, 1994.

_____. Property (and copyright) in cyberspace. *U. Chi. Legal F.*, v. 261, 1996.

_____. Copyright and “new use” technologies. *Nova L. Rev.*, v. 23, n. 659, 1999.

HAYEK, Friedrich A. The intellectuals and Socialism. *Rediscovered Riches*, Institute of Economic Affairs, n. 4, 1998.

KAMINSKI, Omar. A experiência com o Judiciário brasileiro. In: SILVA JR., Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo (Org.). *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais/FGV, 2003.

KATSH, M. Ethan. Cybertime, cyberspace, and cyberlaw. *Journal of Online Law*, 1995a.

_____. *Law in a digital world*. Oxford: Oxford University Press, 1995b.

_____. Software worlds and the First Amendment: virtual doorkeepers in cyberspace. *U. Chi. Legal F.*, v. 335, 1996.

_____; RIFKIN, Janet. *Online dispute resolution: resolving conflicts in cyberspace*. Jossey-Bass, 2001.

_____ et al. E-commerce, E-disputes, and E-dispute resolution: in the shadow of “E-bay Law”. *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, v. 15, n. 705, 2000.

KIESLER, Sara (Ed.). *Culture of the internet*. Erlbaum, 1996.

KING, Stacey H. The “law that it deems applicable”: Ican, dispute resolution, and the problem of cybersquatting. *Hastings Comm. & Ent. L. J.*, v. 22, n. 453, 2000.

KIRITSOV, Simona. Can millions of internet users be breaking the law everyday? An intellectual property analysis of linking and framing and the need for licensing. *Stan. Tech. L. Rev.*, v. 1, 2000.

KLEIN, Joel; BANSAL, Preeta. International antitrust enforcement in the computer industry. *Vill. L. Rev.*, v. 41, n. 173, 1996.

LEAFFER, Marshall. Domain names, globalization, and internet governance. *Ind. J. of Global Legal Stud.*, v. 6, n. 139, 1998.

LEISTEN, Susanna. *DRM implications and alternatives for IP in the digital age*. Brisbane: Information Security Research Center, Queensland University of Technology, s.d.

LEMLEY, Mark A. Rights of attribution and integrity in online communications. *Journal of Online Law*, 1995a.

_____. Shrinkwraps in cyberspace. *Jurimetrics J.*, v. 35, n. 311, 1995b.

_____. Antitrust and the internet standardization problem. *Connecticut Law Review*, v. 28, n. 1.041, 1996.

_____. Dealing with overlapping copyrights. *Dayton Law Review*, v. 22, n. 547, 1997.

_____. The law and economics of internet norms. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 73, n. 1.257, 1998.

_____. Beyond preemption: the law and policy of intellectual property licensing. *Calif L. Rev.*, v. 87, n. 111, 1999.

_____. Cyberspace and privacy: a new legal paradigm? Private property. *Stan. L. Rev.*, v. 52, n. 1.545, 2000a.

_____. Reconceiving patents in the age of venture capital. *J. Small & Emerging Bus. L.*, v. 4, n. 137, 2000b.

_____. The constitutionalization of technology law. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 15, n. 529, 2000c.

_____; LESSIG, Lawrence. The end of end-to-end: preserving the architecture of the internet in the broadband era. *Ucla L. Rev.*, v. 48, n. 925, 2001.

_____; O'BRIEN, David W. Encouraging software reuse. *Stan. L. Rev.*, v. 49, n. 255, 1997.

_____; VOLOKH, Eugene. Freedom of speech and injunctions in intellectual property cases. *Duke Law Journal*, v. 48, n. 147, 1998.

- LESSIG, Lawrence. The path of cyberlaw. *Yale L. J.*, v. 104, n. 1.743, 1995.
- _____. Intellectual property and code. *St. John's J. L. Comm.*, v. 11, n. 635, 1996a.
- _____. The zones of cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 1.403, 1996b.
- _____. *Code and other laws of cyberspace*. [S.l.]: Basic, 1999a.
- _____. The law of the horse: what cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 501, 1999b.
- _____. Cyberspace and privacy: a new legal paradigm? *Stan. L. Rev.*, v. 52, n. 987, 2000.
- _____. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. [S.l.]: Random House, 2001.
- _____. *Free culture*. Penguin, 2004.
- _____; RESNICK, Paul. Zoning speech on the internet: a legal & technical model. *Mich. L. Rev.*, v. 98, n. 395, 1999.
- LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Ed. 34, 1998.
- LOADER, Brian D. (Ed.). *The governance of cyberspace: politics, technology and global restructuring*. Routledge, 1997.
- LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000.
- LYMAN, Peter. The article 2B debate and the sociology of the information age. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 13, n. 1.063, 1998.
- MACEDO, Manuel Lopes Rocha; MACEDO, Mário. *Direito no ciberespaço*. Lisboa: Cosmos, 1996.
- McKNIGHT, Lee W.; BAILEY, Joseph P. (Ed.). *Internet economics: what happens when constituencies collide*. Cambridge: MIT Press, 1997.
- MELON, Wendy. Contributory liability for access providers: solving the conundrum digitalization has placed on copyright laws. *Fed. Com. L. J.*, v. 49, n. 491, 1997.

MOSSOFF, Adam. *Spam, oy it's such a nuisance*. Detroit: Michigan State University, 2003.

NACHBAR, Thomas B. Paradox and structure: relying on government regulation to preserve the internet's unregulated character. *Minn. L. Rev.*, v. 85, n. 215, 2000.

NASH, David B. Orderly expansion of the international top-level domains: concurrent trademark users need a way out of the internet trademark quagmire. *John Marshall J. of Computer and Inf. Law*, v. 15, n. 521, 1997.

NEGROPONTE, Nicholas P. *Being digital*. Knopf, 1995.

NESSON, Charles; MARGLIN, David. The day the internet met the First Amendment: time and the Communications Decency Act. *Harv. J. Law & Tec.*, v. 10, n. 383, 1996.

NETANEL, Neil W. The next round of the Wipo Copyright Treaty on trips dispute settlement. *Va. J. Int'l L.*, v. 37, n. 441, 1997.

_____. Cyberspace self-governance: a skeptical view from liberal democratic theory. *Cal. L. Rev.*, v. 88, n. 395, 2000a.

_____. Cyberspace 2.0. *Tex. L. Rev.*, v. 79, n. 447, 2000b.

_____. Taking stock: the law and economics of intellectual property rights: market hierarchy and copyright in our system of free expression. *Vand. L. Rev.*, v. 53, n. 1.879, 2000c.

_____. Impose a noncommercial use levy to allow free peer to peer file sharing. *Harvard Journal of Law & Technology*, n. 17, Dec. 2003.

NIMMER, David. A riff on fair use in the Digital Millennium Copyright Act. *U. Penn. L. Rev.*, v. 148, n. 673, 2000.

NIMMER, Raymond T. Breaking barriers: the relation between contract and intellectual property law. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 13, n. 827, 1998.

_____. Ucita: a commercial contract code. *Computer Lawyer*, v. 17, n. 5, 2000.

O'HARE, Michael. *Who should pay, how, for music (and other information goods)?* [S.l.]: Goldman School for Public Policy, [s.d.].

O'ROURKE, Maureen A. Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual world. *Minn. L. Rev.*, v. 82, n. 609, 1998.

_____. Evaluating mistakes in intellectual property law: configuring the system to account for imperfection. *J. Small & Emerging Bus. L.*, v. 4, n. 167, 2000a.

_____. Shaping competition on the internet: who owns product and pricing information? *Vand. L. Rev.*, v. 53, n. 1.965, 2000b.

_____. Toward a doctrine of fair use in patent law. *Colum. L. Rev.*, v. 100, n. 1.177, 2000c.

PERRITT, Henry H. Sources of rights to access public information. *Villanova Information Law Chronicle*, 1995.

_____. *Law and the information superhighway: privacy, access, intellectual property, commerce, liability*. Wiley, 1996a.

_____. Property and innovation in the global information infrastructure. *1996 U. Chi. Legal F.*, n. 261, 1996b.

_____. Cyberspace and state sovereignty. *Journal of International Legal Studies*, v. 3, 1997a.

_____. Focus on cyberlaw: information access rights based on International Human Rights Law. *Buffalo L. Rev.*, v. 45, n. 899, 1997b.

_____. Economic and other barriers to electronic commerce. *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, v. 21, n. 563, 2000.

_____. Regulamentação híbrida como solução para problemas de jurisdição na internet: além do Projeto Chicago-Kent/ABA e da minuta da Convenção de Haia. In: SILVA JR., Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POST, David G. Anarchy, state, and the internet: an essay on law-making in cyberspace. *Journal of Online Law*, 1995.

_____. Pooling intellectual capital: thoughts on anonymity, pseudonymity, and limited liability in cyberspace. *1996 U. Chi. Legal F.*, n. 139, 1996.

_____. The “unsettled paradox”: the internet, the state, and the consent of the governed. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 5, 1998.

_____. Internet: of black holes and decentralized law-making in cyberspace. *Vand. J. Ent. L. & Prac.*, v. 2, n. 70, 2000a.

_____. What Larry doesn't get: code, law, and liberty in cyberspace. *Stan. L. Rev.*, v. 52, n. 1.439, 2000b.

POWELL, Mark. The European Union's database directive: an international antidote to the side effects of Feist. *Fordham Int'l L. J.*, v. 20, n. 1.215, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Atlântida, 1966.

REEVES, Harold Smith. Property in cyberspace. *U. Chi. L. Rev.*, v. 63, n. 761, 1996.

REICHMAN, J. H.; SAMUELSON, Pamela. Intellectual property rights in data? *Vand. L. Rev.*, v. 50, n. 51, 1997.

ROSE, Carol. The comedy of the commons: custom, commerce, and inherently public property. *University of Chicago Law Review*, n. 53, 1986.

ROSENZWEIG, Sidney A. Don't put my article online! Extending copyright's new-use doctrine to the electronic publishing media and beyond. *U. Pa. L. Rev.*, v. 143, n. 899, 1995.

ROTENBERG, Marc. Fair information practices and the architecture of privacy (what Larry doesn't get). *Stan. Tech. L. Rev.*, n. 1, 2001.

ROVER, Aires José. *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Fundação Boiteux, 2000.

SAMUELSON, Pamela. The copyright grab. *Wired 4.01*, Jan. 1996.

_____. The U.S. digital agenda at Wipo. *Va. J. Int'l L.*, v. 37, n. 369, 1997.

_____. Implications of the agreement on trade-related aspects of intellectual property rights for cultural dimensions of national copyright laws. *J. Cultural Econ.*, v. 23, n. 95, 1999a.

_____. Intellectual property and the digital economy: why the anti-circumvention regulations need to be revised. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 14, n. 519, 1999b.

_____. Symposium: Intellectual property and contract law for the information age: the impact of article 2B of the Uniform Commercial Code on the future of information and commerce. *Calif. L. Rev.*, v. 87, n. 1, 1999c.

_____. Privacy as intellectual property? *Stan. L. Rev.*, v. 52, n. 1.125, 2000.

SASSEN, Saskia. The internet and the sovereign state: the role and impact of cyberspace on national and global governance. *Ind. J. of Global Legal Stud.*, v. 5, n. 545, 1998.

SCHLACHTER, Eric. The intellectual property renaissance in cyberspace: why copyright law could be unimportant on the internet. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 12, n. 15, 1997.

SHAPIRO, Andrew L. *The control revolution: how the internet is putting individuals in charge and changing the world we know*. Public Affairs, 1999.

SHAVELL, Steve et al. Rewards versus intellectual property rights. *Journal of Law and Economics*, Harvard, n. 44, 2001.

SILVA JR., Ronaldo Lemos da. Perspectivas da regulamentação da internet no Brasil: uma análise social e de direito comparado. In: _____; WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; _____ (Org.). *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais/FGV, 2003.

SLOBOGIN, Christopher. Public privacy: camera surveillance of public places and the right to anonymity. *Mississippi Law Journal*, v. 72, 2002.

SOMMER, Joseph H. Against cyberlaw. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 15, n. 1.145, 2000.

STEFIK, Mark. Shifting the possible: how trusted systems and digital property rights challenge us to rethink digital publishing. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 12, n. 137, 1997.

STUNTZ, William. The uneasy relationship between criminal procedure and Criminal Justice. *Yale Law Journal*, v. 107, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. The First Amendment in cyberspace. *Yale L. J.*, v. 104, n. 1.757, 1995.

_____. *Republic.com*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

TAKAHASHI, Tadao (Org.). *Sociedade da informação no Brasil*: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TORVALDS, Linus; DIAMOND, David. *Just for fun: the story of an accidental revolutionary*. [S.l.]: Harper Business, 2001.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* New York: Verso, 1996.

VIANNA, Hermano. A música paralela. *Folha de S. Paulo*, 12 out. 2003. Caderno Mais!

VOLOKH, Eugene. Cheap speech and what it will do. *Yale L. J.*, v. 104, n. 1.805, 1995.

_____. Freedom of speech in cyberspace from the listener's perspective: private speech restrictions, libel, state action, harassment, and sex. *1996 U. Chi. Legal Forum*, n. 377, 1996a.

_____. Law and computers: computer media for the legal profession. *Mich. L. Rev.*, v. 94, n. 2.058, 1996b.

_____. Freedom of speech, shielding children, and transcending balancing. *1997 Supreme Court Review*, 1997.

_____. Cyberspace and privacy: a new legal paradigm? Freedom of speech and information privacy: the troubling implications of a right to stop people from speaking about you. *Stan. L. Rev.*, v. 52, n. 1.049, 2000a.

_____. Sovereign immunity and intellectual property. *S. Cal. L. Rev.*, v. 73, n. 1.161, 2000b.

WAGNER, R. Polk. Filters and the First Amendment. *Minn. L. Rev.*, v. 83, n. 755, 1999a.

_____. The medium is the mistake: the law of software for the First Amendment. *Stan. L. Rev.*, v. 51, n. 387, 1999b.

WALKER, Luke A. Ican's uniform domain name dispute resolution policy. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 15, n. 289, 2000.

WALTERSCHEID, Edward. To promote the progress of science and useful arts: the background and origin of the intellectual property clause of the United States Constitution. *Journal of Intellectual Property Law*, n. 2, 1994.

WEBER, M. A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais. In: COHN, G. *Max Weber: sociologia*. São Paulo: Ática, 1982.

YEN, Alfred C. A preliminary economic analysis of Napster: internet technology, copyright liability, and the possibility of Coasean bargaining. *Dayton L. Rev.*, v. 26, n. 247, 2001.

ZITTRAIN, Jonathan. The rise and fall of sysopdom. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 10, n. 495, 1997.

_____. Icann: between the public and the private comments before Congress. *Berkeley Tech. L. J.*, v. 14, n. 1.071, 1999a.

_____. The un-Microsoft un-remedy: law can prevent the problem that it can't patch later. *Connecticut Law Review*, 1999b.

_____. What the publisher can teach the patient: intellectual property and privacy in an era of trusted privication. *Stanford L. Rev.*, v. 52, n. 1.201, 2000.