

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**Programa de Pós-graduação em Direito**

**A Regulação Jurídica do Software pelo Direito Autoral:  
elementos históricos e filosóficos para uma análise crítica**

Rodrigo Lobo Canalli

**Brasília**

**2010**

**RODRIGO LOBO CANALLI**

**A Regulação Jurídica do Software pelo Direito Autoral:  
elementos históricos e filosóficos para uma análise crítica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição

Orientador: Professor Doutor Marcus Faro de Castro

**Brasília**

**2010**

Este trabalho é dedicado a todas as pessoas que se preocupam com e se dedicam às causas da liberdade e da humanidade, e que se esforçam, em qualquer medida, para que as promessas da tecnologia tomem a forma da realização dos nossos sonhos, e não de instrumentos de opressão.

*“A razão mais forte de nossas perplexidades e dificuldades reside na teimosia de querermos dar respostas a problemas novos valendo-nos das antigas instituições.”*

Roberto Mangabeira Unger

*“Imagine um mundo no qual a cada pessoa é dado livre acesso à soma do conhecimento humano. É isso que estamos fazendo.”*

Jimmy Wales – Fundador da Wikipedia

*“You may say I’m a dreamer, but I’m not the only one.”*

John Lennon

## Agradecimentos

Início este trabalho cometendo uma injustiça. Este breve espaço dedicado a agradecimentos não fará jus a todos os merecedores de serem aqui mencionados e, portanto, converto minhas primeiras palavras de gratidão em pedidos de desculpas aos injustiçados. São muitas as pessoas que colaboraram, muito ou pouco, consciente ou inconscientemente, para que este trabalho finalmente viesse a existir. E a colaboração veio de diversas maneiras: discussões, debates, recomendações bibliográficas, críticas e questionamentos são apenas algumas de suas formas mais óbvias.

Não só para cometer injustiças, este espaço também me apresenta a oportunidade de corrigir injustiças cometidas na trajetória que culmina com esse trabalho. Como para com o orientador desta dissertação, que teve em mim um orientando por diversas vezes ausente, embora em nenhum momento desinteressado. A ele agradeço não só o trabalho direto de orientação, como a inspiração intelectual e o aprendizado que me proporcionou no curso do Mestrado.

Merecem especial menção, pelo papel significativo que tiveram em alguma parte desta etapa da minha vida acadêmica os queridos professores Cristiano Paixão, Juliano Zaiden Benvindo, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho (*in memoriam*), Miroslav Milovic, Alexandre Araújo Costa e Cláudia Rosane Roesler.

Alexandre Oliva, da Fundação Software Livre América Latina, Pedro Antônio Dourado Rezende, do Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Brasília e Richard Stallman, da *Free Software Foundation*, mostraram-me sobretudo que os juristas muito têm a aprender, sobre o próprio direito, daqueles que, sem jamais ter passado pelos bancos de uma faculdade de direito, se dedicam apaixonadamente à causa da justiça.

Sou profundamente grato à Ministra Rosa Maria Weber e ao amigo Estevão Waterloo pelo enorme apoio que me deram nesse período. Eles estão entre os injustiçados pela minha dificuldade em conciliar a realização de múltiplas demandas.

Pela colaboração e auxílio, direto ou indireto, ou mesmo pelo suporte emocional prestado, agradeço a Dr. André Gustavo, Camila Alexandra, Deborah Calácia, Malu Estruc e Ricardo Machado Lourenço Filho.

Não posso esquecer, ainda, dos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, parceiros de angústias e dúvidas, mas também de crescimento.

Registro, por fim, o carinho da família e dos amigos, por compreenderem e suportarem a temporária ausência de suas vidas que o desenvolvimento desse trabalho me exigiu.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	7
ABSTRACT .....	7
1. INTRODUÇÃO.....	8
1.1. Panorama geral .....	8
1.2. Notas metodológicas.....	10
2. O <i>SOFTWARE</i> E SUA REGULAÇÃO JURÍDICA.....	15
2.1. O que é um programa de computador?.....	15
2.2. A aplicação do direito autoral à regulação jurídica do <i>software</i> .....	33
3. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO AUTORAL: DE AUTORES A PROPRIETÁRIOS	44
3.1. A evolução histórica do <i>copyright</i> .....	48
3.2. O <i>droit d'auteur</i> e a doutrina dos direitos morais do autor .....	63
4. APONTAMENTOS PARA UMA RECONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS .....	68
4.1. As bases da crítica: a perspectiva antifundacionalista .....	68
4.2. O problema da “natureza jurídica” dos direitos autorais ou: propriedade como uma metáfora ruim.....	73
4.3. A mistificação do autor: individualidade, personalidade, originalidade.....	87
4.4. Nas intermitências entre o público e o privado: a proposta da desconstrução e sua relação com o direito e a política .....	96
4.5. Desafios aos direitos autorais na era digital.....	109
5. A REGULAÇÃO JURÍDICA DO <i>SOFTWARE</i> E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DOS USUÁRIOS DE COMPUTADORES.....	117
6. CONCLUSÃO.....	128
BIBLIOGRAFIA .....	133

## **RESUMO**

O presente trabalho propõe uma análise crítica e reflexiva do percurso histórico que levou ao desenvolvimento do regime atual de proteção dos direitos autorais e a sua extensão à proteção dos programas de computador (*softwares*), problematizando a compreensão tradicional dessa categoria de direitos como modalidade de propriedade e os desafios que lhe são apresentados pelas tecnologias da informação e da comunicação na era digital. Questiona-se a adequação do sistema dos direitos autorais à regulação jurídica dos programas de computador, sendo apresentados argumentos filosóficos que apontam para a necessidade da reconstrução dos direitos de propriedade intelectual na era digital.

**Palavras-chave:** Direito autoral. Propriedade Intelectual. Regulação jurídica do *software*.

## **ABSTRACT**

*The present work proposes a critical and reflexive analysis of the historic path that led to the development of the current copyright protection system and its extension to computer programs – or software – questioning the traditional understanding of this class of rights as a kind of property and the challenges that are presented by the information and communication technologies in the digital age. The suitability of the computer programs subjection to regulation by the copyright system is also questioned here, and philosophical arguments pointing to the necessity of reconstruction of the intellectual property rights in the digital age are presented.*

**Keywords:** *Copyright. Intellectual Property. Software Legal Regulation.*

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. Panorama geral

Transformações tecnológicas recentes – especialmente nas últimas três décadas – alteraram drasticamente a forma como nos comunicamos, isto é, como divulgamos e compartilhamos informações, dados, conhecimentos, culturas, conteúdos, saberes e idéias, tanto em volume como em velocidade. Em descompasso com essa realidade – cujo exemplo mais visível é a facilidade hoje existente de se ter acesso virtualmente instantâneo e ilimitado a obras musicais, cinematográficas, literárias e científicas através da Internet – o conteúdo das leis vigentes sobre direitos autorais, ou leis de *copyright*,<sup>1</sup> reputa ilícitas diversas práticas diariamente repetidas com naturalidade por uma massa crescente de indivíduos. Tais práticas incluem, por exemplo, o compartilhamento de arquivos digitais de áudio, texto ou vídeo em redes *peer to peer*;<sup>2</sup> a transferência do conteúdo de um CD de áudio para a memória de um dispositivo de reprodução de arquivos em formato .mp3 (iPod ou similar);<sup>3</sup> a confecção de obras de áudio ou vídeo a partir da colagem de fragmentos de outras obras (*sampling*); a criação de *blogs*, *websites* ou peças audiovisuais com histórias alternativas para personagens literários preferidos – prática comumente conhecida como

---

<sup>1</sup> Na tradição jurídica dos países anglo-saxônicos, a herança empirista, orientada ao objeto, consagrou a expressão *copyright* para designar o que se denomina, na tradição romano-germânica, por direito autoral ou direito do autor. O núcleo do *copyright* é a obra, e o tratamento jurídico da obra determinará os direitos incidentes sobre ela. Nos países de tradição romano-germânica, por outro lado, a designação por “direito de autor” ou “direito autoral” denota conexão semântica com pressupostos subjetivistas que remontam ao iluminismo. Neste caso, adquire proeminência na tutela jurídica a subjetividade do autor e não a obra em si, consistindo o “direito de cópia” apenas no desdobramento patrimonial do direito personalíssimo do autor. Além disso, a diferença de nomenclatura que o instituto recebe nos dois sistemas jurídicos decorre também do percurso histórico que levou ao seu desenvolvimento em cada um deles, o que será melhor abordado mais adiante.

Por ora, importa esclarecer que, para a maior parte dos usos, as expressões *copyright* e “direito autoral” são diretamente intercambiáveis, como denotam as versões dos tratados internacionais sobre a matéria nos respectivos idiomas. Opta-se, assim, por traduzir as ocorrências de *copyright* para o correspondente vernacular, salvo quando, sendo necessária a distinção, não o recomendarem a clareza e a compreensão textual.

<sup>2</sup> Segundo relatório divulgado pela Federação Internacional da Indústria Fonográfica – IFPI no início de 2009, 95% de todos os *downloads* de arquivos de música realizados no mundo em 2008 foram ilegais (95% dos downloads de música são ilegais, diz indústria. **BBC Brasil**, Londres e São Paulo, 16 jan. 2009. Disponível em <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/01/090116\\_piratariarelatoriofn\\_tc2.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/01/090116_piratariarelatoriofn_tc2.shtml)>).

<sup>3</sup> Pesquisa da Universidade de Hertfordshire concluiu que “um iPod, ou outro dispositivo portátil de música digital equivalente, contém em média 842 músicas copiadas ilegalmente” (AVERAGE teenager's iPod has 800 illegal music tracks. **The Times**, London, 16 jun. 2008. Disponível em <[http://technology.timesonline.co.uk/tol/news/tech\\_and\\_web/personal\\_tech/article4144585.ece](http://technology.timesonline.co.uk/tol/news/tech_and_web/personal_tech/article4144585.ece)>. Tradução nossa).

*fanfiction*; ou até mesmo o desbloqueio de aparelhos de telefonia celular sem autorização da operadora.

Episódios como a reação reprovadora da sociedade<sup>4</sup> diante de tentativas por parte da indústria fonográfica de proceder à persecução criminal de indivíduos que compartilham arquivos de áudio, supostamente violando direitos autorais,<sup>5</sup> ou as ameaças de quebra de patentes de medicamentos apresentadas formalmente por representantes de Estados nacionais<sup>6</sup> evidenciam cada vez mais que o que tem se convencido chamar de propriedade intelectual, tal como hoje concebida,<sup>7</sup> vem colidindo sistematicamente, em suas diversas vertentes, com outros direitos e valores reconhecidos como fundamentais, como, por exemplo, o direito à liberdade de acesso a conhecimento, cultura e informação (crise da propriedade intelectual na dimensão do direito autoral, aspecto ora enfatizado), ou mesmo o direito à saúde (crise da propriedade intelectual na dimensão do direito de patentes).

A questão central sobre a qual se orienta o eixo da presente investigação consiste em saber como o conjunto de instituições jurídicas que costumamos abrigar sob a designação de direitos autorais, e em particular a sua aplicação à regulação jurídica dos

---

<sup>4</sup> Em matéria de 19 de outubro de 2006, o *site* de notícias IDG Now! noticiou que, em resposta à iniciativa conjunta da Federação Internacional da Indústria Fonográfica – IFPI e da Associação Brasileira dos Produtores de Disco - ABPD de processar vinte brasileiros por “baixarem músicas gratuitamente pela internet”, a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, acompanhada por organizações não-governamentais, divulgou um manifesto pedindo a flexibilização da legislação autoral “pelo direito de acesso e interesse da sociedade” (TROCAR arquivos pela internet não é crime, defende manifesto da FGV. **IDG Now!**. São Paulo, 19 out. 2006. Disponível em <[http://idgnow.uol.com.br/internet/2006/10/19/idgnoticia.2006-10-19.2366092348/IDGNoticia\\_view/>](http://idgnow.uol.com.br/internet/2006/10/19/idgnoticia.2006-10-19.2366092348/IDGNoticia_view/>)).

A aludida reação negativa – materializada em diversas manifestações individuais na Internet, bem como em notas formais de entidades da sociedade civil – pode ser relacionada não só à baixa adesão geral à crença de que o compartilhamento de arquivos, ainda que “protegidos” por direitos autorais, é “errado”, mas também aos métodos questionáveis adotados pela RIAA para impedir o compartilhamento de arquivos, assim explicados pela sua Vice-Presidente Sênior de Comunicação, Amy Weiss: “Quando você pesca com uma rede, às vezes acaba pegando alguns golfinhos.” (*Apud* ABELSON, LEDEEN & LEWIS, 2008, p. 197)

<sup>5</sup> Somente nos EUA, mais de 26.000 ações judiciais já foram propostas desde 2003 pela *Recording Industry Association of America* – RIAA contra indivíduos acusados de violação de *copyright* por realizarem *downloads* ilegais de obras musicais (ABELSON, LEDEEN & LEWIS, 2008, p. 195).

<sup>6</sup> Nessa linha, um fato amplamente noticiado foi o licenciamento compulsório do medicamento antiretroviral Efavirenz, utilizado no tratamento da AIDS, pelo Estado brasileiro, em 2007.

<sup>7</sup> VAIDHYANATHAN (2005, p. 87) anota que embora alguns registros esparsos dêem conta do uso da expressão “propriedade intelectual” já na década de 1930, seu uso somente teria se difundido no discurso político e jurídico a partir dos últimos anos da década de 1960, com a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, como uma espécie de conceito aglutinador dos vários ramos do direito que, apesar de terem propósitos, objetos e histórias diferentes, seriam subordinados ao novo organismo internacional, como direitos autorais e conexos, patentes, marcas, desenhos industriais, indicações geográficas e segredos comerciais. No mesmo sentido, STALLMAN, 2002, p. 190.

programas de computador,<sup>8</sup> pode e deve ser compreendido de modo que o inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” se compatibilize com o imperativos do valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição), da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição) e especialmente com os incisos IV, IX e XXIII do art. 5º da Lei Maior, que visam a assegurar a liberdade da manifestação do pensamento e das atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, bem como o cumprimento da função social da propriedade.

Tendo como norte essa questão, objetiva-se desenvolver, a partir da indagação acerca da adequação do direito autoral à regulação jurídica do *software*, uma reflexão sobre a necessidade de serem repensadas as categorias delineadoras dos direitos de propriedade intelectual, especialmente em face dos desafios que lhes são apresentados pela disseminação do uso das tecnologias da informação e da comunicação no mundo contemporâneo. O argumento será estruturado em torno da reconstrução histórica do direito autoral, como meio de dar visibilidade a inconsistências desse sistema que a abordagem da dogmática jurídica mantém ocultas. Nesse contexto, a discussão em torno da adequação do direito autoral à regulação jurídica do *software* aparece como elemento amplificador dessas inconsistências. Em seguida, mediante um diálogo com filósofos como Richard Rorty e Jacques Derrida e juristas como Yochai Benkler e Lawrence Lessig, serão apresentados elementos que contribuem para a conscientização em torno da necessidade de serem repensados e reformulados diversos aspectos dessa disciplina jurídica.

## 1.2. Notas metodológicas

Este trabalho assume, como premissa, que toda teoria sobre o direito pressupõe uma determinada visão de mundo, ou seja, assenta-se sobre um determinado substrato, que se pode dizer filosófico, mais amplo e não especificamente jurídico, uma vez que se erige,

---

<sup>8</sup> Dispõe o art. 7º da Lei 9.610/1998 que “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:

(...)

XII – os programas de computador;”

assim como toda ciência, todo discurso com pretensão de verdade, sobre condições estabelecidas acerca da possibilidade de conhecimento e da verdade de suas proposições.<sup>9</sup> Assim, o discurso teórico sobre o direito – a jurisprudência, no sentido em que Kelsen emprega esse termo – estaria sempre constrangido por algum tipo de discurso filosófico sobre a moral, a política e o Estado, a sociedade e a economia, bem como sobre as próprias condições de validade do seu material de estudo: enunciados normativos, princípios jurídicos, decisões judiciais.<sup>10</sup> Dessa forma, com permanente hesitação diante do suposto, e constante desconfiança quanto ao que é dado como pressuposto, espera-se conseguir dotar o presente questionamento sobre os direitos autorais e, particularmente, sobre sua aplicação, no contexto da emergência das tecnologias digitais, à regulação dos chamados programas de computador, ou *softwares*, do caráter de uma investigação eminentemente crítica.

Nessa linha, vale destacar a contribuição de Roberto Mangabeira Unger, para quem o estudo crítico do direito se opõe a duas posturas por ele tidas como hegemônicas na história do pensamento jurídico: o formalismo e o objetivismo. Por formalismo, designa-se a concepção do direito segundo a qual este é visualizado como um sistema de normas coerente, neutro e impessoal, que deve ser analisado independentemente de qualquer disputa política, ideológica ou filosófica existente na sociedade. Unger descreve a tese formalista como a crença de que a atividade legislativa, guiada pela incerteza, instabilidade e inconclusividade dos argumentos afeitos à arena dos debates políticos, difere essencialmente da atividade judicial de aplicação do direito. Assim, “a atividade legislativa e a atividade judicial divergem tanto no seu funcionamento, quanto na forma como seus resultados são apropriadamente justificados,”<sup>11</sup> isto é, quanto ao tipo de argumento que legitima cada uma destas atividades. Objetivismo, a seu turno, diz respeito à crença de que o conteúdo do direito não é apenas o resultado contingente das lutas pelo poder<sup>12</sup> que interesses diversos travaram, previamente, na arena política. As normas, a jurisprudência e

---

<sup>9</sup> Embora seja possível argumentar que o âmbito próprio do “direito” não seja tanto o da “verdade” quanto o da “justiça”, o que ora se enfatiza são as pretensões de uma “teoria do direito”, ou seja do direito enquanto disciplina que pretende uma formulação “teórica”.

<sup>10</sup> A lista não se pretende exaustiva, buscando apenas sugerir, e talvez evidenciar, por meio de exemplificação, que para a perspectiva ora desenvolvida, os objetos com os quais lidamos ao estudar o direito constituem certas coleções de formas lingüísticas.

<sup>11</sup> UNGER, 1983, p. 2.

<sup>12</sup> UNGER, 1983, p. 2.

a doutrina, tomadas em conjunto, enquanto sistema – o “direito em si”, como um todo coerente, – estariam, ao contrário, lastreadas em uma ordem necessária e inteligível de organização das relações humanas, à qual refletiriam, ainda que imperfeitamente. Em outras palavras, o objetivismo conduz o jurista a enxergar um ordenamento jurídico particular como uma estrutura ínsita e necessária a um determinado tipo de organização social.

O pensamento jurídico contemporâneo predominante, tanto à direita quanto à esquerda, estaria comprometido, segundo Unger, com o formalismo e o objetivismo. De um lado, a escola da análise econômica do direito, por exemplo, tenta conferir caráter de necessidade a certas implicações normativas supostamente requeridas por estruturas de organização social e econômica que delineariam o sistema legal. No outro extremo, as correntes que enfatizam a primazia dos direitos subjetivos e princípios como base de justificação do direito,<sup>13</sup> vislumbram algum tipo de ordem moral inteligível, capaz de informar o sistema jurídico real. As duas tendências mencionadas permaneceriam presas tanto ao formalismo, pois tentam proceder a uma análise do direito como se este pudesse ser afastado da contingência do jogo político, quanto ao objetivismo, uma vez que ambas apelam para um mecanismo conceitual elaborado para mostrar que a implementação dos seus respectivos programas é uma necessidade prática ou moral.<sup>14</sup>

Uma alternativa que se apresenta tanto ao formalismo quanto ao objetivismo é a adoção, na investigação do direito, do pragmatismo filosófico, e admitir, na esteira dessa tradição de pensamento, iniciada por John Dewey<sup>15</sup> e William James<sup>16</sup>, a incapacidade das nossas faculdades cognitivas de cavar mais fundo em direção a um fundamento – seja empírico ou transcendental – da norma fundamental (o qual, sempre que se acreditou ter sido encontrado, apenas deflagrou a busca do seu próprio fundamento, num movimento de

---

<sup>13</sup> Nesse grupo inserir-se-iam tanto as perspectivas em torno de uma práxis comunicativa tendente a ser informada por uma comunidade idealizada, quanto as que trabalham o direito como integridade.

<sup>14</sup> UNGER, 1983, p. 12.

<sup>15</sup> Sobre o pensamento de John Dewey, cfr.: *Os pioneiros do pragmatismo americano*. John Shook. DP&A, 2003; *John Dewey: na intellectual portrait*. Sidney Hook, Prometheus, 2002. Do próprio autor: *Experience and Nature*. Dover Publications, 2002.

<sup>16</sup> Sobre o pensamento de James, cfr.: *A Filosofia de William James*. Horace Kallen (org.). CEN, 1943. Do próprio autor: *The Sentiment of Rationality*. Random House, 1967; *Pragmatismo*. Coleção Os Pensadores, Abril Cultural, 1979.

regresso *ad infinitum*). Assumindo, assim, uma postura deflacionista<sup>17</sup> sobre temas como razão, verdade e conhecimento, o filósofo norte-americano Richard Rorty sugere que “razão” não pode mais significar senão “trabalhar de acordo com as regras de algum jogo de linguagem particular, de algum modo particular de descrever a situação corrente.”<sup>18</sup> E acrescenta que frequentemente “tais jogos de linguagem familiares (...) servem para legitimar e fazer parecer inevitáveis, precisamente as formas de vida social das quais nós queríamos desesperadamente nos livrar.”<sup>19</sup> Dessa forma os discursos teóricos de justificação do direito – formalistas ou objetivistas – que antes invocam o suporte de um sentido “forte” de razão, são desvelados como coleções particulares de preferências, crenças e valores compartilhados, sujeitos a uma dinâmica constante de significação e ressignificação.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a abordar os jogos de linguagem particulares constitutivos do conjunto de instituições que forma aquilo que conhecemos como direito autoral, a fim de, compreendendo as condições de formação dos conteúdos dos respectivos enunciados normativos e seus efeitos sobre diferentes esferas sociais, refletir sobre os seus possíveis e melhores fins, objetivos e práticas, bem como as esperanças que encerra. A construção do direito autoral é a construção de uma instituição jurídica determinada, com um conjunto de regras próprio e um papel diferenciado do de outras construções institucionais, sendo que a relevância dessa constatação para a perspectiva ora desenvolvida é muito bem salientada por Amartya Sen:

Os indivíduos vivem e atuam em um mundo de instituições. Nossas oportunidades e perspectivas dependem crucialmente de que instituições existem e do modo como elas funcionam. Não só as instituições contribuem para nossas liberdades, como também seus papéis podem ser sensivelmente avaliados à luz de suas contribuições para nossa liberdade.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Por perspectivas deflacionistas podem ser entendidas aquelas que assumem que predicados de segunda ordem como “É verdade que...” não acrescentam nenhum conteúdo semântico à frase de primeira ordem a que se referem, aproximando, assim, a noção de verdade a noções como *justificável* ou *desejável*, e rejeitando a possibilidade de se poder afirmar qualquer critério de verdade, razão ou conhecimento em sentido forte.

<sup>18</sup> RORTY, 1999, p. 249.

<sup>19</sup> RORTY, 1999, p. 249-250.

<sup>20</sup> SEN, 2000, p. 168.

Instituições, sejam culturais, políticas ou normativas, podem ser compreendidas como “padrões sistemáticos de expectativas compartilhadas, suposições tidas como certezas, normas aceitas e rotinas de interação que têm efeitos robustos na formulação de motivações e comportamentos de conjuntos de atores sociais interconectados”<sup>21</sup> e, como tal, são formas de organização social não naturais, históricas e contingentes, e, conseqüentemente, suscetíveis a processos de mudança.

Em última análise, nos defrontamos sempre e constantemente com escolhas sociais e políticas sobre que instituições queremos erigir e manter, bem como sua arquitetura e papel na vida social. No caso das mudanças tecnológicas, é importante ressaltar, ainda, que elas tanto são modeladas pelos incentivos institucionais apropriados, quanto constituem, em si, ao mesmo tempo, fatores de transformação das instituições estabelecidas,<sup>22</sup> como, por exemplo, as novas formas de produção colaborativa de conhecimento e relações entre agentes econômicos baseadas em lealdades e identificações que não são redutíveis à busca de fins materiais.<sup>23</sup>

O papel das instituições sociais nas quais estão imersas e onde se constituem nossas próprias individualidades, como o Estado, o mercado, a moeda, o sistema jurídico, a mídia, etc., pode ser avaliado à luz da sua contribuição, conjuntamente, em um determinado contexto tecnológico, para a “expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos”<sup>24</sup>, liberdades estas que são traduzíveis, em termos jurídicos, nos conteúdos de direitos subjetivos previstos em leis, constituições<sup>25</sup> e tratados internacionais. É neste sentido que a aplicação de uma modalidade particular do sistema jurídico de regulação da assim chamada propriedade intelectual – o direito autoral ou propriedade literária – às atividades de produção, desenvolvimento e distribuição de programas de computador, será analisada, em sua interrelação jurídica-política-econômica, segundo seus efeitos para o exercício de direitos relacionados ao acesso a informação, conhecimento e cultura, bem como à liberdade criativa e de comunicação.

---

<sup>21</sup> CHANG & EVANS, 2000, *apud* EVANS, 2005, p. 106.

<sup>22</sup> EVANS, 2005, p. 92.

<sup>23</sup> EVANS, 2005, p. 92; BENKLER, 2006, p. 60.

<sup>24</sup> SEN, 2000, p. 11.

<sup>25</sup> Optei pela grafia não capitular da primeira letra do vocábulo *constituição* quando não estiver fazendo referência a um diploma específico.

## 2. O SOFTWARE E SUA REGULAÇÃO JURÍDICA

### 2.1. O que é um programa de computador?

Um dos principais problemas verificados na condução de processos decisórios – legislativos ou judiciais – que envolvem questões relacionadas aos programas de computador, sejam estas questões de direito tributário, comercial, autoral, consumerista, patentário ou de qualquer outro ramo, está relacionado à falta de conhecimento técnico de legisladores, advogados e magistrados sobre a teoria da computação. Não são raros os exemplos de precedentes judiciais, petições ou artigos doutrinários que apresentam definições e descrições que simplesmente não guardam nenhuma correspondência com o modo como os programas de computador funcionam, resultando em decisões que não têm conexão com a realidade.<sup>26</sup> “Computadores simplesmente não funcionam do modo que alguns documentos legais e precedentes judiciais afirmam que eles operam.”<sup>27</sup> Assim, embora juristas tenham conhecimento gerais sobre eletrônica moderna e, em sua maior parte, uma compreensão básica sobre o funcionamento de computadores, ou mesmo sobre códigos e processos de compilação que transformam códigos-fonte em códigos binários executáveis, permanecem, ainda, distanciados da teoria da computação, a ciência que torna possível o funcionamento de computadores. Por este motivo, parece prudente iniciar este trabalho, que pretende discutir o “regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador” (art. 2º da Lei 9.609/1998), com uma explicação dos fundamentos teóricos da ciência que permite que computadores programáveis sejam construídos, comercializados e utilizados para os mais diversos fins. É, pois, a teoria da computação

---

<sup>26</sup> Um caso multicitado (Cfr.: CRETELLA JÚNIOR, José. O Direito autoral na jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1987; ABRANTES, Antonio Carlos Souza de. Patentes no Setor de Informática: a visão do INPI In: **Com Ciência: revista eletrônica de jornalismo científico**, Campinas/SP: Labjor/SBPC, 16 set. 2004. Disponível em < <http://www.comciencia.br/presencadoleitor/artigo19.htm> >) é o do julgamento pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1983, de apelação interposta pela Sinclair Research Ltd. contra sentença que julgara improcedente ação ordinária por ela movida contra Microdigital Eletrônica Ltda., à alegação de violação de direitos autorais relativos a programa de computador, quando a Corte entendeu que a circunstância de um programa estar gravado em ROM (*Read Only Memory*) e, por isso, não ser alterável, era suficiente, por si só, para considerá-lo como componente indissociável do *hardware* (componentes físicos do computador) e, em consequência, afastar a sua sujeição ao direito autoral. Para não faltar um exemplo de decisão judicial de Tribunal Superior, vale mencionar o julgamento proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 123022/RS, em que elementos puramente acidentais do modo como são comercializados foram tomados como base para uma diferenciação entre determinados tipos de *softwares* que seriam “serviços”, e outros *softwares* que seriam “mercadorias”.

<sup>27</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

uma área da matemática que tem intersecções com a filosofia. A teoria da computação fornece as fundações matemáticas que tornam possível construir computadores e escrever programas. Sem esse conhecimento, muitos dos princípios fundamentais da ciência da computação ficam fora de órbita e nunca são levados em consideração.<sup>28</sup>

Tais fundamentos não são óbvios, e levaram décadas para serem identificados e descritos por alguns dos maiores matemáticos do século XX.<sup>29</sup> Todavia, se esse conhecimento acumulado não for comunicado à comunidade jurídica, se não for levado em conta pelo menos por aqueles juristas que lidam diretamente com questões relacionadas à regulação jurídica de programas de computador, não haverá como impedir a continuação de erros. Nesse sentido, observa Jones:

Foram necessárias décadas para os melhores matemáticos da primeira metade do século XX delinearem [os conceitos matemáticos do *software*]. Suas descobertas estão entre as maiores realizações intelectuais do seu tempo. É apropriado se apoiar nos ombros de gigantes porque esse não é o tipo de coisa que qualquer um pode entender por si mesmo meramente ponderando definições em dicionários e pensar a partir delas.<sup>30</sup>

Muitas vezes, questões sobre determinadas características dos *softwares* que aparentam ser questões abertas a argumentação somente são adequadamente respondidas com proposições lastreadas na matemática estabelecida.<sup>31</sup> Tal afirmação não deve ser compreendida como concessão ao positivismo científico ou ao empirismo dogmático, o que estaria em clara contradição com a postura deflacionista acenada na introdução deste trabalho. O que se quer destacar é o fato de que mesmo quando nos orientamos segundo uma perspectiva pragmatista sobre o conhecimento e o mundo, tomando, na linha do segundo Wittgenstein, o significado como dependente de jogos de linguagem particulares, ou, como prefere Chaim Perelman, como instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados,<sup>32</sup> a concepção de “verdade” como “suposto cultural” não retira do esquema conceitual próprio das ciências naturais seu caráter privilegiado como ferramenta para dar conta da realidade, quando articulado no seu próprio domínio: o das questões que podem

---

<sup>28</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>29</sup> JONES, 2009.

<sup>30</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>31</sup> JONES, 2009.

<sup>32</sup> PERELMAN, 1998, p. 154.

ser demonstradas verdadeiras ou falsas. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de W. V. O. Quine, em *Dois Dogmas do Empirismo*, artigo de 1951 considerado o marco da virada pragmatista ocorrida no ambiente da filosofia analítica:

Como empirista, continuo a pensar no esquema conceitual da ciência como uma ferramenta, em última instância, para prever a futura experiência à luz da experiência passada. Os objetos físicos são introduzidos conceitualmente na situação como intermediários convenientes – não pela definição em termos de experiência, mas simplesmente como supostos irredutíveis, comparáveis, epistemologicamente, aos deuses de Homero. Por minha parte, entretanto, como físico leigo que sou, acredito nos objetos físicos e não nos deuses de Homero; e considero um erro científico acreditar diversamente. Mas na questão do embasamento epistemológico, os objetos físicos e os deuses diferem apenas em grau, não em espécie. Ambos os tipos de entidade integram nossa concepção apenas como “supostos culturais.” O mito dos objetos físicos é epistemologicamente superior à maior parte dos outros mitos porque provou ser mais eficiente que os demais como expediente para introduzir uma estrutura manipulável no fluxo da experiência.<sup>33</sup>

De fato, a computação, entendida como a “técnica de computar” já existia muito antes da invenção do transistor.<sup>34</sup> Nesse sentido, refere o historiador da computação, Martin Campbell-Kelly, que

Astrônomos da Antiguidade desenvolveram maneiras de prever o movimento dos corpos celestes. Os gregos deduziram a forma e o tamanho da Terra. Os impostos eram somados; as distâncias, mapeadas. (...) computar sempre foi uma busca da humanidade. A aritmética, assim como ler ou escrever, era uma habilidade que auxiliava o homem a interpretar o mundo.<sup>35</sup>

O que se pode chamar de era da computação teve início quando o ser humano buscou ultrapassar os limites físicos e biológicos impostos à prática da aritmética, com a construção de máquinas para realizar cálculos, máquinas de computar.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> QUINE. 1975, p. 253.

<sup>34</sup> O transistor é um componente de circuitos eletrônicos inventado em 1947, nos Laboratórios Bell, e que rendeu a seus inventores, John Bardeen e Walter Houser Brattain, o Prêmio Nobel de Física em 1956. É considerado uma das mais importantes invenções da história moderna por ter tornado possível a revolução da computação digital ocorrida na segunda metade do século XX, ao substituir a tecnologia das válvulas termiônicas, a um custo de produção em grande quantidade praticamente insignificante, além de possibilitarem a criação de circuitos eletrônicos complexos, integrados.

<sup>35</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 48.

<sup>36</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 48.

No século 18, (...) as computações eram feitas à mão. Um ‘chão-de-fábrica’ de 60 a 80 computadores humanos somava e subtraía números para preencher linha após linha das tabelas para o projeto de mapeamento *Tables Du Cadastre*. Era um trabalho simples, não requerendo habilidades especiais além de matemática básica e alfabetização.<sup>37</sup>

*Tables Du Cadastre*, o projeto de “computação” aludido, visava ao estabelecimento de um novo conjunto de tabelas matemáticas que foi encomendado em 1790 pela agência cartográfica do Exército francês com o duplo objetivo de refazer os mapas territoriais da república recém-fundada, a fim de subsidiar uma reforma do sistema de tributação imobiliária, e efetuar a transição do antigo sistema imperial de medidas para o novo sistema métrico. A “computação” levou cerca de 10 anos para ser completada.<sup>38</sup>

Em 1819, Charles Babbage, um jovem e excêntrico<sup>39</sup> matemático britânico “decidiu reproduzir o projeto francês, não mais usando computadores humanos, mas com o auxílio de máquinas.”<sup>40</sup> No auge da Revolução industrial, Babbage “vislumbrou o potencial da mecanização e percebeu que poderia substituir não apenas o trabalho braçal, mas também o mental.”<sup>41</sup> Criou, assim, em 1832, sua máquina calculadora, batizada de Máquina Diferencial, “uma máquina de computação digital para a produção automática de tabelas matemáticas (...) consistindo inteiramente de componentes mecânicos”.<sup>42</sup> Martin Cambell-Kelly conta que

Um ano depois Babbage abandonou a Máquina Diferencial para dar lugar a um projeto mais ousado – a Máquina Analítica. Enquanto a Máquina Diferencial limitava-se a tarefa de fazer tabelas, a Máquina Analítica seria capaz de realizar qualquer cálculo matemático. Como um computador moderno, teria um processador para os cálculos aritméticos (o “moinho”), memória para registrar os números (o “armazém”), e a capacidade de alterar sua função através de comandos do usuário, no caso, cartões perfurados. Em resumo, era um computador projetado com tecnologia vitoriana.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 50.

<sup>38</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 50.

<sup>39</sup> COPELAND, 2000.

<sup>40</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 51

<sup>41</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 51.

<sup>42</sup> COPELAND, 2000, tradução nossa.

<sup>43</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 51.

Babbage não concluiu o projeto de construção da sua Máquina Analítica, mas deixou “milhares de páginas de anotações detalhadas e desenhos da máquina.”<sup>44</sup> A tecnologia do emprego de computadores humanos para a realização de cálculos manuais continuou inabalada até a Segunda Guerra Mundial. A título de exemplo, o Observatório de Harvard, durante as décadas de 1890 a 1940, empregava equipes de mulheres-computadoras para a realização de cálculos relativos à classificação de estrelas com base na cor, posição e brilho.<sup>45</sup> Historicamente, portanto, computador foi o nome dado ao ofício de calcular segundo procedimentos chamados de “métodos efetivos”.<sup>46</sup>

A história da teoria da computação moderna, portanto, somente se iniciaria efetivamente nas décadas de 1920 e 1930, com as primeiras pesquisas, no domínio da matemática, sobre “métodos efetivos”, também chamados de “métodos mecânicos.”<sup>47</sup> Assim,

um **método** ou procedimento M, para **alcançar um desejado resultado** é chamado “**efetivo**” ou “**mecânico**” se, e apenas se:

1. M é definido em termos de um **número finito de instruções exatas** (cada instrução sendo expressa através de um número finito de números ou símbolos;
2. M, se implementado sem erros, **sempre produz o resultado desejado** em um **número finito de passos**;
3. M pode (**na prática ou em princípio**) ser implementado por um ser humano sem a ajuda de qualquer máquina, a não ser papel e um lápis;
4. M não requer nenhuma capacidade superior ou genialidade da parte do humano que o está implementando.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 51.

<sup>45</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 51.

<sup>46</sup> COPELAND, 2000.

<sup>47</sup> JONES, 2009. Cabe, aqui, a observação de que os termos “método”, “efetivo” e “mecânico” são aqui empregados com os significados específicos, técnicos, que ostentam na disciplina da matemática e, especialmente, na filosofia da matemática. Não são usados, portanto, segundo os seus significados ordinários, e tampouco segundo os significados habitualmente utilizados no jargão jurídico.

<sup>48</sup> JONES, 2009, tradução nossa, destaques acrescentados. Acerca da descrição conceitual de método efetivo, é pertinente esclarecer, ainda, que, quando o item 3 afirma que um método efetivo pode ser implementado em **prática ou em princípio** por um ser humano, tal linguagem está ligada ao fato de que a matemática é sobre conceitos abstratos. O método efetivo não deixa de sê-lo porque um humano não dispõe de papel e lápis, ou porque o humano morreu antes de completar o cálculo. O item 4 implica que todos os passos e decisões requeridos para completar o cálculo estão explicitamente escritos nas regras. A pessoa não precisa de fazer nenhum julgamento nem usar nenhuma habilidade além de seguir um conjunto de regras feitas para serem executadas com papel e caneta. O papel do ser humano é o de uma verdadeira máquina computacional biológica e serve como referência para definir o que é a computação, lembrando que, antes da invenção do computador eletrônico digital, a palavra “computador” designava justamente seres humanos realizando cálculos.

Um método efetivo nada mais é, portanto, do que um procedimento para “desempenhar uma operação computacional que é inteiramente definida pelas suas regras.”<sup>49</sup> Chama a atenção a premissa, inserida na definição acima, anterior ao advento do computador eletrônico, de que é necessário um ser humano para realizar uma computação. Isso porque a expressão “máquina computadora”, tal como era empregada na década de 1920, se referia a “qualquer máquina que desempenha o trabalho de um computador humano, i.e. qualquer máquina que calcula de acordo com métodos efetivos.”<sup>50</sup> Somente a partir do final dos anos 1940 a expressão “máquina computadora” deu lugar a simplesmente “computador”,<sup>51</sup> palavra que hoje não só se tornou ubíqua como adquiriu significação autônoma em relação à sua origem.

Quando Alan Turing, no final dos anos 1930, provou – matematicamente – ser possível usar uma máquina simples para executar uma imensa variedade de tarefas complexas, “ocorreu uma mudança coletiva na percepção do computador, passando de instrumento matemático a uma máquina universal de processamento de informações.”<sup>52</sup> O elemento humano pôde, assim, ser excluído da definição de método efetivo, sem alteração do seu significado matemático. Foi quando se passou a usar a expressão “algoritmo computacional” para designar uma série de ordens dadas a uma máquina para que realize determinada tarefa. Compreender a relação entre métodos efetivos e algoritmos computacionais se reveste de relevância para a solução das questões jurídicas que dependem, para ser respondidas, de um olhar sobre a natureza funcional do *software*.

Na década de 1920, a teoria matemática foi abalada pela descoberta da existência de diversos paradoxos – relação entre dois ou mais teoremas cujas provas de um contradizem as provas dos outros – indicativos de que algo havia de errado com as próprias fundações que definem como se provam teoremas, as provas matemáticas: ferramentas para descobrir verdades matemáticas.<sup>53</sup> A relação entre algoritmos e provas matemáticas é uma parte importante da teoria da computação, porque “é parte da evidência de que

---

<sup>49</sup> JONES, 2009, tradução nossa. Exemplos familiares de métodos efetivos são os procedimentos que aprendemos no ensino fundamental para desempenhar, com papel e lápis, as operações aritméticas básicas, seguindo determinadas regras, ou passos, que, se não forem corretamente implementadas, não chegam ao resultado desejado.

<sup>50</sup> COPELAND, 2000, tradução nossa.

<sup>51</sup> COPELAND, 2000. Inicialmente, quase nunca desacompanhada dos adjetivos “eletrônico” ou “digital”.

<sup>52</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 31.

<sup>53</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

*software* é abstração e que *software* é matemática.”<sup>54</sup> Em outras palavras, programas de computador são concepções puramente abstratas, indistinguíveis, em si, de conceitos matemáticos como tais, como se passará a demonstrar a seguir.

David Hilbert foi um eminente matemático do início do século XX que se propôs a elaborar um sistema que pudesse eliminar permanentemente da matemática o problema dos paradoxos. Seu objetivo era formular um sistema formal adequado às fundações da matemática, que atendesse aos seguintes requisitos:

1. O sistema deve ser **consistente**. Nenhuma proposição pode ser provada verdadeira E falsa. A consistência assegura a inexistência de paradoxos;
2. O sistema deve ser **completo**. Toda proposição que pode ser escrita no sistema pode ser provada verdadeira OU falsa. A completude assegura que toda questão matemática que pode ser formulada em uma linguagem matemática pode ser resolvida dentro dos limites do sistema.
3. O sistema deve ser **decidível**. Deve haver um método efetivo de encontrar pelo menos uma prova verdadeira de uma proposição verdadeira ou pelo menos uma refutação verdadeira da proposição quando seja falsa. Decidibilidade assegura que quando confrontados com um problema matemático, sempre saberemos resolvê-lo.<sup>55</sup>

A abordagem de Hilbert ficou conhecida como *formalismo*, uma vez que postulava a necessidade de “as provas matemáticas usarem métodos formais de manipulação do texto matemático.”<sup>56</sup> Segundo essa abordagem, toda a matemática deveria se basear em sistemas formais com três componentes: a) uma linguagem sintética com uma sintaxe definida, b) uma lista explícita de regras lógicas de inferência e c) uma lista explícita de axiomas.

#### a) uma linguagem sintética com uma sintaxe definida

A matemática usa símbolos especiais para escrever proposições como  $a+b=c$  ou  $E=mc^2$ . Há regras sobre como usar esses símbolos. Não se pode escrever coisas como  $+/=+=\%5/$  e esperar que faça sentido. Os **símbolos**, juntamente com as **regras**, caracterizam uma **linguagem sintética**. Programadores usam esse tipo de linguagem sintética todos os dias quando programam *software*, mas o que aqui fica claro é que a ideia de usar uma linguagem especial para expressar o que pode facilmente ser expresso em uma

---

<sup>54</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>55</sup> JONES, 2009, tradução nossa, destaques acrescentados.

<sup>56</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

linguagem humana surgiu, antes de vir a ser usada como ferramenta de programadores de computadores, originalmente, na matemática.<sup>57</sup>

### **b) uma lista explícita de regras lógicas de inferência**

Através de um método para testar se uma fórmula utiliza corretamente as regras de sintaxe, a linguagem pode ser verificada como sendo apta, ou não, para ser parte de um sistema formal. Para isso, são utilizadas regras de inferência, ou seja, o procedimento lógico pelo qual fazemos deduções.<sup>58</sup> E, antes de se começar a fazer deduções, todas as regras devem ser explicitadas. Em um sistema formal não é permitido deixar proposições não explicitadas, não importa o quão óbvias sejam. Além disso,

desde Gottlob Frege e Bertrand Russell, sabe-se que toda regra lógica de inferência pode ser expressa por meio de manipulações sintáticas. Toda inferência logicamente válida pode ser expressa por regras sintáticas. Com isso, não é necessário um julgamento humano para determinar se uma prova matemática é válida. Checa-se a sintaxe e se verifica se todas as inferências estão de acordo com as regras previamente listadas.<sup>59</sup>

Em um sistema formal, portanto, é dispensável o conhecimento do eventual significado dos símbolos matemáticos para que estes possam ser lidos, interpretados e aplicados segundo as regras lógicas de inferência. O conhecimento do significado, ou referência, dos signos somente é necessário para a tradução do sistema formal em algum uso no mundo real.

### **c) uma lista explícita de axiomas**

No sistema formal, o único lugar onde o conhecimento humano continua sendo requerido é na escolha dos axiomas.<sup>60</sup> Isto porque, por definição, um axioma é uma sentença ou proposição que não é suscetível de prova ou demonstração por dedução ou derivação formal, consistindo nas próprias hipóteses iniciais das quais outros enunciados são logicamente derivados. Por este motivo, “qualquer elemento intuitivo requerido pela

---

<sup>57</sup> JONES, 2009.

<sup>58</sup> Deduções, para os presentes fins, significam seqüências de proposições escritas em linguagem matemática que se seguem de maneira lógica. “A cada passo na seqüência deve haver uma regra que diga por que você pode chegar lá, dadas as proposições anteriormente deduzidas.” (JONES, 2009, tradução nossa).

<sup>59</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>60</sup> JONES, 2009.

matemática deve ser expresso como um axioma.”<sup>61</sup> Os axiomas correspondem a “verdades” intuitivas descritas em linguagem matemática. “Uma lista de axiomas, portanto, é o terceiro elemento de um sistema formal.”<sup>62</sup>

Os componentes do sistema formal elaborado por Hilbert para formulação de provas matemáticas são, portanto: sintaxe, regras de inferência e axiomas.

Partindo dos axiomas, elaborava-se a inferência, segundo a sintaxe, até chegar à conclusão desejada. Uma vez que se provou um teorema, ele é adicionado à lista de proposições que, daí por diante, podem ser postuladas sem prova. Assume-se que a prova do teorema está incluída por referência à sua prova. E, como todas as regras e axiomas foram especificamente explicitados desde o início e meticulosamente seguidos, não existe nenhum canto escuro na lógica de onde algo inesperado pode sair para minar a prova.<sup>63</sup>

Decorre daí que, no sistema formal de Hilbert, os procedimentos empregados na verificação da correção da sintaxe da linguagem matemática, bem como da observância das regras de inferência pelas provas matemáticas, constituem, de fato, um método efetivo, ou seja, um algoritmo.

A formulação de Hilbert – tornar explícitos todos os elementos do raciocínio em um sistema formal – levaria à conformação do próprio conceito de prova matemática à análise matemática. Desse modo, seria possível encontrar uma prova matemática de que o sistema satisfaz os requisitos de consistência, completude e decidibilidade mencionados acima. Pretendia-se, assim, que toda a matemática pudesse ser acomodada em um sistema formal – consistente, completo e decidível – baseado em axiomas, regras de inferência e sintaxe definida. Toda questão matemática seria resolvida por meio da implementação de um método de “decisão” no qual o julgamento humano – restrito à postulação dos axiomas – não desempenharia nenhum papel.

O programa de Hilbert foi em parte bem-sucedido e em parte falho. Se, de um lado, sistemas formais úteis, livres de paradoxos, foram desenvolvidos, de outro, “não foi descoberto um sistema formal que pudesse ser usado como fundação de toda a matemática

---

<sup>61</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>62</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>63</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

e que seja ao mesmo tempo consistente, completo e decidível.”<sup>64</sup> Não bastasse, foram descobertos teoremas demonstrando que essas propriedades são mutuamente incompatíveis,<sup>65</sup> o que leva à impossibilidade de tal sistema fundante. Mas a importância disso para a discussão acerca dos programas de computadores é o fato de que, no curso dessas pesquisas, foram desenvolvidos os conceitos fundamentais da teoria da computação, que possibilitaram o desenvolvimento do computador eletrônico programável.<sup>66</sup> Não obstante Hilbert reivindicasse que todo conceito matemático fosse definido através de uma linguagem especial, ainda persistia o problema de como definir os próprios métodos efetivos em geral em linguagem matemática, e não em linguagem comum.<sup>67</sup>

O esforço de descoberta de definições matemáticas para o conceito de métodos efetivos levou à descoberta de várias definições equivalentes.<sup>68</sup> Assim, quando nos referimos a tais definições matemáticas dos métodos efetivos, as chamamos de “funções computáveis”; quando os métodos efetivos são considerados, ainda abstratamente, para uso com um computador em vez de serem desempenhados por um humano, são chamados “algoritmos de computador”; e quando traduzidos em uma linguagem de programação para uso em um computador real, são chamados “programas de computador”, ou *softwares*. Três definições de funções computáveis são tidas como as mais importantes: a) as funções recursivas, b) o cálculo- $\lambda$  (ou cálculo-lambda), e c) a máquina de Turing, desenvolvidas respectivamente por Kurt Gödel, Alonzo Church e Alan Turing.

Todas as três diferentes definições de funções computáveis desempenharam um papel na descoberta de que o programa de Hilbert era impossível de ser atingido. Todas são equivalentes a métodos efetivos e algoritmos computacionais. E juntas, elas “explicam porque o trabalho de um humano com lápis e papel e o trabalho de um computador manipulando bits segue o mesmo processo abstrato.”<sup>69</sup> Por esta razão, o conhecimento das três definições é necessário para se compreender a teoria da computação.

---

<sup>64</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>65</sup> JONES, 2009.

<sup>66</sup> JONES, 2009.

<sup>67</sup> JONES, 2009.

<sup>68</sup> JONES, 2009.

<sup>69</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

### a) Funções recursivas de Kurt Gödel

Em matemática, a palavra “função” é um termo técnico. Significa a correspondência entre um par de objetos matemáticos de tal modo que o segundo objeto é determinado pelo primeiro. Gödel, por sua vez, estudava uma propriedade de certas definições: a recursividade. Uma definição é recursiva quando especifica duas regras:

1. Definir o valor da função para o número zero.
2. Assumindo-se que se sabe o valor da função para um número arbitrário  $n$ , define-se como computar a função para  $n'$ .<sup>70</sup>

A recursividade funciona como um método efetivo. Resumidamente, Gödel descobriu que todos os símbolos de um sistema formal podem ser traduzidos em números. “Assim, o sistema formal inteiro pode ser traduzido em aritmética, o que é chamado de ‘aritmética da sintaxe’”<sup>71</sup> ou “números de Gödel”. Essa propriedade, considerada uma das grandes descobertas matemáticas do século XX, aplicada às funções computáveis, tem consequências de amplo alcance para a definição do estatuto jurídico do *software*.

Os números de Gödel são evidência de que os símbolos da linguagem matemática não precisam ser padrões visuais escritos em papel. Podem, também, ser abstrações como exponenciais de números primos. Ou, por um outro prisma, podem ser 0s e 1s armazenados na forma de sinais eletromagnéticos em dispositivos eletrônicos. Em qualquer caso, os símbolos conservam o mesmo significado e quando são usados para escrevermos afirmações matemáticas, eles permitem escrevermos as mesmas inferências lógicas.<sup>72</sup>

Por meio da recursividade, Gödel mostrou que “traduções sintáticas entre as diferentes representações de sistemas formais podem ser definidas matematicamente.”<sup>73</sup> As traduções sintáticas correspondem à análise matemática sustentada por Hilbert. “Uma vez demonstrado matematicamente que há uma tradução, pode-se concluir que qualquer que seja o significado original, ele será preservado na tradução.” A isso se dá o nome de redutibilidade. Diz-se de uma sintaxe que ela é redutível à aritmética quando uma tradução da sintaxe à aritmética se mostra disponível.

---

<sup>70</sup> JONES, 2009.

<sup>71</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>72</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>73</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

O conceito de redutibilidade é relevante para a discussão sobre o enquadramento jurídico do *software*, na medida em que o sistema legal de propriedade intelectual exclui de sua esfera de restrição de uso as ideias abstratas. O art. 8º, I, da Lei 9.610/1998 excepciona expressamente da proteção conferida aos direitos autorais “as **ideias**, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou **conceitos matemáticos como tais**”, recaindo a proteção dos “textos de obras literárias, artísticas ou científicas”<sup>74</sup> – estendida aos programas de computador pelo art. 2º, *caput*, da Lei 9.610/1998<sup>75</sup> – tão-somente sobre a expressão, a forma pela qual uma ideia é fixada e exteriorizada, jamais alcançando “as ideias contidas nas obras”<sup>76</sup>.

A implicação da descoberta de Gödel é que os símbolos que representam ideias abstratas não precisam ser representados textualmente. Qualquer que seja o significado original de uma expressão, ele é preservado, quer sejam traduzidos na forma de abstrações como exponenciais de números primos, quer sejam convertidos em marcações físicas ou sinais eletromagnéticos.<sup>77</sup>

### **b) Cálculo- $\lambda$ de Alonzo Church**

O cálculo- $\lambda$ , ou cálculo-lambda, é a segunda definição de método efetivo que usa linguagem matemática. A preocupação científica da pesquisa de Alonzo Church eram as propriedades das funções que se mantêm inalteradas em qualquer área da matemática em que elas ocorrem (aritmética, geometria, álgebra booleana, teoria dos conjuntos, etc.). O cálculo-lambda vai conferir esse papel às operações de “abstração” e “aplicação”. Assim,

o sentido de se escrever, por exemplo,  $x + 7$  não é calcular a resposta, e sim definir um padrão, o ato de adicionar 7 a algo. O padrão deve servir a qualquer número (...). Esse é o propósito de se usar uma letra. A fórmula não quer se referir a um número específico. A letra simplesmente marca um espaço ao qual um número pertence, mas esse número é desconhecido e pode não ser especificado.<sup>78</sup>

É à descoberta desse padrão, pelo qual funções são criadas ao se definir como elas serão calculadas, que se dá o nome de abstração. O inverso da abstração é a aplicação, ou

---

<sup>74</sup> Art. 7º, I, da Lei 9.610/1998.

<sup>75</sup> “O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais (...)”

<sup>76</sup> Art. 8º, VII, da Lei 9.610/1998.

<sup>77</sup> JONES, 2009.

<sup>78</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

seja, o uso da regra de uma função. O programa de Church consistiu no desenvolvimento de um sistema formal baseado em abstração e aplicação. Resumidamente:

Para lidar com a abstração, Church usou um artifício sintático. Identificar expressamente toda variável abstralizada com a letra grega  $\lambda$  (lambda) – o que dispensa o uso de raciocínio, intuição ou inteligência para saber que a letra  $x$ , em  $x + 7$ , é um marcador para o que está sendo abstralizado. E a aplicação é expressa pela justaposição da abstração a um valor. Nesse momento, em um sistema formal, a variável, expressamente identificada na fórmula como sendo uma abstração, pelo marcador  $\lambda$ , é substituída pela expressão a ele aplicada. Esta operação é chamada redução-beta. (Essencialmente, é a mesma operação realizada pela função Localizar e Substituir de um processador de textos moderno).<sup>79</sup>

Assim, a combinação da notação  $\lambda$  e da operação de redução-beta permitiu a Church definir o seu cálculo-lambda como um sistema formal que captura as propriedades de abstração e aplicação. Neste caso, o uso repetido de reduções-beta até que não sobre nenhuma abstração equivale a um método efetivo que é usado para realizar todas as computações nesse sistema.<sup>80</sup>

É importante destacar, neste momento, que os conceitos das funções recursivas são traduzíveis para conceitos pertencentes ao cálculo- $\lambda$ . É possível, assim, invocar o princípio da redutibilidade de Gödel para chegar à conclusão de que qualquer computação que pode ser expressa em linguagem aritmética também pode ser expressa com a linguagem do cálculo- $\lambda$ . Não existe nenhuma computação que uma das duas linguagens pode realizar e a outra não. Desse modo, se o cálculo-lambda tem a capacidade de desempenhar qualquer computação imaginável, então um algoritmo é tudo que se precisa para realizar qualquer computação possível.<sup>81</sup> A diferença entre uma computação e outra se restringe aos dados que suprem os algoritmos. Esta é uma das razões para se afirmar que *softwares são dados*.

### c) A “máquina de Turing”, de Alan Turing

A terceira das principais definições de **funções computáveis** é a “máquina de Turing”, que foi proposta especificamente para “resolver uma questão aberta nas duas primeiras definições (funções recursivas e cálculo-lambda).”<sup>82</sup> O resultado levou à

<sup>79</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>80</sup> JONES, 2009.

<sup>81</sup> O próprio cálculo- $\lambda$  é efetivamente empregado como linguagem de programação, sendo um exemplo proeminente a família de linguagens LISP (de LIST Processing), uma das mais usadas por programadores que trabalham com inteligência artificial.

<sup>82</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

descoberta do próprio princípio de funcionamento do computador programável moderno, que a chamada “máquina de Turing universal”: uma máquina de Turing programada para desenvolver outra máquina de Turing.<sup>83</sup> Segundo a *Stanford Encyclopedia of Computing*, trata-se da

mais fundamental ideia da computação: uma máquina que pode executar qualquer programa. Não interessa quais sejam as tarefas computacionais que necessitemos sejam realizadas no futuro, uma única máquina é capaz de desempenhá-las todas. Essa é a ideia que tornou possível construir e vender computadores: a de que um computador pode executar qualquer programa. Não precisamos comprar um novo aparelho a cada vez que temos um novo programa para executar. É claro, na era do computador pessoal, esse fato se tornou uma suposição tão básica que se torna difícil dar um passo atrás e apreciá-lo. (tradução nossa).

Mas o que é um máquina de Turing? Trata-se de uma abstração por meio da qual “qualquer lista de regras de um método efetivo pode ser reduzida a uma lista formal de quintuplos”,<sup>84</sup> ou seja, uma sequência de itens em linha, cada um deles contemplando cinco elementos de informação. O conceito foi descrito por Alan Turing pela primeira vez em 1935, na Universidade de Cambridge.

Ele descreveu uma máquina de computação digital abstrata consistindo de uma memória ilimitada e um cabeçote que se move para frente e para trás ao longo da memória, símbolo por símbolo, lendo o que encontra e escrevendo mais símbolos. (...) As ações do cabeçote são ditadas por um programa de instruções que é armazenado na memória na forma de símbolos. Este é o conceito de programa armazenado de Turing, e implícito nele está a possibilidade de a máquina operar e modificar o seu próprio programa.<sup>85</sup>

Trata-se de um dispositivo de computação idealizado que consiste em uma fita (correspondente à memória), de extensão ilimitada tanto para a esquerda quanto para a direita<sup>86</sup>, dividida em células, cada uma das quais comportando um símbolo integrante de uma dada lista ou alfabeto finito – “0” ou “1”, por exemplo. Um aparato, que tanto pode ler os símbolos inscritos nas células quanto escrever símbolos nelas, desliza pela fita para ambos os lados, registrando, a cada movimento, a posição ou estado atual, sendo que o

---

<sup>83</sup> JONES, 2009.

<sup>84</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>85</sup> COPELAND, 2000, tradução nossa.

<sup>86</sup> Ou seja, assume-se que a extensão da fita nunca é menor do que a necessária para desempenhar a computação.

número de possíveis estados diferentes é finito e determinado por cinco elementos de informação:

1. O estado atual requerido para a execução de um comando;
2. O símbolo atual requerido para a execução de um comando;
3. O símbolo que é escrito na fita quando o comando é executado. Se este for o mesmo símbolo mencionado no item 2, então é um comando para não fazer nada;
4. Se a fita se move para a direita, para a esquerda ou se mantém parada após escrever o símbolo, caso determinado pelo comando;
5. O estado adotado após a execução do comando.<sup>87</sup>

A hipótese da máquina de Turing transforma o amplo e vago escopo dos métodos efetivos em algo com uma forma padronizada e é o modelo abstrato do funcionamento do computador moderno. Por sua vez, uma máquina de Turing universal é definida como uma máquina de Turing que “quando alimentada com os quintuplos para criar outra máquina de Turing, fará como instruído.”<sup>88</sup> Em um computador de verdade, esse princípio é implementado da seguinte maneira:

1. A fita de uma máquina de Turing corresponde à memória de um computador;
2. A capacidade de ler/gravar símbolos de uma máquina de Turing corresponde ao barramento de memória de um computador;
3. As mudanças de estado da máquina de Turing correspondem às mudanças de estado na eletrônica da CPU;
4. Os quintuplos da máquina de Turing universal correspondem à eletrônica da CPU;
5. Os quintuplos da outra máquina de Turing correspondem ao programa de computador.<sup>89</sup>

Com isso a teoria da computação deixa de ser o domínio exclusivo dos matemáticos e se torna relevante para os engenheiros, que cuidaram de desenvolver dispositivos concretos com base nesse conceito. A tecnologia da eletrônica tornou possível a construção de equivalentes reais da máquina de Turing, e o *software* corresponde à informação fornecida à máquina de Turing universal para que ela realize a computação desejada.<sup>90</sup>

A fita corresponde à memória. A tabela de quintuplos corresponde ao conjunto de instruções da CPU. A CPU tem a habilidade de mudar de estado. A máquina de Turing que se quer emular é a programação de

---

<sup>87</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>88</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>89</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>90</sup> JONES, 2009.

dados que são carregados na memória para execução. Quando juntamos os pedaços, temos o computador digital moderno.<sup>91</sup>

Os primeiros computadores construídos não tinham *software*. Suas funções eram literalmente inscritas na própria arquitetura física das máquinas. Alterar o funcionamento de um computador era alterar a disposição física de seus circuitos, algo que requeria enorme esforço e trabalho. A programação do primeiro computador eletrônico – que usava válvulas eletrônicas no lugar de componentes mecânicos – o ENIAC (*Electronic Numerical Integrator and Computer*) construído na década de 1940, era feita reorganizando-se e reconectando-se fisicamente os seus circuitos.<sup>92</sup> A ideia da máquina de Turing universal foi o que orientou a eliminação dessa necessidade, ao “fazer com que não fosse necessário fazer um novo circuito, muito menos uma nova máquina, quando se programa um computador”.<sup>93</sup>

A arquitetura básica do computador – o arranjo lógico dos seus componentes funcionais – permanece, ainda hoje, praticamente a mesma que foi imaginada por John Von Neumann, em 1945, a partir da fundação provida pela abstração de Turing, formado por cinco partes principais:

A **memória** armazenaria não apenas dados numéricos, mas também as instruções de operação. Uma **unidade aritmética** realizaria os cálculos. Um **“órgão” de entrada** permitiria a transferência de programas e dados para a memória, e um **órgão de saída** armazenaria os resultados da computação. Finalmente, uma **unidade de controle** coordenaria as operações. Essa disposição, ou arquitetura, permitiria **trocar o programa do computador sem alterar a estrutura física da máquina**. Além do mais, um programa poderia manipular as próprias instruções.<sup>94</sup>

Esta é, portanto, a base lógico-matemática da ciência da computação, que permitiu a compartimentação do seu desenvolvimento em três áreas principais: *hardware*, *software* e arquitetura. No que diz respeito ao desenvolvimento do *software*, o passo fundamental foi dado pelo cientista da computação da University of Cambridge, Maurice Wilkes, que,

---

<sup>91</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>92</sup> Com vinte e sete toneladas, e consumindo 150 quilowatts de energia, podia fazer cinco mil operações por segundo, mas armazenava no máximo vinte números de uma só vez. “A programação da máquina levava dias e demandava a manipulação de um emaranhado de cabos que parecia o interior de uma central telefônica.” (CAMPBELL-KELLY, 2009)

<sup>93</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>94</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 53-54, destaques acrescentados.

juntamente com sua equipe, iniciou em 1949 o desenvolvimento de um “método de escrever instruções de computador de forma simbólica, o que facilitava todo o trabalho e diminuía o risco de erros. O computador pegaria essa linguagem simbólica e a transformaria em binária.”<sup>95</sup>

De uma perspectiva extensional, a arquitetura de qualquer computador digital moderno desempenha as mesmas computações que uma máquina de Turing universal. A única diferença é que esta última é um modelo ideal, uma hipótese abstrata, e no mundo real existem os limites físicos: memória e capacidade de processamento não são infinitas, e o tempo é limitado, o que restringe as possibilidades da computação. Não obstante, “um computador da vida real é sempre uma aproximação de uma máquina de Turing”.<sup>96</sup>

Retornando brevemente ao campo da teoria matemática, é importante observar que a máquina de Turing – bem como as suas implementações no mundo real – produziu evidência convincente para a postulação da tese, que ficou conhecida como Tese de Church-Turing, de que “métodos efetivos, funções recursivas, cálculos-lambda e máquinas de Turing são conceitos equivalentes”,<sup>97</sup> redutíveis e traduzíveis entre si, o que leva a algumas considerações a respeito da natureza do *software*.

A primeira é que *software* é dado, que é sinônimo de informação. Em um computador físico, o *software* está armazenado em arquivos de dados como qualquer outra forma de informação, é carregado na memória e armazenado como qualquer outro dado. A CPU<sup>98</sup> manipula o programa com as mesmas instruções que ela usa para manipular outras formas de dados. “O fato de que *software* é dado é o princípio matemático que torna possível construir e vender computadores.”<sup>99</sup>

Além disso, *software* é abstrato. Trata-se de uma decorrência lógica do modo como máquinas de Turing são construídas. Se um programa de computador é o equivalente do trabalho de um ser humano ideal executando um método efetivo, equivale, por definição, a uma abstração de uma computação efetuada com lápis e papel.<sup>100</sup> Em outra perspectiva que

---

<sup>95</sup> CAMPBELL-KELLY, 2009, p. 55.

<sup>96</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>97</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>98</sup> Unidade Central de Processamento (*Central Processing Unit*), costumeiramente chamada de *processador*.

<sup>99</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>100</sup> JONES, 2009.

leva à mesma conclusão, o programa de computador é o equivalente de uma máquina de Turing que nunca é fisicamente construída, e o computador é a máquina de Turing universal que implementa a outra máquina de Turing.<sup>101</sup> O *software* é, assim, a descrição de uma máquina abstrata que nunca é fisicamente implementada.

Como corolário, porque todas as instruções que uma CPU é capaz de executar são operações matemáticas, e porque máquinas de Turing universais são conceitos matemáticos, também o *software é matemática*.<sup>102</sup> É certo que podemos usar a matemática para descrever praticamente qualquer coisa, e que isso não transforma os objetos descritos em conceitos matemáticos. Não é porque um ente físico pode ser descrito pela matemática que ele tem a sua natureza alterada. Mas um *software* não é um ente descrito pela matemática, é a própria manipulação abstrata de símbolos, é a própria matemática.

Ao se afirmar que *software* é matemática o que se argumenta é que a computação realizada por um computador é, essencialmente, o mesmo que a computação matemática, realizada mediante a implementação de um método efetivo. Em outras palavras, que tudo que um *software* executa são cálculos matemáticos, mas realizados por uma máquina. Ideias matemáticas não podem ser inventadas, apenas descobertas, mas a mesma ideia matemática pode ser descrita, ou expressa, de modos variados.

Um programador escreve *software* – ou programa de computador – mediante um procedimento intelectual não muito diferente daquele por meio do qual um compositor, um poeta e um jornalista escrevem música, poesia e narrativas. O que particulariza o *software* ou programa de computador é o fato dele ser “mais ou menos como uma receita com comandos para dizer ao computador o que fazer para desempenhar certas tarefas.”<sup>103</sup>

Um programa geralmente começa como *código-fonte*, um conjunto de comandos escritos em uma linguagem de programação,<sup>104</sup> chamada de *linguagem de alto-nível*, por ainda conservar um relativo grau de semelhança com uma linguagem humana: é escrita e compreendida por humanos, pelo menos aqueles treinados e especializados para isso. Uma vez escrito, o código-fonte é traduzido por uma ferramenta conhecida como compilador para uma linguagem conhecida como linguagem *assembly*, chamada de *linguagem de*

---

<sup>101</sup> JONES, 2009.

<sup>102</sup> JONES, 2009.

<sup>103</sup> BUCKMAN, Richard; GAY, Joshua. *A Note on Software*. In STALLMAN, Richard M., 2002.

<sup>104</sup> Algumas das mais conhecidas e populares linguagens de programação são C, Java, C++, Pearl e Python.

*baixo-nível* por já não ter muita semelhança com a linguagem humana, e em seguida, uma outra ferramenta, chamada *assembler*, transforma o código resultante da compilação em *linguagem de máquina* ou *código-objeto*, que pode ser “entendida” pelo computador. A *linguagem de máquina* ou *código-objeto* corresponde à mais básica forma de representação de informação, constituída por sequências de 0 (zero) e 1 (um). Para um programador, trabalhar com uma linguagem de programação, por mais complexa que seja, é infinitamente mais fácil do que lidar com linguagem de máquina, composta puramente por sequências de 0 (zero) e 1 (um).

Um *sistema operacional*, por fim, é o *software* que gerencia entradas e saídas, alocação de memórias e agendamento de tarefas de um computador. A Interface Gráfica de Usuário (*GUI – Graphical User Interface*) costuma ser considerada como parte do sistema operacional.<sup>105</sup>

## **2.2. A aplicação do direito autoral à regulação jurídica do *software***

No final da Segunda Guerra Mundial ainda não existiam computadores digitais – e, é claro, tampouco os programas para fazê-los funcionar.<sup>106</sup> Foram necessários poucos anos, no entanto, para que a indústria do *software* nascesse e se desenvolvesse, sendo palco para inovações de tal modo intensas e extensas que é seguro afirmar que “poucas tecnologias transformaram tanto o nosso modo de vida”<sup>107</sup> em tão pouco tempo. O que importa ressaltar, nesse quadro, é que “nenhuma das mais importantes inovações nessa indústria teve lugar na presença de monopólio intelectual.”<sup>108</sup> O nascimento e florescimento da criativa e inovadora indústria do *software* ocorre sob regime de intensa competição.

O uso do computador digital e, conseqüentemente, do *software*, não se disseminou para além dos muros da academia antes da década de 1960. Até então, portanto, sem que tivesse se formado um mercado em torno da sua produção e distribuição, não haviam sido levantadas questões relativas à regulação da propriedade intelectual dos programas de

---

<sup>105</sup> Microsoft Windows, Mac OS X, GNU/Linux e Open Solaris são exemplos de sistemas operacionais que dispõem de interfaces gráficas. Para ilustrar a diferença entre o sistema operacional e a sua interface gráfica, O MS-DOS é um conhecido exemplo de sistema operacional em interface meramente textual para o qual foi desenvolvida a Interface Gráfica de Usuário chamada Windows.

<sup>106</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 15, tradução nossa.

<sup>107</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 15, tradução nossa.

<sup>108</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 16, tradução nossa.

computador. Nos primeiros anos da indústria de computadores domésticos, os direitos autorais sobre *software* eram raramente respeitados ou exigidos. Boldrin e Levine assim descrevem esse cenário:

Consumidores compravam programas e os usavam em uma variedade de computadores, violando contratos de licenciamento. Pessoas compravam e vendiam programas de computador, bem como criavam novos, usando pedaços e partes, módulos e ideias, de programas existentes.<sup>109</sup>

O direito autoral, nos anos 1960 e início dos anos 1970, servia para limitar a cópia generalizada de *software* por outros distribuidores comerciais, mas não eram impostos da forma draconiana contra usuários da forma como hoje são.<sup>110</sup>

Em 1971, quando já era significativa a demanda dos fabricantes de computadores e *software*, foi criado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI um “grupo consultivo para debater a proteção de tais programas”<sup>111</sup>, mais especificamente, se deveriam sujeitar-se ao direito de patentes ou ao direito autoral. O Grupo Consultivo apresentou um relatório que

(...) terminou por concluir que programas de computador não devem ser protegidos por nenhum dos dois sistemas, mas sim, por um terceiro modelo, *sui generis*, ou seja, específico, tendo em vista os programas de computador não se encaixarem perfeitamente em nenhum dos dois sistemas existentes. Portanto, não se deveria “seguir de forma rígida as linhas de conceitos legais estabelecidos para a proteção de outras invenções e obras”. Além disso, o prazo de proteção não deveria “ser baseado em conceitos estabelecidos em leis de propriedade intelectual”, mas sim, deveria levar em conta “a efetiva vida comercial do programa e o tempo necessário para a razoável recuperação do investimento”.<sup>112</sup>

Apesar disso, em 1980, os Estados Unidos, com base em relatório emitido pela Comissão sobre Novos Usos Tecnológicos (CONTU, na sigla em inglês), que concluiu que os programas de computador “incorporam uma criação original de um autor” os incluíram na relação de objetos cobertos pelo *copyright*.<sup>113</sup> Assim, quando o Japão, em 1983, anunciou uma proposta de proteção *sui generis* para o *software*, prevendo períodos de

<sup>109</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 17, tradução nossa.

<sup>110</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 17.

<sup>111</sup> MONIZ, Pedro de Paranaguá. *Software Livre como Alternativa de Desenvolvimento e de Negócio: em busca da soberania nacional* In CARVALHO, 2006, p. 489-490.

<sup>112</sup> MONIZ, Pedro de Paranaguá. *Software Livre como Alternativa de Desenvolvimento e de Negócio: em busca da soberania nacional* In CARVALHO, 2006, p. 490.

<sup>113</sup> 17 U.S. Code, § 101.

proteção mais curtos e hipóteses de licenciamento compulsório, somente Estados Unidos e Filipinas dispunham de legislação de proteção autoral para os programas de computador. O anúncio do governo japonês foi respondido pelos Estados Unidos com a ameaça de retirada de concessões comerciais, tarifação mais elevada de importação e restrições de acesso ao mercado norte-americano, em razão de o Japão não estar oferecendo proteção adequada aos direitos de propriedade intelectual de *software*.<sup>114</sup> Um ano depois, mais de uma dúzia de países já havia legislado no mesmo sentido e em 1985 não só o Japão alterou sua legislação de direitos autorais para incluir a proteção do *software*, como a própria OMPI abandonou a sua proposta anterior de adoção de um modelo *sui generis*.<sup>115</sup> Estudo realizado pela OMPI em 1988 para o grupo de negociação sobre propriedade intelectual do GATT revelou que apenas vinte Estados até então regulavam *software* por meio de direito autoral, sendo que metade deles somente o faziam em virtude de pressão comercial direta imposta pelos EUA.<sup>116</sup>

A Convenção de Berna para Proteção de Obras Literárias e Artísticas foi adotada em 1886, quando líderes políticos das nações européias foram convencidos, por um grupo de escritores liderados por Vitor Hugo, de que a Europa deveria padronizar suas leis de direitos autorais para impedir a pirataria entre países vizinhos.<sup>117</sup> Revisada em 1896, 1908, 1914, 1928, 1948, 1967, 1971 e finalmente emendada em 1979, foi o primeiro instrumento a permitir a proteção jurídica internacional das obras intelectuais. Tem por escopo a uniformização da proteção dos direitos de exclusividade sobre obras literárias e artísticas no âmbito dos países signatários, consagrando o princípio de reciprocidade no tratamento jurídico da autoria.<sup>118</sup> Administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a Convenção de Berna conta, hoje, com cento e sessenta e quatro países-membros, tendo sido ratificada pelo Brasil em 1975 (Decreto 75.699/75). Integra, juntamente com a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (adotada em 1883 e revisada

---

<sup>114</sup> Como consequência do procedimento previsto na hoje bem conhecida e temida “seção 301” do *Trade Act* de 1974. (Cfr. DRAHOS & BRAITHWAITE, 2004, p. 14)

<sup>115</sup> MONIZ, Pedro de Paranaguá. *Software Livre como Alternativa de Desenvolvimento e de Negócio: em busca da soberania nacional* In CARVALHO, 2006, p. 491.

<sup>116</sup> DRAHOS & BRAITHWAITE, 2004, p. 23.

<sup>117</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p 160: “Antes de Berna, por exemplo, muitas obras literárias francesas populares eram pirateadas na Bélgica e vendidas a preços menores do que os originais” (tradução nossa).

<sup>118</sup> Pelo princípio da reciprocidade, um autor estrangeiro goza, em um dado território, dos mesmos direitos que desfrutam seus nacionais, no que tange aos direitos autorais, se estes últimos receberem, no país de origem daquele autor, o mesmo tratamento que este teria.

em 1900, 1911, 1925, 1934, 1958, 1967, e emendada em 1979), o núcleo do sistema de regulação da propriedade intelectual no âmbito da OMPI.

A partir do século XX, as transformações tecnológicas relacionadas à reprodução e circulação de informação começaram a aumentar exponencialmente. As inevitáveis incertezas provocadas pelas rápidas alterações nas formas no alcance da comunicação, que ignoram as fronteiras e se pretendem cada vez mais transnacionais, levaram a comunidade internacional ao estabelecimento de não poucos tratados e convenções relativos à regulação de direitos de propriedade intelectual em geral, e de direitos de autor em particular, muitos dos quais ratificados pelo Estado Brasileiro. Assim, somente no âmbito da OMPI, podem ser destacados o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (*WIPO Copyright Treaty - WCT*) e o Tratado da OMPI sobre Performances e Fonogramas (*WIPO Performances and Phonograms Treaty - WPPT*), ambos adotados em 1996, o Tratado de Washington sobre Propriedade Intelectual em Relação a Circuitos Integrados (adotado em 1989, mas ainda não em vigor), além da Convenção Internacional para a Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão, adotada em 1961, da Convenção relativa à Distribuição de Sinais Portadores de Programas Transmitidos por Satélite, adotada em 1974, e da Convenção para a Proteção dos Produtores de Fonogramas contra a Duplicação Não-autorizada dos seus Fonogramas, adotada em 1971, tendo sido estes dois últimos instrumentos ratificados pelo Estado brasileiro, respectivamente em 1965 (Decreto 57.125) e 1975 (Decreto 76.906).

A profusão de instrumentos normativos internacionais multilaterais relacionados à regulação, em sentido amplo, da propriedade intelectual, não se manteve restrita à esfera da OMPI. Também a Organização das Nações Unidas para Educação Ciência e Cultura – UNESCO passou a se apresentar como um fórum prolífico na elaboração de tratados sobre a matéria, tais como a Convenção Multilateral para Evitar a Dupla Taxação de *Royalties* de Direito de Autor, de 1979 (ainda não em vigor), e a Convenção Universal sobre o Direito de Autor (*Universal Copyright Convention*), que foi promulgada no Brasil pelo Decreto 76.905/1975.

Adotada em Genebra, em 1952, e revista em 1971, em Paris, a Convenção Universal do *Copyright* é, juntamente com a Convenção de Berna, um dos dois principais tratados internacionais sobre o direito autoral. Foi desenvolvida pela Organização das Nações Unidas para Educação Ciência e Cultura – UNESCO, como uma alternativa

àquela, para “aqueles estados que discordavam de aspectos da Convenção de Berna, mas ainda desejavam participar de alguma forma de proteção multilateral dos direitos autorais.”<sup>119</sup> Os Estados Unidos, por exemplo, previam, antes da edição do *Copyright Act* de 1976 e sua adesão, em 1989, à Convenção de Berna,<sup>120</sup> proteção do direito autoral por um número de anos determinado (vinte e oito anos após a publicação, renováveis por mais vinte e oito anos) e exigiam que, para ser protegida, a obra deveria conter uma advertência de *copyright* e ser registrada no *Copyright Office*, enquanto que, nos termos da Convenção de Berna, a extensão da proteção dos direitos autorais se baseia na duração da vida do autor e não requer o registro da obra ou inclusão de advertência de proteção, para que a obra seja considerada protegida. Por outro lado, a Convenção Universal contém cláusula explicitando que a sua adesão não importa na renúncia aos termos da Convenção de Berna.

Mais recentemente, os direitos autorais passaram a ser um dos temas compreendidos no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS*), integrante do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*). O TRIPS preceitua padrões mínimos de regulação de diversas formas de propriedade intelectual, incluindo os direitos de autor e direitos conexos de intérpretes, organismos radiodifusores, editores, produtores; indicações geográficas e denominações de origem; *design* industrial; patentes e marcas. O TRIPS também estabelece procedimentos de resolução de disputas envolvendo as suas disposições. As regras definidas no TRIPS são consideradas bastante rígidas, sendo que a maioria das provisões relativas a *copyright* foram importadas da Convenção de Berna.<sup>121</sup> E, sendo, o

---

<sup>119</sup> WIKIPEDIA, Colaboradores da. *Universal Copyright Convention* In *Wikipedia, The Free Encyclopedia*; 07/06/2008. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Universal\\_Copyright\\_Convention](http://en.wikipedia.org/wiki/Universal_Copyright_Convention)>

<sup>120</sup> Tem sido assinalado que um dos motivos, embora não o único, pelos quais os EUA permaneceram até 1989 se recusando a aderir à Convenção de Berna é justamente o fato de que, durante a maior parte da sua história, eram primordialmente um país importador de obras artísticas, literárias e musicais, condição que somente foi abandonada a partir da segunda metade do século XX, quando se transformaram em um grande, senão o maior, exportador de bens regulados por direitos autorais: *software*, filme, música (Cfr. VAIDHYANATHAN, 2001, p. 160).

<sup>121</sup> O artigo 2º do TRIPS consagra o que a doutrina convencionou chamar de princípio da interação entre os tratados internacionais sobre a matéria, revigorando os grandes tratados internacionais em matéria de propriedade intelectual, notadamente as Convenções de Paris e Berna. Eis o seu teor: “2.1. Com relação às Partes II, III e IV deste Acordo, os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 12, e 19, da Convenção de Paris (1967). 2.2. Nada nas Partes I a IV deste Acordo derogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da Convenção de Berna, da Convenção de Roma e do Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados.” Conforme ressalta BASSO (2000, p. 187), “o Acordo TRIPS não propõe uma ruptura com a Convenção de Paris (...). As obrigações

TRIPS, integrante do GATT, que foi a base do estabelecimento da Organização Mundial do Comércio, a adesão a esta implica a aceitação compulsória das normas do TRIPS, não sendo admitidas reservas. Isto porque o artigo 3º do Acordo Constitutivo da OMC consagra o princípio do *single undertaking*, pelo qual não é possível aderir parcialmente aos acordos, ou a somente um dos acordos, ao argumento de que se romperia o equilíbrio e a lógica estrutural, a unidade e coesão do sistema.<sup>122</sup> Assim, todo Estado-membro da OMC obrigatoriamente é parte dos três primeiros anexos do seu Acordo Constitutivo. O Anexo 1, que contém os acordos multilaterais, é dividido em três partes: Anexo 1A, que trata das regras sobre comércio de bens (Gatt-1994); Anexo 1B, que trata de normas relativas ao comércio de serviços (Gats); e Anexo 1C, que versa sobre questões relativas a propriedade intelectual (TRIPS). O Anexo 2 contempla o Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC), e o Anexo 3, as regras do Mecanismo de Revisão de Política Comercial. Apenas o Anexo 4, que cuida dos acordos plurilaterais, não é de adesão obrigatória.<sup>123</sup>

O TRIPS estendeu aos *softwares* (programas de computador) a proteção aplicável às obras literárias, nos moldes da Convenção de Berna,<sup>124</sup> definindo em cinquenta anos a duração mínima do direito exclusivo do titular do programa,<sup>125</sup> e determinou hipóteses extremamente estreitas em que são aceitas exceções e limitações ao direito autoral nas legislações dos Estados-membros. O Brasil aderiu ao TRIPS, que foi promulgado no país pelo Decreto nº 1.355/94.

---

contratadas na Convenção de Paris prevalecem sobre o TRIPS, haja vista que foram mantidas e reafirmadas em seu art. 2º. Os tratados não se excluem, contradizem ou disputam a primazia de regular relações jurídicas (...).”

<sup>122</sup> GARCIA, 2008, p. 144.

<sup>123</sup> PRAZERES, 2003, p. 35.

<sup>124</sup> O artigo 10 do TRIPS dispõe: “1. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).”

Logo em seguida, a aplicação aos programas de computador da proteção conferida às obras literárias foi reafirmada, no âmbito da OMPI, com o *WIPO Copyright Treaty - WCT*, de 1996.

<sup>125</sup> TRIPS, artigo 12: “Quando a duração da proteção de uma obra, que não fotográfica ou de arte aplicada, for calculada em base diferente à da vida de uma pessoa física, esta duração não será inferior a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil da publicação autorizada da obra ou, na ausência dessa publicação autorizada nos 50 anos subsequentes à realização da obra, a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil de sua realização.” Ao estipular um prazo mínimo de duração, o Acordo não impede a previsão de períodos mais longos pelas legislações domésticas dos Estados-membros.

Cada vez mais se consolidam as suspeitas, pelos países periféricos, de que os objetivos inscritos no artigo 7 do TRIPS,<sup>126</sup> não possuem nenhuma efetividade, consistindo apenas em “moeda de troca [concedida] pelos países centrais do Norte, detentores de tecnologia e ávidos de proteção, aos países periféricos do Sul, para aceitarem e ratificarem o mesmo, transferindo o tema Propriedade Intelectual do seio da OMPI para o âmbito da OMC, com as consequências jurídicas internacionais que tal decisão implica”.<sup>127</sup> A OMPI não possui órgão ou mecanismo com competência para verificar o cumprimento, pelos Estados, das normas sob sua guarda, tampouco conta com um sistema de sanção.<sup>128</sup> Inserida na esfera de atuação da OMC, a regulação internacional da propriedade intelectual é transferida a um foro que, ao contrário da OMPI, conta com fortes instrumentos jurídicos de coerção e repressão, incluindo a previsão de procedimentos civis (artigo 42) administrativos (artigo 49) e penais (artigo 61).

De fato, o aumento do número de países em desenvolvimento no quadro de membros da OMPI – dois terços em meados da década de 1980 – levou à insatisfação dos EUA com as demandas que começaram a aparecer nesse fórum de discussão, em geral relacionadas à transferência de tecnologia cujas detentoras, na sua grande maioria, eram empresas multinacionais norte-americanas.<sup>129</sup> Por outro lado, também a UNESCO havia se tornado um fórum desfavorável aos interesses dos grandes titulares de direitos de propriedade intelectual, porque estava sendo usada por países em desenvolvimento para apresentar pautas reivindicatórias de conexões entre as políticas de direitos autorais e direitos sociais como educação e acesso a bens culturais.<sup>130</sup> Esse contexto deflagrou um movimento, liderado pelos Estados Unidos, e logo apoiado pela União Européia e pelo Japão, para levar as discussões tanto sobre direitos autorais quanto sobre patentes para um espaço mais controlado, a OMC, o que foi concretizado com a adoção do TRIPS.<sup>131</sup>

---

<sup>126</sup> TRIPS, art. 7: “A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.”

<sup>127</sup> GARCIA, 2008, 134.

<sup>128</sup> BASSO, 2000, p. 281.

<sup>129</sup> DRAHOS & BRAITHWAITE, 2004, p. 7.

<sup>130</sup> DRAHOS & BRAITHWAITE, 2004, p. 7.

<sup>131</sup> DRAHOS & BRAITHWAITE, 2004, p. 7.

Além disso, Vaidhyathan chama atenção para o fato de que tanto a OMPI quanto a OMC são instituições com graves déficits democráticos que cada vez mais assumem o controle do cotidiano e das políticas de nações soberanas.<sup>132</sup> O poder político real se desloca para organismos supra-nacionais “onde árbitros não-eleitos decidem quais políticas ambientais, culturais e trabalhistas serão mantidas e quais serão descartadas”.<sup>133</sup> Ao internacionalizar a elaboração das políticas de direitos autorais, transferindo-a a entidades multilaterais, o Estado-nação renuncia à deliberação republicana sobre essas questões.<sup>134</sup> Se, por um lado, é inevitável a regulação internacional de bens e tecnologias que estão na base das comunicações transfronteiriças, por outro, muitas vezes as instâncias reguladoras internacionais funcionam como canais legitimadores de políticas que foram ou teriam sido rejeitadas pelos processos democráticos domésticos.

No Brasil, a aprovação das Leis 9.609, que dispõe, conforme seu preâmbulo, sobre “a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências”, e 9.610, que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais”, ambas de 19 de fevereiro de 1998, se insere no contexto de conformação do direito doméstico ao cenário internacional, em especial às normas do TRIPS.

O direito autoral estabelece uma diferença entre ideias e expressões de ideias. Na legislação brasileira, essa diferenciação está evidenciada nos arts. 7º, *caput*, e § 3º, e 8º, I, da Lei 9.610/1998,<sup>135</sup> bem como no art. 1º da Lei 9.609/1998.<sup>136</sup> Assim, para a aferição de

---

<sup>132</sup> VAIDHYANATHAN, 2005, p. 129.

<sup>133</sup> VAIDHYANATHAN, 2005, p. 155.

<sup>134</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 160.

<sup>135</sup> Lei 9.610/1998: “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:

(...)

§ 3º No domínio das ciências, **a proteção recairá sobre a forma** literária ou artística, **não abrangendo o seu conteúdo** científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Art. 8º **Não são objeto de proteção como direitos autorais** de que trata esta Lei:

I - as **idéias**, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

(...)” (destaques acrescentados).

<sup>136</sup> Lei 9.610/1998: “Art. 1º **Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções** em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

violação de propriedade intelectual de programa de computador, segundo o disposto no art. 2º da Lei 9.609/1998, que assegura ao *software* o mesmo enquadramento jurídico das obras literárias, o que se afigura relevante é a forma como foi escrito o “conjunto organizado de instruções” que constitui um programa em particular e não o fato de desempenharem a mesma função. A perspectiva adotada pela legislação de direito autoral aplicada ao *software* o considera do ponto-de-vista de uma definição intensional, segundo a qual são considerados “os detalhes de como a computação é realizada”,<sup>137</sup> as suas propriedades internas e como os pormenores da escrita do código. Se dois programas de computador, ou, na linguagem matemática, duas computações, diferem na dimensão da intensionalidade,<sup>138</sup> ainda que produzam o mesmo resultado, são programas de computador diferentes.<sup>139</sup>

No que se refere à avaliação de semelhança entre obras literárias, distinções entre forma e conteúdo, intensionalidade e extensionalidade ou ideias e expressões de ideias, são de visualização mais fácil, para os juristas familiarizados, do que quando estes conceitos são aplicados ao *software*, dificuldade que não deixa de estar relacionada à circunstância de o *software* ser regido juridicamente por uma disciplina – o direito autoral – cujas categorias simplesmente não foram desenvolvidas tendo ele em perspectiva.

Um *software* não é o mesmo que uma música ou um romance, e nem o mesmo que um invento, uma maquinaria. Mas estruturalmente, o *software* está mais próximo de uma melodia, de uma sinfonia, pois ambos são conjuntos de comandos lógicos que produzem um resultado – geralmente prático no caso do *software*, ou artístico no caso da sinfonia – quando executados em um suporte material apropriado – um computador ou um instrumento musical, uma rede ou uma orquestra. Mas, ao contrário da melodia, ou do poema, que são em si mesmos, o *software* é, via de regra, para algo, para uma utilidade prática, externa a ele mesmo. Essa é a sua única semelhança a uma invenção, a uma

---

<sup>137</sup> JONES, 2009, tradução nossa.

<sup>138</sup> Intensionalidade se opõe a extensionalidade (consideração apenas da equivalência por meio da redutibilidade, independente das descrições particulares), e não se confunde com o vocábulo homônimo “intencionalidade”. Assim, “do ponto-de-vista da extensionalidade, funções recursivas e cálculo-lambda são equivalentes porque todo cálculo feito utilizando um sistema combina com um cálculo realizado no outro sistema” (JONES, 2009, tradução nossa), mas diferem quanto à intensionalidade, por apresentarem descrições diferentes para os mesmos cálculos.

<sup>139</sup> À parte o aspecto legal que suscita, a questão da intensionalidade tem relevância prática na teoria da computação. Está relacionada à solução de problemas como a quantidade de espaço de memória requerido para armazenar dados necessários à realização de uma operação, que pode ser maior ou menor dependendo da forma específica como um determinado código é escrito.

indústria, com o que, no entanto, não se confunde pelo mesmo motivo que uma música não é uma invenção industrial. O *software* é, assim, peça de autoria, que difere de uma peça musical ou de um texto literário, porque não se contém em si mesmo, servindo a uma utilidade definida, exterior a ele mesmo e, portanto, somente existindo em um espaço interrelacional. A música existe em ato, mas o produto da execução do *software* não é o *software* em si, é exterior a ele.

O código-fonte de um *software* é como um texto. Assim como a proteção do direito autoral à propriedade literária somente cobre a expressão do autor, a sua forma particular de escrever, o seu uso particular das palavras, não se estendendo à ideia ou ao estilo literário, da mesma forma a propriedade intelectual sobre o *software* é restrita à expressão intelectual do seu desenvolvedor, não se estendendo ao seu conceito abstrato. Não se pode imaginar que um autor literário possa pretender que seus direitos de propriedade se estendam, por exemplo, sobre o gênero romance policial, ou sobre a forma do soneto. O direito do autor se limita a um romance policial em particular ou a um soneto em particular. José de Alencar tinha direitos de propriedade literária sobre a seguinte combinação de palavras: “Há anos raiou no céu fluminense uma nova estrela”, e até mesmo sobre o enredo da narrativa envolvendo os personagens Aurélia Camargo e Fernando Seixas, mas jamais foi seu o monopólio para escrever sobre os valores da sociedade burguesa fluminense do século XIX, ou sobre a influência do dinheiro nas relações amorosas. Embora, ao contrário do texto literário, que tem valor em si, e não como ferramenta para a realização de uma tarefa, a regulação jurídica dos direitos de exclusividade sobre o *software*, uma criação em regra utilitária, não é diferente. A legislação é expressa ao mencionar que a proteção do *software* é a conferida pela legislação autoral às obras literárias (art. 2º, *caput*, da Lei 9.609/1998). E esse paralelismo fica claro ao se examinar a limitação ao direito exclusivo do autor do *software* prevista no inciso III do art. 6º da Lei 9.609/1998:

“a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão.”

Tal como ocorre com os programas de computador, todos os romances compartilham características com outros romances, preexistentes, e é justamente em razão destas características comum que são considerados romances. Todo cordel compartilha

com outros cordéis um conjunto de características que nos permite identificar a todos eles como cordéis, e não outra forma de expressão literária. A ideia de um romance policial, a ideia de um cordel, a ideia de uma história de amor ou a ideia de uma trama de suspense não são propriedade intelectual de nenhum autor, assim como as ideias de um editor de texto, de uma interface gráfica de usuário, ou de um sistema operacional para telefones celulares não podem ser apropriadas por um programador. Estas últimas correspondem justamente às “características funcionais” de aplicação, encerrando “limitações de forma alternativa para a sua expressão”, que tornam um *software* adequado para desempenhar a tarefa a que se propõe, que fazem daquele *software* aquele tipo de *software*, em paralelismo ao gênero ou estilo literário. Conforme enfatiza Moniz,

Isso se explica porque o *software* não pode ser confundido com a sua materialização no código-fonte ou na forma binária. Assim, ao se optar pela proteção autoral do programa de computador, esta se dá apenas sobre a expressão das instruções em forma de texto no código, e não, sobre a ideia em si.<sup>140</sup>

Nesse contexto, pertinente destacar os jogos eletrônicos como formadores de uma categoria de *software* que, pelas suas peculiaridades, ajuda a evidenciar as semelhanças entre os programas de computador e a obra literária. Os jogos de computador têm valor em si mesmos, na experiência lúdica que proporcionam ao seu usuário, sendo que em muitos deles essa experiência se passa como uma história que é protagonizada pelo usuário, como a história de um livro de cujo enredo ele participa. A experiência do usuário de um *software* recreativo – um jogo eletrônico – é, assim, na medida em que sua compreensão não é ofuscada pelo caráter funcional da maioria dos demais tipos de programas computacionais, facilmente visualizável em sua similaridade com a experiência do leitor de uma obra literária. As ideias, funcionais ou lúdicas, por traz das expressões individualizadas nos códigos que formam um programa de computador específico, são, como os gêneros e estilos literários, inapropriáveis.

---

<sup>140</sup> MONIZ, Pedro de Paranaguá. *Software Livre como Alternativa de Desenvolvimento e de Negócio: em busca da soberania nacional* In CARVALHO, 2006, p. 501-502.

### 3. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO AUTURAL: DE AUTORES A PROPRIETÁRIOS

Advogados, juízes, professores e outros profissionais que lidam com a disciplina do direito autoral não raro costumam se limitar a uma consideração da dogmática pertinente a esse ramo do direito a partir de análises puramente lógico-rationais descritivas ou explicativas das suas instituições formais, consideradas muitas vezes como um verdadeiro corpo racional de normas que incorpora verdades óbvias e atemporais.<sup>141</sup> Quando muito, apoiam-se em algum método de interpretação ou teoria hermenêutica a fim de conferir às instituições descritas correspondência com alguma dimensão valorativa.<sup>142</sup> O estudo dogmático e acrítico do direito limita-se a reproduzir e reforçar os modelos institucionais.<sup>143</sup>

Quando a história dos direitos autorais é invocada em manuais e outras obras doutrinárias, o é geralmente com o objetivo de legitimar o sistema vigente como se este fosse o corolário de um processo evolutivo, racional e linear.<sup>144</sup> O apego ao suposto caráter natural do direito do autor, tido, ainda hoje, algumas vezes até mesmo como sagrado, ainda encontra ampla ressonância nas obras de juristas brasileiros e estrangeiros do século XX.<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup> Nessa linha, cfr.: DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 289-307; GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet: Direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 33-57; SANTOS, Lígia Carvalho Gomes dos. Direitos Autorais na Internet In SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). Internet: o direito na era virtual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 351-64; WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 158-164.

<sup>142</sup> É o que se pode verificar em GARCIA, Balmes Vega. Direito e Tecnologia: regime jurídico da ciência, tecnologia e inovação. São Paulo: LTr, 2008, p. 72-126.

<sup>143</sup> É nesse sentido que, na *Dialética Negativa* (2009), Adorno afirma – referindo-se aos padrões culturais de produção e reprodução social no século XX – que as instituições são “mais poderosas do que nunca”, e acrescenta: “O conflito não enfraquecido entre a subjetividade e as formas, sob a dominação absoluta dessas últimas, se inverte em identificação com o agressor para a consciência que se experimenta como impotente e não ousa mais transformar a instituição e seus modelos espirituais” (ADORNO, 2009, p. 87).

<sup>144</sup> Exemplos desse tipo de abordagem histórica são encontrados em GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet: Direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 28-32; MANSO, Eduardo J. Vieira. O que é direito autoral 2 ed., São Paulo: Editora Brasiliense, 1992, p. 7-18.

<sup>145</sup> Lewicki (2006, p. 282), cita alguns exemplos de estudiosos do direito brasileiro que não economizam referências a este suposto caráter natural dos direitos autorais. Para CHAVES, “a criatividade é uma centelha divina que a natureza não prodigaliza” (CHAVES, Antônio. “Plágio”. Revista de Informação Legislativa, n. 77, jan./mar. 1983, p. 404). SANTIAGO concebe o direito autoral como “o mais entranhado dos direitos humanos, dada sua concepção nas profundezas do espírito” (SANTIAGO, Oswaldo. Aquarela do direito autoral. Rio de Janeiro, s/ ed., 1946, p. 11). Com objetividade, SILVA assevera que o “Direito do Autor

Para além dos panos de fundo teóricos, esse fenómeno, segundo José de Oliveira Ascensão, é agravado por uma variável de ordem eminentemente prática:

A maioria dos autores que se especializam nessas matérias mantém vínculos profissionais com as entidades materialmente interessadas. São por exemplo, advogados de grandes empresas de *copyright*, membros de associações representativas de titulares de direitos, juristas com ligação a agentes de propriedade industrial... Como tal, tendem a exacerbar o significado dos direitos intelectuais – e nada melhor para esse efeito que apresentá-los como propriedade.<sup>146</sup>

Não seria exagero afirmar que foi construído, de forma mais ou menos deliberada, um verdadeiro mito da propriedade intelectual. Um dos objetivos deste trabalho, e especificamente deste capítulo, é reconstruir – ou desconstruir – o processo de criação desse mito: o mito do direito autoral como direito de propriedade. Como produto de escolas de pensamento jurídico que visam à proteção da “propriedade” a qualquer custo, e não enxergam nada bom a respeito de “bens públicos”, o direito autoral se desenvolveu como um meio de recompensar os ricos: o compositor de sucesso, o autor amplamente lido, a multinacional produtora de filmes. Mas o sentido do direito autoral não deveria repousar apenas na proteção dos interesses de Rupert Murdoch ou Bill Gates às expensas do resto de nós. O direito autoral deveria contemplar a preocupação com os interesses de estudantes, professores, leitores, músicos, bibliotecários, pesquisadores, escritores *freelance*, músicos emergentes e artistas experimentais.<sup>147</sup> E, consistindo em um corpo normativo que se desenvolveu historicamente de maneira altamente opaca e imprevisível, especialmente nas últimas décadas, a discussão da política de direitos autorais acaba limitada ao domínio dos especialistas que tem tempo e dinheiro para se dedicar à compreensão e manipulação do direito.<sup>148</sup>

A mitologia do direito autoral funciona como uma blindagem da estrutura estabelecida contra as demandas por mudanças apresentadas pela transformação do meio-ambiente tecnológico-social, o que não deixa de ser paradoxal, porque é possível afirmar com razoável certeza que, sugere Lewicki, “nenhum ramo do direito privado sofreu de forma tão intensa os novos influxos da tecnologia, e poucos continuam tão atados às suas

---

resulta de um fato natural: o autor deve poder dispor daquilo que criou com seu próprio trabalho” (SILVA, Dirceu de Oliveira e. O direito de autor. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956, p. 11).

<sup>146</sup> ASCENSÃO, 2007, p. 191.

<sup>147</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 5.

<sup>148</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 5.

origens.”<sup>149</sup> Para se realizar uma leitura histórica do direito autoral que não seja uma teologia<sup>150</sup> – uma reprodução de “verdades” imutáveis e dogmas – importa, atentando à indagação formulada por Walter Benjamin na sua segunda tese sobre a história – (“Não existem, nas vozes que escutamos, ecos de vozes que emudeceram?”)<sup>151</sup> – ter em vista que “falar sobre a historicidade do direito autoral não é o mesmo que contar a sua história, (...) mas sim, [descortinar] como pode vir a evoluir em circunstâncias diferentes.”<sup>152</sup> Nesse caminho, é relevante o alerta de Hespanha:

Um estudo mais preocupado com os conteúdos do que com os nomes chegará facilmente à conclusão de que, por detrás da continuidade das palavras, se verificam rupturas decisivas de conteúdo (...). O que é importante realçar é que cada instituto jurídico ou cada conceito de direito faz parte de um sistema ou contexto, do qual recebe o seu sentido. Mudando o contexto, os sentidos das peças isoladas recompõem-se, nada tendo a ver com o que elas tinham no contexto anterior. Isto mostra até que ponto são frágeis os argumentos históricos na interpretação das normas jurídicas.<sup>153</sup>

Ao se lançar tal olhar sobre a Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, pode-se compreender que aquele espaço e aquele tempo foi palco da disputa “entre direitos e costumes feudais envolvendo diferentes relações de pertencimento e o direito moderno abstrato e ‘universal’ de propriedade privada, de caráter individual e exclusivo, que estava em ampla expansão e consolidação.”<sup>154</sup> Naquele momento, começa a assumir valor “um espaço fechado ou um objeto delimitado de uso e gozo exclusivo, praticamente absoluto e restrito de um senhor, denominado proprietário, sujeito de direito.”<sup>155</sup> Foi a época dos chamados *enclosures*, ou cercamentos. A esse respeito, o historiador Edward Thompson observou que o

que muitas vezes estava em questão não era a propriedade defendida pela lei contra a não-propriedade; eram outras definições dos direitos de propriedade; para o proprietário de terras, o fechamento das terras comunais; para o trabalhador rural, os direitos comunais; para os

---

<sup>149</sup> LEWICKI, 2006.

<sup>150</sup> LEWICKI, 2006.

<sup>151</sup> BENJAMIN, 1994, p. 223.

<sup>152</sup> LEWICKI, 2006.

<sup>153</sup> HESPANHA, 1997, p. 73-74.

<sup>154</sup> STAUT JÚNIOR, 2005, p. 157.

<sup>155</sup> STAUT JÚNIOR, 2005, p. 158.

funcionários das florestas, ‘terrenos preservados’ para os servos; para os habitantes da floresta, o direito de apanhar torrões de grama.<sup>156</sup>

Essa nova forma particular de pertencimento – a propriedade privada da terra – ascendeu, na passagem à modernidade, diante de modalidades concorrentes de relacionamento econômico-social com as coisas, ao ponto de tornar-se hegemônica, e foi, assim, aquela que serviu de modelo para a regulação do que em um dado momento foi chamada de “propriedade literária”.<sup>157</sup>

Tal contextualização, ao evidenciar que a propriedade é uma mentalidade historicamente produzida,<sup>158</sup> e, sobretudo, o caráter contingente da transposição de um formato particular de relação de pertencimento – a então ascendente apropriação privada das terras – para a regulação jurídica dos direitos relacionados às obras do intelecto, permite vislumbrar que outras modalidades de pertencimento poderiam ter sido – e ainda podem vir a ser – adotadas, resgatadas, inventadas ou identificadas nas práticas econômicas, sociais e culturais, como sendo eventualmente mais adequadas à regulação jurídica dos bens imateriais.

Do ponto de vista da dogmática jurídica, o direito autoral se encontra assegurado, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo inciso XXVII do art. 5º da Constituição da República, segundo o qual “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.” Trata-se de norma com caráter eminentemente principiológico, tributária da doutrina francesa do *droit d’auteur*, intimamente ligada à ideologia individualista inerente ao liberalismo clássico e que procedeu a uma divisão do conteúdo do direito autoral em dois aspectos distintos.<sup>159</sup> De um lado haveria o aspecto moral do direito do autor, relacionado ao seu nome, sua personalidade, bem como à integridade da obra, à vedação de modificações não autorizadas. De outro, o direito patrimonial, atinente à utilização econômica das obras. Faz-se necessária, para os fins propostos, portanto, articular uma interpretação desse preceito que seja harmônica com o primado da livre expressão da atividade intelectual,

---

<sup>156</sup> THOMPSON, 1989, *apud* STAUT JÚNIOR, 2005, p. 157-158.

<sup>157</sup> “O paradigma da propriedade, para (...) os juristas do século dezoito, era a terra, e foi sobre o modelo da propriedade de terras que o conceito de propriedade literária foi formulado.” (ROSE, 2002, p. 7, tradução nossa)

<sup>158</sup> STAUT JÚNIOR, 2005, p. 166.

<sup>159</sup> STAUT JÚNIOR, 2006, p. 59.

artística, científica e de comunicação, igualmente elevada à condição de direito fundamental pelo inciso IX do mesmo art. 5º.

### 3.1. A evolução histórica do *copyright*

*“Copyright was not a product of the common law. It was a product of censorship, guild monopoly, trade-regulation statutes, and misunderstanding.”* (Lyman Ray Patterson)

O sistema anglo-saxão de regulação do que chamamos de direitos autorais não desenvolveu uma separação conceitual entre o que podemos chamar de interesses criativos, de um lado, e interesses econômicos do autor.<sup>160</sup> Ambos são combinados sob a rubrica do *copyright*.

Regra geral, a origem dos direitos autorais, no sistema anglo-saxão, costuma ser localizada em 1709-1710,<sup>161</sup> quando da promulgação da primeira lei sobre a matéria, o *Statute of Anne* (Estatuto de Anne, nome da Rainha em cujo reinado foi promulgada),<sup>162</sup> que estabelecia em 14 anos a proteção do direito de exclusividade de cópia de obras literárias e impunha aos editores uma impressão mínima para distribuição. O que pouco se noticia é o contexto em que essa lei foi editada e que tipo de relações sociais, econômicas, jurídicas e políticas prevaleciam entre autores, editores, impressores, livreiros, leitores e o próprio poder político, na Inglaterra do início do século XVIII, bem como nos séculos que a antecederam.

Conforme registra Lyman Ray Patterson, em profunda investigação histórica das raízes dos direitos autorais,

A inevitabilidade da necessidade de proteção para obras publicadas depois que a prensa móvel foi introduzida na Inglaterra em 1476 torna quase certo que, de alguma maneira não inteiramente clara, os integrantes

---

<sup>160</sup> PATTERSON, 1968, p. v.

<sup>161</sup> Na época, o primeiro dia do ano na Inglaterra era 25 de março, de modo que, editado antes desta data, e considerado o calendário vigente, o Estatuto de Anne foi promulgado ainda em 1709, embora tenha entrado em vigor já em 1710. Pelo cômputo atual, também a promulgação se deu em 1710.

<sup>162</sup> ASCENSÃO, 2007, p. 193; GANDELMAN, Henrique, 2001, p. 31; LESSIG, 2004, p. 86; PATTERSON, 1968, p. 3; ROSE, 2002, p. 46.

do comércio de livros desenvolveram alguma forma de *copyright* antes mesmo de receberem a sua Carta de Foral em 1577.<sup>163</sup>

Segundo esse autor, a linha histórica de desenvolvimento do *copyright* anteriormente à promulgação do Estatuto de Anne compreendia três principais configurações: o *stationer's*<sup>164</sup> *copyright* (regulação “privada” desenvolvida pelos próprios editores); as patentes de impressão e o controle governamental sobre a atividade de impressão de livros.<sup>165</sup>

É importante frisar que as Cortes do *common law* não tiveram participação no desenvolvimento do *stationer's copyright*.<sup>166</sup> Tratava-se de um assunto privado, contratual, que dizia respeito tão-somente aos interesses internos da *Stationers' Company*, corporação criada em 1403 para congregar os integrantes do negócio de manufatura e comércio de livros de Londres, mas que, em meados do século XVI, já havia se tornado uma corporação de editores.

A *Stationers' Company* concedia o **direito de cópia**, e uma vez que ele foi desenvolvido pelos membros da companhia e era a eles limitado, funcionava de acordo com o seu próprio interesse. Esse *copyright* primitivo era considerado perpétuo, e o proprietário [de um manuscrito] poderia publicar a obra protegida, ou arrendar, vender ou transmitir o direito de cópia, segundo os regulamentos da companhia. O propósito primário do *stationer's copyright* era proporcionar ordem à companhia, o que, com efeito, significava, ao comércio de livros, uma vez que todos os membros do comércio – encadernadores, tipógrafos, livreiros e editores – pertenciam à *Stationers' Company*. **Autores, não sendo membros da companhia, não eram elegíveis para possuir o *copyright*.** (...) o monopólio dos *stationers* significava que o seu ***copyright* era um direito apenas dos editores.** A ideia moderna do *copyright* como um direito do autor somente foi desenvolvida após o Estatuto de Anne.<sup>167</sup>

<sup>163</sup> PATTERSON, 1968, p. 4, tradução nossa.

<sup>164</sup> A tradução literal do termo *stationer* para o português é papeleiro, ou dono de papelaria. No entanto, se no início do século XV, a expressão inicialmente designava, de maneira genérica, qualquer pessoa envolvida em alguma etapa dos negócios de manufatura e comércio de livros, como encadernadores, livreiros, impressores, tipógrafos e confeccionadores de capas, a partir da introdução da prensa móvel passou a ser usada para referir designar cada vez mais aos editores. Ao tempo em que recebeu a Carta Foral que lhe garantia o monopólio do negócio de livros, no século XVI, a *Stationers' Company* já era, com efeito, uma corporação de editores (Cfr. PATTERSON, 1968).

<sup>165</sup> PATTERSON, 1968, p. 4.

<sup>166</sup> PATTERSON, 1968, p. 5; e ROSE, 2002, p. 22: “(...) não há nenhuma evidência de que o *copyright* tenha jamais sido reconhecido como um direito próprio do autor, com base no *common-law*, nos séculos dezesseis ou dezessete” (tradução nossa).

<sup>167</sup> PATTERSON, 1968, p. 5, tradução nossa, sem grifos no original.

O que hoje conhecemos como direitos autorais nasce, portanto, não como um direito de personalidade do autor de uma obra intelectual, mas como um conjunto de práticas contratuais desenvolvidas por editores e negociantes de livros em geral, para organizar a sua própria atividade econômica, e no seu próprio interesse. A vinculação do *copyright* ao autor de uma obra, como um direito derivado da relação estabelecida entre esta e o seu criador, somente vai ser desenvolvida mais tarde e, como veremos, como um recurso retórico usado pelos editores para preservar os seus próprios direitos frente a mudanças legislativas que ameaçaram a manutenção do seu modelo de negócios, ou seja, do seu monopólio.

Ao lado do *stationer's copyright* haviam as patentes de impressão<sup>168</sup>, que daqueles se diferenciavam apenas por se tratarem de uma prerrogativa real, “um direito exclusivo outorgado pelo soberano para a publicação de uma obra.”<sup>169</sup> Assim,

A patente de impressão também protegia o direito exclusivo de publicação, e nos primeiros dias da *Stationers' Company*, era ainda mais desejável do que o *copyright* da companhia: por ser uma outorga do soberano, as patentes de impressão continham suas próprias sanções e cobriam as obras mais lucrativas – bíblias, hinários, livros escolares, notavelmente o *ABC*, o primeiro livro de leitura colocado nas mãos das crianças da Inglaterra do período elisabetano e provavelmente o livro mais lucrativo do mercado.<sup>170</sup>

Gradualmente, porém, a concessão de patentes de impressão foi se tornando cada vez mais circunscrita, e à medida que a literatura inglesa se consolidava, com “autores ingleses cada vez mais produzindo obras duradouras”<sup>171</sup> o *stationer's copyright*, cuja duração era ilimitada, superou em importância as patentes de impressão.<sup>172</sup>

Uma das consequências econômicas do advento do *stationer's copyright* foi o declínio dos encadernadores e outros integrantes da cadeia produtiva literária, diante da

---

<sup>168</sup> Marc Rose identifica a primeira antecipação do *copyright* nos “privilégios de impressão” que começaram a ser concedidos a determinados indivíduos já no século XV pelo Estado veneziano, e que estava diretamente relacionada com a prática, que havia se tornado comum em Veneza, de se conceder patentes para a proteção de invenções mecânicas (ROSE, 2002, p. 9-10).

<sup>169</sup> PATTERSON, 1968, p. 5, tradução nossa.

<sup>170</sup> PATTERSON, 1968, p. 5, tradução nossa.

<sup>171</sup> PATTERSON, 1968, p.6.

<sup>172</sup> PATTERSON, 1968, p.6.

ascensão dos livreiros/editores como o elo mais poderoso da indústria de produção de livros. Encadernadores, tipógrafos e outros se tornaram empregados assalariados, em face do reajuste de forças econômicas ocasionada pela mudança no ambiente jurídico-institucional. Na medida em que os livreiros/editores detinham o *copyright*, passaram a dominar os demais elementos da cadeia produtiva. A comparação com a situação atual é inevitável. Ainda que o *copyright* tenha se transformado em um direito de autor, pelo menos no que diz com a sua justificativa, na realidade os autores de obras científicas, literárias e artísticas continuam alienados do controle da cadeia produtiva na qual seu trabalho está inserido e é transformado em mercadoria.

Como a eficácia do *stationer's copyright* dependia do poder da companhia de controlar a impressão e publicação de livros,<sup>173</sup> o apoio à censura e ao controle das impressões era usado como um instrumento para a manutenção do monopólio da reprodução de livros. Assim, a aliança entre os interesses econômicos da *Stationers' Company* em preservar e maximizar o seu monopólio do negócio de livros e os interesses dos poderes político e religioso em evitar a circulação de publicações indesejadas transformou a censura em um dos primeiros e mais importantes mecanismos usados para assegurar o cumprimento do *copyright* nos seus primórdios. O *stationer's copyright* era essencialmente um mecanismo de regulação do comércio que funcionava não só no interesse dos editores, mas também no interesse do governo. É o que esclarece Patterson:

Durante quase todo o período entre 1557 e 1709, um tempo de incessantes lutas religiosas, a censura foi uma prática política central do governo da Inglaterra. Esta política fez com que fosse conveniente para o governo delegar aos editores amplos poderes, o que foi feito de maneira crescente, até que eles se tornassem policiais da imprensa. Os editores estavam ansiosos para receber esses poderes – de fato, os solicitaram ativamente – porque eles significavam um controle mais eficaz do comércio de livros e, por conseguinte maior adesão ao seu *copyright*.<sup>174</sup>

O *stationer's copyright* era estritamente um direito de publicação e, ao contrário do conceito atual de *copyright* – um direito supostamente originado da relação que um autor

---

<sup>173</sup> PATTERSON, 1968, p. 6.

<sup>174</sup> PATTERSON, 1968, p. 6, tradução nossa.

estabelece com sua obra –, seu escopo se limitava ao direito de publicar uma obra, e nada mais. O *stationer's copyright* era “literalmente um direito de copiar.”<sup>175</sup>

O titular do *copyright* não era dono da obra em si e não era livre para alterá-la, assim como o detentor de uma patente de impressão não era livre para alterar a obra cujo privilégio de reprodução lhe havia sido concedido pelo soberano. O *stationer's copyright*, então, era um direito ao qual estava sujeita uma determinada obra, em vez de um direito de propriedade sobre a propriedade da obra em si, tal como hoje.<sup>176</sup>

Para os membros da *Stationers' Company*, o *copyright* era essencialmente e tão-somente uma “propriedade econômica, um direito que protegia de concorrentes o seu investimento.”<sup>177</sup> Certamente não abrangia o conjunto de prerrogativas e direitos normalmente reconhecidos como compreendidos no conceito de propriedade como usar, fruir e dispor da obra, tampouco se preocupava com as questões próprias à personalidade do autor. De fato, como ressalta Eagleton,

Os editores dos séculos 17 e 18 amiúde publicavam livros cuja autoria real era desconhecida até mesmo deles. Manuscritos frequentemente eram deixados nas editoras no meio da noite, por intermediários disfarçados.<sup>178</sup>

Nesse cenário, a não ser quando fosse necessária a identificação do autor de uma obra a fim de saber quem deveria ser processado por heresia ou sedição, não interessavam ao Estado, e muito menos aos editores, as questões relativas à autoria literária.<sup>179</sup> Também não era incomum que os direitos sobre grandes “propriedades literárias” fossem distribuídos entre diversos membros da Companhia<sup>180</sup>, divididos em partes que eram negociadas entre eles, como se fossem ações de uma empresa: um único autor particularmente lucrativo facilmente se tornava fonte de propriedade para vários livreiros.

É somente à luz desse contexto, em que vigorava, desde o momento em que comprava o manuscrito do autor, um monopólio perpétuo do editor sobre os direitos de

<sup>175</sup> PATTERSON, 1968, p. 9, tradução nossa.

<sup>176</sup> PATTERSON, 1968, p. 10, tradução nossa.

<sup>177</sup> PATTERSON, 1968, p. 10.

<sup>178</sup> EAGLETON, 2008.

<sup>179</sup> EAGLETON, 2008. A mesma tendência se verificou na Veneza do século XVI, onde a primeira legislação a tratar da publicação de obras literárias instituiu um sistema de censura prévia à concessão de privilégios de impressão (ROSE, 2002, p. 11).

<sup>180</sup> ROSE, 2002, p. 120. Era o caso, por exemplo, de obras de autores famosos como o poeta e dramaturgo William Shakespeare ou o poeta e ensaísta John Milton.

publicação de obras literárias, que o significado do Estatuto de Anne pode ser bem compreendido, a começar pelo fato de que, ao contrário do que afirmam em coro a maioria dos manuais, o Estatuto de Anne não foi a primeira lei sobre direitos autorais. O ponto é frisado por Patterson:

O Estatuto de Anne não foi a primeira lei inglesa sobre *copyright*, porque os prévios Decretos da *Star Chamber*, as ordenações relativas à censura durante o *Interregnum*, e o *Licensing Act* de 1662 foram normas tanto sobre *copyright* quanto censura.<sup>181</sup>

Quando o Estatuto de Anne foi promulgado, o único conceito de *copyright* conhecido pelos legisladores era o *stationer's copyright*. E o problema que pretendia enfrentar não era criar um novo *copyright*, e sim limitar o antigo, no intuito de acabar com o monopólio no comércio de livros. Na prática, havia apenas duas principais diferenças entre os dois *copyrights* – o novo *copyright* estatutário e o antigo *copyright* privado –, mas eram justamente essas diferenças que investiam diretamente contra o monopólio dos editores: a) o *copyright* estatutário estabelecia um prazo limitado de quatorze anos de duração para os livros que vierem a ser publicados (vinte e um anos para os livros já existentes), renovável por igual período a critério do autor; e b) a titularidade do *copyright* estatutário estava disponível para qualquer um, não apenas para os membros da *Stationers' Company*.<sup>182</sup>

Com efeito, não há nada no Estatuto de Anne que permitisse concluir tenha sido ali definido ou reconhecido propriamente algum direito especial de propriedade dos autores sobre suas obras. O *copyright* do Estatuto de Anne não era um direito do autor, porque sequer o conceito fazia parte do universo simbólico dos legisladores da época, bem como porque era outro o objetivo específico e declarado da legislação. De um lado, o condicionamento da renovação do termo de *copyright* à anuência do autor era apenas um mecanismo para obstaculizar a renovação do monopólio. De outro, a titularidade do *copyright* de uma obra somente passou a poder pertencer ao seu próprio autor na medida em que esta agora não estava mais restrita apenas aos membros da *Stationers' Company*, mas disponível para qualquer um. É o que explica Patterson:

---

<sup>181</sup> PATTERSON, 1968, p. 12, tradução nossa.

<sup>182</sup> PATTERSON, 1968, p. 13.

Quanto ao primeiro ponto, o autor estava sendo usado como um instrumento contra os monopolistas, para impedi-los de obter a renovação do termo de duração. Quanto ao segundo, o autor podia possuir o *copyright* apenas em virtude do fato de que qualquer um era agora eligível para ostentar *copyright*. Os procedimentos necessários para um autor obter o *copyright* da sua própria obra não eram em nada diferentes daqueles requeridos por qualquer outra pessoa.<sup>183</sup>

De fato, a lei beneficiava os autores na exata medida em que favorecia a sociedade, e não erigindo um suposto direito autoral de exclusão, em detrimento de uma demanda social por acesso a obras criativas. Mas as transformações pelas quais passaria a estrutura econômica dos direitos autorais nos séculos seguintes situaram em pólos opostos os direitos de exclusividade sobre a obra e o direito da sociedade de ter acesso aos produtos da criação artística, literária e científica.

A rigor, o Estatuto de Anne nem mesmo era uma lei sobre direitos autorais. O *copyright* é nele usado como um mecanismo de regulação de uma atividade econômica. O seu propósito foi a organização de uma atividade econômica, o comércio de obras literárias, na qual se buscava prevenir o surgimento de monopólio.<sup>184</sup>

Pode-se dizer que o Estatuto de Anne foi um mecanismo jurídico de regulação econômica norteado por dois interesses em conflito que buscou conciliar. De um lado, o Estatuto, ao pretender extinguir o monopólio existente no mercado de obras literárias, promovia o interesse da sociedade em um ambiente mais competitivo no mercado editorial. De outro, ao conferir proteção legal – até então inexistente – ao *copyright*, tornava mais efetiva a proteção dos editores contra a concorrência de cópias não-autorizadas. Em nenhuma dessas demandas, que o Estatuto se propôs a conciliar, é possível identificar ou reconhecer, para além dos interesses da sociedade em se ver livre de um monopólio perpétuo nocivo e dos interesses econômicos dos editores e mercadores de livros no que diz respeito à concorrência, qualquer tipo de interesse próprio e particular dos autores.

Antes do Estatuto da Rainha Ana, uma vez que os editores tivessem comprado o manuscrito do autor, tinham, segundo o *stationer's copyright*, monopólio perpétuo de impressão da obra. Evidencia-se, aqui, que o objetivo dessa lei não foi reconhecer e tampouco ampliar o *copyright*, mesmo porque tal já era reconhecido, e em termos

---

<sup>183</sup> PATTERSON, 1968, p. 13, tradução nossa.

<sup>184</sup> PATTERSON, 1968, p. 14.

praticamente absolutos, seja na forma do *copyright* contratual criado pela *Stationers' Company* ou dos privilégios de impressão concedidos pela Coroa, mas estabelecer, rompendo com a tradição, pela primeira vez, os seus limites. E, ao fazê-lo, é pela primeira vez reconhecida a existência do que se conhece por domínio público, identificado com a esfera de interesse social em relação à qual não poderiam os interesses econômicos relacionados às obras artísticas, científicas e literárias permanecer eternamente imunes.

Não é porque a formulação inicial do sistema anglo-americano do *copyright* carecia de qualquer preocupação com os direitos dos autores que estes não passaram a ser contemplados durante o seu desenvolvimento histórico. Patterson aponta o século XVIII como um dos períodos de maior desenvolvimento do *copyright*, um período no qual este passou por transformações tão profundas que de um direito do editor passou a ser efetivamente um direito do autor.<sup>185</sup> Esse desenvolvimento se deu sobretudo pela via da construção retórica e jurisprudencial, durante uma sucessão de episódios que ficou conhecido como a Batalha dos Livreiros, e no fim da qual o *copyright* havia passado a ser identificado como um direito dos autores.

Ocorre que, após a expiração do período de vinte e um anos de monopólio previsto pelo Estatuto de Anne para as obras literárias já publicadas, os editores tentaram se mobilizar para restaurar a perpetuidade do seu monopólio. Ao falharem nas tentativas de *lobby* por uma nova legislação, recorreram aos Tribunais.<sup>186</sup> E o argumento que usaram perante as Cortes para justificar um monopólio perpétuo do seu direito de exclusividade de publicação de uma obra era baseado na construção da ideia de que

O autor (...) tinha, com base no *common-law*, um *copyright* perpétuo sobre sua obra, fundado nos seus direitos naturais, uma vez que foi ele quem a criou. Tendo este *copyright* baseado no *common-law*, que existia independentemente do *copyright* estatutário, o autor poderia transmiti-lo ao editor.<sup>187</sup>

A produção historiográfica sobre a Inglaterra dos séculos XVII e XVIII<sup>188</sup> fornece elementos para situar esse embate particular entre o *copyright* estatutário e um suposto *copyright* fundado no *common law* dentro do contexto mais amplo das disputas políticas e

---

<sup>185</sup> PATTERSON, 1968, p. 8.

<sup>186</sup> PATTERSON, 1968, p. 15.

<sup>187</sup> PATTERSON, 1968, p. 15, tradução nossa.

<sup>188</sup> Sobre as turbulências políticas e sociais do período, cfr.: HILL, 1997; PAIXÃO & BIGLIAZZI, 2008.

tensões sociais provocadas pelas transformações econômicas da época. Nesse período, o discurso em favor da autoridade do *common law* – então esvaziada diante da crescente utilização pela monarquia Tudor de outros meios de jurisdição, como os tribunais da *equity*, notavelmente a *Star Chamber*<sup>189</sup> – foi reabilitado como instrumento político-ideológico de contraposição parlamentar ao crescente uso da doutrina da prerrogativa real pela dinastia Stuart, e teve em Edward Coke seu defensor mais destacado.<sup>190</sup> Apesar da absoluta inexistência de evidência histórica capaz de fundamentar essa tese<sup>191</sup>, o *common law*, segundo reinterpretado por Coke, remeteria à tradição, aos costumes imemoriais do reino,<sup>192</sup> consubstanciadores da chamada *constituição antiga*, e assumia, assim, traços de verdadeiro mito de fundação<sup>193</sup> em cuja crença se buscava afirmar “algo imune à ação da prerrogativa do monarca.”<sup>194</sup>

Uma vez que as cortes aceitassem a existência de um *copyright* perpétuo do autor em face do *common law*, diante do qual as limitações impostas pelo Estatuto de Anne não pudessem prevalecer, os livreiros teriam sido bem sucedidos em ressuscitar o *stationer's copyright*, e seu caráter perpétuo, apenas sob um nome diferente, estando assegurado o seu monopólio.<sup>195</sup> Inicialmente, a estratégia de vincular os seus direitos a supostos direitos naturais dos autores protegidos sob o *common law*, fez com que os livreiros fossem bem-sucedidos no seu intento. Em 1769, no caso *Millar v. Taylor*, a *Court of King's Bench* aceitou, por maioria de três votos a um, o argumento baseado no reconhecimento do *copyright* sob o *common law* como um direito natural do autor.<sup>196</sup> Interessante notar, aqui, que antes desse precedente, não há nenhum registro de que o *copyright* jamais tenha sido objeto de construção judicial pelo sistema do *common law*, tratando-se, isto sim, como visto, uma criação privada da *Stationers' Company*. Não obstante, inaugurou-se aí toda uma tradição doutrinária fundada na crença que reconhece a existência de um *copyright* amparado pelo *common law* anterior à sua regulação estatutária.

---

<sup>189</sup> PAIXÃO & BIGLIAZZI, 2008, p. 65-66.

<sup>190</sup> PAIXÃO & BIGLIAZZI, 2008, p. 72.

<sup>191</sup> PAIXÃO & BIGLIAZZI, 2008, p. 70.

<sup>192</sup> PAIXÃO & BIGLIAZZI, 2008, p. 69-70.

<sup>193</sup> HILL, 1997.

<sup>194</sup> PAIXÃO & BIGLIAZZI, 2008, p. 69-70.

<sup>195</sup> PATTERSON, 1968, p. 15.

<sup>196</sup> PATTERSON, 1968, p. 15.

Embora não tenha havido recurso contra a decisão do caso *Millar*, cinco anos depois esse precedente foi revertido pela Câmara dos Lordes, no julgamento do caso *Donaldson v. Beckett*, que viria a se tornar o ponto de referência histórico para a transformação semântica e conceitual do *copyright*.<sup>197</sup> Patterson analisa essa engenhosa decisão da seguinte maneira,

Eles [os Lordes] se defrontaram com um monopólio opressivo, que continuava em flagrante desconsideração às limitações impostas pelo Estatuto de Anne; e com a ideia, tão firme e claramente delineada no caso *Millar*, de que um autor, como criador, tem direitos naturais sobre sua obra que deveriam ser reconhecidos pelo direito. Sua solução foi simples: eles admitiram os direitos naturais do autor sobre sua obra até o momento da publicação, reconhecendo pela primeira vez o assim chamado *common-law copyright*. Então, limitaram a sua proteção, após a publicação, aos termos do *copyright* estatutário.<sup>198</sup>

Uma alteração sutil, porém profunda, no significado do *copyright* após o julgamento do caso *Donaldson v. Beckett*, é que ele “passou a ser considerado o monopólio sobre uma obra, em vez de ser a base para o monopólio do comércio de livros.”<sup>199</sup> Este precedente, apesar de confirmar a limitação do prazo de duração do *copyright*,<sup>200</sup> foi a base para uma compreensão do seu objeto que implicou o alargamento do seu escopo. Não mais se trata apenas do direito de copiar e publicar obras com exclusividade. Situada a origem do *copyright* do autor no simples fato da criação da obra, “a **propriedade da obra** em si, uma matéria que permanecera ignorada sob o *stationer’s copyright*, viria a ser reconhecida como existente na pessoa do autor.”<sup>201</sup> Em razão da importância dessa decisão para toda a construção conceitual da disciplina do direito autoral desenvolvida desde então até os dias de hoje, revela-se oportuno destacar com alguma minúcia alguns de seus aspectos.

<sup>197</sup> Não deixa de ser significativo que em nenhum desses casos, *Millar v. Taylor* e *Donaldson v. Beckett*, autores eram partes litigantes. Os interesses em conflito eram, de um lado, os dos livreiros de Londres, que buscavam preservar o *stationer’s copyright*, e, de outro, livreiros e editores independentes – principalmente escoceses – que viam uma oportunidade de negócios na liberdade de reimpressão de títulos populares cujo prazo de duração do direito exclusivo dos respectivos titulares, na forma do Estatuto, haveria expirado (ROSE, 2002, p. 5).

<sup>198</sup> PATTERSON, 1968, p. 16, tradução nossa.

<sup>199</sup> PATTERSON, 1968, p. 16, tradução nossa.

<sup>200</sup> “As obras de Shakespeare, Bacon, Milton Bunyan, e outros, todas as grandes propriedades do comércio que os livreiros haviam se acostumado a tratar como latifúndios privados, foram subitamente declaradas *commons* abertos” (ROSE, 2002, p. 97, tradução nossa).

<sup>201</sup> PATTERSON, 1968, p. 16, tradução nossa, sem grifos no original.

Em 1774, os casos submetidos à apreciação da Câmara dos Lordes eram decididos pelo votos de todos os seus membros, fossem juristas ou leigos.<sup>202</sup> Em casos considerados como sendo de maior relevância, no entanto, o escrutínio dos lordes era precedido por uma consulta a um colegiado formado pelos doze juízes integrantes das cortes do *common law* – os juízes do *King's Bench* (ou Tribunal do Banco do Rei), da *Court of Common Pleas* (ou Tribunal das Causas Comuns) e do *Exchequer* (Tribunal do Tesouro)<sup>203</sup> – que eram então convocados à Alta Casa do Parlamento para “ouvir os argumentos dos advogados e entregar a sua opinião em questões de direito, após o que os lordes debateriam e votariam a matéria.”<sup>204</sup> Assim, ouvidas as sustentações dos advogados de ambas as partes,

o *Lord Chancellor Apsley* colocou três questões para os juízes. Primeiro, o autor possui, no *common-law*, um direito de controle sobre a primeira publicação de sua obra? Segundo, o direito do autor, acaso existente, sobrevive à publicação? Terceiro, se o direito sobrevivesse à publicação, era suprimido pelo estatuto [de Anne]?<sup>205</sup>

À primeira questão, o painel de juízes, respondeu, por oito votos a três,<sup>206</sup> favoravelmente à tese de que o *common law* confere ao autor o direito de controle sobre sua obra. Por sete votos a quatro, entenderam os juízes, em relação à segunda pergunta, que esse direito permanece após a publicação da obra. Mas, por seis votos contra cinco, consideraram que o seu exercício poderia ser e efetivamente era limitado aos termos e condições estabelecidas no Estatuto de Anne.<sup>207</sup> A opinião dos juízes tinha caráter apenas consultivo, cabendo a decisão final ao voto de toda a Câmara dos Lordes reunida que, não obstante ter decidido, igualmente, “declarar (...) que o direito autoral doravante seria limitado na sua duração”,<sup>208</sup> não se ocupou em formular uma fundamentação ou justificar sua posição com base em alguma teoria sobre a natureza do direito autoral. A resposta à

---

<sup>202</sup> ROSE, 2002, p. 97.

<sup>203</sup> PAIXÃO & BIGLIAZZI, 2008, p. 29.

<sup>204</sup> ROSE, 2002, p. 98, tradução nossa.

<sup>205</sup> ROSE, 2002, p. 98, tradução nossa.

<sup>206</sup> Apenas onze juízes votaram. Mark Rose explica que o Lorde Mansfield se absteve de votar porque o caso em apreço se tratava de um recurso contra decisão do seu Tribunal (ROSE, 2002, p. 99).

<sup>207</sup> ROSE, 2002, p. 98; PATTERSON, 1968, p. 176.

<sup>208</sup> ROSE, 2002, p. 103, tradução nossa.

questão da propriedade literária, apresentada à autoridade dos lordes, não foi acompanhada, portanto, de uma justificativa.<sup>209</sup>

*Donaldson v. Beckett* fixou, finalmente, a base legal para a limitação do prazo de duração dos direitos autorais,<sup>210</sup> contestada pelos editores desde a sua instituição, pelo Estatuto de Anne, mais de sessenta anos antes. Mas os intensos debates sobre a questão dos direitos autorais que precederam essa decisão, e, principalmente, os que a sucederam, assim como a forma pela qual veio a ser compreendida e interpretada ao longo do tempo, também permitem considerá-la como o marco de confirmação da noção do autor como uma espécie de proprietário.

Resultado disso é o que pode ser chamado “dilema conceitual do direito autoral moderno”<sup>211</sup>: a circunstância de os direitos autorais serem tidos como um direito “natural” derivado do vínculo existente entre a obra e a própria personalidade do autor e, ao mesmo tempo, um monopólio sobre a exploração econômica de uma obra.<sup>212</sup> Depois que o *copyright* se tornou um direito do autor, foi inevitável que cessasse de ser apenas um direito ao qual uma determinada obra estava sujeita e viesse a compreender a totalidade dos interesses do autor sobre a sua obra. E mais do que isso:

De um lado, o autor tinha um direito natural aos lucros da sua obra; de outro, era errado que um livro útil se tornasse “propriedade perpétua e exclusiva”; portanto o autor deve comprar a proteção da sociedade, renunciando a tanto do seu direito quanto deva ser considerado prejudicial ou inconveniente à sociedade.<sup>213</sup>

Sob certo ângulo, a decisão em *Donaldson v. Beckett* foi compreendida e desenvolvida como um compromisso entre o interesse do autor – ou, mais precisamente, dos editores – e a necessidade da sociedade, embora essa perspectiva não tivesse sido articulada pelos próprios lordes, que apenas resolveram a questão prática da perpetuidade colocada diante deles.

---

<sup>209</sup> Mark Rose observa, com base no exame dos registros dos debates ocorridos, que embora muitos lordes possam ter votado com base nesta ou naquela teoria jurídica, muitos outros estavam menos preocupados com os fundamentos do que com os resultados práticos do que viria a ser decidido (ROSE, 2002, p. 98-103).

<sup>210</sup> ROSE, 2002, p. 99.

<sup>211</sup> PATTERSON, 1968, p. 222.

<sup>212</sup> Na doutrina que segue a tradição européia continental do *droit d’auteur*, a solução para problema equivalente ao dilema conceitual do *copyright* é apresentada na forma da teoria dualista dos direitos autorais, segundo a qual os seus aspectos morais e patrimoniais são complementares e interdependentes.

<sup>213</sup> ROSE, 2002, p. 108.

Porém, sendo abrangidos na mesma instituição – o *copyright* – tanto os interesses dos autores quanto os dos editores ou de qualquer outro terceiro, tornou-se impossível o desenvolvimento de um direito que protegesse satisfatoriamente os interesses do autor na obra em virtude da sua condição de criador (autor enquanto autor), diferenciando-os plenamente dos interesses patrimoniais (autor enquanto proprietário). Ressalte-se, nesse sentido, que tampouco a tradição romano-germânica, que elaborou uma distinção conceitual explícita entre os direitos morais e patrimoniais do autor, se revela satisfatória quando o exame minucioso da sua estrutura evidencia que o chamado aspecto moral dos direitos autorais, nesse regime, normalmente fica reduzido, a exemplo da identificação do *copyright* com um pretense direito natural reconhecido pelo *common law*, a uma estratégia discursiva de legitimação e racionalização de um determinado modelo adotado para a sua exploração econômica.

O conceito moderno de *copyright*, tributário das transformações conceituais que sofreu ao longo da história, e especialmente durante os séculos XVIII e XIX, encerra não só o aspecto patrimonial do controle sobre a reprodução da obra, como absorveu a ideia de um direito vinculado à personalidade do autor, sendo defensável a sua equivalência ao reconhecimento dos direitos morais na tradição francesa do *droit d'auteur*. Nesse sentido, já em 1961, o Relatório sobre o Registro de *Copyright* elaborado por ocasião da quarta revisão geral do U.S Copyright Act pelo *United States Committee on the Judiciary*, comissão permanente da *House of Representatives* dos Estados Unidos, definia o *copyright* como “um dispositivo legal para **conferir aos autores direito exclusivo** de exploração comercial das suas obras, com certas características de direitos de propriedade, **direitos de personalidade** e monopólio”.<sup>214</sup> Assim,

O *copyright* de hoje, sendo um direito do autor, abrange todo o interesse relativo à propriedade de uma obra. Ele confere ao titular do *copyright*, teoricamente o autor, o direito de publicar a obra, de alterá-la, de nela fazer mudanças da maneira que melhor lhe convir, de elaborar obras derivadas, e de prevenir terceiros de também o fazerem.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> Staff of House Comm. on the Judiciary, 87th Cong. 1<sup>st</sup> Sess., Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law (Comm. Print 1961), *apud* PATTERSON, 1968, tradução nossa, sem grifos no original.

<sup>215</sup> PATTERSON, 1968, p. 11, tradução nossa.

Em síntese, o *stationer's copyright* era um direito com escopo bastante limitado e duração ilimitada. Tratava-se literalmente apenas de um direito de exclusividade para a confecção de cópias de uma obra literária, mediante a utilização de uma determinada tecnologia, a prensa móvel, e constituía um monopólio perpétuo. A introdução do *copyright* estatutário pelo Estatuto de Anne, com o objetivo declarado de regular o mercado bibliográfico procurou conferir, a um direito cujo escopo era limitado, uma duração também limitada, ao reconhecer a existência de um interesse social na eliminação do monopólio então existente no comércio de livros.<sup>216</sup> O desfecho da Batalha dos Livreiros, deflagrada contra os limites impostos pelo *copyright* legal, conduziu à construção jurisprudencial de um direito com escopo ilimitado, porquanto fundado na relação “natural” estabelecida entre o autor e a sua criação, preservando, contudo, a duração limitada. No entanto, o *copyright* acabou sendo redefinido como um direito do autor (não mais do editor) e como um monopólio sobre todos os usos possíveis de uma obra (não mais um monopólio sobre a reprodução e venda de cópias), ainda que com duração limitada.

Ainda que redefinido em termos de um direito do autor, o direito autoral não se restringe à intitulação dessa figura com determinados direitos – mesmo porque essa jamais foi a intenção dos editores ao elaborarem a doutrina do *copyright* como direito natural reconhecido pelo *common law*, e sim o meio utilizado por eles para seus próprios fins. E, na prática, a operacionalização dessa transformação conceitual resultou exatamente na ampliação dos direitos exercidos pelos editores. O titular do *copyright*, seja lá quem fosse (não apenas o autor), passou a ter total controle sobre a obra protegida. Por fim, sucessivas modificações ampliaram a tal ponto o prazo de duração dos direitos autorais que o transformaram no que é hoje, um direito com escopo ilimitado e duração virtualmente também ilimitada.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> Vale mencionar que já no preâmbulo do Estatuto é afirmado tratar-se de uma norma que tem por justificativa “o incentivo ao aprendizado” (“*An Act for the Encouragement of Learning*”).

<sup>217</sup> À consideração de que um monopólio cuja duração mínima é de cinquenta anos após a morte do autor, no caso das obras literárias, ou de cinquenta anos após a publicação, no caso de programas de computador (TRIPS e Convenção de Berna), embora seja formalmente limitado no tempo, é, para efeitos práticos, virtualmente perpétuo.

REGIME	ESCOPO	DURAÇÃO
<i>Stationer's Copyright</i>	Limitado	Ilimitada
<b>Estatuto de Anne</b>	Limitado	Limitada
<i>Donaldson v. Beckett</i>	Ilimitado	Limitada
<b>Direito Autoral Contemporâneo</b>	Ilimitado	Ilimitada

Tabela 1 – elaborada pelo autor

Como resultado, jamais houve, como agora, em toda a história, uma situação em que a maior parte da cultura de uma sociedade estivesse assentada sobre conteúdo protegido por normas de propriedade intelectual, a exigir o licenciamento, junto aos respectivos proprietários, de quaisquer usos postulados de conteúdos culturais, seja para a sua reprodução ou para a produção de conteúdos derivados. Lawrence Lessig chama atenção para o fato de que “nunca o *copyright* protegeu um leque tão grande de direitos contra um leque tão grande de atores, por um período tão longo”<sup>218</sup>, constatação que impõe sérias dificuldades e desafios à garantia constitucional que assegura a liberdade da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independente de censura e licença (art. 5º, IX, da Constituição da República), bem como ao exercício dos direitos sociais de acesso à cultura, à informação e ao conhecimento, que podem ser extraídos dos arts. 215, 216, 218 e 220 da Constituição brasileira.<sup>219</sup>

<sup>218</sup> LESSIG, 2004, p. 179.

<sup>219</sup> “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:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

(...)

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

(...)

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

### 3.2. O *droit d'auteur* e a doutrina dos direitos morais do autor

Muito embora somente a partir do final do século XVIII, sobretudo após a Revolução Francesa, tenham sido desenvolvidas, na tradição romano-germânica, as categorias jurídicas relativas aos direitos de personalidade do autor, a doutrina hegemônica tradicional sobre os direitos autorais se esforça em fazer remontar seus pressupostos ao próprio surgimento da representação gráfica, da escrita e da música nas sociedades pré-modernas, com as primeiras técnicas de registro de informação em suportes físicos e produção de cópias de tais registros.<sup>220</sup> Como é típico desse tipo de trabalho, apela-se para a invocação de instituições e elaborações jurídicas de outros tempos, com uma predileção especial para o direito romano, em um exercício de buscar assentar a autoridade das instituições modernas em figuras históricas homônimas, esquecendo-se, nesse processo, da precisa lição de Hespanha:

Realmente, conceitos como pessoa, família, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente relacional ou local.<sup>221</sup>

Na verdade, se de um lado a questão do direito sobre a confecção de cópias de uma obra nem sequer poderia ter muita relevância antes da disseminação da tecnologia da prensa de tipos móveis, na passagem da Idade Média para a modernidade, uma vez que os

---

(...)

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

(...)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

<sup>220</sup> Representativos dessa abordagem, GANDELMAN, 2001, p. 28-29, situa as raízes do direito autoral na introdução da escrita na Grécia antiga; e MANSO, 1987, p. 8-9, não só procura vincular o direito autoral a determinadas instituições do direito Romano, como chega a afirmar, retroagindo a algo como o “início dos tempos”, que “a consciência, porém, de que essas coisas incorpóreas haveriam de ser reconhecidas como bens de seus autores sempre existiu”.

<sup>221</sup> HESPANHA, 1997, p. 15.

meios disponíveis não permitiam a reprodução de obras intelectuais em escala economicamente relevante<sup>222</sup>, de outro, as próprias categorias semânticas que permitiram o delineamento dos chamados direitos de personalidade somente começaram a ser desenvolvidas, conforme analisado por Dumont (1985), a partir da predominância das noções, dos valores e das instituições do individualismo,<sup>223</sup> sendo aos poucos incorporadas ao imaginário cultural do Ocidente à medida em que ganhava espaço essa ideologia, originada com o *cogito* cartesiano e levada às últimas consequências sobretudo por Kant e Fichte<sup>224</sup> – autonomia da vontade individual.

A construção do conceito de direitos morais do autor, que levou à criação, nos sistemas jurídicos romano-germânicos, da teoria dualista dos direitos autorais, segundo a qual os seus aspectos morais e patrimoniais são complementares e interdependentes, se confunde com o próprio processo de construção e individualização do significado de autoria: “o reconhecimento de que o interesse de um autor em controlar a publicação dos seus textos não é necessariamente o mesmo que reconhecer um direito de propriedade no sentido de um interesse econômico em uma mercadoria inalienável.”<sup>225</sup>

O direito autoral europeu desenvolveu, assim, com o conceito de *droit moral*, a noção de que ao lado dos direitos de propriedade do autor existiria um corpo separado de “direitos de personalidade”, incluindo: o direito de controlar a primeira publicação, o direito de ser reconhecido como autor, e o direito de ter assegurada a integridade da obra. A elaboração destas ideias levou a questionamentos sobre os aspectos patrimoniais do direito de autor e sua relação de complementaridade e dependência com os chamados direitos morais. Rose noticia que mesmo na França, os direitos morais somente foram sistematicamente reconhecidos por meio da interpretação judicial, durante o século XIX, do direito autoral que fora anteriormente editado nos moldes de um direito típico de

---

<sup>222</sup> Na Antiguidade e durante toda a Idade Média, os livros eram copiados à mão, razão pela qual era sempre diminuto o número de exemplares reproduzidos, e extremamente custoso o processo de cópia. Este estado de coisas pouco ou nada mudaria durante séculos, de tal forma que, no início do século XV, um monge levava, em média, vinte anos, para produzir uma única cópia manuscrita da Bíblia (Cfr.: WIKIPEDIA, Colaboradores da. *Johann Gutenberg* In *Wikipedia, The Free Encyclopedia*; 07/06/2008. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Johann\\_Gutenberg](http://en.wikipedia.org/wiki/Johann_Gutenberg)>).

<sup>223</sup> “O indivíduo agora está no mundo, e o valor individualista reina sem restrições nem limitações.” (DUMONT, 1985, p. 63.)

<sup>224</sup> SIMMEL, 2005.

<sup>225</sup> ROSE, 2002, p. 18.

propriedade pelos legisladores franceses do século XVIII.<sup>226</sup> O autor sugere, assim, que a elaboração da teoria dualista do direito autoral foi um recurso de justificação do direito de propriedade literária – o aspecto patrimonial do direito autoral – com base nas teorias personalísticas sobre a natureza desses direitos (de propriedade), então prevalentes.

De qualquer modo, na França, a evolução da doutrina jurídica sobre o direito de autor permaneceu intimamente ligada à ideologia individualista inerente ao liberalismo, cuja ascensão culminou com a Revolução de 1789. O discurso sobre o direito de autor levou à sua caracterização como modalidade de direito fundada na personalidade individual, do que decorre a primazia do autor sobre a obra. Daí porque não se falar em *copyright* (direito de cópia), mas em direito do autor, inerente ao indivíduo, ao seu espírito. No direito francês, o *droit d'auteur* foi justificado, antes de tudo, como um direito moral,

o direito que o autor tem ao ineditismo, à paternidade, à integridade de sua obra, que não pode ser modificada sem o seu expresso consentimento. Mesmo que um autor ceda todos os direitos patrimoniais referentes à sua obra, ele conserva em sua esfera esses direitos morais, que são inalienáveis e irrenunciáveis.<sup>227</sup>

Na nova ordem política e jurídica estabelecida após a Revolução Francesa essa construção conceitual foi uma exigência da ideologia reinante para que pudessem ser preservados os direitos de exclusividade sobre as obras literárias, historicamente referidos a patentes e privilégios de impressão. Conforme salienta Ascensão:

Mas, como é sabido, a Revolução Francesa foi em primeira linha orientada pelos homens da pena – portanto, os principais interessados na proteção dos escritos. Rapidamente engendraram uma justificação da proteção que lhes interessava. Esta passava pelo recurso à propriedade.<sup>228</sup>

O direito autoral não podia ser apresentado como uma reencarnação dos antigos privilégios concedidos pela Coroa, porque “a Revolução proclamou a abolição de todos os privilégios”.<sup>229</sup> Era necessário que fosse qualificado, à luz do discurso jusfilosófico dominante, como direito de propriedade, então alçada, pelo art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, à estatura de “direito inviolável e sagrado”. A construção da propriedade intelectual pretendia fundar-se, assim, na “ligação da obra ou da

---

<sup>226</sup> ROSE, 2002, p. 18.

<sup>227</sup> GANDELMAN, 2001, p. 32.

<sup>228</sup> ASCENSÃO, 2007, p. 193.

<sup>229</sup> ASCENSÃO, 2007, p. 193.

invenção à personalidade ou engenho do criador ou inventor.”<sup>230</sup> O aspecto moral do direito autoral foi produzido pelo novo discurso de justificação para servir como o elemento de ligação lógico-racional entre a personalidade individual do autor e a preservação do interesse patrimonial em ter assegurada a exclusividade da exploração econômica da obra. Na prática, os direitos morais acabam funcionando muito mais como um recurso retórico erigido com o fim de constituir um *status* de imunidade crítica, de sacralidade, ao direito autoral, com vistas a incrementar simbolicamente a força e a legitimidade do seu aspecto patrimonial, que é o plano no qual são travadas relações jurídicas envolvendo os direitos autorais no mundo real.<sup>231</sup>

Sem embargo do que até aqui foi dito, de modo geral, é acertado afirmar que as principais categorias normativas norteadoras do direito autoral (*droit d'auteur*), tal como as compreendemos, são, ainda hoje, frutos desse liberalismo imperante no século XIX:

(...) 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.<sup>232</sup>

Em 1791, a República da França publicou lei regulamentando a representação pública de obras nos teatros franceses, e em 1793 foi editada lei para regulamentar a sua reprodução, declarando que “os autores dos escritos de qualquer gênero (...) gozarão, durante a vida inteira, do direito exclusivo de vender, fazer vender, distribuir suas obras (...)” bem como “seus herdeiros ou cessionários gozarão do mesmo direito durante o espaço de dez anos após a morte dos autores.”<sup>233</sup> No Brasil, seguidor da tradição francesa, não deixa de ser significativo que os dois primeiros documentos legais a prever normas de proteção de direitos autorais foram o Código Criminal de 1830 e em seguida o Código Penal de 1890. Quimericamente, a criminalização de condutas consideradas violadoras dos

---

<sup>230</sup> ASCENSÃO, 2007, p. 194.

<sup>231</sup> No mesmo sentido, STAUT JÚNIOR, 2006, p. 61-63, afirma, a respeito da discussão sobre a duplicidade dos direitos autorais, compreendendo um direito moral e um direito patrimonial, que “a sua influência não chega a atingir os efeitos práticos da regulação jurídica realizada por meios legislativos específicos”, sendo certo que “tanto em uma quanto em outra dessas categorias jurídicas comparecem como elementos centrais o sujeito e sua propriedade.”

<sup>232</sup> LEMOS, 2008, p. 8.

<sup>233</sup> MANSO, 1987, p. 14.

direitos de autor precedeu à própria definição legal do direito respectivo.<sup>234</sup> Apenas em 1891, com a primeira Constituição Republicana, o Brasil editou normas garantidoras que reconheceram os direitos autorais, dispondo o seu art. 72, § 26:

Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

Em 1973 foi editada a Lei nº 5.988, chamada simplesmente de Lei dos Direitos Autorais – LDA, que pela primeira vez regulou de forma ampla e autônoma os direitos autorais no Brasil, e vigorou até 1998, quando foi substituída pela Lei nº 9.610, nova Lei dos Direitos Autorais. Ressalte-se, ainda, que a crescente internacionalização dos direitos autorais, com sua homogeneização tanto no âmbito da OMPI/WIPO quanto da OMC/WTO (TRIPS) tem cada vez mais uniformizado as instituições do *copyright* e do *droit d'auteur*. Nesse sentido, considera-se que a adesão aos termos do Tratado da OMPI sobre Performances e Fonogramas (*WIPO Performances and Phonograms Treaty - WPPT*), de 1996, representou a incorporação inequívoca dos princípios informadores da doutrina dos direitos morais do autor ao ordenamento jurídico dos países inseridos na tradição do *copyright* anglo-saxão.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> A recente tentativa de aprovação, pelo Congresso Nacional Brasileiro, do Projeto de Lei do Senado que ficou conhecido como “Projeto Azeredo” (em razão do nome do seu autor, o Senador Eduardo Azeredo), o qual propunha a criminalização de uma série de condutas praticadas na Internet, sem que o país tivesse definido sequer um marco de direitos civis dos usuários da rede, quase repetiu essa situação, não fosse a intensa oposição e mobilização de diversos setores da Academia e da sociedade civil.

<sup>235</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 162.

## 4. APONTAMENTOS PARA UMA RECONSTRUÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS

### 4.1. As bases da crítica: a perspectiva antifundacionalista

O presente esforço, voltado à crítica das bases teóricas e filosóficas sobre as quais se funda o discurso tradicional de justificação dos direitos autorais, se apoia nas contribuições de duas diferentes correntes do pensamento contemporâneo, ambas tidas como antifundacionalistas: o desconstrucionismo desenvolvido principalmente no, e a partir do, trabalho do pensador franco-argelino Jacques Derrida e o neopragmatismo, privilegiando-se o estudo da obra do filósofo norte-americano Richard Rorty. Essas duas escolas compartilham a característica de recusar qualquer tipo de abordagem filosófica identificada como sendo fundacionalista, ou seja, toda postura epistemológica segundo a qual crenças são justificadas com base em crenças fundamentais que seriam auto-evidentes.

Para Richard Rorty, filósofo norte-americano que pode ser considerado continuador da tradição iniciada por William James e John Dewey, se quisermos investigar filosoficamente a verdade, devemos nos abster de procurar uma definição final, metafísica ou epistemológica a respeito da verdade, e, seguindo os passos do segundo Wittgenstein, para quem “a significação de uma palavra é seu uso na linguagem”<sup>236</sup>, investigar os procedimentos humanos ordinários, isto é, os procedimentos e comportamentos lingüísticos que fazem uso do termo *verdade*. Essa postura de Rorty, caracterizada por uma ênfase na experiência – entendida, por James, como critério que leva cada vez mais à concordância e menos à discordância – revela uma preocupação em se evitar o dualismo do pensamento metafísico platônico-kantiano.<sup>237</sup> Rorty rejeita a noção de verdade como “representação do mundo”, ou seja, a ideia de que “o item não lingüístico que torna *S*

---

<sup>236</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. 1999, pg. 43.

<sup>237</sup> Não é difícil notar uma estreita aproximação entre o caráter contextualista do pragmatismo e certos motivos da perspectiva desconstrucionista desenvolvida por Jacques Derrida. Ora, assentar que a verdade é dependente do contexto, isto é, que o ser das coisas, por assim dizer, aquilo que algo é, depende daquilo a que se relaciona, a que se refere, é o mesmo que dizer, como preferem os desconstrucionistas, que a identidade depende daquilo em relação a que se diferencia, das diferenças que estabelece.

verdadeiro é aquele representado por *S*.”<sup>238</sup> O antirepresentacionalismo de Rorty postula que

nossa linguagem, assim como nosso corpo, foi moldada pelo ambiente em que vivemos. (...) nossa mente ou nossa linguagem não poderia (como o representacionista anti-realista teme) estar “fora de contato com a realidade” mais do que poderia nosso corpo. O que ele nega é que é explanatoriamente útil selecionar e escolher algum entre os conteúdos da nossa mente ou da nossa linguagem e afirmar que este ou aquele item “corresponde a” ou “representa” o ambiente de tal forma que um outro item não faz. De um ponto-de-vista antirepresentacionista, uma coisa é dizer que uma habilidade de usar a palavra “átomo” no sentido que os físicos a empregam, é útil por dar conta de lidar com o ambiente. E é outra coisa pretender explicar essa utilidade com referências a noções representacionistas, como a noção de que a realidade à qual se refere a palavra “quark” estava “determinada” antes que tal palavra tivesse surgido.

A postura representacionista remonta à tese platônica da estrutura dos dois mundos, segundo a qual o nosso mundo sensível não passa de uma representação imperfeita das Ideias, formas perfeitas existentes em um lugar exterior ao nosso mundo, o mundo supra-sensível, que determinam a essência dos objetos físicos, dos seres vivos, do bem, da justiça e do belo. Assim, para Platão, as ideias correspondem à Verdade. Tal estrutura dual jamais teria deixado de reaparecer na história do pensamento filosófico, embora se apresentando sob nova coloração: sensível/supra-sensível, sujeito/objeto, mente/mundo, linguagem/mundo. Particularmente, Immanuel Kant reformula o dualismo platônico nos termos da relação que se estabelece entre sujeito cognoscente e mundo cognoscível. As essências metafísicas são então substituídas pelas faculdades transcendentais da consciência, categorias *a priori* presentes no sujeito, que tornam possível que a experiência do sujeito tenha validade universal. Esse modelo permite a Kant afirmar a validade objetiva da Lei Moral com base na universalidade da razão do sujeito.

O iluminismo foi, assim, responsável pelo desenvolvimento, a partir dos séculos XVII e XVIII, da versão moderna<sup>239</sup> da ideia de que poderíamos estabelecer uma relação entre verdade moral e uma suposta essência atemporal da natureza humana, relação esta que seria garantidora de que o debate livre e aberto pudesse alcançar “uma única resposta

---

<sup>238</sup> RORTY, Richard. 1991, p. 4, tradução nossa. Na definição do autor, pode-se afirmar, representacionista é qualquer perspectiva sobre a verdade ou o conhecimento segundo a qual a mente ou a linguagem contém representações da realidade, tal qual um espelho.

<sup>239</sup> Em oposição aos fundamentos mitológicos e religiosos tradicionais.

correta” tanto para questões morais quanto para as científicas.<sup>240</sup> Dessa forma, poderíamos, e deveríamos, falar em direitos humanos inalienáveis e não-históricos, de modo não diferente de axiomas matemáticos. Era esta, precisamente, a ambição do edifício conceitual construído por Immanuel Kant na *Crítica da Razão Prática*. Para ele, o homem é antes de tudo um ser moral. Assim, porque a dimensão moral do sujeito precede as próprias condições transcendentais do conhecimento, o dever é incondicional, categórico. A moral, enquanto dever imperativo, não depende da experiência, e, portanto, é puramente racional, e conseqüentemente, objetiva e universal. A tentativa de demonstrar a possibilidade de juízos sintéticos *a priori*, iniciada na *Crítica da Razão Pura*, culmina, afinal, na primazia do prático sobre o teórico, postulada na segunda crítica kantiana, mas que continua afirmando a metafísica transcendental.

Em Kant, razão e moral estão situadas fora do mundo empírico, condicionando, a primeira, os limites e possibilidades do conhecimento teórico, e a segunda, a experiência do dever, que não é empírica. Habermas é um exemplo de autor contemporâneo que, na esteira de Kant, busca pensar uma moralidade objetiva, baseada em uma racionalidade universal, mas tenta se articular dentro da crítica hegeliana, que traz a razão para o mundo, para a história. Assim, pretende que o agir comunicativo, ou seja, o debate livre entre sujeitos, desde que respeitadas certas condições ideais do discurso, seja capaz de informar uma ética que seja, ao mesmo tempo, universalmente válida, porquanto constituída intersubjetivamente, e pós-metafísica, porque a sua justificação não repousaria em uma razão transcendental subjetiva, mas em uma razão comunicativa, pragmática, social, empírica.

Contrariamente, posturas filosóficas como a da primeira geração da Escola de Frankfurt, o desconstrucionismo de Jacques Derrida e o neo-pragmatismo norte-americano concordariam que o discurso contemporâneo sobre, por exemplo, direitos humanos ou soberania popular, ainda fundado em noções como as de razão universal ou natureza humana universal oculta uma tentativa de “gozar dos benefícios da metafísica sem ter que assumir as responsabilidades apropriadas.”<sup>241</sup> Diante da rejeição do representacionalismo da verdade e suas conseqüências, como a assunção da nossa temporalidade e da

---

<sup>240</sup> RORTY. 1991, p. 176.

<sup>241</sup> RORTY, 1991, p. 176.

inevitabilidade do etnocentrismo, não seria mais possível distinguir-se entre racionalidade inata de um lado, e produtos culturais de outro.

Temos sempre e somente, como referência, o consenso de uma cultura particular, o relativismo regional e etnocêntrico.<sup>242</sup> O etnocentrismo, no sentido que Rorty atribui ao termo, não tem nenhuma ligação com a acepção clássica da palavra no sentido de uma cultura sócio-política que privilegia o ponto de vista dos chamados países centrais – em geral os países ricos do Atlântico Norte – em detrimento dos demais países periféricos. O etnocentrismo postulado por Rorty é expressão da própria finitude humana, do fato de que qualquer ponto de vista será sempre parcial, particular, autoreferente e temporal. Neste ponto, Rorty concorda com Heidegger, para quem o ser não é generalizado, não é uma abstração, mas aparece no tempo, no momento particular, na situação existencial.

Para Rorty, o etnocentrismo não implica em dificuldades para a formulação de uma teoria social ou política, muito menos a sua impossibilidade. Apenas, ele afirma, que “para os propósitos da teoria social, podemos pôr de lado questões como uma natureza humana atemporal, a natureza da subjetividade, a motivação do comportamento moral, e o sentido da vida humana.”<sup>243</sup> Embora a reflexão sobre esse tipo de questão seja importante para a busca privada por perfeição individual, tais tópicos seriam irrelevantes para a conformação da comunidade política.

Contrariamente à perspectiva etnocentrista defendida por Richard Rorty, apresenta-se o chamado relativismo anti-etnocentrista, sustentando a tese de que, uma vez que não há parâmetros de correspondência para a razão ou a moral, todas as culturas seriam igualmente boas. Sugere, assim, que a cultura do liberalismo ocidental contemporâneo não é melhor nem pior do que, por exemplo, a dos hunos sob o comando de Átila, de modo que qualquer atitude no sentido de influenciar outras culturas a adotarem elementos da nossa teria a mesma natureza dos esforços de missionários religiosos. Para Rorty, esta linha de pensamento é completamente infrutífera, e leva à perda de nossas faculdades de sentir indignação moral ou desprezo<sup>244</sup>. Se concordarmos com os liberais anti-etnocentristas, devemos estar dispostos a aceitar que a ONU agiu certo em ser indiferente ao genocídio de Ruanda, que a Anistia Internacional não deveria ter se intrometido nos casos de

---

<sup>242</sup> RORTY, 1991, p. 176.

<sup>243</sup> RORTY, 1991, p. 180.

<sup>244</sup> RORTY, 1991, p. 203.

apedrejamento de mulheres adúlteras na Nigéria e que não há motivo para condenar a prática sistemática de mutilação dos clitóris em tribos da Somália.

A resposta de Rorty aos anti-etnocentristas é que, primeiramente, o ponto de vista segundo o qual toda cultura seria tão racional ou tão moral quanto qualquer outra somente poderia ser o que Hilary Putnam chama de “ponto de vista do olho de Deus”, e não o nosso ponto de vista, um ponto de vista que estivesse além do uso linguístico contingente dos termos *moral* e *racional*, um ser que estivesse além da história e da moral; e em segundo lugar, não obstante tenhamos abandonado a ideia de um aparato metafísico anterior à cultura que fundamente coisas como *direitos humanos fundamentais*, nós, ocidentais, uma vez que cremos nos valores inscritos sob a égide de tais direitos, devemos assumi-los e defendê-los, a despeito de termos dispensado o seu referencial. Se não temos como ver através do “olho de Deus”, nem como escalar para fora de nossas mentes, só nos restam os nossos próprios valores, particulares e provisórios, mas ainda assim nossos, como parâmetro de julgamento, se não quisermos ser indiferentes. A questão da defesa e promoção da democracia, do constitucionalismo, ou de qualquer outra instituição que pensamos ter razões para dar valor passa, portanto, por optar entre sinceridade ou indiferença. Sermos sinceros conosco e solidários para com os outros, ou sermos indiferentes a ambos.

A cultura ocidental moderna caracterizar-se-ia, ainda, por questionar os seus próprios pressupostos. Rorty, em particular, enaltece características culturais do liberalismo ocidental, tais como prezar pelos valores de tolerância à diversidade, autonomia privada e flexibilidade de interação com outras culturas. No mesmo sentido, Habermas anota que “obter distância das suas próprias tradições e expandir perspectivas estreitas constituem, justamente, características do racionalismo ocidental.”<sup>245</sup> Mas, ao contrário de Habermas, Rorty não deriva dessas características que os valores da modernidade ocidental estejam relacionados com uma racionalidade intersubjetiva universal e necessária, de alguma forma especial não compartilhada por outras culturas, e que conferiria validade universal aos seus valores – e que assim não seriam meramente culturais, mas racionais.

---

<sup>245</sup> HABERMAS. 2001, p. 151.

## 4.2. O problema da “natureza jurídica” dos direitos autorais ou: propriedade como uma metáfora ruim

*There be many rich men  
Both yeoman and gentry  
That for their own private gain  
Hurt a hole country  
By closing free commons,  
Yet they'll make as through  
'Twere for common good,  
But I know what I know  
(Roxburghe Ballads)*

Considerando a perspectiva antifundacionalista, a história do *stationer's copyright* contribui para ilustrar o inevitável e constante risco de ser envolvido por armadilhas semânticas quando examinamos qualquer instituição jurídica. Aquilo que designamos hoje por expressões como “direitos autorais” ou “propriedade intelectual” correspondem a determinados arranjos de regulações que podem não guardar nenhuma relação de dependência ou complementaridade umas em relação às outras, a exemplo das estrelas em uma constelação cuja formação de padrões e proximidade aparente, para o olhar humano, não tem nenhuma relação com suas posições e distâncias astronômicas – e não obstante se tratem de agrupamentos arbitrariamente definidos, tiveram durante muito tempo valor inestimável como instrumento utilizado por viajantes para a sua orientação geográfica. O significado de *copyright*, ou de direito autoral, abrange, hoje, um conteúdo muito mais vasto e de natureza inteiramente diferente daquilo que já significou um dia. Neste caso particular, pode-se afirmar que isso se deu, pelo menos em parte, porque “os oponentes do *copyright* perpétuo não foram hábeis para produzir uma efetiva representação da autoria que pudessem contrapor à representação lockeana desenvolvida pelos defensores do direito do autor.”<sup>246</sup>

Se, em um nível, a questão do que se pode chamar de propriedade literária, como visto acima, foi historicamente delineada ao longo de disputas políticas e jurídicas sobre a natureza da propriedade, no contexto de adaptações institucionais a mudanças circunstanciais de uma economia cada vez mais baseada no comércio, em outro, também

---

<sup>246</sup> ROSE, 2002, p. 107.

não deixou de ser uma “disputa sobre até que ponto a ideologia do individualismo possessivo deveria ser estendida no domínio da produção cultural.”<sup>247</sup>

Como se relacionam simbólica e semanticamente categorias como *copyright*, direito do autor, propriedade literária, propriedade imaterial e propriedade intelectual? Em obra na qual discutem a estrutura econômica do direito de propriedade intelectual, os juristas Richard Posner e William Landes pretendem significar, com essa expressão,

ideias, invenções, descobertas, símbolos, imagens, obras expressivas (verbais, visuais, musicais, teatrais), ou, em resumo, qualquer produto humano potencialmente valorável (em sentido amplo, “informação”) que tenha uma existência separável de uma única corporificação física, tenha sido ou não esse produto efetivamente tornado “apropriável,” isto é, submetido a um regime jurídico de direitos de propriedade.<sup>248</sup>

A noção de propriedade intelectual foi elaborada na forma de uma analogia da propriedade de bens materiais, sendo a propriedade imóvel o seu modelo paradigmático<sup>249</sup> Mas a própria criação e implementação de direitos de propriedade é um processo que implica custos econômicos e sociais muitas vezes ignorados. A instituição da propriedade privada depende, para se concretizar, não de uma abstenção do Estado em interferir na esfera privada, mas, ao contrário, da existência de estruturas administrativas, de um sistema judicial, de policiamento, além de outros serviços fornecidos pelo Estado. Muitas vezes esses custos excedem os ganhos, não apenas economicamente, mas também socialmente, e nestes casos é válido questionar se o modelo da propriedade privada é o mais adequado para se manejar o tipo de recurso em questão. Conforme observa Ha-Joon Chang:

A segurança de direitos de propriedade não pode ser vista como uma coisa boa em si mesma. Há muitos exemplos na história nos quais a preservação de certos direitos de propriedade resultou em limitações ao desenvolvimento econômico e nos quais as violações de certos direitos de

<sup>247</sup> ROSE, 2002, p. 92. A expressão “individualismo possessivo”, utilizada por Rose, é originalmente de MACPHERSON, C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism: from Hobbes to Locke*, 1962. Para o autor, essa forma particular de individualismo, presente nas concepções de Hobbes e Locke, entre outros autores do período, ao representar as faculdades e habilidades individuais como bens pertencentes ao indivíduo, que nada deve à sociedade por eles, impede o aprofundamento dos vínculos sociais, bem como o desenvolvimento pleno das capacidades relativas a racionalidade, julgamento moral, e, até mesmo, amizade e amor (CUNNINGHAM, Frank. *C.B. Macpherson*: Prepared for University of Toronto Faculty Association on the Occasion of the 2004 C.B. Macpherson Lecture, given by Adrienne Clarkson. 5 set. 2004. Disponível em: <individual.utoronto.ca/frankcunningham/papers/UTFA.pdf>).

<sup>248</sup> LANDES & POSNER, 2003, p. 1, tradução nossa.

<sup>249</sup> Ver nota 157.

propriedade existentes (e a criação de novos) foram em realidade benéficas para o desenvolvimento econômico.<sup>250</sup>

De qualquer forma, é possível concordar que a propriedade privada de bens frequentemente gera riqueza, desenvolvimento econômico e social e contribui para o bem-estar geral.<sup>251</sup> Como ilustram Michele Boldrin e David Levine,

Em países como o Zimbábue, onde a propriedade pode ser tomada arbitrariamente por ação do governo ou pilhagem, há pouca razão para produzir ou adquirir propriedade de valor, o que resulta em pobreza e fome generalizadas. Sem a capacidade de vender nossa propriedade, há poucas razões para se especializar na produção de bens e serviços, nenhum comércio mutuamente benéfico é possível.<sup>252</sup>

O direito real de propriedade, de um modo geral, compreende os direitos de usar a coisa, de desfrutá-la sem ser submetido a perturbação, de dispor dela (doá-la, vendê-la, transmiti-la, etc.) e de excluir outros do seu uso.<sup>253</sup> Destes, o direito de exclusividade é tido como a característica central no desenvolvimento histórico do conceito moderno de propriedade privada, como fica evidenciado na famosa e exaltadora definição cunhada, já no século XVIII, por William Blackstone, para quem esta é

o domínio exclusivo e absoluto que um homem reivindica e exerce sobre as coisas exteriores do mundo, em total exclusão do direito de qualquer outro indivíduo no universo.<sup>254</sup>

Em relação, por exemplo, aos direitos decorrentes de relações contratuais, o direito de propriedade costuma receber da ordem jurídica um tratamento privilegiado. Tradicionalmente, está disponível aos proprietários de terras um conjunto muito mais generoso de remédios judiciais do que aos prejudicados por violações de obrigações contratuais: enquanto quebras de contratos, via de regra, não são crimes, sujeitas, no mais das vezes, a responsabilização na esfera civil, invasão deliberada de propriedade, por outro

---

<sup>250</sup> CHANG, 2002, *apud* CASTRO, 2009, p. 57.

<sup>251</sup> HELLER, 2008, p. xiv; BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 123, BENKLER, 2006, p. 23.

<sup>252</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 123, tradução nossa.

<sup>253</sup> Lei 10.402/2002 (Código Civil Brasileiro), art. 1.228: “O proprietário tem a faculdade de **usar, gozar e dispor** da coisa, e o direito de **reavê-la** do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” (destaques acrescentados).

<sup>254</sup> BLACKSTONE, William *apud* FISCHER III, 2004, p. 136, tradução nossa.

lado, tipicamente é tida como ilícito penal.<sup>255</sup> Além do fato de as penalidades em que se incorre quando uma conduta é tipificada como crime serem significativamente mais severas do que as decorrentes de ilícitos civis, há duas outras implicações práticas do *status* especial conferido ao direito de propriedade pelo ordenamento jurídico. A primeira delas é que “um proprietário de terras não tem que arcar com os custos e inconveniências de fazer cumprir seus direitos legais.”<sup>256</sup> Basta chamar a polícia e os agentes do Estado – polícia, Ministério Público, sistema judiciário – se encarregam das providências. Em segundo lugar, o direito permite, sob certas circunstâncias, que proprietários de terras usem de sua própria força para preservar seus direitos, o que não acontece com uma parte lesionada pelo descumprimento de um contrato.<sup>257</sup>

Embora os direitos reais de propriedade sejam altamente favorecidos pelo direito, não se pode deixar de notar que também estão sujeitos a importantes limitações, em especial àquelas que dizem com a sua função social. Os parágrafos do art. 1228 do Código Civil Brasileiro explicitam diversas limitações ao exercício desse direito.<sup>258</sup> Além dessas, outras restrições e limites ao direito de propriedade são impostas por diversas regras e regulamentos, como, por exemplo, o Estatuto das Cidades, planos diretores, restrições relativas à segurança de construções, limitações de altura de edifícios, zoneamento urbano, limitação ao parcelamento do solo, direito de vizinhança, direito de sucessões, etc.

---

<sup>255</sup> Os arts. 161 a 164 do Código Penal Brasileiro definem como crimes uma série de condutas ligadas à violação de direitos de propriedade.

<sup>256</sup> FISCHER III, 2004, p. 139, tradução nossa.

<sup>257</sup> FISCHER III, 2004, p. 140.

<sup>258</sup> “Art. 1.228 (...).

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

Assim, se, de acordo com a ideologia do individualismo possessivo, fincada na interpretação tradicional da teoria política de John Locke, a propriedade privada não é uma convenção social, mas, antes, um direito natural e anterior às ordens social e política, sendo a principal função destas justamente a sua proteção, o testemunho da história, em sentido contrário, é o de que “todas as formas de propriedade são socialmente construídas e, como os direitos autorais, carregam no seu delineamento os traços das lutas nas quais foram fabricadas”.<sup>259</sup> O catálogo de exceções e limites ao direito exclusivo de propriedade evidencia a persistência, ao longo do tempo, de conflitos e julgamentos políticos sobre que interesses deveriam prevalecer em quais situações. A linha traçada pelo direito entre os interesses dos proprietários na exclusividade do uso dos seus domínios, mantendo de fora o público, e o interesse público expresso nas limitações e restrições ao direito exclusivo do proprietário – que não deixa de ser uma forma de o interesse público adentrar na propriedade – se não é arbitrária, tampouco é natural. A caracterização de Blackstone da propriedade como um “domínio absoluto”, que já era exagerada na época em que ele escreveu,<sup>260</sup> hoje chega a soar absurda. As limitações ao direito de propriedade são tão importantes quanto os direitos em si, raciocínio este que é plenamente aplicável também aos direitos autorais.

Representantes e defensores de setores industriais cujos modelos de negócios são afetados negativamente pelas novas tecnologias de reprodução e distribuição de informação usam expressões como “pirataria”, “roubo”, “furto” e até mesmo “invasão” ou “apropriação” para se referir ao uso não autorizado dessas tecnologias. No uso desse vocabulário está implícita a alegação de que “os direitos autorais são direitos de propriedade, e que, portanto, a violação de um direito autoral é equivalente à usurpação, destruição ou invasão de um pedaço de terra”.<sup>261</sup> Igualmente, afirmações no sentido de que o sistema jurídico equipara os direitos autorais aos direitos de propriedade sobre bens tangíveis não raro são disseminados com o objetivo de justamente vender essa ideia, enquanto que, ao mesmo tempo, a principal linha de argumentação<sup>262</sup> a acompanhar as demandas por reformas legislativas visando ao enrijecimento daqueles direitos reclama da

---

<sup>259</sup> ROSE, 2002, p. 8, tradução nossa.

<sup>260</sup> FISCHER III, 2004, p. 140.

<sup>261</sup> FISCHER III, 2004, p. 134, tradução nossa.

<sup>262</sup> FISCHER III, 2004, p. 135.

desigualdade, a menor, em relação ao nível de proteção desfrutada pela propriedade material. Asseverar a existência de uma conexão lógica ou essencial entre a chamada “propriedade intelectual” e o direito de propriedade no sentido ordinário convém aos interesses dos detentores de grandes reservas de direitos intelectuais e faz parte da sua estratégia retórica de ampliação do escopo e duração e rigidez desses direitos. Não é nem um pouco óbvio, no entanto, que normas apropriadas para gerir um tipo de recursos sejam também apropriadas para o outro.<sup>263</sup>

A definição liberal clássica da propriedade comporta pelo menos um conteúdo positivo, como requisito para a liberdade. Ora, sem a propriedade privada de bens, postula o liberalismo, ficam limitadas as possibilidades e oportunidades de realização pessoal e do agir no mundo. Nesse sentido é que Locke sustenta, no capítulo V do seu célebre *Segundo Tratado Sobre o Governo*, ser “(...) necessário, por terem sido essas coisas dadas para uso dos homens, haver um meio de apropriar parte delas de um modo ou de outro **para que possam ser de alguma utilidade ou benefício para qualquer homem em particular.**”<sup>264</sup> Já para Hegel, a propriedade é um dos conteúdos da liberdade enquanto moralidade objetiva e relacional.<sup>265</sup> Yochai Benkler, a seu turno, salienta que a propriedade, juntamente com os contratos, é um componente institucional dos mercados e, conseqüentemente, das sociedades liberais: constitui a base da nossa capacidade de fazer planos que requerem o uso de recursos que, sem exclusividade, não estariam disponíveis para nosso uso.<sup>266</sup> Não se pode perder de vista, por outro lado, que a propriedade constitui um quadro institucional que, se permite uma certa liberdade de ação e um certo grau de

---

<sup>263</sup> Abstraindo-se, para os fins do presente trabalho, de qualquer discussão sobre a adequação ou não das normas jurídicas regentes do direito real de propriedade sobre bens materiais.

<sup>264</sup> LOCKE, 1998, p. 407, destaques acrescentados. Defende-se a viabilidade de uma releitura de Locke como precursor de uma concepção utilitária e pragmática de propriedade, não como um direito natural – salvo a postulada propriedade de cada ser humano sobre sua própria pessoa – mas como uma forma de organização da economia cuja eficiência, esta sim, se fundamentaria na natureza das coisas. Apesar de o trabalho, a intervenção humana na natureza ser o **processo** que cria, que fixa a propriedade dos objetos do mundo, sua **justificativa** seria o fato de que este trabalho é o que torna as coisas da natureza úteis para o uso humano. Enfatiza-se, assim, não a busca de Locke por um fundamento para a propriedade – objetivo declarado logo no início do Capítulo V do *Segundo Tratado Sobre o Governo* – mas o seu método argumentativo em torno da demonstração de eficiência do arranjo social particular que é a divisão do mundo em “diversas partes” privadas.

<sup>265</sup> HEGEL, 2003.

<sup>266</sup> BENKLER, 2006, p. 24.

previsibilidade de acesso a recursos, ao mesmo tempo também impõe constrangimentos sobre como uma ou outra pessoa pode agir em relação a um recurso.<sup>267</sup>

Um aspecto que distingue a “propriedade intelectual” da propriedade tradicional, porém, chegando a colocar em questão o paralelismo entre ambas as instituições, é a ausência, naquela, de qualquer conteúdo positivo, tratando-se de uma instituição de caráter exclusivamente restritivo.

O que seria a vertente ou conteúdo positivo destes direitos é afinal apenas manifestação da liberdade natural de utilização de idéias; mais genericamente da utilização de coisas incorpóreas. Por isso, o direito intelectual não dá ao titular nada que ele não tivesse já: apenas não estende até ele a proibição que atinge todos os outros.<sup>268</sup>

Enquanto o direito real de propriedade de bens materiais e escassos é essencialmente excludente – a possibilidade de fruição de um exclui a fruição dos demais – a fruição de uma ideia ou sua expressão por alguém não é afetada pelo uso que dela é feito pelos outros. O que os chamados direitos de “propriedade intelectual” regulam, portanto, não é o uso, fruição ou disposição do próprio bem imaterial, mas um determinado conjunto de direitos e deveres projetados sobre ele que guarda pouca ou nenhuma similaridade com direitos típicos de propriedade. Trata-se, ao contrário, de uma regulação do acesso a informação, cultura e conhecimento cujo caráter excludente não se justifica por meio da equiparação ao conceito clássico de propriedade.

Propriedade intelectual é diferente da propriedade “real” porque não é naturalmente escassa. Se alguém rouba meu carro, e não tenho mais um carro. Mas se alguém fot copia meu livro, eu continuo com meu livro. O propósito fundamental da “propriedade intelectual” é criar “escassez artificial”.<sup>269</sup>

Sob esse prisma, a liberdade individual geral acaba sendo reduzida, e não aumentada, pelas restrições impostas pela instituição do direito exclusivo sobre a utilização de ideias ou expressões de ideias, em franca contradição com as aspirações liberais. Esse caráter não-liberal da “propriedade intelectual” está ligado a aspectos característicos dos seus respectivos objetos de incidência. Enquanto cada pedaço de terra é presumivelmente único, de modo que direitos de propriedade “tipicamente pertencem a objetos que são

---

<sup>267</sup> BENKLER, 2006, p. 24.

<sup>268</sup> ASCENSÃO, 2007, p. 200.

<sup>269</sup> VAIDHYANATHAN, 2005, p. 87, tradução nossa.

únicos ou escassos”,<sup>270</sup> direitos autorais e patentes “dizem respeito a interesses intangíveis que poderiam, na ausência de intervenção legal, ser disponibilizados para todos simultaneamente.”<sup>271</sup> O professor Pedro Rezende destaca, ainda, a existência de uma contradição ínsita ao conceito de “propriedade intelectual”, ao argumentar que enquanto a propriedade, de um lado, é, em si excludente, o intelecto, a produção e reprodução de ideias e expressões de ideias, não existe senão como um empreendimento cultural coletivo e socialmente compartilhado.<sup>272</sup>

Assim, embora ainda prevaleça no seio das principais instituições definidoras de políticas econômicas relacionadas à “propriedade intelectual” uma concepção segundo a qual se a implementação de mecanismos de proteção de direitos de propriedade é boa, mecanismos de proteção mais fortes serão sempre melhores,<sup>273</sup> parte da teoria econômica e da doutrina jurídica tem despertado para a compreensão de que não obstante se reconheça que a propriedade privada normalmente aumente a riqueza, “propriedade privada demais tem o efeito oposto: destrói mercados, paralisa a inovação e custa vidas.”<sup>274</sup>

A criação da propriedade privada é frequentemente descrita e justificada, do ponto de vista da eficiência econômica, como uma forma de alocação de recursos que evita o que veio a ser chamado de “tragédia dos comuns” (*tragedy of the commons*). Um bem ou recurso é considerado comum (*commons*)<sup>275</sup> quando seu uso é compartilhado por muitas pessoas e a tragédia dos comuns consiste no resultado de um grande número de pessoas explorando o mesmo recurso: a sua exaustão decorrente da sobre utilização. O termo foi cunhado em 1968, pelo ecólogo Garret Hardin, em influente artigo com o mesmo nome. Para ele, “a ruína é o destino em direção ao qual segue toda a humanidade, cada um buscando seu interesse individual em uma sociedade que acredita na livre utilização dos recursos comuns.”<sup>276</sup> Em suma, “eu faço o que é melhor para mim, você faz o que é melhor

---

<sup>270</sup> FISCHER III, 2004, p. 135, tradução nossa.

<sup>271</sup> FISCHER III, 2004, p. 135, tradução nossa.

<sup>272</sup> REZENDE, 2009.

<sup>273</sup> BENKLER, 2006, p. 317.

<sup>274</sup> HELLER, 2008, p. 2.

<sup>275</sup> O vocábulo *commons* conserva referência histórica ao modo particular de pertencimento comunal de terras anterior ao advento dos cercamentos e da propriedade privada na Inglaterra do século XVII, e carece de um correspondente preciso em língua portuguesa. As expressões *recurso comum* ou *bem comum*, embora desprovidas das referências históricas, parecem ser as semanticamente mais apropriadas.

<sup>276</sup> HARDIN, 1968 *apud* HELLER, 2008, p. 17, tradução nossa.

para você, e ninguém presta atenção à sustentabilidade do recurso compartilhado”.<sup>277</sup> Indivíduos escolhem racionalmente consumir recursos escassos à exaustão, ainda que cada um deles saiba que a soma das decisões individuais destruirá a fonte do recurso para todos. Exemplos estão em toda parte: destruição da camada de ozônio, congestionamentos de trânsito, pesca excessiva. A instituição da propriedade privada tenderia a evitar o uso excessivo de um recurso escasso, porque o proprietário se beneficiaria diretamente da conservação do recurso que controla. Se, por exemplo, um lago sofre de pesca excessiva, uma solução para evitar o eventual resultado trágico – a extinção dos seus peixes – seria a privatização do direito de pesca naquele local. O proprietário, ou titular dos direitos, tem, assim, incentivos econômicos à sua preservação.<sup>278</sup>

À parte questões filosóficas relativas à sua justificação moral, em termos práticos é acertado afirmar que o modo de alocação de recursos que combina propriedade privada e mercados frequentemente previne a degradação e exaustão dos recursos comuns pelo seu uso excessivo – a tragédia dos comuns. Ou seja, a propriedade privada teria pelo menos um efeito social benéfico, que a teoria econômica da propriedade chama de “efeito conservador”.<sup>279</sup>

Ocorre que, se a propriedade privada de um recurso pode impedir a tragédia resultante da sua superutilização, o excesso de propriedade pode ensejar o que Michael Heller chama de “tragédia dos anti-commons”. No caso da chamada “propriedade intelectual”, a definição dos respectivos direitos de utilização dos recursos imateriais envolve a existência de estruturas regulatórias complexas abrangendo interesses diversos, como os dos autores, intérpretes, investidores, produtores, editores, etc. Esses múltiplos proprietários do mesmo bem muitas vezes acabam atuando como um número excessivo de *veto players* do seu uso. Quando A, B ou C são produtos substitutos para atingir o mesmo fim, seus proprietários competem entre si para alcançar maior eficiência. Têm incentivo para inovar, reduzir preços e, indiretamente, beneficiam a sociedade como um todo. Além disso, o consumidor tem a liberdade de optar pelo que considerar o melhor entre eles. No entanto, se D, E e F são produtos complementares, como arquiteturas de circuitos a serem

---

<sup>277</sup> HELLER, 2008, p. 17, tradução nossa.

<sup>278</sup> HELLER, 2008, p. 12. Tradicionalmente, opõe-se à solução do acesso privado aos recursos a solução da regulação, na qual, considerando o exemplo narrado, reguladores, ou o Estado, decidiria quem pode, como, quando, por que método e quanto pescar.

<sup>279</sup> HELLER, 2008, p. 25.

integradas em um semicondutor, diferentes moléculas que precisam ser reunidas para formar uma droga específica, ou algoritmos e trechos de código necessários ao desenvolvimento de um programa de computador, os incentivos à inovação prometidos pelo sistema da “propriedade intelectual” são emperrados por emaranhados de patentes e direitos autorais pertencentes a diferentes atores que se tornam verdadeiras “cabines de pedágio no caminho da comercialização de uma nova tecnologia”.<sup>280</sup>

Por outro lado, tem sido demonstrado que modelos colaborativos de organização da produção e exploração de certos tipos de recursos podem alcançar níveis de eficiência superiores tanto ao modo de alocação da propriedade privada quanto à regulação estatal dos recursos, sendo possível afirmar que “sob determinadas condições, grupos de pessoas são bem-sucedidas na conservação de recursos comuns, sem regulação ou privatização.”<sup>281</sup> Por exemplo, em *Governing the Commons*, Elinor Ostrom demonstrou que comunidades caracterizadas por alto nível de integração, em diversas partes do mundo, são bem-sucedidas na administração de recursos coletivos sem redundarem na tragédia dos comuns.<sup>282</sup>

A superioridade de um modelo colaborativo é especialmente evidente nesses setores da economia em que “múltiplos proprietários podem bloquear uns aos outros o uso de um recurso escasso”,<sup>283</sup> situação que surge quando diferentes atores possuem diferentes partes do mesmo bem, ou seja, diferentes conjuntos de direitos sobre ele, e, no exercício do seu direito qualquer um deles pode vetar a fruição ou exploração do bem pelos demais, gerando um impasse.

É o que ocorre hoje no contexto da produção científica e cultural. De acordo com um estudo de 2004 do *American University Center for Social Media*, “os custos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual têm crescido dramaticamente e se trata, hoje, de um processo árduo e frustrante, especialmente em relação a filmes e músicas.”<sup>284</sup> Direitos autorais podem ser razoáveis se individualmente considerados, mas em conjunto, inaptos a se manterem a par com as possibilidades criadas pelas tecnologias

---

<sup>280</sup> HELLER, 2008, p. 43, tradução nossa.

<sup>281</sup> HELLER, 2008, p. 38, tradução nossa.

<sup>282</sup> HELLER, 2008, p. 25.

<sup>283</sup> HELLER, 2008, p. 45, tradução nossa.

<sup>284</sup> HELLER, 2008, p. 12, tradução nossa.

digital e de comunicação por redes, têm servido como efetivos meios de obstrução da criatividade. Professores também estão sujeitos a dilemas desta natureza quando reúnem e disponibilizam material bibliográfico, seja em pastas físicas para ser fotocopiado pelos estudantes de seus cursos, seja na forma de arquivos digitalizados e colocados em um ambiente virtual de educação – como o Moodle, utilizado pela Universidade de Brasília, onde podem ser acessados e copiados pelos alunos. Em estudo chamado “O mercado de livros técnicos e científicos no Brasil”, em que foram avaliados os livros exigidos no primeiro ano de dez cursos de graduação da Universidade de São Paulo, o Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (Gpopai) da USP apurou que um terço da bibliografia indicada já se encontrava esgotada nas editoras, de modo que as cópias reprográficas não-autorizadas, mas onipresentes nas universidades e demais instituições de ensino superior, não são uma alternativa de redução de custo, e sim o único meio de acesso dos estudantes a obras indispensáveis à sua formação. Além disso, os dados revelaram que, quanto às obras disponíveis no mercado, o custo de sua aquisição equivaleria à quase totalidade da renda familiar da maioria dos estudantes.<sup>285</sup> O educador que não quer infligir aos seus estudantes custos manifestamente insustentáveis é obrigado a escolher entre abandonar o uso dos textos pretendidos, em prejuízo da educação, ou tornar-se um “pirata”.

Do ponto de vista da eficiência na alocação de recursos, a instituição de direitos autorais de uso exclusivo sobre ideias ou expressões de ideias pode ser descrita como uma proposta de solução para um problema concreto: a necessidade de fornecer algum incentivo à criação de obras literárias, artísticas e científicas. Todavia, a atribuição excessiva de direitos resulta no aludido cenário de impasse.

Historicamente, ajustamentos no conceito de propriedade são comuns. A instituição da propriedade privada nunca teve um significado único e imutável. A sociedade está sempre adaptando seus sistemas de propriedade privada para administrar novos conflitos de interesses sobre recursos. A perspectiva consequencialista do pragmatismo filosófico, em oposição ao essencialismo kantiano, convida a uma avaliação das políticas públicas, instituições e arranjos sociais relacionadas aos direitos autorais que privilegia os seus efeitos econômicos, sociais e culturais concretos. Partindo dessa premissa, se a metáfora dos direitos autorais como direitos de propriedade contribuir para a expansão das

---

<sup>285</sup> MILANI, 2010, p. 46.

liberdades substantivas dos indivíduos e a fruição de direitos culturais, econômicos e sociais, então haveria motivos para nela persistir, a despeito de quaisquer inconsistências teóricas sobre as quais repouse. Não sendo o caso, não há porque insistir em uma metáfora cujos efeitos se mostram prejudiciais à sociedade.

Sinalizando favoravelmente ao abandono da metáfora da propriedade para a regulação das relações jurídicas relativas às criações do intelecto, Boldrin e Levine se referem às instituições jurídicas tradicionalmente reunidas sob o manto da “propriedade intelectual” – direitos autorais e conexos, patentes, marcas, desenhos industriais, segredos comerciais – designando-as como “monopólios intelectuais”. Enfatizam, com isso, o caráter controvertido de um direito que confere aos “criadores” o “direito de controlar como os adquirentes fazem uso das suas ideias ou criações”.<sup>286</sup> Observam, nesse sentido, que

O Estado não costuma assegurar monopólios para produtores de outros bens. Isto, porque é amplamente reconhecido que monopólios criam muitos custos sociais. Monopólios intelectuais não são diferentes a esse respeito. A questão que nós enfrentamos é se também criam benefícios sociais comensuráveis com tais custos.<sup>287</sup>

Em favor da designação por eles proposta, aliás, está o fato de que durante a maior parte da sua história, os direitos autorais – assim como as patentes – foram referidos como “concessões de monopólio” ou “privilégios”, em vez de serem caracterizados como direitos de propriedade.<sup>288</sup> Sob a rubrica de propriedade, o que se ocultaria, na realidade, seria “o direito de monopolizar uma ideia, definindo como outras pessoas podem ou não podem usar cópias dessa ideia”.<sup>289</sup> Para os autores citados, inclusive,

Cópias de ideias deveriam ter a proteção usual proporcionada a todos os tipos de propriedade: não deveriam ser tomadas sem permissão, e o possuidor deveria ter o direito legal de vendê-las. Entretanto, propriedade intelectual, na forma de patentes e direitos autorais, não é sobre direitos de propriedade nesse sentido. Diz respeito ao direito de controlar as cópias de ideias de outras pessoas, e, ao fazê-lo, estabelece um monopólio legal sobre todas as cópias de uma ideia.<sup>290</sup>

---

<sup>286</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 8, tradução nossa.

<sup>287</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 9, tradução nossa.

<sup>288</sup> FISCHER III, 2004, p. 135.

<sup>289</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 123, tradução nossa.

<sup>290</sup> BOLDRIN & LEVINE, 2008, p. 157, tradução nossa.

A concepção que define os direitos autorais como modalidade de propriedade (bens do intelecto) está compreendida em uma estratégia discursiva que leva à naturalização de todo movimento no sentido de expandir o seu escopo e à legitimação do fortalecimento de medidas voltadas a assegurar a sua imposição. A metáfora dos direitos autorais como direito de propriedade oculta, portanto, a estrutura econômica que lhe é própria, qual seja, a criação, por meio do direito, de um monopólio artificial incidente sobre a produção e circulação de expressões de ideias em sociedade. Esse ocultamento impede uma problematização adequada das suas consequências econômicas e sociais. Até mesmo os mais convictos defensores dos direitos de propriedade privada reconhecem a existência de valor econômico e social na preservação de domínios públicos.<sup>291</sup> Milton Friedman já apontara, no seu livro clássico de 1962, que, apesar de serem comumente considerados como definidores de direitos de propriedade, os direitos autorais, assim como as patentes sobre invenções, constituiriam uma classe especial de monopólio criado e sustentado pelo Estado, a levantarem problemas particulares de política social.<sup>292</sup>

Um desses problemas é a super-simplificação dos direitos de propriedade intelectual em geral, e do direito autoral em particular, frequente na análise tradicional da sua lógica econômica, que são retratados como um compromisso, um *trade-off*, entre apenas dois interesses: de um lado o interesse do autor, para quem o direito de exclusividade consubstanciaria um incentivo à atividade criativa, e de outro, o interesse do público em ter acesso às obras intelectuais. Essa descrição simplificada oculta a existência de uma terceira, importante e independente categoria de interesses envolvida nas relações jurídico-econômicas afetadas pelo direito autoral, precisamente os interesses específicos de editoras, gravadoras, estúdios de cinema, companhias “fabricantes” de *software* e outros entes cuja atividade se insere em algum lugar intermediário entre a produção da obra intelectual e o acesso do público. São os *stationers* contemporâneos. Ignorar a autonomia desse conjunto de interesses, confundindo-os com os interesses próprios dos autores, invariavelmente levará à formulação de políticas relativas ao direito autoral que não terão considerado adequadamente todos os interesses em jogo, nem a força de cada jogador. O

---

<sup>291</sup> LANDES & POSNER, 2003, p. 14-15, descrevem o domínio público como as “áreas em que a propriedade está disponível para uso comum em vez de privado” (tradução nossa), não se restringindo, o conceito, ao domínio da propriedade intelectual, sendo adequado, igualmente, à propriedade física, como exemplificam parques, estradas, passeios, praças e cursos d’água, frequentemente tratados como recursos comuns.

<sup>292</sup> FRIEDMAN, 1962, p. 126.

que é especialmente perigoso quando o jogador indiscutivelmente mais forte tem sua força aumentada justamente pela circunstância de ser invisível ao debate político, bem como pelo fato de ter seus interesses confundidos com o de outro jogador, sendo o favorecido, na prática, por medidas destinadas a beneficiar, retórica e teoricamente, àquele.

A definição do que vem a ser um modelo apropriado de regulação dos direitos autorais não depende de se saber quais direitos foram historicamente por eles protegidos, e sim que conteúdos ele deve conter, tendo em vista o propósito e função que a sociedade lhe deseja atribuir. O objeto do direito autoral é a própria matéria-prima da comunicação entre os seres humanos. Logo, um direito autoral essencialmente restritivo limita o desenvolvimento das relações comunicativas, que, tolhidas por restrições de propriedade, não podem evoluir livremente. Impede-se, assim, a concretização do preceito inscrito no art. 5º, IX, da Constituição da República, segundo o qual “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” Questiona-se, nesse contexto, a adequação ao projeto constitucional da Carta de 1988, de uma legislação que, considerando unilateralmente o aspecto patrimonial do direito de autor, articula o represamento da informação circulante quando os meios tecnológicos disponíveis permitem sua livre difusão em escala sem precedentes. O modelo contemporâneo de regulação dos direitos autorais, excessivamente restritivo, assume, assim, um caráter limitador da criatividade humana e dos horizontes da comunicação.

Boas metáforas são aquelas que servem para elucidar em vez de confundir, contribuindo para a construção e a compreensão de um corpo de direitos que equilibre os interesses individuais dos criadores com os interesses do público, e não aquelas que, ocultando as “superestruturas do direito que escondem e refletem os interesses econômicos e políticos das forças dominantes da sociedade”,<sup>293</sup> servem para privilegiar determinados interesses particulares, em detrimento dos demais.

---

<sup>293</sup> DERRIDA, 1990, p. 241, tradução nossa.

### 4.3. A mistificação do autor: individualidade, personalidade, originalidade

*Poetry can only be made out of other poems; novels out of other novels.* (Northrop Frye, crítico literário)

Em meados do século XV, Johannes Gensfleisch zur Laden zum Gutenberg (1398-1468) torna-se célebre ao iniciar uma profunda transformação cultural, que dura até hoje, ao conceber a tecnologia de impressão e tipografia. A invenção de Gutenberg possibilitou a massificação da produção de livros e permitiu o aparecimento da imprensa. Obras literárias e científicas passaram a ser reproduzidas em larga escala e a difusão do livro impresso fez surgir a estrutura editorial, como um novo nicho mercadológico nos países aonde rapidamente chegava.

Não são poucos os autores que descrevem a ideologia dominante sobre o direito autoral como “uma formação relativamente recente e, como uma formação cultural, inseparável da comodificação da literatura.”<sup>294</sup> A concepção sacralizante do autor como “criador” o torna proprietário de um tipo especial de *commodity*, a “obra”, de modo que “a característica distintiva do autor moderno é a propriedade.”<sup>295</sup> O ponto é explicado por Rose:

O nome do autor – ou artista, regente, diretor ou, às vezes, “astro”, porque na cultura de massa a função autoral é frequentemente preenchida pelo “astro” – se torna um tipo de marca, um signo reconhecível da natureza de um bem cultural. **O direito autoral é o que torna possível a fabricação e distribuição lucrativa de livros, filmes e outros bens, mas também, dotando-os de uma realidade jurídica,** ajuda a produzir e afirmar a própria identidade do autor como autor.<sup>296</sup>

O direito autoral moderno, calcado em pressupostos românticos e individualistas que “obscurecem importantes verdades sobre os processos de produção cultural”<sup>297</sup>, ao pretender que cada obra artística, literária ou científica seja como uma “invenção” absolutamente individualizada, encontraria dificuldades para reconhecer e lidar com

<sup>294</sup> ROSE, 2002, p. 1, tradução nossa. Algumas das principais referências nesse sentido, na teoria literária, são BARTHES, 1977 e POSNER, 1988, além de FOUCAULT, Michel. *What is an Author?* In RABINOW, Paul (Ed.). *The Foucault Reader*. New York: Pantheon, 1984. Ver também WOODMANSEE & JASZI, 1994 e EAGLETON, 2008.

<sup>295</sup> ROSE, 2002, p. 1, tradução nossa.

<sup>296</sup> ROSE, 2002, p. 1, tradução nossa, sem grifos no original.

<sup>297</sup> ROSE, 2002, p. 2, tradução nossa.

circunstâncias como as de William Shakespeare, cujas peças frequentemente copiavam suas fontes quase literalmente.<sup>298</sup> Não é exagerado afirmar que se já existissem no século XV normas sobre propriedade intelectual como as que são hoje vigentes, Shakespeare teria encontrado sérias dificuldades legais para não ser tido como um plagiador. Nesse sentido, observa Richard Posner que

havia uma noção de plágio da Renascença que era mais limitada do que a noção moderna. A teoria dominante de criatividade literária, nos tempos clássicos e medievais, era a da imitação criativa: o imitador tinha a liberdade de usar textos de outros, desde que ele adicionasse algo aos mesmos. A equação moderna de criatividade e originalidade é um legado da era romântica, com seu culto da expressão individualista.<sup>299</sup>

As feições particulares adquiridas por esta instituição jurídica eminentemente moderna – o direito autoral – foram resultado de uma combinação de três fatores, um tecnológico, um econômico e um cultural: a) a invenção e o desenvolvimento da tecnologia de impressão; b) o desenvolvimento da sociedade de mercado; e c) o surgimento da noção de autor individual.<sup>300</sup>

Anteriormente a essa confluência de fatores, os direitos do proprietário de um livro nada tinham a ver com autoria. Assim, até o século XV, antes da disseminação da tecnologia da prensa de tipos móveis, escrever e reproduzir um livro eram atividades conceitualmente indistintas, ambas consideradas como “fazer livros”.<sup>301</sup> Antes da consolidação de um sistema de produção cultural na forma de um mercado de títulos literários, processo que não se completou antes do século XVIII<sup>302</sup>, textos (por oposição a livros) eram concebidos mais como ações do que como objetos (ainda que imateriais).

Pensar em textos como ações, valorá-los pelo que eles poderiam fazer, era comensurável com o sistema regulatório no qual censura e privilégios de livreiros eram acoplados, assim como, depois, tratar textos como

---

<sup>298</sup> ROSE, 2002, p. 2.

<sup>299</sup> POSNER, 1988.

<sup>300</sup> ROSE, 2002, p. 3, define o *copyright*, em face dos seus pressupostos tecnológicos, culturais e econômicos, como “a prática de assegurar direitos de exploração comercial de textos, que são tratados como mercadorias.” (tradução nossa).

<sup>301</sup> ROSE, 2002, p. 10. A variedade dos destinatários dos primeiros privilégios e patentes de impressão, tanto em Veneza quanto na Inglaterra, ao compreender editores, tradutores, impressores e até mesmo alguns autores, fornece alguma evidência da persistência dessa indistinção até a transição da Idade Média para a modernidade.

<sup>302</sup> ROSE, 2002, p. 13.

objetos estéticos era comensurável com um sistema de produção cultural e regulação baseado na propriedade.<sup>303</sup>

E, complementando as transformações nos outros dois fatores, antes da emergência da ideologia do individualismo possessivo, não era nem mesmo possível pensar no sistema do *copyright* como um regime de propriedade literária, e sim como uma forma de regulação das atividades de produção e comercialização de livros.<sup>304</sup> “A figura do autor proprietário depende de uma concepção do indivíduo como essencialmente independente e criativo, uma noção incompatível com a ideologia do estado absolutista.”<sup>305</sup>

Segundo a tradição lockeana/kantiana, a base da propriedade literária não residiria simplesmente no trabalho, mas na “personalidade” do autor revelada na “originalidade”.<sup>306</sup> Immanuel Kant teria chegado a formular uma definição para o direito autoral, segundo a qual este seria “aquele que o titular de uma obra tem de impedir que alguém a torne pública sem sua expressa autorização.”<sup>307</sup>

Na gênese da noção de propriedade literária, expandida posteriormente para o conceito de propriedade intelectual,<sup>308</sup> está a combinação do discurso liberal sobre a propriedade com o discurso romântico do século XVIII do gênio original. Embora seja possível remontar os antecedentes da noção de originalidade à literatura do Renascimento,<sup>309</sup> sua representação como valor central da produção cultural somente foi plenamente desenvolvida quando se tornaram disponíveis as categorias iluministas de indivíduo e personalidade, o mesmo período em que se desenvolveu a noção dos direitos do autor como direitos de propriedade. A representação do autor como “criador”, e que por isso é “intitulado com o direito de lucrar com seu trabalho intelectual”<sup>310</sup> foi constituída mediante o recurso do discurso jurídico aos conceitos da ideologia então dominante na

---

<sup>303</sup> ROSE, 2002, p. 13, tradução nossa.

<sup>304</sup> ROSE, 2002, p. 15.

<sup>305</sup> ROSE, 2002, p. 28, tradução nossa.

<sup>306</sup> ROSE, 2002, p. 114.

<sup>307</sup> GANDELMAN, 2001, p. 37.

<sup>308</sup> Não há registro do uso da expressão “propriedade intelectual” antes do século XX.

<sup>309</sup> ROSE, 2002, p. 6.

<sup>310</sup> ROSE, 2002, p. 6, tradução nossa.

teoria literária no contexto da disputa em torno da preservação do *copyright* perpétuo.<sup>311</sup>

Na análise de Rose,

A luta em torno da propriedade literária gerou um corpo de textos – registros parlamentares, panfletos, e relatórios jurídicos – nos quais questões estéticas e legais são frequentemente indistinguíveis. O que constitui uma obra literária? Como uma composição literária difere de qualquer outra forma de invenção tal como um relógio ou um planetário? Qual é a relação entre literatura e ideias? O debate sobre essas questões ocupou vários dos principais juristas da época, incluindo Lorde Mansfield e William Blackstone, e nele se pode observar a emergência de problemas jurídicos e literários que ainda estão conosco.<sup>312</sup>

A representação da autoria baseada nas noções de personalidade, originalidade e propriedade envolveu “a abstração do conceito de propriedade literária do livro físico e então a apresentação dessa propriedade nova, imaterial, como não menos constante e certa do que qualquer outro tipo de propriedade,”<sup>313</sup> com rezava a ideologia liberal.

Nessa conjuntura, a mistificação do autor, a representação do artista como um gênio transcendente,<sup>314</sup> convinha aos interesses dos derradeiros proprietários dos direitos sobre as obras, os livreiros, a quem era rapidamente transferida a propriedade criada pelo seu labor intelectual. Criação do romantismo do século XIX, a noção de gênio original produziu uma representação da originalidade da obra, vinculada à individualidade do autor, que foi combinada com o discurso lockeano, produzido no século anterior, segundo a qual a fundação da propriedade tem, como axioma primeiro, a afirmação de que “cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa.”<sup>315</sup> A personalidade, tomada como valor,<sup>316</sup> opera, assim, como ponto de conexão entre originalidade e propriedade no processo de fabricação da propriedade literária durante os séculos XVIII e XIX. A teoria literária romântica alemã do século XIX é apontada como tendo desempenhado um papel decisivo na articulação desses elementos, especialmente as distinções, elaborada por Johann Gottlieb Fichte, primeiro entre os aspectos materiais e imateriais de um texto e, em

---

<sup>311</sup> ROSE, 2002, p.6.

<sup>312</sup> ROSE, 2002, p. 6-7, tradução nossa.

<sup>313</sup> ROSE, 2002, p. 7, tradução nossa.

<sup>314</sup> ROSE, 2002, p.120.

<sup>315</sup> LOCKE, 1998, p. 407.

<sup>316</sup> Desde Kant e Fichte a autonomia da vontade individual passa a ser o valor absoluto da esfera moral (SIMMEL, 2005).

seguida, quanto a estes últimos, entre conteúdo e forma.<sup>317</sup> O conceito de “forma”, de Fichte, está na raiz da concepção, geralmente admitida, segundo a qual o direito autoral protege expressões – as formas, os modos específicos pelos quais ideias são representadas – e não as ideias mesmas.

Exemplificativo desse momento é o que parte da crítica literária chama de “invenção de Shakespeare”, que, no século XVI estava inserido em um modo de produção cultural pré-moderno essencialmente colaborativo, mas foi posteriormente redefinido como a “epítome do gênio original.”<sup>318</sup> Segundo Magreta de Grazia, somente na segunda metade do século XVIII, Shakespeare foi produzido como um autor individualizado e singularizado.<sup>319</sup> A personalidade, e não mais a obra, passa a ser o repositório da originalidade.

Se de um lado a construção dos alicerces da noção de propriedade literária sobre a ideia de personalidade sugere uma busca por um significante, por uma categoria que transcendesse o domínio econômico, para garantir e fundamentar a circulação de mercadorias literárias, por outro, é de se notar que a desmaterialização da obra literária ocorreu simultaneamente – e provavelmente foi facilitada por – à desmaterialização da moeda – tradicionalmente sólida como o ouro e a prata – ocorrida com a adoção do papel-moeda e a sofisticação do sistema monetário durante o século.

A criação dessa figura moderna – a “pessoa do autor” – fruto do empirismo inglês, do racionalismo francês, da fé pessoal da Reforma e do romantismo alemão se adequava à ideologia ascendente do capitalismo<sup>320</sup> e a pretensão de mercantilização da obra literária, o que significou uma radical transformação em relação às sociedades primitivas – e mesmo feudais – em que a narrativa, impessoal, integrava uma forma de vida própria, independentemente do seu narrador individualizado. Desprovidas desta entidade – o autor moderno – “(...) em sociedades primitivas, a narrativa nunca era ‘desempenhada por uma pessoa’, mas por um mediador, um xamã ou orador, cuja performance podia ser admirada (isto é, seu domínio do código da narrativa), mas não seu gênio.”<sup>321</sup> A representação

---

<sup>317</sup> ROSE, 2002, p. 131.

<sup>318</sup> ROSE, 2002, p. 122, tradução nossa.

<sup>319</sup> ROSE, 2002, p. 122.

<sup>320</sup> BARTHES, 1977.

<sup>321</sup> BARTHES, 1977, tradução nossa.

romântica do autor como gênio transcendente, aliada à doutrina do individualismo possessivo, produziu uma teoria literária cujo discurso era “tiranicamente centrado no autor”.<sup>322</sup> O autor moderno é o sucedâneo metafísico, na escrita, do significado que se pretende fora de qualquer significante.

Essa representação romântica do sujeito-autor é confrontada pela perspectiva do pragmatismo, segundo a qual o sujeito não é mais do que um dos pontos de uma rede linguística de crenças e desejos. O sujeito somente existe “sob descrição”, já no uso da linguagem, não sendo a ela anterior. Da mesma forma, como postula Barthes, tampouco o autor teria existência como uma entidade anterior e exterior ao texto.<sup>323</sup> Essa linha de argumentação fornece subsídios para uma crítica da concepção tradicional do direito autoral fundada em um suposto direito natural – em um fundamento metafísico da propriedade literária – que remonta ao desenvolvimento teórico elaborado a partir das interpretações românticas e liberais da questão da origem da propriedade privada apresentada por Locke no *Segundo Tratado Sobre o Governo*. A partir desta crítica, buscase desvelar o caráter de monopólio legal, artificial e instrumental, do conjunto de instituições jurídicas que formam os direitos autorais.

O conceito individualista, clássico, de direitos autorais, partiria de uma suposição equivocada sobre como acontece o processo criativo: o que realmente ocorre é que nenhuma criação artística, intelectual ou científica acontece *ex nihil*. Artistas

colaboram através do espaço e do tempo, mesmo que tenham vivido separados por séculos ou continentes. Criatividade profunda requer máxima exposição às obras dos outros e liberdades para reusar e remodelar o material de outros.<sup>324</sup>

A criação não supõe um gênio individual isolado, acontecendo, sempre, na relação do sujeito autor com o ambiente, com a tradição científica, intelectual ou artística da qual ele participa e com a qual ele dialoga. A imagem que serviu de base para o modelo tradicional de proteção dos direitos autorais, e que permitiu a conversão metafórica em direito de propriedade intelectual – o ideal romântico do gênio criativo, que remonta ao século XIX – além de superado teoricamente, mostra-se incapaz de dar conta de regular as

---

<sup>322</sup> BARTHES, 1977, tradução nossa.

<sup>323</sup> BARTHES, 1977

<sup>324</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 186, tradução nossa.

possibilidades de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura proporcionadas pelo atual meio-ambiente tecnológico. Um direito autoral excessivamente restritivo limita o desenvolvimento das relações comunicativas, que tolhidas por restrições de propriedade, não podem evoluir livremente, porque restringe as possibilidades de articulação dos conteúdos “protegidos”. Assume, assim, um caráter limitador da criatividade, quando sua justificativa é justamente estimular a criação artística, científica e literária.

A elaboração teórica e doutrinária sobre os direitos autorais só tem a ganhar em densidade ao se desvincular da ideia de uma pretensa raiz natural, se deixassem de ser pensados como naturalmente decorrentes do ato da criação<sup>325</sup> artística e sua reflexão assumisse seu caráter político, contingente e econômico. Na vida real, o que ocorre é que a produção de sentido sempre se dá em referência a outros conteúdos já produzidos e lançados no “fundo de ideias” com os quais o autor-criador se relaciona.

A rigor, nenhum texto é original. Os próprios vocábulos, o próprio idioma e a própria linguagem, além dos conteúdos das narrativas e descrições, são bens emprestados do domínio público, e apropriados pelo autor no momento da confecção da obra literária.

(...) um texto não consiste de uma linha de palavras, revelando um significado “teológico” (a mensagem do Autor-Deus), mas é um espaço de muitas dimensões, no qual são unidos e confrontados vários tipos de escrita, nenhum dos quais é original: **o texto é um tecido de citações, resultando das milhares fontes da cultura.**<sup>326</sup>

Partindo da mesma premissa assinalada por Barthes, o projeto filosófico pragmatista de Richard Rorty avança no sentido de demonstrar que, quando se abraça uma postura naturalista sobre a subjetividade, desprovendo-a de essência, passamos a enxergá-la metaforicamente como não mais do que os nós que compõem as teias de comunicação na sociedade.<sup>327</sup> Rorty postula a superação da dualidade construída pela filosofia moderna entre sujeito e objeto, e da qual decorrem as oposições entre mente e mundo (psicologia moderna) e entre indivíduo e sociedade (sociologia moderna).<sup>328</sup> Sob essa perspectiva, o discurso sobre até que ponto é possível falar em um componente de originalidade presente na confecção dos conteúdos comunicativos gerados por cada um dos nós das redes

<sup>325</sup> Perspectiva que remete ao célebre problema de Hume ou falácia naturalística: se é possível inferir um dever-ser daquilo que é o caso (DALL’AGNOL, 2008).

<sup>326</sup> BARTHES, 1977, tradução nossa, destaques acrescentados.

<sup>327</sup> RORTY, 2001, p. 343-56.

<sup>328</sup> GUIRALDELLI JR., 2008, p. 42.

comunicativas – correspondentes ao que a filosofia moderna chamou de “sujeitos” – prossegue despido do seu caráter sagrado. As instituições dos direitos autorais estão enraizadas não só no modelo econômico da modernidade – propriedade e contrato, mas também nas suas concepções correlatas de subjetividade e individualidade. Se a noção de sujeito, tomada como descrição de nós mesmos,<sup>329</sup> é a fundação conceitual sobre a qual repousa a instituição dos direitos autorais, e se essa fundação não mais se sustenta, é preciso discutir o fundamento, papel, objetivos e consequências dessa disciplina jurídica.

A discussão entabulada sobre a proteção da “propriedade intelectual” e a liberdade de acesso à cultura, à informação e ao conhecimento desafia, sob essa perspectiva, a dicotomia *público/privado*, abordada, a partir da reflexão desenvolvida por Hannah Arendt sobre a esfera pública, como o espaço da ação humana, esta definida como a “atividade exercida entre homens, independentemente da produção de coisas ou da manutenção da vida, devido ao fato de que os homens e o homem vivem na terra e habitam o mundo”.<sup>330</sup> Para Arendt, é na ação, entendida como relação direta entre os homens, sem intermédio dos objetos do mundo, que o homem existe enquanto ser político, sendo a sua pluralidade condição de sua existência, na medida em que é na comunicação com os outros homens que se refletem e se constituem suas individualidades e diferenças. Diferencia-se o agir, assim, do fazer, a atividade correspondente à criação, fabricação e produção de coisas materiais, atributo do *homo faber*. Este é o trabalho, por meio do qual o homem erige um mundo particular de objetos, a esfera privada. Se a produção (fazer) pertence ao mundo privado e a comunicação (agir) ao público, a produção e circulação de bens culturais imateriais que, como já enfatizado, constituem a matéria-prima da comunicação se situa em uma zona de penumbra articulada entre ambas as esferas. Nesse sentido, observa Mark Rose que

a instituição do direito autoral está esquadrihada diretamente sobre os limites entre privado e público. Entender o direito autoral dessa forma ajuda a explicar sua notória duplicidade: às vezes o direito autoral é tratado como uma forma de propriedade privada e às vezes como instrumento de política pública criada para o encorajamento do aprendizado. Entender o direito autoral como mediador entre o privado e o público ajuda (...) a explicar porque a dicotomia público/privado reaparece com regularidade em cada nível de sua operação.<sup>331</sup>

---

<sup>329</sup> ROSE, 2002, p. 139.

<sup>330</sup> ARENDT, 2004.

<sup>331</sup> ROSE, 2002, p. 140, tradução nossa.

Historicamente, o direito autoral se ocupa em definir linhas demarcatórias entre privado e público, entre propriedade privada e domínio público, entre recursos de uso exclusivo e recursos comuns (*commons*). Esta atividade muitas vezes é uma questão de apropriação e transformação do *status* jurídico daquilo que até um dado momento era comum, operando basicamente da mesma forma que os cercamentos ocorridos durante o século XVII na Inglaterra (*enclosures*), quando a emergência dos direitos absolutos de propriedade sobre a terra, amparada na doutrina do individualismo possessivo<sup>332</sup> e instrumentalizada pelo recurso à legislação, extinguiu a “a validade jurídica dos direitos consuetudinários sobre terras comuns, terras baldias e florestas”.<sup>333</sup> A dicotomia entre público e privado, radicalmente instável, não é parte do mundo, mas uma forma de organizá-lo, pertencendo, por assim dizer, não à geografia, e sim à cartografia.<sup>334</sup> Além disso, “uma vez que interesses significativos estão em jogo em questões de direitos autorais, precisamente aonde traçar a linha é sempre uma disputa.”<sup>335</sup> Esse dinamismo da indeterminação entre o que é público e o que é privado se revela, segundo Rose, em diferentes níveis de operação/aplicação dos direitos autorais. Eles são chamados a distinguir primeiramente entre obras protegidas e não protegidas (ou seja, o que é propriedade e o que pertence ao domínio público). Em seguida, cabe aos direitos autorais definir quais são os aspectos protegidos de uma obra – nesse momento a distinção público/privado se traduz na distinção entre ideia (conteúdo) e expressão de ideia (forma). Por fim, mesmo os aspectos protegidos das obras intelectuais estão sujeitos a restrições, que na doutrina norte-americana foram desenvolvidas sob a forma da doutrina do *fair use* (uso justo ou legítimo), e no direito brasileiro,<sup>336</sup> assim como nos tratados internacionais pertinentes, correspondem a previsões expressas de limitações ao exercício dos direitos pelos respectivos titulares. É possível, assim, articular uma desconstrução/reconstrução conceitual dos direitos autorais, tendo em vista o arbítrio da distinção entre público e privado e a constante interferência recíproca e indeterminação entre ambos os domínios.

---

<sup>332</sup> HILL, 1997, p. 31.

<sup>333</sup> HILL, 1997, p. 25, tradução nossa.

<sup>334</sup> ROSE, 2002, p. 141.

<sup>335</sup> ROSE, 2002, p. 141, tradução nossa.

<sup>336</sup> Na legislação brasileira, é no Capítulo IV do Título II da Lei 9.610/1998 (arts. 46 a 48) que estão previstas “As limitações aos Direitos Autorais”.

#### **4.4. Nas intermitências entre o público e o privado: a proposta da desconstrução e sua relação com o direito e a política**

*“A liberdade de um começa onde começa a liberdade do outro”* (Tercio Sampaio Ferraz Júnior)

Nesse cenário, adquire relevo a perspectiva teórica inaugurada pelo filósofo franco-argelino Jacques Derrida que, ao desenvolver o projeto da *desconstrução* como proposta para se defrontar com os velhos problemas da metafísica, como as questões da transcendência e da universalidade, abre novas possibilidades para se pensar o direito e a política sem ser aprisionado pelas armadilhas que escondem a aporia do fundamento ou, pelo menos, sem negá-las.

As correntes contemporâneas das teorias do direito que tentam ir além deste ponto em geral esbarram em uma aporia e são obrigadas a desistir da empreitada ou ter que fazer concessões à metafísica, caindo, assim, no formalismo ou no objetivismo, respectivamente. Assim como ocorre quando buscamos o fundamento de instituições como a democracia ou os direitos humanos, por mais que busquemos, não conseguimos encontrar um parâmetro objetivo para sua justificação a não ser que aceitemos fazer tais concessões.

Seguindo os passos de uma tradição de pensamento crítico que tem como precursores Nietzsche e Heidegger, Jacques Derrida aparece no cenário da filosofia continental do século XX contrapondo-se tanto ao estruturalismo (Foucault, Lévi-Strauss) quanto à fenomenologia (Levinas), que dominavam a produção intelectual francesa do período pós-guerras. Entre os temas centrais de seus trabalhos estão a linguagem, a diferença, o perdão, a hospitalidade e a justiça.

Seu projeto – a desconstrução – consiste em reinterpretar a metafísica, tomada como escritura, com vistas a apontar o seu fim. Fim que não é possível de se atingir, tratando-se, na verdade, de um longo adeus, uma vez que a metafísica passa a ser reconhecida como uma condição inescapável da própria estrutura da linguagem. Trata-se, pois, de uma práxis interpretativa, “não somente a interpretação dos textos que constituem a nossa história, mas uma interpretação desconstrutora, tendente a fazer emergir a sua

última paradoxalidade.”<sup>337</sup> Em suma, o que Derrida procura demonstrar é que as condições de possibilidade de um enunciado são, ao mesmo tempo, as condições de sua impossibilidade, daí decorrendo a fatalidade da aporia que os projetos representacionistas não conseguiriam superar. Derrida identifica na própria estrutura da linguagem o espaço da metafísica: a articulação entre significante e significado que se dá na construção do signo. Assim,

O significado é o conceito que precisa ser articulado e o significante é a maneira como isso pode ser feito, usando, por exemplo, as palavras ou a voz. A filosofia sempre postulou a primazia do significado. Os significantes sempre tinham que articular algo que dominava o interesse da filosofia: o ser, o conhecimento.<sup>338</sup>

A desconstrução proposta por Derrida é o insurgir-se contra essa primazia do significado que perpetua a metafísica na linguagem, a partir da constatação de que o significado sempre pressupõe o significante – o traço, o suporte da palavra – como condição de sua própria articulação.<sup>339</sup> Não há o “algo” fora do texto a ser referido. O significante somente se singulariza na linguagem, não por meio de uma referência direta ao significado meta-textual (como as etiquetas em frente às obras em um museu) e sim por meio de diferenciação em relação aos demais significantes (como em um dicionário, em que o significado de cada vocábulo é sempre diferido mediante sua reelaboração por meio da relação entre outros significantes, cada um deles também a ostentar seu próprio verbete, num círculo infinito.

Conforme ressalta Milovic, “a tentativa de Derrida (...) é uma sugestão de sempre se preocupar com o diferente, de liberar o pensamento e a tradição dos lugares privilegiados que a filosofia sempre postulou.”<sup>340</sup> Pode-se dizer que a desconstrução consiste, assim, em fazer da filosofia um lançar-se contra os limites da linguagem. Seguindo a orientação de Wittgenstein, a filosofia de Derrida toma a forma de uma “luta contra o enfeitiçamento do nosso entendimento pelos meios da nossa linguagem.”<sup>341</sup>

---

<sup>337</sup> D’AGOSTINI, 1997, p. 433.

<sup>338</sup> MILOVIC, 2004, p. 129.

<sup>339</sup> MILOVIC, 2004, p. 129.

<sup>340</sup> MILOVIC, 2004, p. 131.

<sup>341</sup> WITTGENSTEIN, 1999, p. 65.

A partir da década de 90, o pensamento de Derrida, até então voltado mais diretamente para os problemas metafísicos e da linguagem, teria passado por uma virada política, a partir da qual ele passaria a trabalhar a desconstrução em sua relação direta com temas como a ética, a política, a religião, o amor, o feminismo e o direito.<sup>342</sup> Nessa empreitada, a desconstrução permitiria desencobrir pressuposições e preconceitos profundamente escondidas na racionalidade e na cultura ocidentais: toda a nossa tradição filosófica repousaria sobre categorias dicotômicas arbitrárias (sagrado/profano, bom/mau, mente/corpo, significante/significado) pelas quais uma ordem é imposta à realidade, uma hierarquia que exclui, subordina e esconde vários significados potenciais. Postula, assim, que não devemos em momento nenhum afirmar a história, as instituições ou a sociedade como *naturais* em qualquer sentido. São todas construções nas quais pode operar a desconstrução. É sob esse prisma que o presente trabalho procura lançar luz sobre a relação entre as superestruturas jurídicas conformadoras dos direitos autorais e o meio-ambiente cultural, econômico, social e tecnológico no qual se inserem e com o qual são confrontadas.

Chantal Mouffe fornece um panorama bastante preciso dessa abordagem:

Derrida recusa propostas do tipo habermasiana, de inspiração kantiana, de que existe uma ligação necessária entre universalismo, racionalismo e democracia moderna; que a democracia constitucional representa um momento de descoberta da razão, ligando à emergência de formas universais de direito e moralidade. Nega a disponibilidade de um ponto arquimediano como a razão que poderia garantir uma modalidade de argumentação capaz de transcender suas condições particulares de enunciação. Por outro lado, a crítica do racionalismo e do iluminismo não o impede de ser fortemente comprometido com o lado político do iluminismo: o projeto democrático, cuja justificação prescinde desse tipo de fundamentação filosófica.<sup>343</sup>

Ao contrário do que o nome sugere, desconstrução é, fundamentalmente, um esforço construtivo, e não somente crítico. Ainda que para criticar, questionar, duvidar, negar, é preciso, em primeiro lugar, dizer “sim”, afirmar, reconhecer. Assim, quando Eu me dirijo ao Outro, quando endereço ao Outro uma mensagem, mesmo que para

---

<sup>342</sup> *Força de Lei*, de 1990, e *Expectros de Marx e Políticas da Amizade*, ambos de 1994 são consideradas as obras fundamentais da filosofia moral e política de Derrida. Vale dizer, ainda, que o próprio Derrida jamais concordou com os analistas que apontam para a sua “virada política”, sustentando que as implicações éticas e políticas do seu pensamento já podem ser inferidas desde suas primeiras obras, como *Gramatologia*, *Voz e Fenômeno* e *A Escritura e a Diferença*, todos de 1967.

<sup>343</sup> MOUFFE, 1996, p. 1, tradução nossa.

estabelecer uma oposição, faço como que uma promessa de endereçar o Outro enquanto Outro, de não reduzir a Alteridade do Outro e levar em consideração a sua singularidade.<sup>344</sup>

A primeira demonstração da aptidão da crítica derridiana da metafísica para produzir consequências éticas e políticas<sup>345</sup> diretas foi a sua obra intitulada *Force of Law: The Mystical Foundation of Authority*, na qual pretendeu esclarecer a controvérsia existente quanto à possibilidade ou não de o *modus* filosófico da desconstrução pensar a justiça e sua relação com o direito. Nesse escrito, Derrida observa que a expressão “*to enforce the law*,” que pode ser traduzida como “aplicar”, “fazer cumprir” ou “impor” a lei, revela a existência sempre presente de um recurso à força, efetivo ou potencial, intrínseco à natureza da lei, ou seja, à sua coercitividade. O direito é, portanto, “sempre uma força autorizada, uma força que justifica a si mesma”.<sup>346</sup>

(...) não existe direito que não implique em si mesmo, *a priori*, na própria estrutura analítica do conceito, a possibilidade de ser imposto [*enforced*], aplicado à força (...) Com certeza, existem leis que não são impostas [*enforced*], mas não existe lei sem impositividade [ou coercitividade: *enforceability*], e nem aplicabilidade ou impositividade [*enforceability*] da lei, sem força, que esta força seja direta ou indireta, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou discursiva – até mesmo hermenêutica – coercitiva ou regulativa, e assim por diante.<sup>347</sup>

Diante da presença inafastável desse aspecto coercitivo, e mesmo violento, do direito, Derrida pergunta sobre o que é que torna legítima, o que é que torna justa, essa força do direito, essa força da lei, ao contrário de outro uso qualquer da força, da violência, que julgamos sempre ilegítimo.<sup>348</sup> Max Weber, por exemplo, postulou axiomáticamente que o uso da força pelo direito, pelo Estado, é legítimo, mas não respondeu o porquê. A desconstrução, por outro lado, se propõe justamente a derrubar todo axioma, questionar os pressupostos do pensamento e coloca, portanto, a pergunta: existe alguma diferença

---

<sup>344</sup> Para os pragmatistas, o que tanto Derrida – ao subverter a estrutura significante/significado para rejeitar a primazia deste último – quanto Wittgenstein – ao postular que não existe significado fora do uso – fazem, é livrar a linguagem – e a filosofia – de “uma imagem enganadora e inútil, à qual Quine chamou de ‘o mito do museu’: a imagem de que há um objeto, o significado, e próximo a ele sua etiqueta, a palavra” (RORTY, Richard. *Remarks on Deconstruction and Pragmatism*. In. MOUFFE, 1996, p. 16.). Neste ponto, portanto, ambos os projetos, pragmatismo e desconstrução, coincidem em seus escopos de superar as distinções platônico-kantianas – mente/mundo, objetividade/subjetividade, etc.

<sup>345</sup> Aptidão que foi abertamente desafiada por Rorty em MOUFFE (ed.), 1996.

<sup>346</sup> DERRIDA, 1990, p. 233.

<sup>347</sup> DERRIDA, 1990, p. 233, tradução nossa.

<sup>348</sup> DERRIDA, 1990, p. 234

essencial entre essa violência praticada pelo direito e alguma outra forma de violência qualquer? Para Derrida,

(...) a operação que funda, inaugura, justifica o direito, cria o direito, consiste em um *coup de force* de uma violência performativa, e, portanto, interpretativa, que, em si mesma, não é nem justa nem injusta<sup>349</sup> e que nenhuma justiça e nenhum direito anteriormente e previamente fundado, nenhuma fundação, poderia, por definição, garantir, contradizer ou invalidar.<sup>350</sup>

Se concordarmos com ele, devemos aceitar que a violência originária, que é o ato fundador de qualquer ordem estabelecida, legal ou política, sempre carece de um parâmetro último de validação. Se este é o ato que funda a ordem, que cria os critérios pelos quais haverá de ser julgado o que é justo ou injusto (segundo o direito), não pode existir um pressuposto de legitimação natural para ele próprio, anteriormente dado, de modo que esta violência primordial e instituidora jamais pode ser, em si mesma, justa ou injusta.

Não existiria uma resposta para a pergunta sobre o que é que legitima o primeiro legislador. A história da democracia ocidental seria a história do tiranicídio – o assassinato do tirano violento, usurpador – que é em si mesmo uma violência: um ato ao mesmo tempo de violência e de auto-legitimação. Eu me legitimo porque derrotei o tirano, mas também decido que o tirano não é legítimo.

A autoridade última do direito somente pode residir, assim, no crédito que lhe é atribuído,<sup>351</sup> na crença que se lhe deposita, e não em uma suposta correspondência com qualquer tipo de instância transcendental de validação. A autoridade se origina, por assim dizer, “de um ato de fé”,<sup>352</sup> sem qualquer suporte ontológico ou racional.<sup>353</sup> A isso, Derrida vai chamar de “fundação mística da autoridade”<sup>354</sup>. Mística, porque jaz além do alcance do

<sup>349</sup> “Justa/injusta”, aqui, já como relação de correspondência ao direito, apenas, e não à Justiça de modo geral.

<sup>350</sup> DERRIDA, 1990, p. 241, tradução nossa.

<sup>351</sup> DERRIDA, 1990, p. 240.

<sup>352</sup> DERRIDA, 1990, p. 240.

<sup>353</sup> DERRIDA, 1990, p. 240.

<sup>354</sup> A ideia de “fundação mística da autoridade” não é uma criação de Derrida, que busca reinterpretar e conferir nova conotação à expressão presente já nas obras de Blaise Pascal (“... um afirma que a essência da justiça é a autoridade do legislador, outro, a vontade do soberano, e um terceiro, ainda, o costume presente, sendo este o mais preciso. Nada em consonância com a razão apenas, é justo em si mesmo; tudo muda com o tempo. O costume gera toda a equidade, pela simples razão de que é aceito. Eis a fundação mística da autoridade. Quem quer que a siga até os primeiros princípios, a destrói.”) e Montaigne (“As leis mantêm sua

discurso, além dos limites da linguagem, onde um silêncio eloquente se encerra nas entranhas do ato fundador, mas ao mesmo tempo fazendo parte da sua própria estrutura e da linguagem.<sup>355</sup> Nesse ponto, o pensamento de Derrida ecoa o de Wittgenstein quando este, na parte final do *Tractatus*, se depara com um inescapável silêncio diante do que conclui ser o caráter inexprimível, pré-linguístico, do fundamento do juízo moral.

Essa constatação de que o direito, em si, é, em última análise, uma violência sem fundamento, na medida em que o último ato da cadeia de fundamentação será, por definição, infundado, leva a duas consequências: a desconstrutividade do direito e a possibilidade de mudança. Quanto à primeira, seguem as palavras de Derrida: “o direito é essencialmente desconstrutível, seja por ser fundado, quer dizer, construído, sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis (...), seja porque o seu fundamento último é, por definição, infundado”.<sup>356</sup>

A segunda consequência é decorrência da primeira, uma vez que a desconstrução dos conteúdos é não só o requisito, como também a alavanca para o aparecimento do novo, aqui incluindo-se todo processo, revolucionário ou não, de mudança política, social ou estritamente jurídica. Em outras palavras, no momento da desconstrução, descobre-se que o que é, não é necessariamente, que poderia ser diferente, que poderia ser melhor, que poderia ser ao contrário, pois, o que é, afinal, sendo desprovido de fundamento, só o é em razão da crença depositada na autoridade mística.

Com isso, a desconstrução lança as bases para a efetivação de uma crítica do direito contemporâneo que carrega o gérmen para a construção do pensamento sobre a possibilidade de um outro direito. Esse outro direito possível convida, ainda, à reflexão sobre a possibilidade de outra ou outras políticas com as quais se relacione. A desconstrução/reconstrução da política será então, investigada pelo próprio Derrida, em *Políticas da Amizade*, nos termos do que ele chama de uma democracia porvir.<sup>357</sup>

A obra *Políticas da Amizade* tem como eixo de argumentação uma citação que Michel de Montaigne atribuíra a Aristóteles: “Ó meus amigos, não há amigo.” A partir daí,

---

validade não porque são justas, mas porque são leis. Eis a fundação mística da sua autoridade: e elas não têm outra... Quem vier a obedecê-las por elas serem justas, não o faz do modo como deveria”).

<sup>355</sup> DERRIDA, 1990, p. 242.

<sup>356</sup> DERRIDA, 1990, p. 242, tradução nossa.

<sup>357</sup> Entre outros autores cujos estudos sobre a desconstrução da política nos termos do que Derrida chamou de “democracia porvir”, destacam-se MARRAMAO, Giacomo e RESTA, Eligio.

Derrida propõe uma abordagem sobre o problema da política centralizada em um conceito aparentemente marginal, a amizade, em vez dos conceitos políticos mais óbvios, como poder, soberania, legitimidade ou representação.

Ele desenvolve, nessa obra, uma investigação sobre certas características que seriam permanentes, iterativas, em um particular conceito de amizade que teria se apresentado de modo mais ou menos hegemônico – embora não homogêneo – na tradição política greco-judaico-cristã-islâmica. Tal modelo de amizade seria caracterizado, assim, por ser fundado em laços de afinidade tipicamente familiares e fraternais (entre irmãos, parentes, afins), entre dois homens (homofílica e androcêntrica). Todos os conceitos fundamentais desenvolvidos ao longo da história da tradição política ocidental, entre eles os de território, nação, Estado e soberania, seriam direta ou indiretamente fundados nessa concepção hegemônica de amizade.

Mas por que, pergunta, este formato específico de amizade? Por que o amigo tem que ser um irmão? Esta dúvida está presente na inquirição de Derrida sobre a possibilidade do estabelecimento de uma amizade que supere a proximidade do congênere, que vá além do parentesco e, com base nisso forneça as bases para a articulação de uma possível política tal que seja um “para além do princípio da fraternidade.” Será que tal política ainda mereceria o nome de política? Seria ainda reconhecida como tal?

Derrida acusa o discurso político da modernidade de não questionar essa concepção tradicional da amizade como modelo da relação política, de modo que a política permaneceria sempre condicionada a um modelo familiar de amizade, onde os amigos são separados dos inimigos e que teria como consequência a perpetuação da exclusão em algum nível.<sup>358</sup> A permanência dessa oposição entre amigo e inimigo, Derrida situa numa tradição do pensamento que remontaria a Hegel e assume sua forma mais sistemática em Carl Schmitt. A desconstrução desse modelo de amizade é o que permitiria a sua reconstrução em outras bases: uma amizade pautada na hospitalidade, entendida como o acolhimento da diferença do outro dentro da própria casa.

---

<sup>358</sup> Vale notar, quanto a esse aspecto, que nem mesmo o humanismo escaparia dessa crítica, na medida em que a própria significação do conceito de humanidade, a criação do humano, não sendo algo natural, sempre traz em si a delimitação de quem dele excluído. Cf. DERRIDA, 2002; BAUMAN, 1998. No mesmo sentido, anota também Adorno que ao delimitar quem dele participa, o conceito iluminista racional de humanidade já delimita também, ao mesmo tempo, quem dele fica excluído. Acena, então, com a necessidade de que “*somente onde desaparecesse esse princípio limitador da totalidade*” – quando então ter-se-ia uma totalidade que não é identidade, mas abertura ao diferente – “*haveria humanidade e não seu simulacro*” (ADORNO, 1995, p. 41).

No que diz respeito à política econômica, esse modelo da relação política baseado na concepção tradicional de amizade se reflete na hegemonia de modelos de pertencimento caracteristicamente excludentes: o que é meu não é seu. O individualismo possessivo coroou o modelo da propriedade privada e exclusiva de bens e recursos como a forma “natural” de estabelecimento de relação de pertencimento entre as pessoas e as coisas. A política que pressupõe a dicotomia amigo/inimigo afirma a unicidade da apropriação privada, do contrato e da troca mercantil em oposição aos *commons* – a gestão comum de recursos, à valorização do domínio público, aos modos colaborativos de produção de conhecimento, informação e cultura, e às culturas que privilegiam o compartilhamento, o co-pertencimento e a dádiva.

A partir da inversão que Nietzsche faz da frase atribuída a Aristóteles – “Ó inimigos, não há inimigos”<sup>359</sup> – Derrida introduz o tema da perda do inimigo como um evento político: trata-se, pois, da perda daquele, o inimigo, sem o qual o político não tem sua especificidade. A perda do inimigo, assim, não necessariamente significa progresso, reconciliação ou abertura para uma era de paz e fraternidade. Pode significar, ao contrário, uma violência sem-precedentes, um mal sem medida, em face da perda de qualquer parâmetro para a ação política. A figura no inimigo é politicamente útil justamente em razão das suas características que o fazem identificável como tal, permitindo a organização social. A perda do inimigo aparece, assim, ao mesmo tempo, como uma oportunidade e um risco.

O problema da perda do inimigo é também a porta pela qual Derrida adentra ao exame do pensamento político de Carl Schmitt, cujo axioma fundamental, na sua forma mais elementar, poderia ser assim apresentado: a possibilidade do político, do ser-político, se origina da figura do inimigo e, com ele, da possibilidade real da guerra.<sup>360</sup> “A distinção específica do político, para a qual ações e noções políticas podem ser reduzidas, é a distinção entre amigo e inimigo.”<sup>361</sup> Dessa forma, o desaparecimento do inimigo marcaria o início da despolitização, o começo do fim do político, na medida em que este perderia os limites da sua especificidade.

---

<sup>359</sup> DERRIDA, 2005, p. 76.

<sup>360</sup> DERRIDA, 2005, p. 84.

<sup>361</sup> SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political* apud DERRIDA, 2005, p. 85, tradução nossa.

Tal seria o horizonte diante de nós, com o final do século XX, após duas guerras mundiais, em que o principal inimigo agora parece inidentificável. A humanidade moderna, para Schmitt, vive o risco da despolitização, ao perder a figura do inimigo. Viveríamos uma angústia e uma urgência por uma invenção do inimigo para nos repolitizar, para por fim à despolitização. Onde não há um inimigo principal, um inimigo estrutural a ser encontrado, emerge uma multiplicidade de inimigos potenciais. A humanidade, para Schmitt, ignora, enquanto conceito totalizante, a figura do inimigo.<sup>362</sup> Para ela, considerada como um todo, não haveria inimigo no horizonte, de modo que já não mais seria um conceito pertencente ao campo do político.<sup>363</sup>

Embora Schmitt não proponha equivalente para a figura do amigo, observa Derrida que um dos termos opostos da discriminação fundadora do político, o inimigo, é sempre reconhecido como um inimigo público. O conceito de um inimigo privado seria sem sentido, uma vez que é a própria esfera do público que emerge da figura do inimigo.<sup>364</sup>

O inimigo não se confunde com o competidor, adversário, no sentido geral, nem é o rival privado, pessoal, que alguém odeia ou antipatiza. O inimigo só pode ser um conjunto de indivíduos agrupados, confrontando um conjunto da mesma natureza, engajado em uma luta pelo menos virtual, isto é, uma que seja efetivamente possível.<sup>365</sup>

A presença da guerra real não é mera possibilidade, mas eventualidade. Se a guerra tem lugar efetivamente, se é declarada ou não, trata-se apenas de uma alternativa empírica. Mas todas as condições de possibilidade da guerra estão presentes. Tão logo a guerra é possível-eventual, o inimigo se faz presente e sua presença institui a comunidade enquanto comunidade humana de combate, coletividade de combate: o público.<sup>366</sup> Esse processo retórico de constante criação dos inimigos é visível, para ficar em alguns poucos exemplos, nos movimentos de cunhagem e expansão de termos como “pirataria” para se referir,

---

<sup>362</sup> Sobre a crítica de Derrida ao humanismo, pelo menos do modo como é compreendida por Bauman, segue em direção oposta à crítica schmittiana. Para ele, Derrida, embora não advogue a rejeição das premissas do humanismo moderno, faz um apelo para que o humano seja repensado. O humanismo, de caráter universalista, faria exigências que um humano ainda fraternal demais, provinciano demais, é incapaz de oferecer, reproduzindo, assim, na sua gênese, os processos de exclusão identitária. O humanismo teria não só endossado o projeto homogeneizador do estado moderno, como também se afastado demais dos processos de formação da identidade. A humanidade não deixa, assim, de também construir seu “inimigo”, seu “outro”, seu “estranho”, aquele que não faz parte da humanidade, que não é humano (Cf. BAUMAN, 1998).

<sup>363</sup> DERRIDA, 2005, p. 85.

<sup>364</sup> DERRIDA, 2005, p. 85.

<sup>365</sup> SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political* In DERRIDA, 2005, p. 85-86, tradução nossa.

<sup>366</sup> DERRIDA, 2005, p. 86.

indistintamente, desde falsificadores de medicamentos a adolescentes que compartilham arquivos de áudio, bem como na ressignificação pejorativa do termo *hacker*<sup>367</sup> para designar um criminoso que atua mediante o uso de redes de computadores, afastando-se completamente do seu significado original. Há três décadas, salientam DRAHOS & BRAITHWAITE,

seria necessária uma boa dose de imaginação para cidadãos comuns imaginarem que o que eles fazem ao copiar um item de *software* ou de música, ou gravar um programa de televisão, seria comparado a roubo. Tais ações jamais foram delitos criminais na maioria dos países antes do TRIPS, mas a campanha de relações públicas para definir ‘pirataria’ informacional como crime tem remodelado a consciência popular sobre propriedade intelectual.<sup>368</sup>

O surgimento do público pode ser identificado com o que Zygmunt Bauman chama de “colocação em ordem”, movimento que, desde o advento da era moderna teria deixado de significar a manutenção da ordem dada, passando a implicar o constante desmantelamento da ordem tradicional, herdada e recebida, pela incessante proclamação de novas ordens.<sup>369</sup> Assim, a “colocação em ordem” se faz pela identificação e separação de sempre novos “estranhos”. Novas condutas são recriminadas (compartilhamento) e criminalizadas (utilização de redes de compartilhamento *peer to peer*), novas moralidades são forjadas e impostas (campanhas publicitárias equiparando usos não autorizados de material sobre o qual incidem restrições de direitos autorais a tipos penais como furto, roubo ou invasão de propriedade).

‘Vizinhos do lado’ inteiramente familiares e sem nenhum problema podem da noite para o dia converter-se em estranhos aterrorizantes, desde que uma nova ordem se idealiza; inventa-se um novo jogo no qual é improvável os vizinhos de ontem competirem placidamente, pela simples razão de que a nova ordem está prestes a transformá-los em estranhos e o novo jogo está prestes a eliminá-los<sup>370</sup>

---

<sup>367</sup> Na singela, porém precisa descrição de Dalton Martins (*In SPYER*, 2009, p. 20), o *hacker* é tão-somente alguém que “gosta de vivenciar desafios e aprender com seus próprios limites. Mas, (...) fundamentalmente, o *hacker* (...) utiliza uma parte significativa do seu tempo documentando e compartilhando a forma como ele conseguiu vencer um desafio e, dessa forma, permite que outras pessoas possam aprender com suas descobertas.” É alguém que se apropria da tecnologia de maneira criativa e propõe novos significados a ela. No mesmo sentido, Richard Stallman (2002, p. 15) ressalta que o uso do termo *hacker* para designar alguém que invade sistemas de segurança é uma confusão da mídia de massa, de viés preconceituoso e que é recusado insistentemente pelos integrantes da própria *cultura hacker*, no seio da qual a palavra significa apenas “alguém que gosta de programar e desfruta do conhecimento sobre programação de computadores.”

<sup>368</sup> DRAHOS & BRAITHWAITE, 2004, p. 31, tradução nossa.

<sup>369</sup> BAUMAN, 1998, p. 20.

<sup>370</sup> BAUMAN, 1998, p. 21.

O amigo (*amicus*) pode muito bem ser um inimigo (*hostis*). Eu posso ser hostil em relação ao meu amigo, publicamente, e amá-lo no âmbito privado – eis a distinção entre público e privado.<sup>371</sup> Na experiência da oposição amigo-inimigo, na política, sentimentos, emoções, afetos não desempenham nenhum papel: o inimigo é um estranho e não alguém por quem nutro um ódio pessoal.

Além disso, a distinção entre uma espécie de inimigo público (*polemios*) e outra de inimigo privado (*eckthros*) já conteria um discurso implícito sobre a natureza (*physis*), que remontaria à diferenciação afirmada por Platão entre *polemos* e *stasis*, dois tipos de *diaphorá* (desentendimento, discórdia, contestação). Enquanto por *stasis* quer-se significar a discordância entre os que compartilham laços de parentesco, *polemos* seria aquela travada entre estrangeiros, e tanto seria natural a guerra entre gregos e bárbaros, quanto a amizade entre os próprios gregos, de tal modo que quanto estes entram em guerra entre si, o que ocorre é como uma doença, uma doença *natural*. Sobre essa ideia de parentesco natural é que se assenta o modelo de amizade fundado na homogeneidade, na *homophilia* (literalmente: amor ao que é igual), na afinidade.

A *fraternização* pode ser entendida, na conformação tradicional do político, como o processo de produção simbólica de uma política determinada que se apoia na projeção ideal de uma fraternidade real. Tudo aquilo, no discurso político, que apela para o nascimento, para a natureza, para a nação, para a ideia de irmandade humana, enfim, para a ideia de que a igualdade de nascimento funda, na necessidade da natureza, a igualdade jurídica.<sup>372</sup> Trata-se de uma vinculação entre *physis* e *nomos*, natureza e política, cujo *modus operandi* permanece obscuro, místico, em última análise, um ato de fé.

Derrida enxerga, no que Schmitt chama de despolitização, na perda de densidade dos conceitos dominantes e fundamentais do político, não apenas um risco, mas uma oportunidade de se pensar a possibilidade de uma outra amizade, uma outra política, uma outra democracia, uma democracia por vir, que comece rompendo com o discurso que naturaliza as suas instituições. Seria possível uma política fundada, em vez de no conceito tradicional e hegemônico de amizade, no amor, entendido este, nas palavras de Derrida,

---

<sup>371</sup> DERRIDA, 2005, p. 87.

<sup>372</sup> DERRIDA, 2005, p. 93.

como “desejo afirmativo direcionado ao Outro, respeito ao Outro em sua alteridade, cuidado do Outro”, ou seja, em uma forma diferente de amizade?

Nesse contexto, é possível afirmar, no contexto das práticas de produção e distribuição de programas de computador, que, por exemplo, o movimento do *software* livre, como movimento político que é, traduz, nos seus objetivos, um projeto de resgate do que Giacomo Marramao chama de “dimensão esquecida da fraternidade”<sup>373</sup> ao propor uma nova política de regulação das relações sociais e econômicas vinculadas à produção, distribuição e uso de programas de computador que rejeita a ideia mesma da apropriação privada do *software*.

Derrida questiona o modelo hegemônico de amizade em nome da democracia, do que chama de uma ‘democracia por vir’. E com “democracia por vir” Derrida quer dizer uma democracia não necessariamente ligada ao Estado-nação, à cidadania, uma política possível que não esteja apoiada nessas referências, e que tampouco seria uma democracia para o futuro, um novo regime, uma nova organização do Estado-nação (mas que também não o exclui). Não significa apenas uma democracia do tempo futuro que tenha corrigido e aperfeiçoado a democracia do tempo presente, significa que está inscrita na ideia de democracia a ideia de promessa: a democracia é uma promessa. É e permanecerá uma promessa, mas por-*vir* significa que ela tem que se realizar, como promessa, como dever, “*vir*”, imediatamente.

Igualmente, a Internet também surge e se dissemina com uma promessa, a promessa da universalização do acesso a informação, conhecimento e cultura. Igualmente, transcende o Estado-nação. As práticas colaborativas de produção e distribuição de informação, conhecimento e cultura possibilitadas pela interconexão em escala global por ela proporcionada, dentre as quais se destaca o movimento do *software* livre, ao mesmo tempo em que se apoiam nesta promessa, voltam seu olhar para a sua plena realização. O modo de produção colaborativo possibilitado pelas novas tecnologias, ou *peer production*, caracterizado por um conjunto de práticas de produção baseadas no compartilhamento de recursos comuns,<sup>374</sup> descentralizado e não hierarquizado, não se confunde nem com o sistema de produção típico do mercado, nem com o modo planejado de organização da economia. Resumidamente,

---

<sup>373</sup> MARRAMAIO, 2006, p.187.

<sup>374</sup> BENKLER, 2006, p. 62.

essa colaboração não é organizada por ninguém que organiza a árvore, mas é, ao contrário, o resultado de todos eles lendo o mesmo fórum na Internet e usando o mesmo *software*, que é liberado sob uma licença aberta, em vez de proprietária. Isso permite que alguns dos seus usuários identifiquem problemas e que outros consertem esses problemas sem pedir permissão para ninguém e sem entrar em nenhuma transação.<sup>375</sup>

Mercados e firmas não são mais as únicas formas de organização das transações econômicas componentes de sociedades livres, em oposição à planificação centralizadora estatal característica de sociedades não-livres. O atual estágio da tecnologia permitiu a visualização de uma terceira modalidade – o compartilhamento social – que não costumava sequer ser enxergada como fazendo parte das nossas opções institucionais.<sup>376</sup>

Os novos modos de interação cultural, econômica e social possibilitados pelas tecnologias da digitalização e das redes – sem as quais jamais teria sido possível o nível de mobilização e coordenação transfronteiriço que permitiu a realização dos mais bem-sucedidos projetos de desenvolvimento de *software* livre, oferecem uma oportunidade de resgate da dimensão esquecida da fraternidade, que desviando olhar da lógica amigo/inimigo abre outros horizontes<sup>377</sup> a partir dos quais é possível experimentar novas relações entre *direito e fraternidade*, descortinando-se a possibilidade de novos modelos de comunidades políticas e novos modos de relacionamento interpessoal e de produção econômica e cultural.<sup>378</sup> Mas o debate público que nos levaria ao delineamento do melhor sistema de direitos autorais possível não é possível enquanto continuemos a trabalhar dentro da moldura retórica limitada consistente em discutir questões de direitos autorais em termos de propriedade.

O resgate dessa “dimensão esquecida da fraternidade”, na organização da política e da economia, pode ser visualizado nos fenômenos de produção colaborativa e compartilhamento, em larga escala, de informação, conhecimento e cultura.<sup>379</sup> A

---

<sup>375</sup> BENKLER, 2006, p. 67, tradução nossa.

<sup>376</sup> BENKLER, 2006, p. 463.

<sup>377</sup> RESTA, 2004, p. 14.

<sup>378</sup> As possibilidades oferecidas por essas tecnologias para o aperfeiçoamento da democracia também não podem ser negligenciadas. A Internet está permitindo a consolidação de um nível de transparência e prestação de contas da Administração pública jamais visto, sem falar na relação direta entre multiplicação dos canais de expressão e de comunicação e o aprimoramento da experiência democrática, que não prescinde de canais abertos de deliberação. Para uma análise dos efeitos diretos de blogs, wikis, *software* livre e mercados de previsões na efetividade da democracia, vide SUSTEIN, 2006.

<sup>379</sup> BENKLER, 2006, p. 5.

emergência do *software* livre e de código aberto, de novos modelos de produção e divulgação de notícias e até mesmo de enciclopédias digitais abertas e colaborativas inserem-se nesse contexto. Modos de produção não propriamente enquadrados naquela estrutura que conhecemos como mercado podem, muitas vezes, “ter melhores efeitos motivadores e permitir a pessoas criativas trabalharem em projetos de informação mais eficientemente do que os mecanismos de mercado tradicionais.”<sup>380</sup> Os resultados desse ambiente caracterizado pela convergência das tecnologias de digitalização da informação e da comunicação por redes – os produtos da cibercultura – são cada vez menos tratados como propriedade privada. Ao contrário, “eles são sujeitos a uma ética cada vez mais robusta de compartilhamento aberto, livres para que todos sobre eles construam, os estendam e recriem.”<sup>381</sup> Essa dimensão ética decorre de uma cada vez maior tomada de consciência de que um sistema demasiadamente dependente de regulações proprietárias sobre a produção e circulação de informação, conhecimento e cultura não é apenas um sistema ineficiente, mas um sistema injusto.<sup>382</sup>

#### 4.5. Desafios aos direitos autorais na era digital

A alusão a era digital, ou momento digital, se refere, de um lado, à universalização das tecnologias que permitem que todas as formas de expressão sejam representadas como combinações de zeros e uns, “a gramática mais simples possível, através da qual podemos expressar qualquer coisa”.<sup>383</sup> Digitalizada, a informação é reduzida à sua menor unidade, o *bit*, e liberta-se de qualquer suporte físico, tornando-se completamente portátil entre diferentes meios. O outro lado determinante da assim chamada era digital corresponde à ascensão da comunicação por redes, “a capacidade de as pessoas compartilharem ideias, informação, expressões, verdades e mentiras por vastas distâncias virtualmente instantaneamente (e a um custo marginal praticamente indiscernível)”.<sup>384</sup> A convergência entre esses dois processos – digitalização e comunicação por redes – é responsável pelo

---

<sup>380</sup> BENKLER, 2006, p. 7, tradução nossa.

<sup>381</sup> BENKLER, 2006, p. 7, tradução nossa.

<sup>382</sup> BENKLER, 2006, p. 303.

<sup>383</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 152, tradução nossa.

<sup>384</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 152, tradução nossa.

colapso de distinções historicamente caras ao direito autoral, como, por exemplo, a distinção entre acessar, usar e copiar ou reproduzir uma obra.<sup>385</sup>

Fatos como os descritos na introdução deste trabalho apontam para a existência do que pode ser chamado de uma verdadeira guerra cultural em andamento no mundo contemporâneo, uma em que não são empunhadas armas tradicionais, mas ideias. É travada em publicações, debates, manifestações públicas, universidades, parlamentos e tribunais ao redor de todo o mundo, além daquele que é o seu campo de batalha por excelência: a Internet.

Essa guerra antagoniza, de um lado, aqueles que enxergam, na Internet e em outras tecnologias da informação e da comunicação cujo uso foi generalizado nas duas últimas décadas, um novo paradigma para a concretização do que vêm como direito subjetivo: a liberdade de acesso à informação, ao conhecimento e à cultura – direito que, enquanto tal, se apresenta como oponível a contingências normativas construídas em e para cenários tecnológicos já superados. Do outro lado, posicionam-se os advogados da tese de que a transformação do meio-ambiente tecnológico não justificaria alteração essencial na regulação tradicional de outros direitos e interesses relacionados às liberdades mencionadas, vigente por muito tempo antes do advento da revolução tecnológica ora vivenciada. E, silenciosamente, eles aproveitam a oportunidade do embate para tentar ampliar o caráter restritivo da legislação vigente.

Em confronto, opõem-se modelos alternativos de produção, difusão e acesso ao conhecimento científico e aos bens culturais. Quando a tecnologia permite, pela primeira vez na história, uma radicalização democrática da comunicação, o modelo de negócios hegemônico se esforça em tornar ilegal o modelo concorrente.

A atual onda de expansão e enrijecimento da legislação relacionada à proteção de propriedade intelectual, tanto no plano internacional quanto no doméstico, começou a se delinear a partir da década de 1970, com o crescimento da importância em escala, na economia mundial, das tecnologias digitais de tratamento de dados e de telecomunicações, bem como da indústria do entretenimento. Desde meados dos anos 1970, durante toda a década de 1980, chegando a adentrar o início dos anos 1990, as pautas das políticas econômicas e de desenvolvimento, nacionais e internacionais, foram dominadas de

---

<sup>385</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 152.

maneira praticamente hegemônica pela crença de que o crescimento econômico dependia de inovação tecnológica, cujo estímulo carecia, por sua vez, do fortalecimento da “proteção” jurídica da propriedade intelectual.<sup>386</sup>

Fato é que a tecnologia atual torna virtualmente possível para qualquer pessoa produzir cópias de praticamente qualquer “texto”, qualquer expressão de ideia fixada em um suporte, tangível ou intangível – escrito, musical, cinematográfico, *software* – de maneira praticamente instantânea e a um custo desprezível. Diante disso, representantes dos interesses da indústria do entretenimento pressionam Estados e organismos internacionais em prol do elastecimento dos prazos de uso exclusivo de obras protegidas por direitos autorais e da ampliação das modalidades de usos de obras sobre as quais incidem restrições. Buscam, assim, um enrijecimento generalizado da legislação, inclusive com a criminalização de quaisquer iniciativas autônomas de relacionamento com (ou usos não-autorizados de) bens intelectuais, inclusive com o banimento de tecnologias que permitem o livre compartilhamento de conteúdo digital. No Brasil, é expressiva deste movimento o polêmico projeto de lei sobre segurança nas transações *online* (lei dos cibercrimes) que estabelece tipos penais tão vagos que podem ser interpretados para abranger condutas corriqueiras, como a simples utilização de redes *peer to peer*, usadas para compartilhamento de arquivos digitais entre os respectivos usuários, ou o desbloqueio de aparelhos de telefonia celular sem autorização da operadora.

Vivemos, assim, na situação de reivindicar liberdades que dispensamos quando não precisávamos delas ou não sabíamos que as tínhamos, porque não dispúnhamos dos meios tecnológicos para delas desfrutar, como, por exemplo, a liberdade de compartilhar dados. Neste contexto o *copyright* se torna um entrave à própria democracia. Os prazos de duração do direito autoral se tornaram virtualmente eternos. Nenhum conteúdo chega ao domínio público. Vivemos em um “pay-per-view world” em que o ataque à liberdade se dá, em linhas gerais, em duas frentes: político-jurídica, com a restrição de liberdades e direitos; e físico-tecnológica, com a implementação de restrições de uso na própria arquitetura dos dispositivos e programas, como é o caso das tecnologias de *Digital Rights Management – DRM*.

---

<sup>386</sup> Essa mentalidade, que começou a se desenvolver nos Estados Unidos, logo acompanhados pelas nações européias, teria sido uma reação à concorrência que as indústrias até então dominantes passaram a sofrer de outros países, especialmente o Japão e a Coréia do Sul (Cfr. LANDES & POSNER, 2003, p. 2).

Uma das formas de a indústria e os governos que as apoiam persuadirem as pessoas a abandonar certos direitos e liberdades é o uso de terminologia voltada a moldar uma mentalidade que concorde com a crença de que o compartilhamento de informações, ideias e *software* seja moralmente errado. Ilustrativo dessa tendência é o uso disseminado do termo *pirataria* de forma generalizada para deslegitimar/marginalizar qualquer possibilidade de transposição dos estreitos limites impostos pela concepção hegemônica. No caso do *software*, é interessante a observação de que a chamada *pirataria* é, na prática

uma das grandes responsáveis pela constituição e manutenção do antigo monopólio do sistema operacional proprietário e de seus aplicativos. Ou seja, a “pirataria” pode estar beneficiando o Windows. Por exemplo, o modelo de negócios do Office, suíte de escritório proprietária, é centrado na cobrança de licenças das pessoas jurídicas, das empresas. Como o custo da licença chega a ser igual ao preço do computador, as pessoas acabam instalando cópias não-autorizadas nas máquinas de suas casas. Esse fato acaba contribuindo para a formação de uma gigantesca massa de usuários adaptados ao Office. Isso fortalece o seu uso nas empresas e acaba dificultando a migração para o modelo do *software* livre. Nesse caso, a metáfora mais adequada é a dos corsários. Corsário era um pirata a serviço do poder. No caso, temos a cópia não-legal de *softwares* a serviço da manutenção do monopólio de *software*.<sup>387</sup>

A busca pela maximização da restrição de uso de cópias licenciadas de bens culturais imateriais, como no caso da música ou do *software*, se revela, examinada com cuidado, verdadeiro tiro desferido no próprio pé pelos seus defensores. Isso porque, reduzindo as possibilidades de relacionamento e identificação do público com a obra, a restrição abrevia-lhe o potencial de aquisição de valor, inclusive econômico. Quando, por exemplo, uma adolescente compartilha com uma amiga, pela Internet ou pelo celular, a sua música preferida, ou a trilha sonora que remete à lembrança de um momento para ela especial, a última coisa que passa pela sua cabeça é que estaria potencialmente violando direito ou interesse de um terceiro, lesando a indústria do entretenimento e os artistas. Não. Ela só está se relacionando, na medida do contexto sociotecnológico em que inserida, com esse bem cultural que é a música. Sem esse relacionamento, não percebem os legalistas, o objeto imaterial não pode ocupar espaço nas redes sociolinguísticas que constroem o seu próprio sentido e é, conseqüentemente, esvaziado de seu valor. Não obstante, a permanecerem as restrições impostas pelas leis atuais de propriedade intelectual, não seria exagerado dizer que estaremos criminalizando práticas que constituem a forma como

---

<sup>387</sup> SILVEIRA, Sérgio Amadeu. *Pirataria* In SPYER, 2009, p. 72-73.

interage e constrói a própria identidade praticamente toda a geração dos jovens que tem hoje entre doze e dezessete anos, os chamados nativos digitais, como compartilhar arquivos de áudio, criar *web sites* com estórias alternativas para os seus personagens literários favoritos ou alimentar o YouTube com criativos vídeos confeccionados a partir da colagem de material protegido.

Hoje, com a universalização do acesso a uma rede veloz de comunicação que é a Internet, o custo marginal da reprodução ilimitada de uma dada quantidade de informação é insignificante. Neste cenário, o direito autoral se torna um entrave, uma reminiscência da era da cópia limitada. A Internet está na linha de frente de uma revolução drástica na tecnologia da cópia, de tal modo que chega a deixar de fazer sentido falar em cópia propriamente quando não há mais sequer a necessidade de um suporte material para a circulação da informação. Cada obra já carrega, em si, potencial para infinitas cópias a um custo marginal igual a zero. Se as cópias não são mais finitas, não faz mais sentido basear um setor da economia, na contagem de cópias individuais. Quando cada cópia era realmente uma cópia, uma unidade individualizável, quando demandava um dado montante de matéria prima, fazia sentido falar em *copyright*, em direito autoral patrimonial centrado na unidade de cópia, da forma empregada pelos sistemas jurídicos contemporâneos. Com a tecnologia digital, tudo isso necessita ser repensado, recontextualizado: “no mundo digital, a distinção do original e da cópia há muito perdeu qualquer pertinência. O ciberespaço está misturando as noções de unidade, de identidade e de localização.”<sup>388</sup> Vaidhyathan fornece um exemplo esclarecedor dessa mudança:

No ambiente digital, não é possível obter acesso ao texto de uma notícia sem fazer várias cópias dela durante o processo. Se eu quero compartilhar meu jornal matinal com um amigo, eu apenas lhe entrego o objeto, não preciso fazer uma cópia. Mas no mundo digital, eu preciso. Quando clico no *web site* que contém a notícia, o código na memória RAM do meu computador é uma cópia. O código-fonte em linguagem de marcação de hipertexto é uma cópia. E a imagem da notícia na tela é outra cópia. Se quero que um amigo leia a notícia também, eu preciso fazer outra cópia e anexá-la a um *e-mail*. O *e-mail* permanece como uma cópia no servidor de *e-mails* do meu amigo. E então, meu amigo faz uma outra cópia no seu disco rígido quando recebe o *e-mail*, e ainda outras na memória RAM e no monitor enquanto a lê.<sup>389</sup>

---

<sup>388</sup> LÉVY, 1996, p. 48.

<sup>389</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 152, tradução nossa.

Deixa de fazer sentido a remuneração baseada no número de cópias, quanto sua reprodutibilidade é infinita e virtualmente prescinde de um meio material, de matéria-prima. A base da regulação jurídica poderia ser deslocada para a efetiva fruição do acesso e uso de conhecimento, informação e cultura, mas a cópia, como critério, já se tornou obsoleta. Que diferença faz ter um cópia apenas, ou além dessa uma reserva de segurança? Tal não deveria ser base para remuneração, pois não são economicamente equivalentes.

Quando surgiram, os direitos autorais regulavam apenas a cópia. Não se inseria no seu escopo a regulação dos direitos de alguém ler ou compartilhar informação. Mas agora que a distinção entre acesso, uso e cópia teriam colapsado, legisladores e juristas se defrontam, em relação aos direitos autorais com uma difícil escolha: “abrir-mão de algum controle sobre a cópia ou expandir os direitos autorais para regular o acesso e o uso, a despeito dos efeitos nocivos que isso pode ter sobre a criatividade, a comunidade e a democracia.”<sup>390</sup>

A estrutura lógica de um direito criado para regular uma determinada atividade econômica quando ela era realizada em um contexto de prensas e tipos móveis não pode ser a mesma estrutura lógica de um direito adequado a balancear os interesses envolvidos na produção de bens culturais em um contexto de tecnologia digital. A lógica do direito precisa acompanhar a lógica da forma de produção cultural na sociedade. Passa-se, com o avanço da tecnologia digital, de uma era da ampla e fácil reprodutibilidade técnica da obra de arte, mas ainda limitada, para uma era da sua reprodutibilidade infinita e incontrolável. Desafinadas, as categorias jurídicas do direito autoral moderno assentam-se na premissa de cópias limitadas, ou pelo menos limitáveis, pertinente a um momento histórico particular do desenvolvimento tecnológico que já mostra sinais de superação. Diferentemente, o direito de uma sociedade em rede, o direito da cibercultura, não deve sacrificar liberdades em nome de edifícios conceituais que, descompromissados com as possibilidades de desenvolvimento econômico, social e humano apresentadas pela realidade social e tecnológica presente, privilegiam interesses privados em detrimento do amplo acesso à informação, à cultura e ao conhecimento. Tal dicotomia desafia a atualidade do alerta do federalista Madison, para quem é tarefa da Constituição evitar que o poder seja

---

<sup>390</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 153, tradução nossa.

subserviente aos interesses particulares cujos ganhos eventualmente se contraponham ao interesse público.<sup>391</sup>

A distribuição de conteúdo – informação, conhecimento, cultura – pela Internet e outros tipos de mídia consiste numa realidade tecnológica que, apesar de extremamente recente, já produz efeitos profundos na forma das relações sociais. O desenvolvimento da técnica pôs em cheque a adequação dos direitos de propriedade intelectual tal como são hoje compreendidos. A Internet surgiu como uma promessa de revolucionar, no espaço e no tempo, a forma como as pessoas se comunicam, tornando ampla e livre a circulação de informação. Mas a legislação sobre proteção de propriedade intelectual produzida em todo o mundo – e que se apresenta bastante homogênea em razão de sucessivos tratados internacionais – se encarrega de desmenti-la. Quando o desenvolvimento tecnológico finalmente possibilita a superação das barreiras físicas – tempo, espaço e matéria – para a livre-comunicação, para a generalização do acesso ao conhecimento, à cultura e à informação, o direito se erige em obstáculo à efetivação dessas possibilidades.

Outro risco que desafia o delineamento dos direitos autorais diante das transformações tecnológicas da era digital é a possibilidade de que os seus novos contornos resgatem os piores traços da sua origem, quando a aliança dos interesses econômicos com interesses políticos produziu um instrumento eficaz de censura e controle da manifestação do pensamento, o que hoje ainda conta com o agravante de ser potencializado pelos meios tecnológicos de controle disponíveis. É sintomático que o discurso vigilantista sobre segurança na internet se faz acompanhar pelo *lobby* de grandes gravadoras, estúdios de cinema e empresas desenvolvedoras de *software*, ansiosos pelo aumento da proteção dos seus interesses por meios tanto técnicos quanto jurídicos.

O direito autoral pode ser repensado, reconstruído, levando-se em consideração a proteção, em primeiro lugar, do espaço de produção das ideias como um espaço público, ficando subordinada, a extensão da proteção conferida aos indivíduos, à medida em que serve como meio de atingir esse fim. Os direitos autorais devem deixar de ser pensados, portanto, como um fim em si mesmo. Se concordarmos com a premissa de que os direitos autorais são um meio, e não um fim, devemos diminuir o seu alcance, “de modo a

---

<sup>391</sup> *The Federalist* n° 43 (HAMILTON, JAY & MADISON, 2001)

propiciar ao público um certo domínio de liberdade onde ele pode fazer uso dos benefícios da tecnologia digital e das redes de computadores”.<sup>392</sup>

---

<sup>392</sup> STALLMAN, 2002, p. 141, tradução nossa.

## 5. A REGULAÇÃO JURÍDICA DO *SOFTWARE* E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DOS USUÁRIOS DE COMPUTADORES

O *software*, observam COSTA e MARCACINI, “não guarda paralelo exato com bens materiais ou imateriais até então conhecidos.”<sup>393</sup> Não seria propriamente uma expressão da personalidade humana, tal qual uma composição musical ou um texto literário, por consistir em “instruções frias e exatas”, em “um conjunto de instruções técnicas que devem levar o computador a produzir um resultado desejado.”<sup>394</sup> Embora juridicamente considerados criações autorais, a própria Lei 9.609/1998 ressalva, no seu art. 2º, § 1º, que

Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

O reconhecimento da inviabilidade de uma equiparação direta e total, no próprio diploma normativo que estabelece que a regência dos programas de computador pelo regime jurídico de regulação conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais, é um indicativo da natureza *sui generis* dessa criação da moderna sociedade da informação, de tal modo que o seu tratamento jurídico não pode deixar de considerar “as características que lhe são únicas e exclusivas”.<sup>395</sup> Os programas de computadores são mais precisamente descritos como análogos a livros de “como fazer”, sujeitos a direitos autorais, ou assemelham-se mais a máquinas feitas de palavras?<sup>396</sup>

Ao decidirem sobre questões concretas envolvendo a aplicação da legislação de regulamentação da produção, distribuição e uso de *software*, normalmente os juristas supõem determinados fins ideais ou valores subjacentes, considerados ínsitos à legislação, às normas constitucionais e aos tratados internacionais que regem a matéria<sup>397</sup> – postura

---

<sup>393</sup> COSTA & MARCACINI, 2004, p. 116.

<sup>394</sup> COSTA & MARCACINI, 2004, p. 116.

<sup>395</sup> COSTA & MARCACINI, 2004, p. 117.

<sup>396</sup> BOYLE, 2008, 163.

<sup>397</sup> CASTRO, 2009, p. 19.

objetivista – ou então procedem “por meio de um tratamento formal da lei e da constituição, que desvia o olhar do julgador para as formas abstratas da lei e para longe dos fatos e possíveis consequências de sua decisão sobre a vida social”<sup>398</sup> – atitude formalista.

Alternativamente, decisões de políticas públicas e econômicas podem ser avaliadas segundo seus efeitos sobre as ações atuais e planejadas de grupos e indivíduos<sup>399</sup> e, conseqüentemente, seus “reflexos sobre a formação de suas concepções sobre o que são (em termos de fruição presente), ou devam ser, os seus direitos.”<sup>400</sup> Entre essas decisões se incluem aquelas que determinam, tanto em nível doméstico quanto no âmbito internacional, a conformação das regras e instituições jurídicas delineadoras dos direitos, restrições e liberdades constitutivos da chamada propriedade intelectual.

Tomadas as liberdades substantivas dos indivíduos como experiências empíricas de fruição de direitos,<sup>401</sup> como oportunidades efetivas de moldar o próprio destino e ajudar uns aos outros,<sup>402</sup> ou, ainda, como “expansão das capacidades das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam”,<sup>403</sup> é possível afirmar que o advento de novos patamares tecnológicos está diretamente relacionado ao surgimento de novas liberdades e, conseqüentemente, por demandas no sentido da sua concretização. Assim, é inegável que as tecnologias dos veículos movidos por motor a combustão e da navegação aérea representaram mudanças profundas no significado dos direitos de locomoção, de ir e vir, em relação ao patamar tecnológico anterior. Da mesma forma, a tecnologia da compressão de ar em cilindros metálicos inaugurou a liberdade do ser humano de respirar durante horas, mergulhado a vários metros de profundidade sob a superfície da água, liberdade de que dispunham até então apenas algumas espécies de mamíferos, dentre os quais nenhum primata. Ora, a combinação da tecnologia digital, que permite a conversão de qualquer informação a conjunto de *bits* – sequências de zeros e uns – os quais são assim destacados de qualquer suporte físico, com a tecnologia da comunicação por redes distribuídas – cujo resultado mais proeminente é a Internet – também tem o potencial de universalizar a

---

<sup>398</sup> CASTRO, 2009, p. 20.

<sup>399</sup> CASTRO, 2009, p. 24.

<sup>400</sup> CASTRO, 2009, p. 24.

<sup>401</sup> CASTRO, 2009, p. 22.

<sup>402</sup> SEN, 2000, p. 26.

<sup>403</sup> SEN, 2000, p. 33.

liberdade de acesso à informação, ao conhecimento e à cultura, sendo estruturas políticas jurídicas, e não mais físicas ou tecnológicas, os únicos impedimentos a essa realização.

No caso das controvérsias relacionadas ao que se convencionou designar por “propriedade intelectual”, e particularmente quanto à aplicação dos direitos autorais à regulação dos programas de computador, a expansão do campo semântico e valorativo de justificação desses direitos, que a estreiteza do discurso dogmático tradicional reduz à necessidade de estímulo, mediante recompensa econômica, às atividades de criação artística, literária, cultural e científica, permite enxergar e articular política e juridicamente, além do valor monetário, toda uma multiplicidade de valores traduzíveis em motivações para a ação criativa, como motivações éticas, culturais, sociais e psicológicas<sup>404</sup> entre outras. Uma vez tornadas visíveis, a consideração dessas dimensões torna-se indispensável para a formulação de políticas públicas e econômicas, ou, em outros termos, para a definição da arquitetura das instituições jurídicas, de modo que tais políticas sejam “estruturadas de modo a promover, e não prejudicar, a efetividade do exercício de direitos fundamentais e direitos humanos.”<sup>405</sup>

Sob a presente perspectiva, para que o sistema jurídico que envolve a regulação da produção, troca e consumo de *software* seja “justo”, este deve maximizar a fruição efetiva de direitos fundamentais e liberdades pelos cidadãos, no caso, os desenvolvedores e usuários diretos e indiretos<sup>406</sup> de computadores e programas de computador. Esta é que deve ser a medida para avaliar se a aplicação, aos programas de computador, do regime de jurídico de regulação conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais,<sup>407</sup>

---

<sup>404</sup> Eric S. Raymond identifica o prestígio como um componente de natureza não-monetária da motivação particularmente relevante no modelo colaborativo de desenvolvimento de *software* de código-aberto, referindo-se à existência de um “mercado interno de reputação da comunidade *open source*.” Nesse sentido, observa ele ainda que “a utilidade que os *hackers* da comunidade estão maximizando não é econômica no sentido clássico, mas a intangível satisfação do seu próprio ego e reputação entre outros *hackers* (pode-se advogar que a sua motivação é altruísta, mas estaria ignorando o fato de que o altruísmo é uma forma de satisfação do ego do altruísta)” (RAYMOND, 2000-a).

<sup>405</sup> CASTRO, 2009, p. 26.

<sup>406</sup> Alguém pode ser um usuário – indireto – de *software*, mesmo sem jamais ter tido contato direto com um computador *desktop*, com um *notebook* ou um aparelho de telefone celular. Exemplo dessa situação, e que ressalta o aspecto público dos agregados contratuais envolvendo a produção e uso de *software*, é o anúncio feito pela Receita Federal do Brasil de que, a partir do exercício fiscal de 2011, a Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física, para todos os contribuintes, passará a ser aceita exclusivamente por meio eletrônico.

<sup>407</sup> Lei 9.609/1998, art. 2º - “O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.”

promove ou limita o acesso a informação, conhecimento e cultura, a inclusão digital e o desenvolvimento científico e tecnológico, a criatividade e a inovação.

No atual contexto, a reconciliação da propriedade intelectual com sua função social passa pela incorporação de práticas sociais como as derivadas da cultura *hacker*,<sup>408</sup> da cultura de *remix* e do conceito de *copyleft*, entre outras, sob pena de se traduzir em entrave à circulação de informação, conhecimento e cultura, contrariando diretamente o imperativo constitucional que assegura liberdade de “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.”

Assim, a cultura *hacker*, nos dizeres de Castells, é identificada como

o ambiente fomentador de inovações tecnológicas capitais mediante a cooperação e a comunicação livre; faz a ponte entre o conhecimento gerado na cultura tecnocrática e os produtos empresariais que difundem a internet na sociedade em geral.<sup>409</sup>

Fundado nos valores específicos e no modo de organização social particular da cultura *hacker*,<sup>410</sup> o movimento do *software* livre emergiu como relevante fenômeno de índole eminentemente política, ou seja, cuja principal motivação é a afirmação de direitos e liberdades. Tem irradiado seus efeitos a lugares que estão muito além das relações econômicas e sociais de produção, distribuição e uso de programas de computador, alcançando as mais variadas áreas da organização da vida econômica e social nas quais modelos de apropriação excludente das criações do intelecto se contrapõem às crescentes demandas pela universalização do acesso à informação, ao conhecimento e à cultura. Tais demandas, se não foram despertadas, foram pelo menos potencializadas e multiplicadas pelo desenvolvimento tecnológico hoje acumulado, notadamente a convergência de duas tecnologias tidas como responsáveis pelo que se costuma chamar de “revolução digital”: as tecnologias da digitalização da informação e da comunicação por redes de computadores descentralizadas.

O surgimento do *software* livre instaurou um acirrado debate sobre o modo como programas de computador devem ser desenvolvidos. Opõe-se ao *software* livre, neste

---

<sup>408</sup> VAIDHYANATHAN (2005, p. 39) descreve a ética *hacker* como calcada em “abertura, revisão por pares, autonomia individual e responsabilidade comunitária” (tradução nossa).

<sup>409</sup> CASTELLS, 2003, p. 37-38.

<sup>410</sup> CASTELLS, 2003, p. 38.

sentido, o *software* proprietário, em que o desenvolvedor esconde a sua funcionalidade distribuindo tão-somente os objetos digitais, que são opacos acerca do projeto subjacente.<sup>411</sup> Pode-se afirmar que, de certo ângulo, o *software* livre propõe uma mudança, no setor de desenvolvimento de software, de um modelo mercantilista para um ambiente de efetiva concorrência.

Aspecto essencial, todavia, da filosofia inspiradora do *software* livre é o resgate da dimensão da fraternidade. A ideia de que usuários de computadores devem ser livres para compartilhar e modificar programas de computador e adequá-los às suas necessidades pessoais se lastreia na simples crença de que a solidariedade deve ser a base da sociedade.<sup>412</sup>

O modelo essencialmente colaborativo de desenvolvimento, distribuição e uso de *software* defendido pelo movimento do *software* livre se apresenta como um fator de potencialização daquilo que Amartya Sen chama de “condição de agente dos indivíduos”,<sup>413</sup> o que se traduz em expansão das liberdades individuais e coletivas substantivas – principal fim e meio do desenvolvimento, se este é compreendido como “a eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agente.”<sup>414</sup> Há, portanto, uma perda social, sempre que se limita o direito dos indivíduos de interagir construtivamente uns com os outros, seja por meio de trocas no mercado, pela participação em projeto de construção colaborativa como, por exemplo, a Wikipedia, pelo compartilhamento de ideias, panos-de-fundo culturais e coleções de símbolos linguísticos sob qualquer forma ou por qualquer outra instituição ou mecanismo de interação social que se apresente em um dado contexto histórico, tecnológico e cultural como canalizador dessas atividades comunicativas.

Em termos concretos, e a partir de uma perspectiva focada no desenvolvimento humano, observa Yochai Benkler que

a emergência de uma ampla gama de *softwares* livres utilitários torna mais fácil para países de baixa e média renda obterem capacidades

---

<sup>411</sup> LESSIG, 2006, p. 139.

<sup>412</sup> STALLMAN, 2002, p 16.

<sup>413</sup> SEN, 2000, p. 10.

<sup>414</sup> SEN, 2000, p. 10.

centrais em *softwares*. (...) o *software* livre permite a emergência de capacidades locais de prestação de serviços em *software*, tanto para uso nacional quanto como base para participação em uma indústria global de serviços em *software*, sem a necessidade de depender da permissão de companhias multinacionais de *software*.<sup>415</sup>

A causa do *software* livre se confunde com a luta pela liberdade dos usuários de computador, na medida em que o *software* proprietário impõe restrições que cerceiam o pleno exercício da liberdade dos usuários de usar seus próprios computadores, telefones celulares, e qualquer aparelho eletrônico digital da maneira que consideram mais conveniente para seus próprios interesses. O movimento do *software* livre defende que existem valores fundamentais de liberdade que demandam que o *software* seja desenvolvido como *software* livre.<sup>416</sup> Para Richard Stallman, “todo software deveria ser livre para que os usuários também o sejam.”<sup>417</sup> Stallman testemunhou a ascensão do software proprietário nas décadas de 1970 e 1980, como uma severa ameaça à liberdade e à criatividade. Para ele, o controle excessivo sobre *software* através de contratos, segredos comerciais ou direitos autorais impede o desenvolvimento do melhor software possível.<sup>418</sup> Em 1984, após abandonar o *Massachusetts Institute of Technology* - MIT, onde era programador, Stallman funda a *Free Software Foundation*, com o objetivo de promover o desenvolvimento e o uso do *software* livre.<sup>419</sup>

A história do *software* livre começa, portanto, em 1984, quando Richard Stallman dá início ao trabalho de desenvolvimento do projeto de um sistema operacional não proprietário que chamou de GNU.<sup>420</sup> Sua motivação era a convicção de que o *software* deveria “habilitar as pessoas a usar informação livremente, sem ter que pedir permissão para alterar o *software* que usam para ajustá-lo às próprias necessidades ou compartilhá-lo com um amigo para quem ele seria útil.”<sup>421</sup> Tais liberdades seriam fundamentalmente incompatíveis com um modelo de produção que repousasse sobre direitos de propriedade e

---

<sup>415</sup> BENKLER, 2006, p. 14, tradução nossa.

<sup>416</sup> LESSIG, 2006, p. 139.

<sup>417</sup> STALLMAN, Richard. Conferência: “Copyright v. Community”. X Fórum Internacional do Software Livre – FISL, ago. 2009.

<sup>418</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 154.

<sup>419</sup> VAIDHYANATHAN, 2001, p. 155.

<sup>420</sup> O nome GNU é um acrônimo recursivo para o inglês *GNU's Not Unix*.

<sup>421</sup> BENKLER, 2006, p. 64, tradução nossa.

mercado porque, “para haver um mercado de *software*, proprietários devem ser capazes de tornar o *software* indisponível para pessoas que precisam dele.”<sup>422</sup> Em outras palavras, quando os meios tecnológicos disponíveis permitem a livre difusão de informação – o que inclui não só programas de computador, como também obras literárias e artísticas, entre outras – a existência de um mercado de *software* depende da criação de um ambiente de escassez artificial.

Um programa de computador é considerado *software* livre quando o usuário tem as quatro liberdades seguintes: usar o programa, para qualquer propósito; modificar o programa para adequá-lo às próprias necessidades (para ser efetiva, esta liberdade depende do acesso ao código-fonte); redistribuir cópias, cobrando ou não por elas; distribuir versões modificadas do programa, de tal modo que a sociedade possa se beneficiar das melhorias adicionadas ao programa.<sup>423</sup>

A forma mais simples de tornar um programa *software* livre é colocá-lo no domínio público. Isso permite que as pessoas compartilhem o programa e seus aprimoramentos, se tiverem interesse, mas também deixa que o programa seja facilmente convertido em *software* proprietário, simplesmente ao serem nele feitas algumas alterações, ainda que poucas, e distribuída a versão resultante sob uma licença restritiva. Quem tiver acesso a uma cópia do programa modificado e proprietário não terá mais a mesma liberdade que o autor do programa original deu a ele. Se um programa é *software* livre no momento em que deixa as mãos do seu criador, isso não quer dizer que continuará sendo. *Software* no domínio público é *software* livre, mas qualquer um pode fazer uma versão modificada proprietária dele.

Para que isso não acontecesse com o GNU, para que as quatro liberdades que ele pretendia consagrar fossem reais e irrevogáveis, foi necessária a elaboração de um termo de distribuição que evitasse que o *software* fosse eventualmente apropriado: o método e o conceito de distribuição desenvolvido para isso é chamado de licença *copyleft*: *copyleft* é a regra segundo a qual ao se redistribuir um programa, não é permitido adicionar restrições ou negar a outras pessoas as liberdades centrais.<sup>424</sup> *Copyleft* é, portanto, um método geral para fazer de um programa *software* livre ao requerer que todas as versões modificadas e

---

<sup>422</sup> BENKLER, 2006, p. 64, tradução nossa.

<sup>423</sup> STALLMAN, 2002, p. 18.

<sup>424</sup> STALLMAN, 2002, p. 42.

estendidas dele também sejam licenciadas como *software* livre: quem redistribuir o *software*, com ou sem alterações, deve fazê-lo sob as mesmas condições, ou seja, deve manter as liberdades asseguradas no programa original.<sup>425</sup> Juridicamente, o *copyleft* funciona com base na arquitetura do direito autoral. Para que um programa seja *copyleft*, em primeiro lugar, ele tem que estar coberto pelo direito autoral. Daí, ao ser distribuído, o programa é licenciado segundo termos que estabelecem os direitos de usar, modificar e redistribuir o programa ou um programa derivado, com a condição de que os termos da licença de distribuição permaneçam inalterados. “Assim, o código e as liberdades permanecem juridicamente inseparáveis”.<sup>426</sup>

O *copyleft* parte da sujeição do *software* às instituições do direito autoral para, com isso, afirmar, na condição de titular do direito de definir os termos da licença de distribuição, que os usuários estão autorizados a distribuir cópias do programa, modificá-lo, assim como distribuir as versões modificadas, e atingir o propósito de, em vez de privatizar o *software*, mantê-lo livre e público. É justamente por deterem os direitos autorais sobre o programa que o autor ou os autores de um projeto de desenvolvimento de *software* livre podem determinar, por meio de um contrato de licenciamento, as condições para o seu uso, modificação e redistribuição.<sup>427</sup> Mas há uma condição, imposta no exercício da titularidade sobre o *software* em questão, que é: ao se distribuir qualquer *software* que contenha parte do programa, todo o programa deve ser distribuído sob os mesmos termos de licença do programa original. Enquanto desenvolvedores de *software* proprietário tipicamente utilizam o direito autoral para restringir, em alguma medida a liberdade do usuário, o *copyleft* usa o direito autoral para preservá-la. Com essa restrição, o efeito prático é que “as liberdades de alterar e redistribuir o programa se transformam em direitos inalienáveis”.<sup>428</sup> Licenças *copyleft* contêm restrições que visam a tornar impossível que qualquer colaborador individual, ou terceiro envolvido no desenvolvimento de qualquer etapa de um projeto, dele se aproprie.<sup>429</sup> Para Benkler, “esse modelo de licenciamento é a inovação institucional mais importante do movimento do *software*

---

<sup>425</sup> STALLMAN, 2002, p. 89.

<sup>426</sup> STALLMAN, 2002, p. 89, tradução nossa.

<sup>427</sup> No Brasil, dispõe o art. 9º da Lei 9.609/1998, que “o uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença.”

<sup>428</sup> STALLMAN, 2002, p. 169, tradução nossa.

<sup>429</sup> BENKLER, 2006, p. 63.

livre.”<sup>430</sup> GNU/GPL (GNU General Public Licence) é o nome da primeira licença *copyleft*, idealizada por Stallman.

A adoção do *software* livre tornou-se uma questão política de considerável importância na Europa,<sup>431</sup> especialmente no setor público, calcada não só em argumentos pragmáticos como redução de gastos com sistemas informáticos, maior interoperabilidade, maior segurança e independência em relação a um fornecedor,<sup>432</sup> mas também na visualização de benefícios sociais gerais no seu emprego, tais como maior transparência e *accountability*, controle local da tecnologia e promoção do acesso universalizado à tecnologia.<sup>433</sup> Um argumento comum nos países da União Européia em favor da adoção do *software* livre no setor público, no tocante à exigência democrática de transparência, é que esta incluiria não apenas o direito do cidadão de obter informação dos órgãos públicos, mas também o direito de saber como esta informação é processada. Dessa forma, sendo o *software* informação interpretável por máquinas para a execução de determinadas tarefas e comandos, seria direito legítimo do cidadão ter a possibilidade de escrutinar esses procedimentos. O requisito da transparência do governo inclui o direito de verificar como a informação pública é armazenada e manuseada, o que em alguns casos pode acabar exigindo a disponibilização do código-fonte do *software* processando a informação.<sup>434</sup> A necessidade de transparência do *software* usado em urnas de votação eletrônica é um exemplo claro desse tipo de argumentação.

O modelo empregado pelo movimento do *software* livre permitiu o desenvolvimento de tantas vantagens práticas que os usuários estão adotando *software* livre por razões puramente práticas. O *software* livre não rejeita o empreendedorismo e as práticas comerciais na produção e distribuição de *software*, mas tão-somente aquilo que considera uma prática de negócios específica, implementada em geral por meio da legislação de direitos autorais, que não respeita as liberdades dos usuários. Prova disso é que, hoje, diversos tipos de negócios envolvendo *software* livre são praticados por

---

<sup>430</sup> BENKLER, 2006, p. 63, tradução nossa.

<sup>431</sup> KARAGNIS & LATHAM, 2005, p. 7.

<sup>432</sup> Em 2003, pesquisa do setor público holandês constatou que 63,5% dos administradores se sentia “muito dependente de vendedores de *software*” e que o *software* livre era visto como uma forma de reduzir essa dependência (KARAGNIS & LATHAM, 2005, p. 8).

<sup>433</sup> KARAGNIS & LATHAM, 2005, p. 7.

<sup>434</sup> KARAGNIS & LATHAM, 2005, p. 8.

inúmeras empresas. Hoje, aproximadamente 70% dos servidores Web,<sup>435</sup> percentual que aumenta quando se trata de *sites* críticos como os que realizam operações financeiras e de *e-commerce*, funcionam com o Apache Web Server, um *software* livre. Mais da metade dos serviços de correio eletrônico também utilizam algum *software* livre.<sup>436</sup>

Evidentemente isso gera maior interesse no desenvolvimento de *software* livre, maior base de usuários de *software* livre, mais negócios lucrativos girando em torno de *software* livre, e mais encorajamento econômico às companhias para desenvolverem *software* livre em vez de produtos proprietários. Nesse cenário, Stallman faz uma valiosa advertência, no sentido de que “o interesse no *software* [livre] está crescendo mais rápido do que a consciência da filosofia sobre a qual ele é baseado”.<sup>437</sup>

Em 1998, parte da comunidade em torno do desenvolvimento de *software* livre decidiu adotar o emprego de uma expressão alternativa: *software* de código aberto (*open source software*). Por um lado, a mudança visava a evitar a confusão do termo *free* com “grátis”. Mas por outro, objetivava deixar de lado o espírito de princípio, de liberdade e de comunidade que motivou o movimento do *software* livre, focalizando tão-somente o potencial do modelo para a produção de *software* de alta-qualidade.<sup>438</sup> Segundo observa Stallman, “*free software* e *open source* descrevem mais ou menos a mesma categoria de *software*, mas dizem coisas diferentes sobre o *software*, e sobre valores.”<sup>439</sup>

Os servidores Web de companhias como Google, Amazon e CNN.com, por exemplo, funcionam sobre o sistema operacional GNU/Linux. Como observa Benkler, “elas fazem isso, presumivelmente, porque acreditam que esse sistema operacional produzido colaborativamente é mais confiável do que as alternativas, não porque o sistema é gratuito.”<sup>440</sup>

À medida em que o *software* desenvolvido mediante métodos colaborativos e não-proprietários foi ganhando espaço na indústria de tecnologia o termo *open-source software*

---

<sup>435</sup> Servidores Web (*Web servers*) são programas usados para a hospedagem de conteúdo – páginas e *sites* – na *World Wide Web* (WWW), usando o protocolo HTTP (*HiperText Transfer Protocol*).

<sup>436</sup> BENKLER, 2006, p. 64.

<sup>437</sup> STALLMAN, 2002, p. 29.

<sup>438</sup> STALLMAN, 2002, p. 30.

<sup>439</sup> STALLMAN, 2002, p. 30.

<sup>440</sup> BENKLER, 2006, p. 64, tradução nossa.

(ou *software* de código-fonte aberto) foi escolhido por não carregar as conotações políticas implícitas no uso da expressão *software* livre.<sup>441</sup> Enquanto *software* livre tem a ver com liberdade,<sup>442</sup> o despolitizado *open source software* é apenas um modo de organização da produção de *software* que pode ser mais eficiente do que o modo de produção baseado em propriedade e mercado.

A importância do *software* livre reside nas consequências políticas, econômicas e sociais decorrentes não só da disseminação do modelo colaborativo de desenvolvimento de programas de computador que lhe é característico e do crescimento do seu uso, mas da expansão da filosofia que informa esse modelo de produção para outras áreas da economia, da ciência e da sociedade. Hoje, a ideia norteadora do movimento do *software* livre já inspira diversos outros projetos que, no Brasil e no exterior, compartilham – em áreas tão diversas quanto são a distribuição de obras musicais<sup>443</sup> e literárias, a proteção de manifestações culturais tradicionais, a educação, a biotecnologia, a pesquisa médica<sup>444</sup> e a produção e divulgação de conhecimento científico – do mesmo ideal de universalização e liberalização do conhecimento, da informação e da cultura.

---

<sup>441</sup> BENKLER, 2006, p. 66.

<sup>442</sup> A expressão original da língua inglesa – *free software* – é ambígua, porque *free* pode significar tanto *livre* quanto *gratuito*. Acirra a ambiguidade o fato de que *softwares* livre são muitas vezes distribuídos gratuitamente, embora não necessariamente. Para enfatizar que o *software* livre é sobre liberdade e não gratuidade, costuma-se explicar que o *free* da expressão é usado no mesmo sentido de *free speech* (liberdade de expressão) e não de *free beer* (cerveja grátis) (STALLMAN, 2002).

<sup>443</sup> Projetos como o MPB – Música para Baixar, no Brasil, e o Creative Commons, já em diversos países, além de fomentar o livre compartilhamento de obras artísticas e culturais, devolvem aos artistas o poder de controlar e gerir suas criações, não mais alienado às grandes gravadoras e editoras, o que leva à elaboração de maneiras criativas de obter receita a partir das suas criações intelectuais.

<sup>444</sup> Há um movimento ativo em prol de uma *open source medicine*, em um esforço para desenvolver drogas livres de patentes.

## 6. CONCLUSÃO

É possível compreender o conjunto de instituições jurídicas a que se dá o nome de direitos autorais como um determinado arranjo jurídico-econômico, um conjunto de dispositivos e mecanismos jurídicos, econômicos e sociais que regulam certas atividades econômicas e sociais. A escolha de uma determinada configuração jurídico-institucional da atividade econômica é o que vai permitir ou estimular a realização de certas modalidades de negócios e transações, bem como tornar outros impossíveis ou desinteressantes. Dessa forma,

O uso e a detenção de propriedade de *software* são essencialmente uma questão de relação de poder entre pessoas, hoje e por muitos anos no futuro, determinando o que as próximas gerações poderão adquirir nas décadas seguintes.<sup>445</sup>

Não é porque existe um conjunto de instituições jurídicas batizadas de direitos autorais que a proteção destes está garantida ou adequada. De outro lado, a redução do escopo dos direitos autorais não se confunde necessariamente com redução do controle do autor sobre a sua obra. É uma alteração em uma estrutura jurídico-econômica que pode produzir novos e diversificados cenários, conforme os objetivos pretendidos, segundo os interesses que se busca proteger: autores, empresas, sociedade. Vivemos hoje em uma situação em que a indústria que desempenha o papel de intermediária entre autores e sociedade se vê ameaçada pelas possibilidades de comunicação direta e multidirecional abertas pelo avanço da tecnologia, nomeadamente a Internet: e reage diante dessa ameaça.

No ambiente tecnológico iniciado com a tecnologia da prensa de tipos móveis, e até o advento da era digital, em que predominavam tecnologias de reprodução de obras artísticas, literárias e científicas típicas de uma economia industrial, as restrições inseridas na estrutura do direito autoral observavam a uma lógica segundo a qual assegurar direitos exclusivos de exploração econômica da obra poderia ser justificado, pelo menos em tese, como um imperativo daquele modelo econômico industrial: a restrição era um meio de proteger o investimento necessário à reprodução, à publicação e à divulgação das obras,

---

<sup>445</sup> MONIZ, Pedro de Paranaguá. *Software Livre como Alternativa de Desenvolvimento e de Negócio: em busca da soberania nacional* In CARVALHO, 2006, p. 489-490.

realizado pelos centros produtores. Como os livros, e posteriormente outros tipos de obras, eram produzidos de forma centralizada e especializada, é fácil ver a vantagem de o público impor-se uma restrição na liberdade de copiar para permitir a existência da economia de escala que a tecnologia da imprensa requeria. A restrição dos direitos de exploração econômica da obra, particularmente o direito de reproduzi-la, tratava-se, em última análise, de um mecanismo sócio-econômico que tornava possível a ampliação do acesso à obra. O direito autoral se desenvolve como artefato de regulação econômica no contexto da tecnologia da prensa, que permitiu, em comparação com o estágio tecnológico anterior à sua introdução no Ocidente, a reprodução de obras literárias em grande quantidade, de forma incomparavelmente mais rápida e a um custo extremamente reduzido.

De certa forma, as tecnologias da informação digital e da comunicação por redes de computadores estão nos trazendo de volta para um mundo mais parecido com o da Antiguidade, em que qualquer um que seja capaz de ler e usar uma dada informação, pode também copiá-la tão facilmente quanto qualquer outro: cópias perfeitas e tão boas quanto as que poderiam ser feitas por qualquer um. Dessa forma, a centralização e a economia de escala introduzidas pela tecnologia da prensa e similares está desaparecendo.<sup>446</sup> Essa mudança de contexto muda a forma como os direitos autorais funcionam: eles não são mais uma regulação industrial ou comercial, tendo se tornado uma restrição sobre comportamentos do público em geral.<sup>447</sup> Após o advento da era digital, cuja expressão mais visível é a Internet, o discurso de justificação e promoção do fortalecimento das restrições impostas em nome do direito autoral se desvincula das premissas tecnológicas relacionadas à questão do acesso: o discurso em defesa de uma propriedade intelectual “forte” busca se afirmar, especialmente no âmbito das organizações internacionais como a Organização Mundial do Comércio e, mais recentemente, das discussões em torno da proposta de criação do ACTA (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*), por meio de uma lógica segundo a qual, se alguma proteção à propriedade é boa, quanto mais proteção houver, melhor será. Vende-se a ideia de que quanto maior for a proteção conferida à propriedade intelectual, em todas as suas modalidades, maior prosperidade e riqueza podem ser alcançadas.

---

<sup>446</sup> STALLMAN, 2002, p. 136.

<sup>447</sup> STALLMAN, 2002, p. 136.

A instituição do direito autoral está esquadrinhada diretamente nos limites entre o público e o privado. Entender o direito autoral dessa forma ajuda a explicar a sua notória duplicidade: às vezes é tratado como uma forma de propriedade privada e às vezes como instrumento de política pública criada para o encorajamento do aprendizado.<sup>448</sup>

Não existe limite fixo entre público e privado; ele sempre está à espera de ser delineado; e uma vez que interesses significativos costumam estar em jogo em questões de direitos autorais, precisamente onde traçar a linha é sempre algo em contestação. O direito autoral faz mais do que governar a passagem das trocas mercantis através das fronteiras entre as esferas pública e privada, ele na verdade constitui essas fronteiras. Mude as regras dos direitos autorais e a demarcação entre público e privado muda. “Privado” e “público” são conceitos radicalmente instáveis, mas não podemos abrir mão deles da mesma forma como não podemos nos virar sem conceitos dialéticos como “dentro” e “fora”, ou “eu” e “outro”.

Consequentemente, o direito autoral vai sempre permanecer um lugar de contestação, assim como também um lugar de produção cultural, um lugar onde novos mapas são desenhados e novas entidades são agregadas. O direito autoral não é uma ideia moral transcendente, mas uma formação especificamente moderna produzida pela conjunção de três fatores: a) tecnologia da prensa, b) economia de mercado, e c) a cultura liberal clássica do individualismo possessivo. Trata-se, também, de uma instituição construída sobre areia movediça intelectual: o conceito essencialmente religioso de originalidade, a noção de que certos seres extraordinários chamados autores podem conjurar obras a partir do nada.

Como visto, embora fazendo uso de uma retórica que se servia das categorias semânticas do individualismo liberal ascendente no século XIX, especialmente a “propriedade” e a “personalidade”, os Livreiros de Londres estavam defendendo um sistema monopolístico que deitava suas raízes na estrutura tipicamente medieval das corporações de ofício. Similarmente, hoje, outras corporações, multinacionais, na condição de grandes titulares da maior parte dos direitos autorais sobre músicas, filmes, obras literárias e *softwares*, continuam a basear o discurso em defesa da preservação do seu monopólio sobre bens culturais em categorias como “propriedade intelectual” e “livre-

---

<sup>448</sup> ROSE, 2002, p. 140.

comércio”. É, no mínimo, curioso, o fato de a Carta Constitutiva da Organização Mundial do Comércio contemplar um anexo, o TRIPS – *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), que, na prática, consagra, legitima e fortalece os monopólios estabelecidos sobre a produção e circulação de informação, conhecimento e cultura, em manifesta contradição com a missão declarada daquele organismo internacional.

O objeto das normas de proteção à propriedade intelectual, tomado à luz dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, não pode se resumir à proteção de interesses individuais de determinados setores em detrimento da concretização de interesses permanentes e agregados da sociedade como um todo.<sup>449</sup> Deve abranger também, e principalmente, o fomento à ampliação do acesso à produção de conteúdos culturais, sendo necessária a conscientização em torno da necessidade de concretização da função social da propriedade intelectual. Se acreditamos que o interesse público deve presidir a organização, na sociedade, por exemplo, dos sistemas monetário, habitacional, de saneamento, de transportes ou educacional, porque com a informação e o conhecimento deveria ser diferente?

As transformações nas práticas sociais relacionadas à produção e circulação de informação, conhecimento e cultura, decorrentes do desenvolvimento da tecnologia da comunicação, requerem a revisão dos escopos dos direitos autorais, sob pena desta se converter em entrave à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Faz-se necessária a construção de novos instrumentos conceituais, adequados e afinados a um novo marco tecnológico, que por sua vez enseja uma nova cultura e promete uma nova sociedade, a fim de se reverter o desvirtuamento histórico que acometeu a racionalidade informadora das normas de propriedade intelectual, resgatando, afinal, o seu caráter libertário. Nesse sentido, anota Lawrence Lessig que “uma cultura livre não é uma cultura sem propriedade, do mesmo modo que um mercado livre não é um mercado onde tudo seja grátis.”<sup>450</sup> Não se trata, em absoluto, de negar a necessidade do direito autoral, de rejeitar a regulação jurídica da produção e circulação de bens imateriais, e sim de pensar modelos alternativos de conformação jurídica para o objeto do direito

---

<sup>449</sup> *The Federalist* n° 10 (HAMILTON, JAY & MADISON, 2001)

<sup>450</sup> LESSIG, 2004, p. 26.

autorais, que levem em consideração finalidades, direitos e consequências até então deixados ao largo da sua elaboração conceitual.

Os direitos relativos à propriedade intelectual, como os direitos autorais, devem buscar um ótimo que cumpra com sua função de promover o desenvolvimento em vez de sufocá-lo em prol de interesses privados. Não se trata de extinguir os direitos autorais, mas de buscar o seu equilíbrio. O estágio atual do desenvolvimento tecnológico exige uma adaptação criativa da tensão entre direitos que vem sendo caracterizados como se tratando de propriedade e as crescentes demandas por liberdade de acesso a informação, conhecimento e cultura. No presente contexto tecnológico, a democratização do acesso a informação, cultura e conhecimento requer a redução do alcance e da duração dos direitos autorais.

O *software*, por fim, é a tecnologia que faz os computadores digitais funcionarem, máquinas essas que estão cada vez mais no controle de vários aspectos da nossa vida, determinando o modo como telefones se conectam, a programação da televisão, as informações do usuário que um computador relata ao seu fabricante, e até mesmo as eleições.<sup>451</sup> Dessa forma, é possível afirmar que o controle dessas máquinas consiste em uma forma de controle sobre os modos de vida e interação dos seus usuários.

Como política econômica, permitir que os vencedores de ontem ditem os termos da competição econômica de amanhã seria desastroso. Como política social, perder a oportunidade de enriquecer a democracia, a liberdade e a justiça em nossa sociedade e ao mesmo tempo manter ou mesmo aumentar nossa produtividade seria imperdoável.<sup>452</sup>

---

<sup>451</sup> LESSIG, Lawrence. *Introduction* In STALLMAN, M. Richard., 2002.

<sup>452</sup> BENKLER, 2006, p. 28, tradução nossa.

**BIBLIOGRAFIA**

ABELSON, Hal; LEDEEN, Ken; LEWIS, Harry. **Blown to bits: your life, liberty and happiness after the digital explosion**. Upper Saddle River, NJ: Addison-Wesley, 2008.

ADORNO, Theodor W. **Palavras e Sinais: Modelos críticos 2**. Petrópolis: Vozes, 1995.

\_\_\_\_\_. **Dialética Negativa**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009.

ADORNO, Theodor W., HORKHEIMER, Max. *A Indústria Cultural – o Iluminismo como mistificação das massas* In **Indústria Cultural e Sociedade: Theodor W. Adorno**. Tradução de Julia Elisabeth Levy – São Paulo: Paz e Terra, 2002.

AN EXPLANATION of Computation Theory for Lawyers, 11 nov. 2009. In: JONES, Pamela (ed.). **Groklaw** <groklaw.net>. Disponível em <<http://www.groklaw.net/article.php?story=20091111151305785>>.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARIDA, Persio. *A Pesquisa em Direito e em Economia* In: **Revista DireitoGV**. Rio de Janeiro, v 1, n° 1, maio 2005, p. 011-022.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Pretensa “Propriedade” Intelectual* In ASSIS, Araken, et al. (Coord.). **Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BARTHES, Roland. *The Death of the Author*. In **Image, Music, Text**. New York: Hill and Wang, 1977.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 222-232.

\_\_\_\_\_. **A Obra de Arte na Era da Sua Reprodutibilidade Técnica**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: how social production transforms markets and freedom**. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

BOLDRIN, Michele; LEVINE, David K. **Against Intellectual Monopoly**. New York: Cambridge University Press, 2008.

BOYLE, James. **The Public Domain: enclosing the commons of the mind**. New Haven and London: Yale University Press, 2008.

CAMPBELL-KELLY, Martin. *A Origem da Computação*. In: **Scientific American Brasil**, São Paulo, ano VIII, n° 89, p. 48-55, out. 2009.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). **Propriedade Intelectual: estudos em homenagem à Professora Maristela Basso**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges – Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

CASTRO, Marcus Faro de. *A função social como objeto da análise jurídica da política econômica*. In: **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n° 14, 2007.

\_\_\_\_\_. *Cultura, Economia e Cidadania: algumas reflexões preliminares* In: **Anuário Antropológico 2000/2001**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 263-277.

\_\_\_\_\_. *Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neoclássica* In: **Revista Jurídica**, Brasília, v. 7, n° 74, ago.-set. 2005.

\_\_\_\_\_. *Análise Jurídica da Política Econômica* In: **Revista da Procuradoria Central do Banco Central**, Brasília, v. 3, n° 1, jun. 2009.

CONGRESSO INTERNACIONAL *SOFTWARE LIVRE* E GOVERNO ELETRÔNICO, II, 2009, Brasília. Artigos CONSEGI 2009: o compartilhamento promove o desenvolvimento. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.

COPELAND, Jack. **A Brief History of Computing**. San Francisco and Canterbury: The Turing Archive for the History of Computing, 2000. Disponível em <[http://www.alanturing.net/turing\\_archive/pages/Reference%20Articles/BriefHistofComp.html](http://www.alanturing.net/turing_archive/pages/Reference%20Articles/BriefHistofComp.html)>.

COSTA, Marcos da; MARCACINI, Augusto Tavares da Rosa. **Direito em Bits**. São Paulo: Fuiza Editores, 2004.

DALL'AGNOL, Darlei. *Construção Moral*. In: **Revista Filosofia Ciência & Vida especial**, São Paulo: Editora Escala, ano II, n° 09, p. 52-63, 2008.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais: Guia à filosofia dos últimos trinta anos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1997.

DERRIDA, Jacques. *Force of Law: The Mystical Foundation of Authority*. In **Cardozo Law Review**, New York, 11:5-6, mai/jun. 1990.

\_\_\_\_\_. **The Politics of Friendship**. London and New York: Verso, 2005.

DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. **Who Owns the Knowledge Economy? Political Organising Behind TRIPS**. In The Corner House, Briefing 32, September 2004.

DUMONT, Louis. **O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1985.

EAGLETON, Terry. História do anonimato. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 07 set. 2008, Caderno Mais!.

EVANS. Peter. *The Challenges of the Institutional Turn: New Interdisciplinary Opportunities in Development Theory* In: NEE, Victor; SWEDBERG, Richard (Orgs.) **The Economic Sociology of Capitalism**. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 90-116.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação*. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informalizada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 241-247.

FISHER III, William W. **Promises to Keep: technology, law and the future of entertainment**. Stanford, California: Stanford University Press, 2004.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2002.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: Direitos autorais na era digital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GARCIA, Balmes Vega. **Direito e Tecnologia: regime jurídico da ciência, tecnologia e inovação**. São Paulo: LTr, 2008.

GHIRALDELLI JR., Paulo. *Richard Rorty: A subjetividade contemporânea*. In: **Revista Mente, Cérebro e Filosofia: fundamentos para a compreensão contemporânea da psique**. Nº 10. São Paulo: Duetto Editorial, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2001.

HEGEL, G. W. F. **Princípios de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *A questão da técnica*. In: **Ensaio e conferências**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão – Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

HELLER, Michael. **The Gridlock Economy: How too much ownership wrecks markets, stops innovation, and cost lives**. New York: Basic Books, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **Panorama da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997

HILL, Christopher. **Liberty Against the Law: some seventeenth-century controversies.** London: Penguin Books, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** São Paulo: Nova Cultural, 1988.

\_\_\_\_\_. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita* In GARDINER, Patrick (ed.). **Teorias da História.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law.** Cambridge and London: Harvard University Press, 2003.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LESSIG, Lawrence. **Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity.** New York: Penguin Press, 2004.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução de Paulo Neves – São Paulo: Ed. 34, 1996.

LEWICKI, Bruno. *A Historicidade do Direito Autoral* In SILVA, L. G.; WACHOWICZ, M.; **Direito da Propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá Editora, 2006.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MANSO, Eduardo J. Vieira. **O que é direito autoral.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

MARRAMAIO, Giacomo. **Pasaje a Occidente: filosofia y globalización.** Buenos Aires: Katz, 2006.

MILANI, Aloisio. *Contra o tempo...* In: **Retrato do Brasil.** São Paulo: Editora Manifesto S.A., ano III, n° 36, p. 44-6, 2010.

MILOVIC, Miroslav. **Comunidade da Diferença.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí, RS: Unijuí, 2004.

MOUFFE, Chantal (ed.). **Deconstruction and Pragmatism.** London and New York: Routledge, 1996.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

PATTERSON, Lyman Ray. **Copyright in historical perspective**. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POSNER, Richard A. **Law and Literature (A misunderstood relation)**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. **Comércio Internacional e Protecionismo: as barreiras técnicas na OMC**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

QUINE, Willard Van Orman. *Dois Dogmas do Empirismo*. In QUINE, W. et. al. **Ensaio**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

RAYMOND, Eric. S. **The Cathedral and the bazaar**. Versão 3.0. Sebastopol, California: O'Reilly Media, 2000. Disponível em: <<http://www.catb.org/esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/index.html>>

\_\_\_\_\_. **Shut Up and Show Them the Code**. 1999. Disponível em: <<http://www.catb.org/esr/writings/shut-up-and-show-them.html>>

\_\_\_\_\_. **Homestading the noosphere**. 2000.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

REZENDE, Pedro Antônio Dourado. **Para que servem mesmo as patentes de software?** Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Fórum "Patentes de Software vs. Software Livre", 2009. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/~rezende/trabs/trf2palestra.html>>

RORTY, Richard. **A Filosofia e o Espelho da Natureza**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; 2001.

\_\_\_\_\_. **Objectivity, Relativism, and Truth: philosophical papers, vol. 1.** New York: Cambridge University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **Truth and Progress: philosophical papers, vol. 3.** New York: Cambridge University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre Heidegger e outros: escritos filosóficos, vol. 2.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

\_\_\_\_\_. **Pragmatismo e política.** São Paulo: Martins, 2005.

ROSE, Mark. **Authors and Owners: the invention of copyright.** 3rd. ed. Cambridge and London: Harvard University Press, 2002.

SANTOS, Ligia Carvalho Gomes dos. *Direitos Autorais na Internet.* In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). **Internet: o direito na era virtual.** Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 351-364.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHOOK, John R.; MARGOLIS, Joseph (Ed.). **A Companion to Pragmatism.** West Sussex, UK: Wiley-Blackwell, 2009.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. *O conceito de commons na cibercultura.* **Revista Líbero**, , Ano XI, n° 21, p. 49-59, junho, 2008.

SIMMEL, Georg. *O Indivíduo e a Liberdade.* In SOUZA, Jessé; ÖELSE, Bertholds (orgs.). **Simmel e a Modernidade.** 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005.

SPYER, Juliano (Org.). **Para Entender a Internet: noções, práticas e desafios da comunicação em rede.** [S.l.: s.n.], 2009. Disponível em <<http://paraentenderinternet.blogspot.com>>.

STALLMAN, Richard. M. **Free Software, free society.** Boston: GNU Press, 2002.

\_\_\_\_\_. Conferência: “Copyright v. Community”. X Fórum Internacional do Software Livre – FISL, ago. 2009

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, v.42. p 155-170, 2005.

SUSTEIN, Cass R. **Infotopia: how many minds produce knowledge**. New York: Oxford University Press, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and Copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity**. New York and London: New York University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **The Anarchist in the Library: how the clash between freedom and control is hacking the real world and crashing the system**. New York: Basic Books, 2005.

WIKIPEDIA: THE FREE ENCYCLOPEDIA. Wikimedia Foundation, 2006.  
<<http://en.wikipedia.org>>

WIKIPÉDIA: A ENCICLOPÉDIA LIVRE. Wikimedia Foundation, 2006.  
<<http://pt.wikipedia.org>>

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

WOODMANSEE, Martha; JASZI, Peter (Ed.). **The Construction of Authorship: textual appropriation in law and literature**. Durham and London: Duke University Press, 1994.