

PEDRO RAFAHEL FERNANDES LOBATO

**DIREITOS AUTORAIS E CIBERCULTURA: COMPARTILHAMENTO
DE ARQUIVOS E CRISE DO ATUAL SISTEMA DE DIREITOS
AUTORAIS.**

Curitiba

2013

**DIREITOS AUTORAIS E CIBERCULTURA: COMPARTILHAMENTO
DE ARQUIVOS E CRISE DO ATUAL SISTEMA DE DIREITOS
AUTORAIS.**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Sérgio Said Staut Júnior

Curitiba

2013

Aos meus avôs, Jary Fernandes e Carlos Lobato, que me ensinaram a importância da família e o significado de perseverança.

AGRADECIMENTOS

“As pessoas pensam que sonhos não são reais apenas porque não são feitos de matéria, de partículas. Sonhos são reais. Mas eles são feitos de pontos de vista, de imagens, de memórias e trocadilhos, e de esperanças perdidas.”

(Neil Gaiman)

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Carlos Augusto Soares Lobato e Dora Maria Scapulatempo Fernandes Lobato, que me serviram de exemplo a vida inteira, permitindo a mim chegar onde cheguei. Se hoje estou me formando é graças a todos os sacrifícios que ambos fizeram por mim. Sei que para vocês foi muito difícil o começo disso tudo, quando saí de casa para fazer faculdade em outra cidade, mas saibam que pra mim também foi. Por outro lado, cinco anos depois, estamos vendo o resultado. Passei por centenas de experiências novas e conheci diversas pessoas diferentes. Cresci como ser humano. Amadureci. Sei que sempre sonharam com o meu sucesso e agora vocês podem testemunhar eu alcançando-o.

Agradeço também ao meu irmão, Carlos Henrique Fernandes Lobato, que não é apenas meu irmão de sangue, como também meu melhor amigo e o maior dos companheiros.

Agradeço aos meus avós, Carlos Augusto Soares Lobato, Cecília Pina, Jary Fernandes e Maria Amélia Scapulatempo Fernandes, pois foram eles que passaram aos meus pais os ensinamentos que me foram passados. Família, perseverança, fé e dedicação. Através desses valores vocês solidificaram nossa família. Levo o legado de vocês em diante.

Agradeço ao meu tio Cristovão Vicente Fernandes e minha prima Victória Quintas Fernandes, por terem me acolhido em sua casa por tanto tempo em Curitiba e por serem tão pacientes com minhas excentricidades. Vocês também me ajudaram a amadurecer nesse tempo que passei em Curitiba e espero que eu, enquanto “elemento caótico” dentro de sua casa, também tenha representado algo bom em suas vidas.

Agradeço também ao meu amigo Ricardo Soley Foster Filho, a primeira pessoa que tive contato na Universidade Federal do Paraná e que esteve do meu

lado desde o primeiro dia de aula até o último. Incontáveis foram os momentos difíceis nesses últimos cinco anos e em todos você esteve presente para me apoiar, aconselhar e, inclusive, dar bronca quando não tinha razão. Mais do que meu amigo, você é meu irmão. Sempre será.

Agradeço ao professor Sérgio Said Staut Jr, por não ter apenas sido o meu orientador da presente tese de conclusão de curso, mas também ter sido um mentor para minha formação acadêmica, por ter acreditado no meu potencial e ter me apoiado em todo o tempo que pudemos trabalhar juntos. Graças a você, hoje termino a faculdade com o início de um rumo para minha vida profissional. É o responsável por me fazer ficar ainda por mais um tempo em Curitiba e por me fazer aguentar um pouco mais do clima insano dessa cidade. Que possamos trabalhar juntos novamente em um futuro próximo.

Agradeço aos demais membros da minha família, tios e tias, primos e primas, além de todos os meus amigos e amigas que sempre me apoiaram de alguma forma. Todas essas pessoas que, como eu me conheço, não arrisco nem a começar a escrever individualmente uma a uma com receio de esquecer alguém sem a intenção, mas vocês sabem quem são.

Muito obrigado.

SUMÁRIO

RESUMO.....	07
ABSTRACT.....	08
1. INTRODUÇÃO.....	09
2. DIREITOS AUTORAIS, CIBERCULTURA E INOVAÇÃO.....	12
2.1. Os direitos autorais e a inovação.....	12
2.2 Revolução digital e Internet.....	17
2.3 O compartilhamento de arquivos.....	19
3. COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS E VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS.....	24
3.1. A teoria das quatro modalidades de regulação.....	26
3.2. A regulação do usuário e as reações ao compartilhamento de arquivos.....	29
3.2.1. O lobby legislativo e os processos contra o compartilhamento de arquivos.....	29
3.2.2. A propagando “anti-pirataria”.....	39
3.2.3. TPMs, DRMs e arquitetura.....	43
3.2.4. Lojas virtuais e a ofensiva comercial.....	46
4. CRISE DO ATUAL SISTEMA DE DIREITOS AUTORAIS E PERSPECTIVAS FRENTE A INOVAÇÃO.....	48
4.1 Da natureza jurídica dos direitos autorais.....	48
4.2 Os modelos de negócio.....	52
4.3. A crise de eficácia.....	58
4.4. Legitimidade.....	65
4.5 Perspectivas futuras frente a inovação.....	67
5. CONCLUSÃO.....	71
6. BIBLIOGRAFIA.....	73

RESUMO

Resumo: Com a evolução dos meios de comunicação e o desenvolvimento da Internet, bens culturais passaram a ser inseridos no espaço virtual. Com a ascensão da prática do compartilhamento de arquivos na Internet e as constantes ofensivas por parte da indústria do conteúdo contra a mesma, é necessário buscar uma análise crítica do atual sistema de direitos autorais e sua tutela acerca dessas novas relações dentro de uma sociedade informatizada.

Palavras-Chave: Direitos autorais, compartilhamento de arquivos, Internet.

ABSTRACT

Abstract: With the evolution of media and the expansion of the Internet, cultural goods began to be inserted in the virtual space. With the rise of file sharing practice on the Internet and the constant offensives from the content industry against it, it's necessary to seek a critical analysis of the current copyright system and its protections on these new relationships in a computadorized society.

Keywords: Copyright, filesharing, Internet.

1. INTRODUÇÃO

A revolução digital iniciada nos anos 80 e atingindo o ápice do seu crescimento quando do desenvolvimento do conceito da World Wide Web em 1995, alterou de maneira radical a forma como as pessoas passariam a se relacionar e consumir na sociedade. Não somente as relações entre pessoas acabariam sendo afetadas, como principalmente as estruturas dos processos de produção, distribuição e consumos de bens e serviços também o seriam.

Dentro de um contexto de inserção de elementos culturais no espaço cibernético (filmes, músicas, livros digitais, entre outros) surgiu a figura do compartilhamento de arquivos. Em seu conceito básico, este pode ser definido como uma prática social – enquanto prática que vincula indivíduos em um sistema - de distribuição e reprodução "livre e gratuita" no meio digital, de bens culturais, a qual é viabilizada por meio de toda a infra-estrutura tecnológica da Internet, dependendo dela para seu funcionamento. A Internet proporcionou a inserção da sociedade civil em assuntos que antes eram de exclusividade de atores industriais.

O histórico da Internet é um processo gradual de abertura da rede. O que primeiramente possuía fins acadêmicos e militares (a ARPANET) passou a ser um espaço global de informação (World Wide Web). Como definiu Yochai Benkler (2006):

“This basic open model has been in constant tension with the proprietary models that have come to use and focus on the Internet in the past decade. By the mid-1990s, the development of graphical-user interfaces to the Web drove Internet use out of universities and into homes. Commercial actors began to look for ways to capture the commercial value of the human potential of the World Wide Web and the Internet, while Hollywood and the recording industry saw the threat of one giant worldwide copying machine looming large.”¹

¹ Em tradução livre: “Este modelo básico de abertura está em constante tensão com modelos de propriedade que foram aplicados à internet na última década. Em meados dos anos 90, o desenvolvimento da interface de usuário gráfica para a Web levou a Internet para fora das universidades e para dentro das casas. Atores comerciais começaram a procurar caminhos de capturar um valor comercial do potencial humano da World Wide Web e a Internet, enquanto Hollywood e a indústria fonográfica viram uma ameaça de uma máquina gigante de distribuição

O que surge a partir desse momento é uma tentativa da indústria de conduzir a internet através de um forte protecionismo à propriedade intelectual. Ao longo do tempo, várias foram as tentativas de suprimir aquela prática que estava sendo cada vez mais difundida no seio da sociedade digital. Lawrence Lessig (1999), através de sua Teoria das Quatro Modalidades de Regulação, referencial teórico adotado para o presente estudo, identificou quatro formas de regulação que atuam sobre a conduta humana: o direito; o mercado; as normas sociais; e a arquitetura. Basicamente, Lessig criou este modelo teórico para analisar questões referentes à interação entre o Direito e a Internet.² No que concerne à questão do compartilhamento de arquivos não é diferente, já que a rede de compartilhamento historicamente tem sobrevivido às reações ofensivas da chamada indústria do conteúdo.

Independente do status jurídico que o compartilhamento de arquivos assume no caso concreto, sabe-se por aqueles que fazem parte deste grupo que este é regrado por normas de base comunitária e seu objetivo principal é a criação de um espaço de livre partilha de informação. Enquanto as normas de propriedade intelectual prescrevem uma forma de proibição e exclusividade de reprodução de uma obra que é protegida por direitos autorais, a comunidade de compartilhadores incentiva o compartilhamento irrestrito e sem barreiras de informação e cultura e em escala global.

Quando se discutem direitos autorais, deve ser lembrado de que este é constituído por direitos de cunho patrimonial e direitos de cunho moral.³ O maior destaque para uma proteção patrimonialista da proteção intelectual é extremamente evidente nos casos envolvendo as relações de bens culturais na Internet. O que se observa é uma necessidade de que esta sobreposição do cunho patrimonialista sobre o moral seja superada para que se possa caminhar para um tratamento

mundial em ascensão”. BENKLER, Yochai. *The Wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*.

² LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

³ O art. 22 da Lei n. 9.610/1998 afirma: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”. Tais direitos são especificados no art. 24 e seguintes.

jurídico que se relacione com maior firmeza e respeito à proteção da propriedade intelectual.

2. DIREITOS AUTORAIS, CIBERCULTURA E INOVAÇÃO

2.1. Os direitos autorais e a inovação

A Associação Brasileira de Propriedade Intelectual define a chamada propriedade intelectual de modo que “abrange os direitos relativos às invenções em todos os campos da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, de comércio e de serviço, aos nomes e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal, às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas, intérpretes, às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, bem como os demais direitos relativos à atividade intelectual no campo industrial, científico, literário e artístico”.⁴

Depreende-se, portanto, que a propriedade intelectual abarca as criações intelectuais do ser humano, as quais podem se dividir nos ramos do direito industrial e do direito autoral.⁵

Quando escrevemos um artigo acadêmico, criamos uma música, pintamos uma tela ou até mesmo escrevemos poesia, mesmo sendo de caráter amador nada mais são do que manifestações do nosso espírito, as quais são exteriorizadas e se transformam em obras intelectuais. Isso é reforçado pelo que dispõe o art. 7º da lei 9.610/98:

“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”

Esse esforço humano que resulta em uma criação – que como pudemos ver, pode se dar de diferentes formas⁶ – é o principal objeto da disciplina dos Direitos Autorais.

⁴ Disponível em <http://www.abpi.org.com.br>.

⁵ SANTOS, Manuella Silva dos. *Direito autoral na era digital: impactos, contraversias e possíveis soluções*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁶ LDA, art. 7º : ...

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

O principal antecedente histórico que culminou no surgimento da tutela jurídica do autor foi a invenção da imprensa.

“O alemão Johannes Gutenberg nasceu em Mainz, por volta de 1400 e foi o responsável pela invenção da impressão tipográfica, a partir do aperfeiçoamento da prensa utilizada para espremer uvas na produção de vinhos. Gutenberg também inventou os chamados tipos móveis, formados por letras de metal. Em 1456 seria impressa a primeira versão tipográfica da Bíblia com tiragem de aproximadamente seiscentos exemplares”.⁷

A invenção de Gutenberg facilitou a reprodução em grande escala de obras intelectuais à época. Naquele momento, a proteção jurídica se dava com o intuito de garantir direitos à empresa (ao impressor) e perpetuando seu monopólio.

A preocupação ao trabalho do autor especificamente só foi surgir na primeira lei de direitos autorais inventada em 1710 na Grã Bretanha, através do chamado Statute of Anne.

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

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

⁷ MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de direito autoral*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 22.

Com a invenção da imprensa, havia sido facilitada uma impressão massiva de livros, porém foi só com o desenvolvimento do comércio dessas obras que foi possível se discutir a criação de um sistema de direito de autor. Outro fator importante a esse resultado foi a difusão da importância da ideia de autoria, em que o autor seria tido como criador original de sua obra, expressão de sua personalidade e individualidade.⁸

Com o Statute of Anne o autor se apoderou do privilégio que antes apenas a indústria detinha. Neste momento histórico, a regulação do comércio daquelas obras se dava a partir da concessão dos direitos do autor, que em um segundo momento eram transferidos aos editores.

Em síntese, este estatuto transformou o direito de cópia dos livreiros em um instrumento de regulação comercial, promovendo o conhecimento e limitando os poderes detidos pelos livreiros; criou o domínio público, limitando a exploração das obras por quatorze anos (podendo ser prorrogado apenas uma vez por período igual); e tirou os autores do anonimato.⁹

Essa concessão do privilégio de reprodução conferido pela lei fez surgir a visão anglo-americana do copyright, a qual se perpetua até hoje. O aspecto principal desse sistema é que a preocupação maior está nos direitos de reprodução dos exemplares do direito intelectual, ou seja, nos aspectos materiais (objeto).

Por outro lado, no mesmo século XVIII, na França pós-revolução, vemos o surgimento de um outro sistema de proteção autoral, o qual intitulamos de *droit d'auteur*. Este reconheceu explicitamente e deu maior ênfase aos direitos morais, que se desenvolveram através de uma forte criação jurisprudencial e legislativa. Aqui, centrou-se o foco da tutela na atividade criadora em si, em detrimento da materialidade da obra.¹⁰

Inicialmente, no Brasil, o histórico de direitos autorais começa com a Lei de 11 de agosto de 1827, a qual estabeleceu os cursos de direito nas cidades de São

⁸ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 231.

⁹ SANTOS, Manuella Silva dos. *Direito autoral na era digital*,..., p. 41.

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 05.

Paulo e Olinda. Segundo a lei, existia um privilégio exclusivo de dez anos sobre os compêndios e cursos que eram publicados pelos professores.¹¹

Posteriormente, o Código Criminal de 1830 determinou uma proibição, em seu art. 261, da reprodução de obras compostas ou traduzidas por cidadãos brasileiros.¹² Esta proteção durava o período da vida do autor e mais dez anos após o falecimento do mesmo. O Código Penal de 1890 continuou com a tradição de legislar sobre direitos autorais através da matéria penal.

Foi apenas com o advento da Constituição de 1891, que houve, pela primeira vez, uma previsão constitucional sobre Direitos Autorais. No art. 72, § 26 é consagrado o direito exclusivo de reprodução dos autores e a proteção dos herdeiros.¹³

Todas as constituições que se seguiram, com exceção da de 1937, mantiveram a disposição referente a direito autoral em termos semelhantes. Foi apenas com a Constituição de 1988 que houve uma mudança mais significativa, determinando no art. 5º, XXVII, que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” e no art. 5º, XXVIII, que “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

¹¹ Art. 7: “Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se porem à aprovação da Assembléia-Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusive da obra, por dez anos”.

¹² Art. 261. “Imprimir, graver, lithographer ou introduzir quaesquer escriptos ou estampas que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dezz annos depois de sua morte, se deixarem herdeiros. Pennas: Perda de todos os exemplars para o autor ou traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta delles, do seu valor e outro tanto, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplars. Se os escriptos ou estampas petencerem a corporações, a proibição de imprimir, graver, lithographer ou introduzir, durará somente por espaço de dez annos”.

¹³ Art. 72, §26: “Aos autores de obras literarias e artisticas é garantido o direito exclusive e reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mechanic. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determiner”.

Na legislação civil, os direitos autorais apareceram pela primeira vez na Lei 496/1898, intitulada de Lei Medeiros Albuquerque, a qual foi a primeira lei infraconstitucional brasileira de direitos autorais. A lei passou a encarar o direito de autor como um privilégio e conferiu duração de cinquenta anos após o primeiro de janeiro do ano da publicação (art. 3º, I), condicionada a proteção a depósito na Biblioteca Nacional, dentro de dois anos (art. 13), sob pena do direito perecer; definiu como contrafação como sendo “todo o atentado doloso ou fraudulento contra o direito do autor”; e inaugurou o mecanismo do rol de limitações aos direitos autorais, o qual mantemos até hoje.

Posteriormente, veio o Código Civil de 1916, que substituiu as disposições da Lei Medeiros e Albuquerque -porém nela se inspirou - e a Lei n. 5.988/73, a qual suplantou as disposições do código civil subsequentemente. Neste momento, o prazo de proteção para direitos patrimoniais foi alterado para a vida do autor, acrescido da vida dos sucessores, se filhos, pais ou cônjuges, ou 60 anos no casos de outros sucessores (art. 42, §§ 1º e 2º). Ao mesmo tempo, fixou-se o prazo de 60 anos de proteção patrimonial de obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas e de arte aplicada, que seriam contados a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente a sua conclusão (art. 45).

Esta lei foi substituída, finalmente, pela Lei 9.610 de 1998, a qual juntamente com a Lei 9.609/1998 (lei de programas de computador) contém as principais normas jurídicas de direitos autorais e são os dispositivos infraconstitucionais atualmente em vigor. Dentre as mudanças mais drásticas temos as restrições ao sistema de limitações, sob o ponto de vista do usuário (art. 46); alteração do tempo de proteção para a vida do autor, somando mais setenta anos aos sucessores (art. 41) – e setenta anos após a fixação para direitos conexos (art. 96); entre outras escolhas normativas, as quais serão melhor estudadas em momento posterior ao presente estudo, assim como suas consequências e o evidente caráter maximalista da proteção autoral realizada pela lei, com o intuito de nos perguntarmos se no fim das contas a indústria se apoderou da tutela do autor. ¹⁴

¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral...*, p.04.

2.2 Revolução digital e Internet

Para entendermos o que é a Internet, devemos entender o período em que ela surgiu. No período da Guerra Fria, em 1957, a União Soviética conseguiu lançar seu primeiro satélite, Sputnik, na órbita de nosso planeta. Uma corrida tecnológica havia sido lançada entre as duas grandes potências mundiais. Os EUA criaram a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA)¹⁵, a qual estava ligada ao Departamento de Defesa norte americano e tinha como principal objetivo o de desenvolver novas tecnologias para o país.

Foi nesse contexto que o cientista da computação Joseph Licklider desenvolveu a ideia da criação de uma rede universal de computadores que, mesmo geograficamente distantes, pudessem armazenar e processar informações. Em 1967, um projeto foi apresentado e dele surgiu a ARPANET.

Basicamente o que se queria alcançar com esse projeto era a resolução de um problema que atrapalhava o progresso científico à época: estudos em duplicata, os quais se davam pelo fato de que os centros de pesquisas não tinham uma comunicação eficiente entre si. Naquele contexto, programas de software eram únicos, como verdadeiras obras de arte e não podiam ser transferidos de um computador para outro¹⁶, além de que os custos desses estudos dispendiam grandes quantidades de dinheiro. Desse modo, estabelecer essas conexões entre os centros de pesquisas com o intuito de que compartilhassem recursos entre si era essencial.

Em 1971, vários computadores já estavam ligados em rede, dentre eles instituições acadêmicas e militares norte americanas. O sucesso dessa empreitada passou a ser desenvolvida em outros lugares, como no Reino Unido, e logo já existiriam várias redes em funcionamento. Idealizados por Vont Cerf e Bob Kahn, em

¹⁵ Posteriormente, a ARPA foi intitulada como DARPA tendo sido acrescido o termo “Defesa” ao seu nome original

¹⁶ “If these scientists doing graphics in Salt Lake City wanted to use the programs developed by the people at Lincoln Lab, they had to fly to Boston. Still more frustrating, if after a trip to Boston, people in Utah wanted to start a similar project on their own machine, they would need to spend a considerable time and money duplicating what they had just seen. In those days, software programs were one-of-a-kind, like original works of art, and not easily transferred from one machine to another.” (HAFNER, Katie; LYON, Matthew. Where wizards stay up late: the origins of the internet. New York: Touchstone, 1998, p. 44)

1974 foi proposto o protocolo TCP (Transmission Control Protocol)¹⁷, o qual se acrescentou o IP (Internet Protocol) em 1978. Ainda posteriormente, outros elementos arquitetônicos que existem até hoje foram implementados, como o protocolo SMTP (Simple Mail Transfer Protocol)¹⁸ e o DNS (Domain Name System)¹⁹. Em 1989, a ARPANET daria lugar para a NSFNET²⁰ como o principal backbone da Internet.²¹

Tim Berners-Lee, um pesquisador britânico, apresentou um projeto, nos anos 90, conceituando uma proposta do que viria a ser a World Wide Web. Basicamente o que fez com esta foi criar um sistema distribuído, sustentado pela estrutura da Internet, que acabou se tornando um dos principais responsáveis por impulsionar a popularização e comercialização da rede.²² Seria um espaço global de informação, onde toda a informação armazenada em computadores pudesse ser conectada, inter-relacionada e acessada com facilidade nunca antes vista.²³ Foi a partir de 1995 que teve início a Internet como conhecemos atualmente, com acesso global e um comércio eletrônico em desenvolvimento.

O que pode-se verificar é que a internet como conhecemos hoje não surgiu com intuítos comerciais, como viria a acontecer a partir do surgimento da World Wide Web. O que surgiu de uma iniciativa do setor militar e acadêmico norte americano se desenvolveu de tal forma que passou a englobar uma parcela maior

¹⁷ Basicamente, Um protocolo é uma convenção que controla e possibilita uma conexão, comunicação, transferência de dados entre dois sistemas computacionais. O TCP é um dos protocolos sob os quais o núcleo da Internet se baseia. A sua versatilidade o tornou adequado para as redes globais, já que verifica se os dados são enviados de forma correta, na sequência apropriada e sem erros, pela rede. CERF, Vinton G.; KAHN, Robert E. A protocol for packet network communication. Disponível em: <http://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall06/cos561/papers/cerf74.pdf>.

¹⁸ É o protocolo padrão para envio de e-mails através da Internet.

¹⁹ É um sistema de gerenciamento de nomes de domínio, que os distribui entre servidores múltiplos, diminuindo assim a carga em qualquer servidor. KUROSE, Jim e ROSS, Keith. Computer Networking, A Top-Down Approach, 5ª edição. Addison-Wesley, 2010.

²⁰ "The term "NSFNET" refers to a program of coordinated, evolving projects sponsored by the National Science Foundation that was initiated in 1985 to support and promote advanced networking among U.S. research and education institutions." (<http://www.nsfnet-legacy.org/about.php>)

²¹ HAFNER, Katie; LYON, Matthew. Where wizards stay up late: the origins of the internet. New York: Touchstone, 1998, p. 256.

²² MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual*: ... p. 38.

²³ BERNERS-LEE, Tim; FISCHETTI, Mark. Weaving the web: the original design and ultimate destiny of the World Wide Web. New York: Harper Business, 2000.

da sociedade - não apenas nos usuários (representando as pessoas), mas também bens culturais -, revolucionando dessa forma os meios de comunicação, transferência de dados e informações como até então nos eram conhecidos.

2.3 O compartilhamento de arquivos

Toda a estrutura arquitetônica da rede mundial de computadores foi criada visando uma intercomunicação de dados digitais entre si, desenvolvendo naturalmente o que se chama comumente de compartilhamento de arquivos. Em uma explicação básica, trata-se de uma prática de distribuição e acesso a conteúdos digitalmente armazenados, como programas de computadores, multimídia (áudio, filmes e imagens), documentos e e-books. Em suma, o compartilhamento de arquivos necessita da infra-estrutura tecnológica da Internet para que funcione.

Ao longo do tempo, muitas foram os tipos de tecnologias adotadas para a realização de compartilhamento de arquivos, consoante às tecnologias existentes em cada época. Até o final da década de setenta, a maneira mais comum de compartilhamento de arquivos digitais era através das mídias removíveis (disquetes, por exemplo). Para que uma pessoa pudesse copiar arquivos de um computador para o outro, era necessário armazenar primeiramente nessas mídias físicas e inserí-las no computador de destino para que a transferência fosse efetuada de um disco rígido para o outro.

Com o desenvolvimento de microprocessadores e os avanços nas tecnologias de redes de computadores, a partir da segunda metade da década de oitenta, era possível a troca e manipulação de arquivos em redes de computadores, bastando para isso o usuário se conectar em servidores FTP (File Transfer Protocol), onde os arquivos estavam hospedados.

Posteriormente, o compartilhamento de arquivos foi possível necessitando apenas de usuários estarem em uma mesma sala de chat (tecnologia IRC – Internet Relay Chat) e, após a inserção do protocolo XDCC, eliminou-se a necessidade de interação entre usuários durante o compartilhamento.²⁴

²⁴ REZENDE, Evandro da Silva. Modelo estrutural para compartilhamento de arquivos Peer-to-Peer. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação). Universidade Estadual Paulista, São José do Rio Preto, p. 02.

A partir do final da década de noventa, com a World Wide Web de Tim Berners-Lee ascendendo e o aumento significativo no número de computadores ao redor do mundo, surge a figura das redes p2p (Peer-to-Peer). Uma rede p2p tem seu conteúdo estruturado na ideia de que seus integrantes são iguais, são pares de máquinas ligados na rede. Clay Shirky vai dizer que “p2p é uma classe de aplicativos que tiram vantagem de recursos – armazenamento, ciclos, conteúdo, presença humana – disponíveis nos cantos da Internet”.²⁵ Em suma, temos nas redes p2p uma arquitetura semelhante com a dos computadores nos primórdios da criação da Internet, pois não haviam computadores centrais em que as máquinas estavam ligadas, mas ao invés disso, temos uma série de protocolos que se comunicam entre si, com dados disponíveis para serem compartilhados entre máquinas.²⁶ O servidor que funcionaria como intermediário nas comunicações entre computadores deixaria de existir, para dar lugar as conexões diretas entre os nodes na rede.

Porém, como já sabemos, avanços comerciais começaram a ser implementados na World Wide Web e, com o passar do tempo, a Internet foi perdendo aquelas características da sua gênese e que também fazem parte da arquitetura básica das redes p2p. Foi assim que os grandes servidores Web se tornaram dominantes, fazendo com que a estrutura de “pares” cedesse lugar para uma estrutura hierárquica entre cliente e servidor²⁷.

Neste ponto do estudo é válido fazer uma análise dos princípios sociais que faziam parte da arquitetura da internet e, posteriormente, dos compartilhamentos de arquivos, para que possamos avançar em um aprofundamento na análise das

²⁵ SHIRKY, Clay. Clay Shirky's writing about the Internet: Economics and Culture, Media and Community, Open Source. Disponível em: www.openp2p.com/pub/a/p2p/2000/11/24/shirky1-whatisp2p.html.

²⁶ LESSIG, Lawrence. *The Future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Vintage, 2002, p. 134.

²⁷ “No modelo servidor/cliente, o computador servidor serve informação ao computador cliente, quando este a solicita. Servidores são passivos, esperam solicitações, e enviam conteúdo. Clientes são ativos, fazem solicitações e recebem o conteúdo enviado pelo servidor. A estrutura da Internet a partir da disseminação e crescimento da WWW fez com que a maior parte dos computadores conectados à rede exercesse, predominantemente, a exclusiva função de cliente. Com o retorno à arquitetura peer-to-peer, computadores que seriam na maior parte das hipóteses apenas clients passaram a exercer também a função de servidores, enviando e recebendo conteúdo, respondendo a solicitações e fazendo solicitações em posição de igualdade em relação aos outros computadores.” (MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 63)

mesmas com as normas de direito autoral e os conflitos resultantes de sua relação com o espaço virtual.

Pelo avanço histórico exposto até então, vimos que a Internet em seu primórdio era uma ferramenta de caráter meramente científico e acadêmico, a qual foi crescendo de tal modo que passou a englobar cada vez mais uma comunidade de cientistas e, a partir da década de noventa, passou a englobar o resto do mundo. Siva Vaidhyathan expõe:

“The Internet was built according to cynical principles – borderlessness, unregulability, peer-to-peer openness and peer-review accountability – which also belong to the realms of Science and the academy. This is no coincidence. The folks who built the essential protocols of the Internet, from the e-mail programs to the server software to the language we use to code Web pages, were by and large academics and hackers, immersed in an ethical environment that rewarded virtue and virtuosity.”²⁸

Ao mesmo tempo, Robert K. Merton, ao explorar as estruturas normativas da ciência, vai falar em quatro princípios da comunidade científica: universalismo, que dita que o conhecimento científico é universal; comunismo, não existe um direito de propriedade sobre os produtos da comunidade científica; desinteresse, em que a imparcialidade e a objetividade são posturas esperadas dos cientistas; e o ceticismo organizado, em que o conhecimento científico, para ser reconhecido como tal, está sujeito a teste pelo restante dos membros da comunidade de cientistas.²⁹

Resumidamente, é evidente que a noção de ciência se distancia na noção de propriedade. De igual modo, podemos perceber que todas essas ideias que permeiam a noção de ciência se aproximam também do que explicitamos sobre o compartilhamento de arquivos, que basicamente é uma tecnologia desenvolvida com o intuito de provocar condutas cooperativas, de reprodução e distribuição massificada de conteúdo.

²⁸ Em tradução livre: “A Internet foi construída de acordo com princípios cínicos – ausência de fronteira, não regulabilidade, abertura ponto a ponto, responsabilidade de revisão de pares – que também pertencem ao reino da ciência e da academia. Isso não é coincidência. As pessoas que construíram os protocolos essenciais da Internet, dos programas de e-mail à linguagem que usamos para codificar páginas na Web, foram grandes acadêmicos e hackers, imersos em um ambiente ético que recompensava virtude e virtuosismo”. (VAIDHYANATHAN, Siva. *The anarchist in the library*. New York: Basic Books, 2004. p. 29).

²⁹ MERTON, Robert K. *The normative structure of Science*. In: MERTON, Robert K. *The sociology of science: theoretical and empirical investigations*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1974.

Como dissemos anteriormente, a inserção no meio digital não se deu apenas no que diz respeito às pessoas, mas também aos bens culturais. Eis que com essa inserção, desenvolve-se ao longo do tempo uma prática social de distribuição livre e gratuita desses bens pela Internet, na forma de filmes, músicas, livros e imagens, por exemplo.

Mizukami, estudando sobre o fenômeno do compartilhamento de arquivos, vai distinguir as normas sociais presentes nas comunidades de pessoas que praticam o compartilhamento de dados computacionais. Em um primeiro momento, temos duas ordens de normas sociais que podem ser analisadas: a perspectiva macro, referentes à comunidade do compartilhamento de arquivos em geral; e a micro, referente a comunidades específicas dentro da geral.³⁰

De toda a ordem geral, podem ser visualizadas três normas fundamentais que costumam orientar as ações e condutas dos indivíduos compartilhadores na Internet. Não significa dizer que são seguidas por todos os compartilhadores, mas que existem no *ethos* da comunidade e possuem um mínimo de eficácia na sua aplicação.³¹

- a) Norma de compartilhamento: o compartilhamento de arquivos se pauta em princípios colaborativos e de solidariedade. Desse modo, arquivos diversos devem ser colocados gratuitamente à disposição de toda a comunidade. Quanto mais conteúdo está disponível, melhor para todas as pessoas que terão acesso e poderão usufruir de informação e cultura. Esta norma pode ser comparada como quando emprestamos livros a amigos ou foto-copiamos textos para estudantes. No contexto da Internet temos apenas que a distribuição que se tornou mais fácil e de proporção globalizada.
- b) Norma de vedação ao *leeching*: em tradução livre, “leech” significa “sanguessuga”. O *leeching* no contexto do compartilhamento de arquivos é o ato de baixar arquivos, usufruir deles, mas não acrescentar em nada para o crescimento da comunidade. Para vários serviços de compartilhamento, como

³⁰ Para o presente estudo, vamos nos ater ao que concerne a perspectiva macro, tendo em vista a existência de diversas comunidades específicas de compartilhamento de arquivos espalhadas pela rede (FastTrack, BitTorrent, OpenNap, Soulseek, Gnutella, ed2k, Direct Connect, etc) e a intenção não é analisar cada uma delas, mas explorar o fenômeno do compartilhamento no geral.

³¹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual*: ... p. 86-90.

o p2p é necessário uma relação coordenada entre usuários para que o sistema possa ser eficiente. Ao mesmo tempo que uma pessoa está baixando dados em um computador através do download, outro que possui o arquivo está enviando esses dados àquele através do upload. Aqueles indivíduos que não colaboram fazendo upload de seus arquivos, mas fazendo download de outros, são considerados leechers e, portanto, mal vistos por outros usuários. Basicamente, os usuários devem devolver à comunidade aquilo que usufruem dela.

- c) Norma de retribuição ao autor: aqui temos uma forma de recompensa baseada na meritocracia. Conteúdo deve ser disponibilizado gratuitamente a todos, porém ao autor da obra cabe ser recompensado pecuniariamente, caso seu conteúdo seja de agrado de quem usufruiu do mesmo. Trata-se de uma lógica inversa à lógica tradicional de mercado em que se paga primeiro e usufrui-se depois. Esta retribuição pode se dar de diferentes formas, seja por doação ao autor, comprar o produto oficialmente distribuído, comprar produtos licenciados, ingressos pra shows ou exposições oficiais. O que importa é o indivíduo ajudar o autor de alguma forma, com o intuito de fazê-lo com que perpetue com o seu trabalho, incentivando o seu trabalho.

O que tentamos nesse momento é mostrar como as “normas” subjetivas presentes no seio da comunidade de compartilhadores de arquivos se aproximam e estão de acordo com toda a lógica presente no cerne da criação da Internet, de modo que estas se relacionam intimamente.

3. Compartilhamento de arquivos e violação de Direitos Autorais

A Internet estava evoluindo e se desenvolvendo em uma velocidade inesperada. Ao que parecia até então, a comunidade virtual estava preparada para o passo seguinte da inserção de bens culturais e intelectuais na rede mundial de computadores. Porém, a facilidade da distribuição e reprodução global de obras protegidas por normas de direitos autorais no meio digital acabou por mostrar que nem todos estavam preparados para esse passo. Da mesma forma que a Internet era vista como algo promissor para o futuro, também era vista como uma ameaça.

Em 1999 surgiu o Napster, fundado por Shawn Fanning, que marcou a história como o primeiro software para compartilhamento de arquivos de música em formato MP3, através de uma rede p2p. Basicamente o que esse software fazia era ser um mediador entre os usuários do serviço para que uns pudessem baixar arquivos diretamente dos outros. Os usuários faziam uma pesquisa procurando por músicas de artistas dos seus interesses pessoais e o Napster fornecia uma lista de arquivos de música armazenados nos computadores de outras pessoas. Bastava então escolher o arquivo e o Napster estabelecia uma conexão direta entre as máquinas dos usuários. Não apenas o Napster permitiu que as pessoas compartilhassem arquivos umas com as outras, como também permitiu que essas pessoas interagissem através do programa e isso acabou por criar uma espécie de comunidade que circunscrevia o sistema em questão.

Eis que surgiu o conflito entre a A&M Records Inc. e o Napster Inc. A indústria fonográfica ingressou com uma ação contra o primeiro sistema de compartilhamento p2p em grande escala, sob a alegação de *secondary copyright infringement* nas modalidades *contributory* e *vicarious copyright infringement*.³² A intenção basicamente era condenar o Napster como responsável pelas violações cometidas pelos seus usuários, os quais trocavam arquivos de músicas que eram protegidas por normas de direitos autorais da gravadora, sem expressa autorização.

A decisão do juízo não favoreceu o Napster:

³² A alegação, em tradução livre, seria uma responsabilidade indireta por violação de copyright. No *contributory infringement*, diz que a parte que violou copyright indiretamente tinha conhecimento da conduta ilícita e, inclusive, a induzia ou contribuía para sua realização. Por sua vez, no *vicarious infringement*, a alegação sustenta-se que a parte era responsável por fiscalizar a conduta dos usuários e possuía interesse financeiro na conduta ilícita. (SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. *Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks*. St. Paul: Thomson West, p. 188 – 190)

“...We depart from the reasoning of the district court that Napster failed to demonstrate that its system is capable of commercially significant noninfringing uses (...) Regardless of the number of Napster’s infringing versus noninfringing uses, the evidentiary record here supported the district court’s finding that plaintiff would likely prevail in establishing that Napster knew or had reason to know of its user’s infringement of plaintiff’s copyrights (...) The records supports the district court’s finding that Napster has actual knowledge that specific infringing material is available using it’s system, that it could block access to the system by suppliers of the infringing material, and that it failed to remove the material”.³³

O processo judicial abalou as estruturas do Napster, o qual entrou em falência. Posteriormente, foi comprada pela empresa Roxio, Inc., o qual manteve o serviço em funcionamento, porém funciona como uma loja paga de música em formato digital.

Depois do Napster, surgiram outras formas de compartilhamento de arquivos, que funcionam em arquiteturas diferentes, como pudemos ver no capítulo anterior. Em uma primeira análise do que aconteceu com o Napster, podemos perceber que os motivos pela reação da indústria musical ao serviço de compartilhamento de arquivos não se deu por supostas diminuições de lucro ou infração autoral, mas apenas apresentou um desafio a modelos de negócios tradicionais das empresas.

O que se pode observar é que ocorreu uma evolução dos sistemas de compartilhamento de arquivos, os quais foram mudando e se adaptando, tanto tecnicamente quanto socialmente, conforme ocorriam repressões por parte da indústria do conteúdo às mesmas. Essas reações da indústria não cessaram apenas com o caso Napster e também não se restringiram a ofensivas jurídicas, como veremos adiante através da análise da teoria das Quatro Modalidades de Regulação de Lawrence Lessig, o elemento em comum de todas as formas de ofensiva é o de preservar modelos de negócio que sustentam a existência hegemônica de uma economia de informação industrial concentrada e centralizada.³⁴

³³ Em tradução livre: “Partimos do raciocínio da corte distrital de que o Napster falhou em demonstrar que seu sistema é capaz de não violar usos comercialmente...Independentemente do número de usos do Napster que violam e que não violam, o registro probatório sustenta a tese de que a parte estabelece que o Napster tinha conhecimento e razões para saber das infrações de copyright que ocorriam (...) O registro sustenta que o Napster tem conhecimento que a infração de material específico usando seu sistema, que poderiam ter bloqueado o acesso dos usuários com o conteúdo infrator e que falharam em remover tal material”. (A&M Records, Inc. v Napster, Inc., 2001, 9th Circuit Court of Appeals. Decisão disponível em: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/239/239.F3d.1004.00-16403.00-16401.html>.)

³⁴ BENKLER, Yochai. *The Wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*.

3.1. A teoria das quatro modalidades de regulação

O comportamento dos indivíduos na sociedade é regulado por quatro sistemas que impõem limites às condutas dos seres humanos, vai dizer Lawrence Lessig. O primeiro deles é o Direito. É compreendido basicamente como um conjunto de comandos dados por autoridades do Estado, ordenando um padrão de comportamentos para as pessoas e garantindo a aplicação das mesmas através da prescrição de sanções, no caso de serem desobedecidas.³⁵ O Direito ameaça uma punição e, dessa forma, podemos dizer que o Direito procede sua regulação.

Porém, não apenas o Direito serve com o intuito de regular o comportamento de indivíduos na sociedade. As normas sociais também o fazem. Correspondem a ordens normativas que são externas ao direito positivo e surgem no seio das comunidades. As normas sociais também prescrevem punições, porém ao contrário do Direito, não são centralizadas. Estas normas e suas sanções são executadas pela própria comunidade e não por um governo. Quando alguém faz uma piada de cunho racista, prontamente outras pessoas que ouviram a piada vão repreender o indivíduo pela atitude socialmente inaceitável, por exemplo.³⁶

A terceira forma de regulação que podemos encontrar é através do mercado, compreendido em seu sentido econômico comum. Regula condutas através do mecanismo do preço. Está diretamente relacionado com o Direito e normas sociais, mas apresenta uma forma nova de regulação de comportamento. O fato de que podemos trocar nossa força de trabalho – ou mais especificamente o que ganhamos com ela, o salário – por produtos alimentícios no supermercado é uma forma de orientação indireta na conduta dos indivíduos. Trabalhamos sabendo que o dinheiro

³⁵ Lessig ressalta que o Direito é muito mais complexo do que a definição dada como commands sustentados por meio de uma sanção: “Obviously law is much more than a set of commands and threats. Law not only commands certain behaviours but express the values of a community...; constitutes or regulates structures of government...; and establishes rights that individuals can invoke against their own government...by focusing on just one kind of law, I do not mean to diminish the significance of the other kinds. Still, this particular aspect of law provides a well-defined constraint on individuals within the jurisdiction of the law giver, or sovereign. That constraint – objectively – is the threat of punishment”. (LESSIG, Lawrence. *Code and laws of cyberspace*, p. 235)

³⁶ “Social norms regulate as well. They are a second sort of constraint. Norms say that I can buy a newspaper, but cannot buy a friend. They frown on the racist’s jokes; they are unsure about whether a man should hold a door for a woman. Norms too, like law, regulate by threatening punishment ex post. But unlike law, the punishment of norms is not centralized. It is enforced (if at all) by a community, not a government. In this way, norms constrain. In this way, they too regulate.” (LESSIG, Lawrence. *The Law of the Horse*, 1999, p. 07)

ganho no final do mês vai servir para pagar os elementos de sustento (aluguel, alimentação, gasolina,...). Por isso, pode-se dizer que o mercado regula.³⁷

A quarta forma, Lessig vai intitular de arquitetura. Trata-se de qualquer limitação estrutural, não necessariamente corpórea. Esse tipo de limitação independe de posterior aplicação de sanção e ocorre devido sua natureza. Se eu não consigo levantar um objeto de 1 tonelada, trata-se de uma limitação estrutural da minha capacidade humana. De igual modo, não consigo atravessar uma parede devido a limites estruturais do ambiente.³⁸

Todas essas quatro formas de regulação atuam como limitações ao comportamento humano, mas não atuam isoladamente. Operam conjuntamente atuando sobre condutas de modo direto e indireto. Juntos eles constituem uma soma de forças que guiam os comportamentos dos indivíduos.

Portanto, para uma análise completa, é necessário visualizar a posição das quatro modalidades a partir de um mesmo ponto, com o intuito de perceber como cada uma delas interage. Podemos dizer, por exemplo, que o Direito proíbe o comércio de cocaína e outras drogas ilícitas. Não só através da proibição, mas é possível a realização de campanhas publicitárias com o intuito de estigmatizar o usuário das drogas, criando assim uma normatização social subjetiva na sociedade, os quais acabam por repreender os usuários. Outro exemplo pertinente seria o caso de uma lei impor a colocação de lombadas em estradas, o que acabaria por estabelecer um limite de arquitetura para os motoristas que dirigem na via.³⁹

³⁷ “Markets, too, regulate. They regulate by price. The market constrains my ability to trade hours of teaching for potatoes; or my kids glasses of lemonade for tickets to the movies. Of course, the market only constrains so because of constraints of law, and social norms – markets are constituted by property and contract law; they operate within the domain allowed by social norms. But given these norms, and given this law, the market presents another set of constraints on individual and collective behavior. Or alternatively, it establishes another band of regulation on individual and collective behavior.” (LESSIG, Lawrence. *The Law of the Horse*, 1999, p. 08)

³⁸ “That I can’t see through walls is a constraint on my ability to snoop. That I can’t read your mind is a constraint on my ability to know whether you are telling me the truth. That I can’t lift large objects is a constraint on my ability to steal. That there is a highway and train tracks separating this neighborhood from that is a constraint on citizens to integrate. These constraints bind in a way that regulates behavior.” (LESSIG, Lawrence. *The Law of the Horse*, 1999, p. 08)

³⁹ LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School*, p. 662.

Esses exemplos mostram que cada uma dessas forças de regulação se relacionam umas com as outras com o intuito de proceder a uma regulação da conduta humana. A partir disso, Lessig propôs o quadro abaixo:

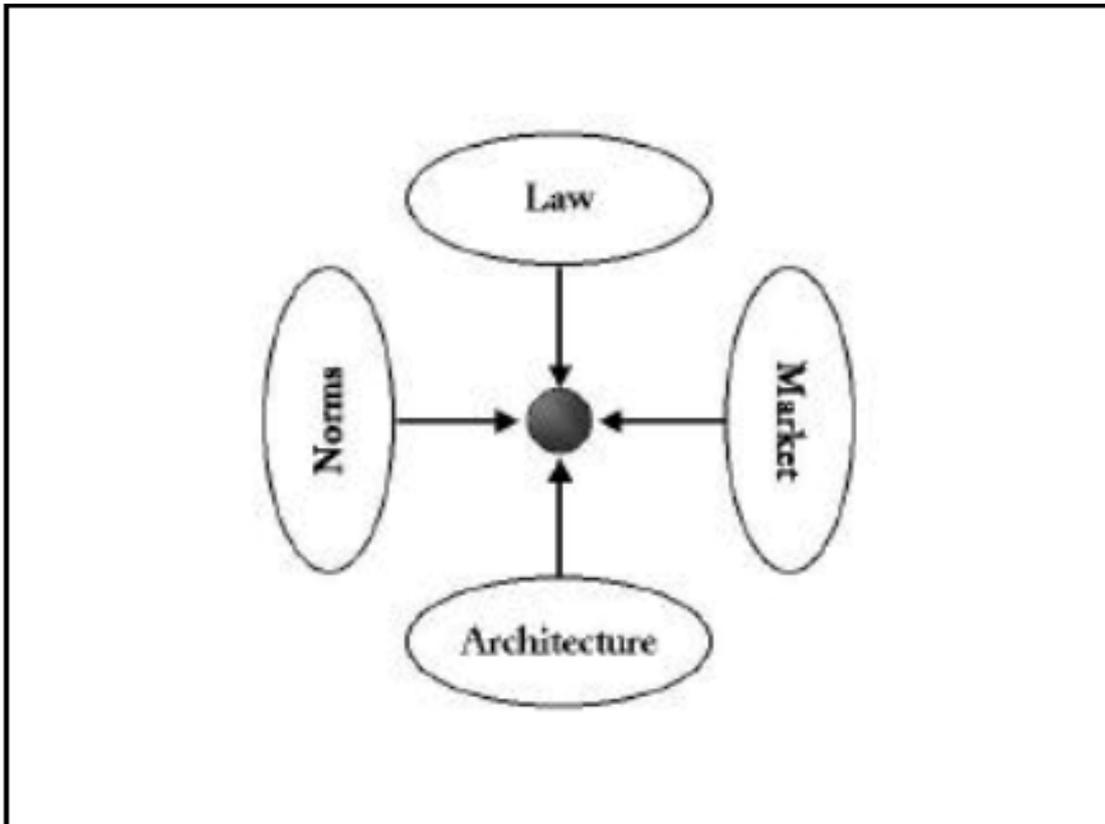


Figura 1 – As quatro modalidades de regulação ⁴⁰

A figura acima mostra, de maneira simples, como as quatro modalidades atuam sobre um indivíduo (representado pelo ponto central) no espaço real. De igual modo, essas quatro formas de regulação podem ser analisadas no espaço cibernético, aplicando as mesmas forças de interferência sobre a conduta humana, o qual analisaremos a seguir.

3.2. A regulação do usuário e as reações ao compartilhamento de arquivos

⁴⁰ Figura retirada de (LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse, 1999, p. 08)

Diversas foram as reações por parte da chamada indústria do conteúdo em face da ascensão do compartilhamento de arquivos. Desde o surgimento do Napster e a ofensiva jurídica por parte da indústria fonográfica, outros agentes industriais se uniram nesse levante contra o “compartilhamento de arquivos”, como se fosse um mal a ser combatido. Os principais atores neste cenário é a Recording Industry Association of America (RIAA), Motion Picture Association of America (MPAA), Business Software Alliance (BSA), e suas ramificações em torno do mundo inteiro.

Fazendo uma comparação com a teoria das quatro modalidades de regulação de Lawrence Lessig, poderemos visualizar algumas formas de condutas ofensivas por parte da chamada indústria do conteúdo contra os usuários. Podemos distinguir a presença de ofensivas jurídicas, tecnológicas, propagandísticas e comerciais.⁴¹ Cada uma delas pode ser equiparada respectivamente às modalidades de regulação da conduta humana através do direito, arquitetura, normas sociais e mercado, como veremos adiante.

3.2.1. O lobby legislativo e os processos contra o compartilhamento de arquivos

Desde o crescimento da Internet, ocorreu um forte lobby por parte da indústria do conteúdo no âmbito legislativo. Nos Estados Unidos, houve uma forte influência daquela para que houvesse uma espécie de regulação no ambiente virtual, de modo que fossem limitados direitos de uso e consumo de bens intelectuais através da proteção maximalista destes. Desse modo, a discussão foi levada para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e abriram portas para aprovação de uma das legislações mais controversas já conhecidas: o Digital Millennium Copyright Act (DMCA), a qual foi adotada pelos Estados Unidos em 1998 no governo do presidente Bill Clinton.

O DMCA teve um impacto global muito forte, afetando a jurisdição de vários países do mundo, de modo que alguns adotaram os mandamentos da lei em suas próprias legislações, como foi o caso da Rússia e da Austrália. Inovando por levar a

⁴¹ YU, Peter K. *P2P and the future of private copying* (MSU Legal Studies Research Paper No. 02-08). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578568

proteção dos direitos de propriedade intelectual para um novo patamar, atingindo o seio do ambiente virtual, o DMCA acabou tendo algumas consequências duvidosas. O que primeiramente buscava proteger direitos autorais em um espaço até então não regulado acabou afrontando e infringindo outros direitos e valores protegidos, como a privacidade, liberdade de expressão e livre concorrência.⁴² As principais criações do DMCA foram: um regime de portos seguros (os chamados *safe harbors*) para provedores de serviço, o qual estabelecia uma série de condições sob as quais seria possível afastar a responsabilidade de provedores de serviço por violações a normas de copyright ocorridas em seus sistemas; e proibição à violação de medidas técnicas de proteção a conteúdo digital.

Apesar de o Brasil não ser signatário do Tratado de Direitos Autorais da OMPI, não foi suficiente pra se livrar da campanha agressiva dos Estados Unidos em favor da expansão maximalista de proteção da propriedade intelectual. O art. 107 da nossa Lei de direitos autorais, por exemplo, prescreve uma norma de proibição à violação de medidas técnicas de proteção, cuja redação foi inspirada no Tratado.⁴³

Outro exemplo brasileiro é o art. 184 do Código Penal⁴⁴, que nas palavras de Mizukami possui uma redação discutível e aplicação problemática. Complementa ainda:

⁴² LOBATO, P. R. F. *DMCA e o início da regulação na internet*. Disponível em: <http://pedrolobato.wordpress.com/2012/03/17/dmca-e-o-inicio-da-regulacao-na-internet/>

⁴³ Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem:

I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia;

II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia;

III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos;

IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.

⁴⁴ Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: [\(Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003\)](#)

“A figura do ‘lucro indireto’ pouco esclarece se compartilhamento de arquivos teria restado explicitamente criminalizado, e o § 4º, provavelmente por acidente, parece ter criado um direito de cópia privada que não é reconhecido de forma expressa pela Lei de Direitos Autorais. O avanço maximalista, entretanto, é nítido nas normas recém positivadas de direito penal...É discutível se, uma vez que o art. 184, caput, é norma penal em branco, o compartilhamento de arquivos seria fato típico. É necessário uma exegese das normas de direito de autor propriamente ditas para uma afirmação neste sentido.”⁴⁵

O exemplo mais recente de ofensiva jurídica por via legislativa, cuja preocupação atingiu vários países em todo o mundo, foram através de duas propostas de lei realizadas no Congresso dos Estados Unidos: o *Stop Online Piracy Act* (SOPA) e o *Protect IP Act* (PIPA). Enquanto o DMCA havia conseguido com sucesso controlar a “violação” de copyright dentro do território americano, agora tentariam expandir esse controle para websites de outros países ao redor do mundo.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. ([Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003](#))

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: ([Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003](#))

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. ([Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003](#))

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. ([Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003](#))

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: ([Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003](#))

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. ([Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003](#))

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na [Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998](#), nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. ([Incluído pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003](#))

⁴⁵ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual*: ... p. 117.

A lei do SOPA permitiria que o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e os detentores de direitos autorais obtivessem ordens judiciais contra sites que estivessem facilitando ou infringindo direitos autorais e que estivessem fora da jurisdição estadunidense. O procurador-geral dos Estados Unidos teria poder, também, de requerer que empresas parassem de negociar com os respectivos sites e, inclusive, retirassem-nos de mecanismos de busca na Internet. Além disso, a lei expandiria o rol da lei penal americana, enquadrando o streaming não autorizado de conteúdo protegido por direito autoral com uma pena máxima de 5 anos de prisão. O PIPA, por sua vez, propõe um complemento ao SOPA, aumentando os poderes do governo norte-americano no que diz respeito a combater websites que teoricamente fossem voltados à venda e/ou infração de direitos autorais.

A título de análise, é válido destacar que entre os apoiadores dessas duas propostas de lei estavam o MPAA, RIAA e ESA. Como já dissemos anteriormente, são os principais agentes da indústria do conteúdo que procuram lutar contra a chamada “pirataria”. Porém, ambas as leis tinham um risco enorme de prejudicar o princípio da liberdade de expressão no meio online. Muito poder seria direcionado a um único governo para definir de uma maneira arbitrária e vaga o que poderia ser considerado ilegal ou não. Inclusive, não haveria segurança alguma para sites que produzem o próprio conteúdo, pois qualquer obra derivada, paródia, fanfic, entre outros, poderiam ser considerados violadores de direitos autorais, passíveis de retaliação por parte do governo americano.

Um levante ao redor de todo o mundo foi feito, com vários membros da comunidade virtual protestando contra as leis, dentre eles grandes empresas como o Reddit, Wikipedia, Google, Mozilla e Flickr, ganhando cada vez mais simpatizantes à causa do usuário. Em Janeiro de 2012, devido à turbulência da discussão, ambos os projetos foram tirados da pauta de votação e voltaram para serem revisadas, levando em conta todas as críticas que foram recebidas. Os usuários, aparentemente neste ponto, haviam ganho uma batalha por seus direitos na Internet.

Porém, as ofensivas no plano do Direito não se dão apenas por vias legislativas. As ofensivas geralmente são bastante fortes através de processos contra usuários, detentores e criadores de sistemas de compartilhamento de arquivos.

Além do caso Napster, que narramos anteriormente, o qual criou um precedente único de que empresas poderiam ser responsabilizada indiretamente pelos atos que eram praticados por seus usuários, outro caso de bastante repercussão foi o que envolveu MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd⁴⁶. Nesse caso específico, as empresas distribuíam clientes diferentes, como o KaZaA, Morpheus e Grokster, os quais tinham acesso a uma rede de compartilhamento de arquivos. As acusações de responsabilidade indireta por violação de copyright, dessa vez caíram por terra nas primeiras instâncias. Na *district court* do *Central District of California* foi entendido que não havia evidências suficientes que as empresas detinham o poder de fiscalizar o conteúdo infrator que seus usuários disponibilizavam no programa.⁴⁷ Porém, a *Supreme Court* decidiu em decisão contrária, a qual declarou:

“...one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression. Or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties.”⁴⁸

Após essa decisão, o Grokster teve que fechar suas portas e fazer um acordo com a indústria cinematográfica, pagando um total de U\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de dólares) de indenização.

A jurisprudência brasileira também foi marcada por um caso importante na questão dos compartilhamentos de arquivos. Em 2009, em decisão inédita na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu pela condenação de um desenvolvedor nacional de software de compartilhamento de arquivos p2p. Quem ingressou com a ação foi a Associação Protetora dos Direitos Intelectuais Fonográficos (Apdif) em face da empresa Cadari Tecnologia da Informação Ltda. e seu dono Nelson Luciano Cadari, pois o software denominado K-Lite Nitro serviria de base para lucro indireto através do compartilhamento de arquivos de músicas protegidos por direitos autorais. Destacamos a ementa do acórdão em questão:

⁴⁶ Decisão disponível em: http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/04-480.pdf

⁴⁷ Decisão disponível em: http://www.eff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/20040819_mgm_v_grokster_decision.pdf

⁴⁸ Em tradução livre: “...alguém que distribui um dispositivo com o objetivo de promover seu uso para infringir direitos autorais, como mostrado expressamente. Ou outros passos que afirmativamente promovem essa infração é passível de responsabilização pelos atos de infração de terceiros”

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos moldes do voto do Relator. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA INIBITÓRIA. PRETENDIDA ANTECIPAÇÃO LIMINAR DOS SEUS EFEITOS. DISPONIBILIZAÇÃO PÚBLICA DE "SOFTWARE", DENOMINADO "K-LITE NITRO", PARA CONEXÃO ÀS REDES "PEER-TO-PEER" (P2P) POSSIBILITANDO O "DOWNLOAD" DE MÚSICAS PELA "INTERNET". PLAUSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DE CONDUTA ANTIJURÍDICA (CIVIL E CRIMINAL). RISCO NA DEMORA PRESENTE. PRETENSÃO NO SENTIDO DE SER REMOVIDO O ILÍCITO MEDIANTE ORDEM QUE IMPEÇA A CONTINUAÇÃO DESSA ATIVIDADE. DECISÃO DO JUIZ DA CAUSA APENAS DETERMINANDO A INSERÇÃO DE "BANNERS" NOS "SITES" COMUNICANDO AOS INTERNAUTAS A NATUREZA ILÍCITA DESSA OPERAÇÃO SEM O PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA APTA A TORNAR EFETIVA A TUTELA JURISDICIONAL ALMEJADA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE PARA DETERMINAR A INSTALAÇÃO, EM PRINCÍPIO, COMO PROVIDÊNCIA VISANDO A OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE AO DO ADIMPLENTO, DE DISPOSITIVO (FILTRO) NO REFERIDO PROGRAMA DE COMPUTADOR, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA, PARA IMPEDIR O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS E/OU FONOGRAMAS MUSICAIS PROTEGIDOS PELA LEI FEDERAL Nº 9.610/1998. REMESSA, OUTROSSIM, DE PEÇAS DOS AUTOS AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA. (1) A tutela inibitória, voltada a uma prestação específica, não tem o dano (prejuízo) como seu pressuposto. Seu alvo é o ato ilícito, impedindo, fazendo cessar ou evitando a continuidade da sua prática. O dano (prejuízo) constitui apenas uma consequência eventual dessa conduta antijurídica (contrária ao direito), somente indispensável à configuração da obrigação ressarcitória, ou seja, à imposição de uma prestação substitutiva representada pelo equivalente em dinheiro (indenização). (2) **É em tese antijurídica, civil e criminalmente, a conduta de quem, mediante lucro indireto obtido pela exploração econômica de publicidades, disponibiliza publicamente "software" para conexão às redes "peer-to-peer" (ponto a ponto), possibilitando o compartilhamento ("download") de arquivos musicais via "Internet" protegidos pela Lei de Direitos Autorais.** (3) Em se tratando de violação a direitos incorpóreos ou imateriais, como são os de propriedade intelectual, a individualização e a extensão dos danos causados para se poder quantificar, por conseguinte, a correspondente indenização pecuniária é de difícil, senão impossível, aferição, de modo que, no mais das vezes, não há, mediante prestação genérica, a recomposição integral do patrimônio do titular do direito material violado, nem mesmo uma razoável compensação, incorrendo seu retorno ao "status quo ante", aflorando daí o risco na demora à concessão da tutela inibitória para a remoção dos efeitos do ato ilícito. (4) Quando o § 5.º do art. 461 do CPC faculta ao juiz emitir comando visando à obtenção de resultado prático equivalente ao do adimplemento, admite expressamente que se deixe de atender ao pedido deduzido na ação para determinar providência diversa, desde que voltada à efetiva tutela do direito material afirmado em juízo. (5) De acordo com o art. 40 do Código de Processo Penal, "Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia"⁴⁹. (grifo nosso)

⁴⁹ Decisão disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1849480/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-561551-4>

Como podemos observar acima, definiu-se como antijurídica a conduta da empresa, tendo o desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira confirmado o intuito de lucro. Em nota à imprensa, o presidente da Apdif e da Associação Brasileira dos Produtores de Discos (ABPD), Paulo Rosa, complementou que “não se trata de uma decisão contra uma determinada tecnologia, mas sim contra um modelo de negócio criado e explorado economicamente, cujo principal atrativo é a violação contínua e em larga escala de Direitos Autorais consagrados em nossa Constituição Federal e em legislação específica”.⁵⁰

Vale lembrar que a Apdif é representante das cinco maiores companhias fonográficas do país, dentre elas a EMI, Som Livre, Sony Music, Universal Music e Warner Music, todas historicamente envolvidas com a RIAA e as ofensivas jurídicas contra compartilhadores de arquivos. Através do depoimento do presente da referida associação, temos o destaque para taxar o compartilhamento de arquivos como meio atrativo para violação em larga escala de Direitos Autorais. O presidente da empresa que foi condenada, na mesma entrevista, comentou: “Nossa ferramenta é usada para compartilhar arquivos. Nunca induzimos ninguém a baixar conteúdo ilegal. Pelo contrário, sempre deixamos claro, com avisos para que os internautas não utilizem o software para fins de pirataria... “Estão colocando a culpa da queda nas vendas da indústria fonográfica em uma empresa de fundo de quintal de Curitiba”

Mas a história das ofensivas jurídicas contra o compartilhamento de arquivos não garantiu apenas vitórias para a indústria do conteúdo. O que se viu na maioria desses casos é que houve o fechamento de uma série de empresas que tentaram se sustentar dentro do mercado do compartilhamento, mas não necessariamente acabou com a prática, a qual muito pelo contrário continuou de portas abertas através de outras empresas, com sistemas diferentes (Gnutella, ed2k e BitTorrent), as quais eram marcadas principalmente por ter um sistema aberto e serem baseadas em software livre.

No Brasil, ainda, tivemos o caso emblemático de uma comunidade chamada “Discografias”, a qual se hospedava dentro da rede social Orkut, que até 2010 era a rede social mais utilizada no país. A comunidade “Discografias” se especializava em

⁵⁰ Reportagem disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1309833-6174,00-GRAVADORAS+OBTEM+DECISAO+INEDITA+CONTRA+TROCA+DE+ARQUIVOS+NO+BRASIL.html>

compartilhamento de músicas, através da divulgação de links para fazer o download das mesmas (links que remetiam a outros sites de compartilhamento como o RapidShare, Megaupload e o 4shared, por exemplo). Basicamente a comunidade funcionava como uma porta de entrada que levava a diversas outras comunidades de compartilhamento.

No início de 2009, estimava-se que a comunidade tinha cerca de 921 mil pessoas inscritas (isso sem contar o número de usuários casuais, que não estavam formalmente inscritos e que podia, mesmo assim, ter acesso ao seu conteúdo). Em março do corrente ano, os moderadores da referida comunidade receberam uma notificação da Associação Antipirataria de Cinema e Música – APCM, requerendo a remoção dos links da comunidade que infringiam normas de direito autoral. O dono da comunidade cedeu ao pedido, deletando todo o conteúdo da comunidade.

À época, Paulo Rosa, diretor da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, declarou que “o fechamento de uma rede de compartilhamento de arquivos ilegal é um passo significativo contra a pirataria no Brasil”. É fato que a comunidade Discografias foi deletada, porém, não por muito tempo, pois diversas outras comunidades menores foram criadas para suprir a falta daquela. Depois de algum tempo, os moderadores da antiga Discografias recriaram a mesma com o nome de “Discografias – A Original”.⁵¹

Na Suécia, outro caso foi o que envolveu o tracker público de torrents: The Pirate Bay⁵². Trata-se de um dos trackers mais famosos aos olhos dos usuários, por possuir uma base de dados extensa e por ter um gosto pelas brigas contra a indústria do conteúdo, geralmente ignorando as dezenas de “ameaças”, jamais retirando do ar arquivos solicitados. Em 2006, a polícia sueca, a pedido do MPA, foi acionada para realizar uma busca e apreensão dos servidores que hospedavam o site. A ação resultou com dois administradores do Pirate Bay presos e, ao fim, a MPAA divulgou um comunicado que clamava pelo fim do site, em tom de vitória. O que aconteceu, porém, foi que três dias após o incidente, o site acabou voltando ao ar a partir de um back up da base de dados, espalhados em três países diferentes. A ação da MPAA resultou em fracasso.

⁵¹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. CASTRO, Oona. MONCAU, Luiz F. LEMOS, Ronaldo. *Brazil*. In: Media Piracy in emerging economies. Disponível em: <http://piracy.ssrc.org>, p. 264-265.

⁵² <http://thepiratebay.sx/>

Um dos casos mais recentes de ofensiva contra detentores de serviços de compartilhamento se deu no início de 2012 com a empresa Megaupload e seu dono Kim Dotcom. Em janeiro do referido ano, a polícia da Nova Zelândia, sob o pedido de um promotor dos Estados Unidos procedeu à prisão de Dotcom e mais outros integrantes do site Megaupload. A acusação constava basicamente que os executivos da empresa:

"... are willfully infringing copyrights themselves on these systems; have actual knowledge that the materials on their systems are infringing (or alternatively know facts or circumstances that would make infringing material apparent); receive a financial benefit directly attributable to copyright-infringing activity where the provider can control that activity; and have not removed, or disabled access to, known copyright infringing material from servers they control."⁵³

O Megaupload foi tirado do ar enquanto o processo corria na justiça norte americana. Um dos grandes problemas ressaltados por esse acontecimento é o fato de que o serviço oferecido pela empresa era o de basicamente permitir que seus usuários fizessem upload de arquivos na base de dados do site e download de outros arquivos que estivessem na mesma. Independente de haver ou não conteúdo dentro do sistema do Megaupload que porventura violasse direitos autorais, centenas de milhares de usuários foram prejudicados quando o serviço foi derrubado e não puderam ter acesso a arquivos pessoais, mesmo os que não se enquadravam dentro das violações. Isso demonstra o caráter completamente arbitrário da atitude tomada pelo governo americano com a derrubada do site em questão.

A derrubada do Megaupload e o processo em que Kim Dotcom foi colocado levou a diversos outros sites de hospedagem de arquivos passassem a mudar suas políticas internas, deixando de permitir que seus usuários pudessem compartilhar links para download, apenas permitindo que o usuário tivesse acesso a conteúdo que ele mesmo colocou no bando de dados, como foi o caso do FileServe.com, FileJungle.com, Uploadstation.com, x7.to e o 4shared.com; e levando outros a

⁵³ Em tradução livre: "... estão eles mesmo infringindo direitos autorais nesses sistemas; possuem conhecimento que o material contido no sistema está infringindo (ou alternativamente sabem de fatos ou circunstâncias que poderiam tornar o conteúdo infrator aparente); recebem benefício financeiro diretamente vinculado à atividade de violação de direitos autorais onde o provedor pode controlar essa atividade; e não removeram ou derrubaram acesso a conteúdo que reconhecidamente viola direitos autorais dentro dos seus servidores." Disponível em: <http://www.scribd.com/doc/78786408/Mega-Indictment>

fecharem seus serviços, com receio de sofrerem com uma possível retaliação governamental, como foi o caso do QuickSilverScreen.

Kim Dotcom foi solto e o caso ainda aguarda maiores julgamentos, mas o mesmo já colocou no ar um novo site de hospedagem de arquivos, intitulado Mega⁵⁴ e continua sendo um dos sites de hospedagem mais acessados no mundo.

Um caso que acabou tendo um final mais trágico, porém que foi direcionado a uma pessoa específica, envolveu Aaron Swartz, programador e ativista de Internet, responsável aos 14 anos por elaborar e co-programar o formato RSS de feed na web (amplamente utilizado até hoje), ajudar na organização da licença Creative Commons e no desenvolvimento do site Reddit aos 19.

Utilizando diretamente da rede do Massachusetts Institute of Technology – MIT, Swartz tentou fazer download da completa base de dados de jornais acadêmicos da JSTOR. Quando descoberto, em 2011, Swartz foi preso pela polícia do MIT e indiciado por invadir e entrar, sem autorização, a uma rede de computadores e tentar fazer download de sua base de dados. Nunca ficou claro a intenção que o rapaz tinha com os arquivos em questão, mas foi calorosamente acusado de tentar disponibilizar todos os arquivos em algum site de compartilhamento de arquivos.

O que parecia relativamente simples, foi levado a um patamar acima pela promotora americana Carmen Ortiz, que assumiu o caso e aumentou a lista de acusações contra Swartz. Em declaração à imprensa, Ortiz afirmou que “roubar é roubar, independente de você usar um comando de computador ou uma barra de ferro”. Independente de o que o jovem estava fazendo não visava lucro algum com o material que estava obtendo através de download, o que pareceu é que queriam fazer dele um exemplo. O caso foi adiante e a pressão sobre Swartz aumentando. Já no final de 2012, as acusações já somavam uma indenização de um milhão de dólares e 35 anos de prisão para Swartz. No dia 11 de Janeiro de 2013, Swartz foi encontrado morto em seu apartamento, tendo cometido suicídio.⁵⁵

O caso de Aaron Swartz abriu os olhos da comunidade acadêmica e de todos aqueles usuários que, da mesma forma que o mesmo, defendiam os valores de

⁵⁴ <https://mega.co.nz/>

⁵⁵ <http://www.theguardian.com/technology/2013/jun/02/aaron-swartz-hacker-genius-martyr-girlfriend-interview>

liberdade de expressão e de livre acesso à informação na Internet. O que se revelou foi uma injusta acusação, a qual foi complementada por um sistema de justiça profundamente disfuncional que promove uma verdadeira caça às bruxas, não em favor da sociedade, mas dos interesses da indústria do conteúdo. Em um mundo marcado pela Internet como sendo cerne principal da inserção da sociedade em assuntos civis, o caso de Aaron Swartz fez com que a esperança se apagasse um pouco mais aos olhos das pessoas.⁵⁶

3.2.2. A propaganda “anti-pirataria”

Como pudemos ver, o lobby da indústria do conteúdo e as ofensivas por meio do Direito contra os detentores de tecnologia e usuários de redes de compartilhamento de arquivos são muito recorrentes. Porém, muitas vezes essas vias defensivas da indústria do conteúdo para proteger seu modelo de negócios acontecem de uma forma mais subjetiva. A propaganda, enquanto forma de doutrinar e tentar inserir valores na sociedade, também é uma forma de regulação recorrente.

Através da estigmatização da prática do compartilhamento de arquivos como sendo “ilegal”, tenta-se atingir o seio de valores dos usuários, seja através do convencimento ou impondo medo, para que sigam as diretrizes da indústria do conteúdo. O mais comum é a tentativa de colocar no mesmo patamar o compartilhamento de arquivos e a pirataria.

O termo “pirataria” possui sentido polissêmico. De um lado confere sentido aos atos ilícitos relacionados à abordagem de embarcações (conforme descrito na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1997, em seu art. 101). Por outro lado, diz respeito a atos de reprodução ilícita de obras protegidas por direitos autorais (conforme previsão do Acordo sobre os aspectos dos direitos de

⁵⁶ “Quinn Norton, a tech journalist, was quoted in the *New Yorker* in March explaining the impact of Swartz's death. "If you look at 2011 to the present, there's an incredible emotional rollercoaster about internet freedom and the Arab revolutions," she said. The internet was going to change everything and at the end of 2011 you had Occupy. And then everything just got destroyed. 2012 was the year, globally, for the heightening of censorship and the heightening of surveillance, and then Aaron killed himself. Aaron was so much the internet's boy, and that so much exemplified this machine crushing our hopes." (idem 54)

Propriedade Intelectual relacionados com o comércio, de 1994, em seu art. 61), cujo sentido é o que nos interessa para a análise em questão.

“If ‘piracy’ means using value from someone else’s creative property without permission from that creator – as it is increasingly described today – then every industry affected by copyright today is the product and beneficiary of a certain kind of piracy. Filme, records, radio, cable TV...The list is long and could well be expanded. Every generation welcomes the pirates from the last. Every generation – until now.”⁵⁷

As palavras de Lessig merecem ser ressaltadas, com o intuito de percebermos a amplitude que pode atingir a palavra “pirataria”. Portanto é perigoso rotular indiscriminadamente a prática de compartilhamento de arquivos como tal.⁵⁸

Independente disso, não é o que se vê na prática, pois como pudemos ver nos casos jurídicos, em diversos momentos a indústria do conteúdo tenta publicizar suas ofensivas, de modo que impõe medo nos demais usuários. Ao longo do tempo, o que pretendem é tentar doutrinar a sociedade em benefício de uma política maximalista de direitos autorais. Infelizmente, para a indústria do conteúdo, essa intensa propaganda não teve muita eficácia no plano da realidade.

Outro argumento propagandístico utilizado pela indústria do conteúdo com o intuito de “vilanizar” a prática do compartilhamento de arquivos é dizer que esta causa uma diminuição no faturamento da indústria, causando enormes prejuízos à mesma. Tal argumento serve com o intuito de tentar dizer que a prática do compartilhamento de arquivos diminuiria a vontade de escritores escreverem, músicos produzirem músicas, e assim por diante, pois estariam vendendo menos produtos oficiais.⁵⁹ Tal argumento não prospera, pois - como será mais adiante

⁵⁷ Em tradução livre: “Se pirataria significa usar algo da propriedade criativa de alguém sem a sua permissão – como é descrito cada vez mais atualmente – então toda a indústria do copyright é o resultado ou se beneficia de um certo tipo de pirataria. Filmes, discos, rádio, TV a cabo...A lista é longa e pode aumentar. Toda geração é pirate da geração anterior. Toda geração – até agora.” (LESSIG, Lawrence. *Free Culture: the nature and future of creativity*. New York: Penguin Books, 2005.)

⁵⁸ “Examples of P2P services include eDonkey, KazaA, Limewire and DirectConnect. These programs can turn your computer into a directory and distributor of an unlimited variety of illegal material, viruses and worms.”

⁵⁹ O site do RIAA possui uma seção intitulada “Who music theft hurts”, que diz: While downloading one song may not feel that serious of a crime, the accumulative impact of millions of songs downloaded illegally – and without any compensation to all the people who helped to create that song and bring it to fans – is devastating. One credible study by the Institute for Policy Innovation pegs the annual harm at \$12.5 billion dollars in losses to the U.S. economy as well as more than 70,000 lost jobs and \$2 billion in lost wages to American workers. (Disponível em: http://www.riaa.com/physicalpiracy.php?content_selector=piracy_details_online)

exposto – o compartilhamento de arquivos acaba incentivando a produção cultural e intelectual, ao invés de afetá-la negativamente.

Vale ressaltar, ainda, um estudo realizado pela Universidade de Columbia que apresentou os resultados que podem ser visualizados abaixo:

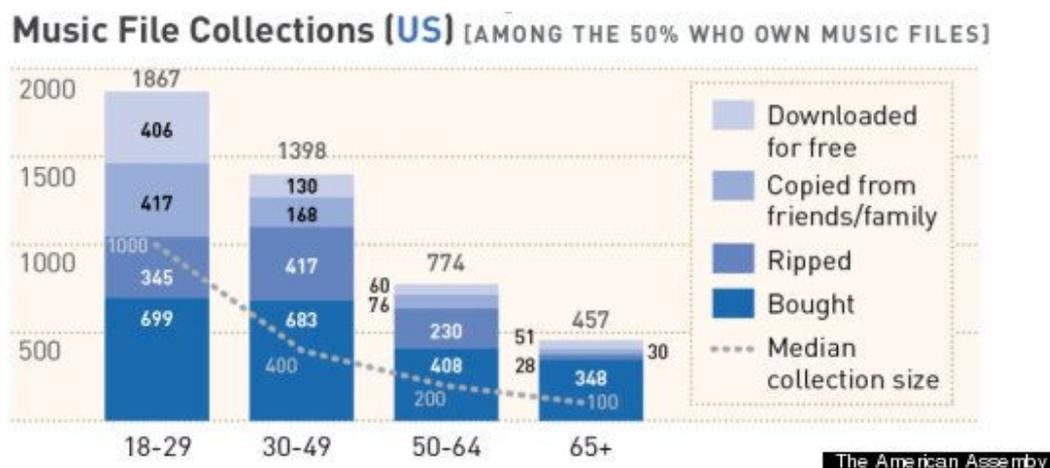


Figura 2 – Coleções de músicas particulares⁶⁰

Neste primeiro gráfico, é apresentado em como as pessoas acumulam seu repertório de músicas. A porção mais escura do gráfico mostra quantas foram compradas, enquanto as mais claras mostram quantas foram baixadas da Internet gratuitamente, ou copiada de amigos e familiares. Basicamente, o que é mostrado é que pessoas nos Estados Unidos predominantemente compram mais produtos licenciados do que gratuitamente. O segundo gráfico, no entanto, é ainda mais interessante.

⁶⁰ Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/2012/10/16/music-piracy-biggest-spenders_n_1970242.html

http://www.huffingtonpost.com/2012/10/16/music-piracy-biggest-spenders_n_1970242.html

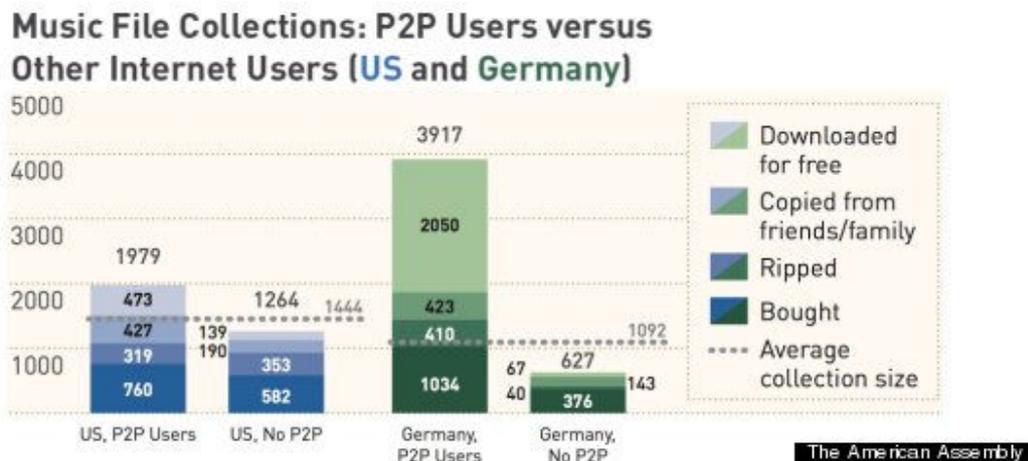


Figura 3 – Relação entre compartilhadores e usuários de produtos licenciados⁶¹

Aqui a pesquisa vai adiante e separa os pesquisados em dois grupos: os que utilizam de serviços de compartilhamento e os que não utilizam. Visualizando dois países diferentes, o que se observou, essencialmente, é que as pessoas que costumam fazer mais downloads ditos “ilegais” de músicas, tendem a adquirir mais produtos licenciados do que os que não se inserem no grupo de compartilhadores de arquivos.

Jeff Bewkes, executivo da Time Warner, se demonstrou contente que o seriado Game of Thrones (produzido pela HBO, uma de suas subsidiárias) foi contabilizado como o seriado com maior número de downloads em 2012. Para o mesmo, tratava-se de uma forma eficaz de atingir um número maior de pessoas. Inclusive, ressaltou em entrevista que desde sempre as pessoas vão para a casa de outras pessoas pra ter acesso à tv a cabo e que o importante, no fim das contas, é uma maior penetração no mercado para atingir lucros maiores.⁶²

Essas pesquisas só ajudam a mostrar que os argumentos utilizados pela indústria do conteúdo contra o compartilhamento de arquivos não merece prosperar em nenhuma instância.

⁶¹ Disponível em: <http://thenextweb.com/media/2012/10/15/pirates-are-the-biggest-spenders-us-p2p-users-buy-30-more-music-than-their-non-p2p-counterparts/>

⁶² Disponível em: <http://www.theverge.com/2013/8/8/4602764/game-of-thrones-piracy-better-than-an-emma-says-time-warner-ceo>

3.2.3. TPMs, DRMs e arquitetura

Uma terceira forma de ofensiva utilizada pela indústria do conteúdo vai se dar por uma tentativa de regular o código. Por “regulação através do código” entende-se uma forma de influência direta através da estrutura em si mesma. No caso do ambiente virtual, geralmente essa intervenção acontece por meio dos TPMs (Technical Protection Measures) e os sistemas DRM (Digital Rights Management).

TPMs são medidas técnicas de proteção. O que essa tecnologia faz é, basicamente, controlar acesso e uso de conteúdo de alguma coisa. Quando um arquivo só pode ser acessado através da digitação de uma senha, por exemplo, esta barreira tecnológica é um TPM.

DRMs, por outro lado, iniciaram-se com o DMCA e tratam de um controle de acesso e uso de conteúdo ligado diretamente a esquemas de licenciamento.⁶³ É uma forma de regulação arquitetônica do comportamento que acaba por criar um próprio sistema de normas relativas ao acesso e uso de um bem em formato digital. Quando compramos um livro, por exemplo, não entramos em contato com o detentor dos direitos autorais da obra. Apenas participamos de um contrato de compra e venda. Após adquirir o livro, posso, em tese, utilizar o mesmo para qualquer finalidade que me convenha, seja lendo-o diversas vezes, emprestando para alguém ou dando de presente. Por outro lado, quando compramos um e-book em uma loja virtual, assim que adquirimos o mesmo, estamos assinando uma espécie de contrato de adesão, o qual pode fixar uma série de restrições de uso e acesso ao bem adquirido. Exemplos de restrições desse tipo envolvem: poder visualizar o e-book

⁶³ “Digital Rights Management (DRM) technologies attempt to control what you can and can't do with the media and hardware you've purchased.

- Bought an ebook from Amazon but can't read it on your ebook reader of choice? That's DRM.
- Bought a DVD or Blu-Ray but can't copy the video onto your portable media player? That's DRM.
- Bought a video-game but can't play it today because the manufacturer's "authentication servers" are off-line? That's DRM.
- Bought a smart-phone but can't use the applications or the service provider you want on it? That's DRM.” (<https://www.eff.org/issues/drm>)
-

em apenas um computador ou em apenas um aparelho; limitar a quantidade de vezes que eu possa visualizá-lo; etc.⁶⁴

A Eletronic Frontier Foundation, uma instituição que visa a defesa dos direitos dos usuários na Internet, afirma:

“Corporations claim that DRM is necessary to fight copyright infringement online and keep consumers safe from viruses. But there's no evidence that DRM helps fight either of those. Instead DRM helps big business stifle innovation and competition by making it easy to quash "unauthorized" uses of media and technology.”⁶⁵

Eis o maior problema da implementação desses sistemas de DRM. O primeiro deles é em relação a sua eficácia na realidade. Geralmente o que vemos é um obstáculo à utilização de um bem cultural, ao invés de uma legítima proteção à supostas violações de direitos autorais. Os usuários, através do próprio código – muitos desenvolvendo ferramentas e softwares próprios – conseguem burlar esses DRMs e TPMs, com o intuito de permitir uma utilização plena do conteúdo, o que acaba tornando aqueles DRMs. Mizukami complementa:

“Sistemas de DRM e TPMs, como já afirmado, funcionam de modo a viciar os produtos e serviços por ela afetados, e são ancorados em estratégias negociais francamente consumeristas”⁶⁶

No fim das contas, DRMs não possuem relevância prática. No pior dos casos, a utilização destes implica em prejuízo ao usuário, parte frágil da relação.

Um exemplo mais recente de como DRMs não são bem aceitos na sociedade no geral diz respeito aos consoles de vídeo game: Playstation 4 e Xbox One, ambos ainda não lançados no mercado. O console da Microsoft, Xbox One, foi anunciado com uma feature que dizia que não se poderia reproduzir discos usados no aparelho

⁶⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual*: ... p. 137.

⁶⁵ Em tradução livre: “Corporações dizem que DRM é necessário para lutar contra a infração online de copyright e manter os consumidores seguros de vírus. Mas não há evidências de que DRM ajude a enfrentar qualquer um desses. Ao invés disso, DRM ajuda grandes empresas a barrarem a inovação e a competição, tornando fácil de enfrentar usos “não autorizados” das mídias e tecnologias” (<https://www.eff.org/issues/drm>)

⁶⁶ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual*

e que o videogame somente funcionaria conectado à Internet. Basicamente, dois DRMs completamente nocivos foram anunciados. Explico: em um, o consumidor compra um jogo e este fica “gravado” no seu aparelho, só podendo ser reproduzido nesse único aparelho. As implicações disso envolvem eliminar completamente um mercado de re-venda de jogos usados ou a prática social de empréstimo entre amigos. O segundo DRM diz que o jogador todos os dias deve se conectar à Internet para que o console possa funcionar. Este, especificamente, é um DRM completamente desproporcional, pois obriga o jogador a ter um excelente serviço de Internet para que possa usufruir de seu videogame e, não só isso, exclui completamente do mercado o jogador que prefere jogar games off-line.

A Sony, empresa desenvolvedora do Playstation 4, quando anunciou seu videogame, fez uma sátira às escolhas feitas pela Microsoft em uma propaganda que mostrava um dos diretores da empresa emprestando um jogo de Playstation para outro diretor da empresa, mostrando que a Sony havia prestado atenção na reação dos jogadores, os quais ficaram extremamente insatisfeitos com o anúncio da Microsoft.

Ambos os DRMs não seriam implementados no novo console. As pessoas ficaram satisfeitas com a posição estratégica da Sony, a qual se mostrou um passo à frente da Microsoft ao se preocupar com o que o usuário quer e não com um objetivo comercial que nega a realidade de toda uma população de jogadores pelo mundo - no caso da Microsoft, proibir a reutilização de jogos em outros consoles obrigaria a todos os jogadores a comprar um disco novo e a conexão constante com a Internet dificultaria a existência de “jogos não oficiais” rodando no videogame. Não passou muito tempo e a Microsoft fez um novo anúncio, voltando atrás com os DRMs que antes havia confirmado, dizendo que eles não mais seriam implementados no Xbox One.⁶⁷

A ausência de DRM envolve dar mais liberdade para o usuário, permitindo que ele utilize dos seus bens intelectuais da maneira que lhe convier, sem incorrer no incômodo de enfrentar restrições inconvenientes. Como o próprio site da EFF diz

⁶⁷ <http://tecnoblog.net/133304/microsoft-tira-restricoes-xbox-one/>

sobre DRM: “Fans shouldn't be treated like criminals and companies shouldn't get an automatic veto over user choice and innovation.”⁶⁸

3.2.4. Lojas virtuais e a ofensiva comercial

A quarta ofensiva ao compartilhamento de arquivos, vai acontecer em uma lógica de “competição”. Como já percebemos por tudo o que foi falado até agora, um dos principais argumentos para as ofensivas é de que as vias tradicionais de distribuição e consumo de bens culturais estão perdendo espaço no mercado para as redes de compartilhamento. Um dos principais pontos de discussão envolve o argumento de que as pessoas vão preferir o gratuito em detrimento de qualquer serviço que seja pago - o que está longe de ser verdade, porém entraremos em maiores detalhes sobre isso nos pontos posteriores do presente trabalho. Portanto, a ofensiva comercial envolve basicamente enfrentar o compartilhamento de arquivos através do mercado.

Esta ofensiva é absurda por si só porque leva em conta que o compartilhamento de arquivos sobrevive segundo lógicas tradicionais de mercado, o que não acontece. Como já vimos anteriormente, o compartilhamento de arquivos funciona em sua essência através de noções de base comunitária, não se baseando pra isso em noções de lucro.

O objetivo da indústria do conteúdo é o de transformar a Internet em um ambiente de distribuição de conteúdo concentrado e centralizado, em detrimento da realidade que vemos hoje com o compartilhamento de arquivos, que preza por uma distribuição de conteúdo desconcentrado e descentralizado. Dessa maneira, a indústria do conteúdo conseguiria moldar a arquitetura aos seus moldes de negócio.

Para “enfrentar” o compartilhamento de arquivos utilizando-se do mercado, a indústria do conteúdo passou a inserir na rede uma série de lojas virtuais que comercializam músicas, filmes e livros em formato digital. A título de exemplo, temos

⁶⁸ Em tradução livre: “Fãs não deveriam ser tratados como criminosos e as companhias não deveriam ter poder de veto automático sobre a escolha e a inovação do usuário”. Disponível em: <https://www.eff.org/issues/drm>

a Amazon⁶⁹ e a iTunes Store⁷⁰, cada uma com seus respectivos serviços de comercialização de bens culturais.

Essa inserção até poderia ser considerada uma forma interessante de inserção e acesso a bens culturais na Internet se não fossem pelo excessivo uso de sistemas de DRM nas mesmas. Você adquire um produto nessas lojas e está condicionado a poder utilizar os produtos (livros, músicas, filmes) apenas nos aparelhos respectivos de cada uma dessas lojas. Os livros comprados na Amazon, por exemplo, possuem uma extensão própria (.mobi) e só podem ser utilizados através do e-reader Kindle, produzido e comercializado pela própria Amazon. Na iTunes Store, ao adquirir filmes e músicas, estes só podem ser usufruídos através do próprio iTunes instalado na máquina dos usuários ou pelos hardwares da Apple (Ipad, Iphone e Ipod), os quais por sua vez só funcionam se forem sincronizados com o software do iTunes.

Todas essas ofensivas realizadas pela indústria do conteúdo se mostram ineficientes em relação aos avanços tecnológicos, tendo em vista que apresentam mais restrições e empecilhos ao usuário do que benefícios, que é onde reside o maior problema das estratégias adotadas por aquela. No fim das contas, os resultados das ofensivas acabam fortalecendo a prática do compartilhamento de arquivos, fazendo-a se tornar cada vez mais descentralizada, em plataformas abertas e mais difíceis de serem controladas, retirando o poder das mãos de alguns indivíduos para as mãos da própria comunidade de compartilhadores.

⁶⁹ <http://www.amazon.com/>

⁷⁰ <http://www.apple.com/itunes/>

4. Crise do atual sistema de direitos autorais e perspectivas frente a inovação

Após visualizarmos as diversas ofensivas realizadas por parte da indústria do conteúdo em face do compartilhamento de arquivos através do tutela dos direitos do autor – assim como o fracasso prático dessas ofensivas – chegamos ao ponto em que questionamos o atual sistema de direitos autorais. Diversos são os autores que identificam uma crise desse atual sistema de direitos. Mizukami vai apontar quatro crises diferentes pela qual passa a propriedade intelectual atual. São elas: crise conceitual; crise de modelos de negócios; crise de eficácia; e crise de legitimidade.⁷¹

Deve-se entender onde a tutela de direitos autorais deixa a desejar na realidade das inovações tecnológicas e da Internet, com o intuito de discutir mudanças de pensamento e na forma de aplicação das leis nos casos concretos, fazendo com que se busque a proteção jurídica do autor e não de uma minoria empresária.

4.1 Da natureza jurídica dos direitos autorais

Quando falamos em crise conceitual trata-se basicamente da dificuldade que passam os doutrinadores em não chegar a um consenso ao tentar determinar a natureza jurídica da propriedade intelectual. Isso acontece devido à enorme quantidade de institutos que são tratadas dentro da chamada propriedade intelectual, a qual abrange, por exemplo, os direitos autorais, patentes, marcas, etc. O problema de conceituação surge quando se confunde aplicações legais envolvendo esses institutos. Richard Stallman aponta:

“The term carries a bias that is not hard to see: it suggests thinking about copyright, patents and trademarks by analogy with property rights for physical objects. (This analogy is at odds with the legal philosophies of copyright law, of patent law, and of trademark law, but only specialists know that.) These laws are in fact not much like physical property law, but use of this term leads legislators to change them to be more so. Since that is the change desired by the companies that exercise copyright, patente and trademark powers, the bias of “intellectual property” suits them.”⁷²

⁷¹ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual*: ... p.

⁷² Em tradução livre: O termo carrega um significado que não é difícil de visualizar: ele sugere pensar o copyright, patentes e marcas por analogia com direitos de propriedade de objetos físicos. Estas leis não são muito parecidas com a lei de propriedade, mas o uso do termo leva a legisladores a

Como já apontamos anteriormente, os direitos autorais são formados por direitos patrimoniais e direitos morais. Porém, quando da proteção de direitos de autor necessariamente se aplicariam os mesmos princípios quando se protege uma patente, por exemplo? Mizukami exemplifica:

“A heterogeneidade de institutos abrangida pelo termo é tamanha que até induz alguns autores à inclusão, sob o rótulo, de direitos que definitivamente não são de propriedade intelectual. Abrão⁷³, por exemplo, ao definir “propriedade imaterial” (sinônimo de “propriedade intelectual”), chega a acrescentar, ao lado dos direitos autorais/conexos e propriedade industrial, os direitos de personalidade, que apesar de manterem vínculos com os direitos morais de autor (estes são espécie do gênero que é aquele), não podem ser considerados direitos de propriedade em hipótese alguma, pelo simples fato de não serem alienáveis.”⁷⁴

Os argumentos de Mizukami podem ser corroborados ao se analisar a legislação pátria, tanto no Código Civil quanto na Lei de Direitos Autorais. No art. 27 da Lei de Direitos Autorais, diz que “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis” enquanto no art. 11 do Código Civil afirma que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. É evidente a confusão conceitual que é causada, fazendo com que involuntariamente se associe direitos distintos. Reitera ainda Stallman:

“Another problem is that, at the broad scale of “intellectual property”, the specific issues raised by the various laws become nearly invisible. These issues arise from the specifics of each law – precisely what the term “intellectual property” encourages people to ignore. For instance, one issue relating to copyright law is whether music sharing should be allowed. Patent law has nothing to do with this. Patent law raises issues such as whether poor countries should be allowed to produce life-saving drugs and sell them cheaply to save lives. Copyright law has nothing to do with such matters”⁷⁵

aproximarem ela do mesmo. Essa é a mudança desejada pelas companhias que exercitam o copyright, as patentes e os poderes da marca. A propriedade intelectual convém a eles. (STALLMAN, Richard M. *Did you say “Intellectual Property”? It’s a seductive mirage*. Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.xhtml>)

⁷³ Referindo-se à ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 15

⁷⁴ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual*: ... p. 172.

⁷⁵ Em tradução livre: Outro problema é que, na larga escala da propriedade intelectual, os problemas específicos levantados pelas diferentes legislações se torna invisível. Esses problemas surgem das especificações de cada lei – precisamente o que o termo “propriedade intelectual” leva as pessoas a ignorar. Por exemplo, um problema relacionado à lei do copyright é se o compartilhamento de músicas deveria ser permitido. A lei de patentes não tem nada a ver com isso. A lei de patentes

Ao visualizarmos os estudos doutrinários acerca da natureza jurídica do proteção dos direitos autorais, visualizamos o problema que apontamos. Observa-se uma cisão nas visões doutrinárias. De um lado temos os que defendem que os direitos autorais devem ser incluídos dentro dos direitos reais. Um exemplo de quem defende essa posição é Newton Silveira, que vai dizer que “a propriedade intelectual está presente nas três categorias dos direitos subjetivos: os direitos reais, os direitos de personalidade e os direitos obrigacionais..., mas se restringirmos, entretanto, apenas à vertente patrimonial desses direitos, a propriedade intelectual irá consistir em direitos reais sobre bens imateriais”.⁷⁶

De outro lado temos aqueles que discordam da classificação apontada. José de Oliveira Ascensão vai dizer que “os bens intelectuais não são objeto de propriedade, mas de direitos de exclusivo, de natureza diferente. Nenhum dos preceitos aplicáveis à propriedade, que não sejam resultantes de características comuns a todos os direitos absolutos, se aplica aos direitos intelectuais. Por isso não concluímos há pouco que os bens intelectuais não são objeto de direitos reais; e a aplicação subsidiária das regras de direito real só poderá fazer-se em reação a disposições não características da propriedade, como as dos arts. 1208º e 1309º, por exemplo”⁷⁷.

Deve-se levar em conta, quando analisamos a utilização do termo “propriedade” na legislação - e na própria definição dos direitos autorais como “propriedade intelectual” - de que existem outras “propriedades” que não se resumem ao direito real de propriedade.

Legalmente são fixadas diversos tipos de propriedade e, quando se fala em propriedade intelectual, é necessário especificar se está falando de direitos autorais ou de direitos de propriedade industrial. Se temos que aos direitos autorais deveríamos aplicar os mesmos conceitos da propriedade de direito real, entendemos

levanta problemas como a viabilidade, em países pobres, da produção barata de remédios para a população. Copyright não se preocupa com essas questões. (STALLMAN, Richard M. *Did you say “Intellectual Property”? It’s a seductive mirage*. Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.xhtml>)

⁷⁶ SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual*, p. 88.

⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. P, 39.

diretamente que deve ser aplicado a estes o disposto no art. 5º, XXII e XXIII, e art. 170 da Constituição Federal, que dispõe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;”

Desse modo, por esse raciocínio, considerando que aos direitos autorais seria aplicado a função social, por consequência toda e qualquer reação por parte da indústria do conteúdo contra a prática de compartilhamento de arquivos e socialização de bens intelectuais na Internet não se sustentaria. A prática do compartilhamento, como já apresentado, tem como finalidade a distribuição livre e gratuita de bens intelectuais na Internet e, portanto, estaria em conformidade com o que prescreve a Constituição Federal.

Retomando à discussão acerca da natureza jurídica do direito autoral, Lipszyc, analisando os obstáculos ao se equiparar os direitos autorais com o direito real de propriedade, vai identificar dentre outros, por exemplo: que o direito de autor é exercido em relação a uma criação intelectual e não a uma coisa; ao contrário dos direitos reais que nascem através da aquisição da propriedade, o direito autoral nasce de um ato de criação de uma obra; não se fala em direitos morais nos direitos reais; não há transferência plena de direitos de autor para terceiros.⁷⁸

Tendo em vista a dificuldade conceitual em relação ao direito de autor - e distantes de resolver o problema -, assumimos a posição de Ascensão que diz que “o direito de autor regula pois um setor diferenciado da vida dos particulares. Tem

⁷⁸ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*.

assegura a sua autonomia como ramo de Direito Civil”⁷⁹, afastando assim da noção de que aos direitos autorais se aplicam as mesmas normas dos direitos reais.

4.2 Os modelos de negócio

Com o advento da Internet, houve uma revolução na forma como os indivíduos passaram a se comportar. A comunicação tornou-se um dos fortes pilares da sociedade e o computador caseiro tornou-se uma ferramenta que conectou os indivíduos com o resto do mundo. Criou-se na Internet um meio de troca de informações, das mais variadas possíveis. Com o amadurecimento das tecnologias, o indivíduo passou a sofrer uma alteração em seu perfil consumerista. De consumidor puro, o indivíduo padrão passou a querer criar e mostrar sua criação a amigos e desconhecidos. Isso tudo fez com que ocorresse uma desconcentração dos meios de produção e distribuição de conteúdo. Emergiu dos avanços tecnológicos uma economia de informação de rede não baseada exclusivamente em mercados e hierarquias empresariais.⁸⁰

O destinatário final dos bens culturais tem seu papel modificado em nossa sociedade informacional.⁸¹ Cada vez mais surgem focos de produção de bens

⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. p. 18

⁸⁰ “Two fundamental facts have changed in the economic ecology in which the industrial information enterprises have arisen. First, the basic output that has become dominant in the most advanced economies is human meaning and communication. Second, the basic physical capital necessary to express and communicate human meaning is the connected personal computer. The core functionalities of processing, storage, and communications are widely owned throughout the population of users. Together, these changes destabilize the industrial stage of the information economy. Both the capacity to make meaning – to encode and decode humanly meaningful statements – and the capacity to communicate one’s meaning around the world are held by, or readily available to, at least many hundreds of millions of users around the globe. Any person who has information can connect with any other person who wants it, and anyone who wants to make it mean something in some context, can do so. The high capital costs that were a prerequisite to gathering, working and communicating information, knowledge and culture, have now been widely distributed in the society. The entry barrier they posed no longer offers a condensation point for the large organizations that once dominated the information environment. Instead, emerging models of information and cultural production, radically decentralized and based on emergent patterns of cooperation and sharing, but also of simple coordinate existence, are beginning to take on a ever-larger role in how we produce meaning – information, knowledge, and culture – in the networked information economy” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*)

⁸¹ “Social behavior that traditionally was relegated to the peripheries of the economy has become central to the most advanced economies. Nonmarket behavior is becoming central to producing our

culturais fora do mercado tradicional, através de organizações coletivas e cooperativas, as quais acabam se desenvolvendo e naturalmente formando um commons based peer production⁸², se afastando da noção de uma proteção agressiva de direitos autorais. Entraremos em maiores detalhes em relação ao commons mais adiante em nossa análise. Por ora, o que vale dizer é que a indústria do conteúdo tende a não seguir o andamento natural da sociedade, conforme já demonstramos claramente com as ofensivas causadas pela mesma contra usuários e serviços de compartilhamento de arquivos.

Porém, a indústria do conteúdo fecha os olhos perante esta realidade e sempre batalha por manter o mesmo modelo de negócio unilateral, tratando o consumidor de forma passiva, evidenciando assim a crise de modelos de negócio. Devido à evolução do fator “sociabilidade” entre os indivíduos na rede, estes começaram a querer ter uma participação maior.

Como um exemplo de modelo de negócio inovador e extremamente bem sucedido que corrobora com esse novo mercado consumidor é o Humble Bundle⁸³. Criado em 2010 por Jeff Rosen, o Humble Bundle surgiu com a simples ideia de vender jogos de desenvolvedores independentes em pacotes, porém com o diferencial de que o usuário poderia escolher pagar o valor que achasse justo no pacote de jogos que estaria adquirindo. Podendo pagar desde um centavo – inclusive, quando se coloca o valor de um centavo no pagamento do site, surge uma imagem humorística com um desenvolvedor de games maltrapilho seguido da mensagem “Desenvolvedor independente. Precisa-se de comida para desenvolver jogos. Você poderia dar um dólar?” - ou até um milhão de dólares, o usuário além de adquirir os jogos poderia dividir quanto do valor que pagou seria dado diretamente

information and cultural environment. Sources of knowledge and cultural edification, through which we come to know and comprehend the world, to form our opinions about it, and to express ourselves in communications with others about what we see and believe have shifted from heavy reliance on commercial, concentrated media, to being produced on a much more widely distributed model, by many actors who are not driven by the imperatives of advertising or the sale of entertainment goods” (BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*)

⁸² “By the Commons I mean a resource that anyone within a relevant community can use without seeking the permission of anyone else. Such permission may not be required because the resource is not subject to any legal control (it is, in other words, in the public domain). Or it may not be required because permission to use the resource has already been granted. In either case, to use or to build upon this resource requires nothing more than access to the resource itself” (LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*)

⁸³ <https://www.humblebundle.com/>

ao site Humble Bundle, aos desenvolvedores dos jogos ou para caridade. Não só isso, mas todos os jogos inseridos no pacote poderiam ser instalados e jogados em qualquer sistema operacional e sem nenhum DRM.⁸⁴ O sucesso foi instantâneo. O primeiro Humble Bundle arrecadou mais de um milhão de dólares. O 5º pacote de jogos independentes, o qual foi lançado em março de 2012 faturou cerca de quatro milhões de dólares. Mais bundles foram lançados posteriormente, todos os meses, diversificando não só em jogos de computador, como jogos de celular, e-books e músicas, seguindo o mesmo raciocínio. Foi assim que o Humble Bundle tornou-se um sucesso de vendas, levantando a bandeira para ajudar os produtores independentes e mostrando que sua estratégia agradava o público no geral.

A lógica adotada pelo Humble Bundle foi estudada pelo jornalista Chris Anderson, através da teoria do Long Tail⁸⁵. Esta teoria diz essencialmente que algumas lojas online, ao invés de obedecerem o princípio de Pareto, com 20% dos produtos sendo responsáveis por 80% das vendas percebidas (e geralmente representando 100% do seu lucro), seguiam um rumo diferente, com todos os produtos sendo vendidos pelo menos em uma unidade. Assim, o lucro era gerado pelo alto número de pequenas vendas do que por grandes números de vendas de alguns produtos de massa. A figura a seguir representa bem o fenômeno:

⁸⁴ http://www.gamasutra.com/view/news/33272/GDC_2011_Humble_Indie_Bundle_Creators_Talk_Ins_piration_Execution.php

⁸⁵ ANDERSON, Chris. *The long tail*. New York: Hyperion, 2006.



Figura 4 – Long Tail⁸⁶

A explicação do fenômeno é simples: considerando que lojas online não possuem espaço físico limitado é sensato deixar à disposição do público uma maior quantidade de produtos disponíveis. Quando se vai em uma livraria, por exemplo, nas prateleiras apenas estarão expostos os best-sellers, livros que vão vender mais facilmente e, portanto, gerar lucro à loja. Livros menos conhecidos ou estarão nas estantes ou nem estarão à venda na referida loja, pois o retorno não é tão garantido. Online isso toma outra figura e quanto maior a diversidade, maior pode ser a margem de lucro. Investe-se assim na cauda dos produtos, ao invés de apenas investir na cabeça.

O que o Humble Bundle faz segue no seu cerne esse padrão, pois investe em produtos de desenvolvedores independentes, os quais não são chamativos ao mercado mainstream e ao permitirem que o comprador pague o que achar justo, acabam criando uma relação amigável com o consumidor fazendo até com que alguns doem mais do que os jogos valeriam se comprados separadamente. E mesmo considerando que a grande maioria não pague valores enormes, a enorme quantidade de vendas faz com que o lucro seja garantido, como tem sido mostrado

⁸⁶ ANDERSON, Chris. *The long tail*. New York: Hyperion, 2006.

todos os anos desde a concepção do projeto. Trata-se essencialmente de um serviço que agrada o público e que estes se identificam, portanto, tende a se perpetuar.

Houve uma diminuição da cultura das grandes estrelas pop e houve um aumento da popularidade dos pequenos desenvolvedores, escritores, músicos, etc. E grande parte disso se deu graças à Internet. Nas palavras do próprio Anderson:

“It’s never been a better time to be an artist or a fan. But it’s the Internet that has become the ultimate discovery vehicle for new music. The traditional model of marketing, selling, and distributing music has gone out of favor. The major label and retail distribution system that grew to titanic size on the back of radio’s hit-making machine found itself with a business model dependente on huge, platinum hits – and today there are not nearly enough of those. We’re witnessing the end of an era. Everyone with those White earbuds is listening to what amounts to his or her own comercial-free radio station. Culture has shifted from following the crowd up to the top of the charts to finding your own style and exploring far out beyond the broadcast mainstream, into both relative obscurity and back through time to the classics”⁸⁷

A facilidade com que estes autores e artistas independentes conquistaram com a Internet os fez ganhar uma visibilidade que antes não tinham. A barreira entre o público foi quebrada e esse contato direto, sem depender de uma gravadora ou editora, foi estabelecido. O compartilhamento de arquivos, como ferramenta de distribuição, serviu como uma forte arma para esses indivíduos. Inclusive, é válido dizer que nesse sentido o compartilhamento de arquivos serviu como uma forma eficiente de defender o princípio da livre concorrência, criando um mercado mais forte, com um maior número de criadores de bens intelectuais e incentivando cada vez mais a produção cultural.⁸⁸

⁸⁷ Em tradução livre: Nunca hove um tempo melhor para ser um artista ou fã. Mas é a Internet que se tornou a última descoberta para a música. O modelo tradicional de marketing, venda e distribuição de música saiu de questão. Os principais selos e sistemas de distribuição que cresceram em proporções titânicas nas costas de rádios que faziam hits se descobriram dependentes de um modelo de negócio baseado em enormes hits – e hoje em dia não há o suficiente desses. Estamos testemunhando o fim de uma era. Todas as pessoas com fones brancos estão escutando para sua própria rádio. Cultura se transformou a um ponto em que se busca o seu próprio estilo, explorando bem além da transmissão mainstream, tanto na obscuridade relativa até os clássicos além do tempo. (ANDERSON, Chris. *The long tail*.)

⁸⁸ “Down in the tail, where distribution and production costs are low (thanks to the democratizing power of digital technologies), business considerations are often secondary. Instead, people create for a variety of other reasons – expression, fun, experimentation, and so on. The reason one might call it an economy at all is that there is a coin of the real that can be every bit as motivating as money: reputation. Measured by the amount of attention a product attracts, reputation can be converted into other things of value: jobs, tenure, audiences, and lucrative offers of all sorts.” (ANDERSON, Chris. *The long tail*.)

O problema maior surge quando não só a indústria do conteúdo não promove mudanças em seus modelos de negócio, como a tutela do direito autoral ajuda a perpetuar esse fato.⁸⁹ O que deveria ser feito, no entanto, era uma maior flexibilização da forma como a propriedade intelectual lida com algumas atitudes por parte dos indivíduos, além de uma maior concentração de esforços, por parte da indústria, na prestação de melhores serviços, ao invés de focar apenas na venda de produtos.

Este último ponto pode ser comprovado através do sucesso, enquanto modelo de negócio, que é o Netflix.⁹⁰ Através do pagamento de uma taxa mensal de R\$16,90, o usuário tem acesso a um acervo enorme de filmes e seriados através de streaming na Internet, podendo ser assistido em diversas plataformas (Playstation 3, Xbox 360, TV ligada a Internet, Computadores, I pads,...). O sucesso da empresa, como podemos ver, envolve produzir um serviço que agrada o público e com um preço acessível, provocando assim o acesso a uma quantidade maior de pessoas ao serviço. Como observamos, investe-se assim em lucrar através da quantidade de compradores, ao invés de lucrar no preço do produto. Inclusive, é sabido que a empresa busca quais seriados de TV tem o maior número de downloads em sites de compartilhamento na Internet para poderem negociar a disponibilidade em sua grade de programação.⁹¹

Visualizando o sucesso nesses modelos de negócio mais recentes, fica evidente o tipo de relação com o usuário que funciona e que atrai uma maior

⁸⁹ "Once you think of the curve as being populated who have different incentives, it's easy to extend that to their intellectual property interests as well. Disney and Metallica may be doing all they can to embrace and extend copyright, but there are plenty of other (maybe even more) artists and producers who see free peer-to-peer (P2P) distribution as low-cost marketing. Musicians can turn that into an audience for their live shows, indie filmmakers treat it as a viral resume, and academics treat free downloads of their papers as a way to increase their impact and audience. Each of these perspectives changes how the creator feel about copyright. At the top of the curve, the studios, major labels, and publishers defend their copyright fiercely. In the middle, the domain of independent labels and academic presses, it's a gray area. Farther down the tail, more firmly in the noncommercial zone, an increasing number of content creators are choosing explicitly to give up some their copyright protections (...). In short, some creators care about copyright and some don't. Yet the law doesn't distinguish between them – copyright is automatically granted and protected unless explicitly waived. As a result, the power of "free" is obscured by fears over piracy and is often viewed with suspicion, not least because it evokes unfortunate echoes of both communism and hippie sloganeering." (ibidem)

⁹⁰ <https://movies.netflix.com/ProfilesGate>

⁹¹ Disponível em: <http://www.theverge.com/2013/9/14/4729984/before-buying-shows-netflix-checks-piracy-sites-to-make-sure-people>

quantidade de pessoas. É claro a ausência de vontade por uma parcela da indústria do conteúdo em inovar, melhorando suas estratégias negociais conforme o novo perfil do seu consumidor. O que fazem é manter modelos de negócio não eficientes.

Por outro lado, é necessário tomar cuidado com o discurso da liberdade de acesso por parte da comunidade empresária. Robert Darnton vai levantar como exemplo o Google e sua empreitada através do Google Books. Uma proposta que aparentemente resultaria na maior biblioteca do mundo e com acesso global, envolve o surgimento do maior negócio de livros do mundo, enquanto serviço de fornecimento eletrônico. Através da bandeira do “acesso à informação”, o Google estaria conquistando um monopólio de acesso à mesma. O que acontece, em suma, é que estamos deixando uma questão de política pública – controle do acesso à informação – nas mãos da iniciativa privada.

Robert Darnton vai ressaltar que “nós também não podemos ficar esperando sentados como se as forças do mercado pudessem operar pelo bem público. Precisamos nos engajar, nos envolver, e recuperar o justo domínio do público. Quando digo “nós”, quero dizer nós o povo, nós que criamos a Constituição e que deveríamos fazer os princípios do Iluminismo por trás dela informar as realidades cotidianas da sociedade da informação. Sim, precisamos digitalizar. Mas, mais importante, precisamos democratizar, precisamos acesso aberto a nossa herança cultural. Como? Reescrevendo as regras do jogo, subordinando interesses privados ao bem público e tirando inspiração da república primitiva para criar uma República Digital do Saber”.⁹²

4.3. A crise de eficácia

A análise da crise da tutela jurídica da propriedade intelectual em relação ao compartilhamento de arquivos necessita de uma atenção maior quando se fala em uma crise de eficácia da nossa base normativa atual.

Primeiramente, devemos atentar para o argumento principal de que a prática do compartilhamento de arquivos fere direitos autorais. Dissecando esta afirmação,

⁹² DARNTON, Robert. *O Google e o future dos livros..* In: Serrote. Instituto Moreira Salles, 2009.

teríamos como potencialmente ofensivas as condutas de distribuição e reprodução não autorizada de bens intelectuais, ou seja, dois direitos de natureza patrimonial.

Vale ressaltar que não apenas a indústria do conteúdo luta pela perpetuação de um regime de propriedade intelectual tradicional, como parte da doutrina observa a questão com equívoco, tratando os avanços tecnológicos como um problema. Nesse sentido, Henrique Gandelman e Elmer Corrêa Barbosa ressaltam:

“Especialistas em direito autoral e organismos internacionais dedicados ao estudo da matéria, preocupados com o que se poderia chamar de crise de identidade ou existencial do copyright, têm provocado debates e estudos, visando à eventual elaboração de novas emendas aos tratados internacionais, que venham dar ao tema uma justa e mais adequada proteção jurídica, face às ameaças provocadas pela instigante tecnologia digital”⁹³

“Estamos convivendo com o advento de novas tecnologias. De algum modo as tecnologias emergentes ameaçam a ordem vigente.”⁹⁴

Como bem colocado por Staut Júnior: “Percebe-se que a discussão não está no eixo da mudança ou da reflexão sobre novas possibilidades de regulação do produto autoral em sociedade, ela permanece na linha da continuidade e do reforço ao modelo moderno de apropriação privada das manifestações intelectuais”.⁹⁵

Ora, incorre em erro a mera afirmação de que todas as formas de compartilhamento de arquivos ofendem direitos autorais, tendo em vista que uma norma nunca deve ser visualizada sozinha, fora de um contexto, mas visualizada no todo de nosso ordenamento jurídico.

Lawrence Lessig vai realizar uma separação de quatro tipos possíveis de compartilhadores de arquivos. Entre eles estariam: (i) o compartilhador que utiliza o sistema de compartilhamento, substituindo, assim, a compra através de fontes oficiais; (ii) o compartilhador que utiliza o sistema como forma de saber quais bens intelectuais comprar de fontes oficiais, de acordo com seu gosto pessoal; (iii) o compartilhador que utiliza o sistema para ter acessos a obras que não são mais

⁹³ GANDELMAN, Henrique. *De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital*, 5a ed., Rio de Janeiro: Record, 2007.

⁹⁴ BARBOSA, Elmer C. Corrêa. *A reprografia, a indústria cultural e o direito de autor*. In: Reflexões sobre direito autoral. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, Dep. Nacional do Livro, 1997.

⁹⁵ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006. P. 210.

encontradas para venda nas fontes oficiais, porém ainda estão sob proteção de normas de direito autoral ou obras de difícil acesso; (iv) o compartilhador que utiliza o sistema para ter acesso a bens intelectuais em domínio público.⁹⁶

Complementando o estudo feito por Lessig, Mizukami vai apresentar quatro tipos de condutas realizadas, através do compartilhamento de arquivos, que poderiam ser potencialmente ofensivas aos direitos de reprodução e distribuição: (i) empreendimentos comerciais, que utilizam do compartilhamento de arquivos para reprodução e distribuição não autorizada e com objetivo de escoamento comercial para o mercado, portanto, visando lucro; (ii) reprodução e distribuição de conteúdo, independente de autorização do detentor de direitos, sem intuito de lucro e fora do comércio; (iii) cópia de um bem intelectual para uso pessoal, sem ter comprado o original e sem intuito de lucro; (iv) reprodução integral para uso privado, independente do número de cópias, mantidas no âmbito da residência e tendo adquirido o original.⁹⁷

Em relação aos perfis de compartilhadores definidos por Lessig, temos que, em tese, apenas o quarto tipo não apresentaria nenhuma ofensa aos direitos autorais. Por outro lado, no espectro de atitudes com potencial ofensivo de Mizukami, as quatro são defendidas pela indústria do conteúdo como sendo ilegais.

Pois bem, ao falarmos de ofensa a direitos patrimoniais do autor, estes podem ser visualizados no art. 5º, XXVII e XXVIII da Constituição Federal⁹⁸ (utilização, publicação e reprodução), e complementados nos incisos do art. 5º da

⁹⁶ LESSIG, Lawrence. *The future of ideas*...p.296-297

⁹⁷ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual*: ... p. 414

⁹⁸ Art. 5º. (...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Lei 9.610/98 (transmissão, emissão, retransmissão, distribuição e comunicação ao público).

Ressalta-se aqui o dispositivo constitucional do § 2º do art. 5º da Constituição, o qual destaca um ponto muito importante da análise em questão, pois veicula a proteção autoral aos demais princípios da constituição:

“Art. 5º. (...)

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(...)”

Como dissemos, ao falar em direitos patrimoniais de autor, nos afastamos da noção do direito de propriedade tradicional. A única referência de um, dentre vários, direitos de propriedade intelectual como propriedade em si é em relação às marcas, presente no art 5º, XXIX da CF.⁹⁹

Uma interpretação com caráter maximalista dos direitos autorais ignora uma análise de contexto do nosso ordenamento jurídico, tentando impor sistemas de limitações que deveriam ser mais abrangentes.

Para uma interpretação razoável e completa, deve-se vislumbrar o que dispõe a Constituição no que diz respeito: à defesa da educação, liberdade de ensino e pesquisa¹⁰⁰; o direito à cultura¹⁰¹; liberdade expressão e informação¹⁰²; incentivo à

⁹⁹

Art.

5.

(...)

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

¹⁰⁰ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

produção, acesso e difusão de bens culturais¹⁰³; defesa da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor.¹⁰⁴

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

¹⁰¹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

¹⁰² 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.

Art. 5. (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

¹⁰³ 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.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

¹⁰⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

Partindo para uma análise na Lei de Direitos Autorais, observamos no art. 46 um rol de limitações *numerus clausus*. Se observarmos atentamente a evolução das limitações instituídas, veremos a insuficiência da lei atual. Basta perceber em um exemplo claro que na época da Lei Medeiros Albuquerque, em seu art. 22, I, autorizava-se a inserção integral de uma obra menor em outra, observado o caráter científico da obra maior ou seu uso para instrução pública, respeitando devidamente os direitos morais.¹⁰⁵ Porém, esta exceção some na Lei de Direitos Autorais atual, de modo a, por exemplo, proibir a existência de pastas de xerox em faculdades, a serem utilizadas por professores e alunos, formando um entrave ao ensino público e privado.¹⁰⁶ O que se observa é a tutela do direito autoral indo em direção contrária à difusão de bens intelectuais e acesso a educação e cultura, o que é claramente inconstitucional, tendo em vista que em tal exemplo os direitos morais do autor estariam sendo respeitados e não há tampouco ofensa a direito patrimonial.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

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

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁰⁵ Art. 22. Não se considera contrafação:
I- a reprodução de passagens ou pequenas partes de obras já publicadas, nem a inserção, mesmo integral, de pequenos escriptos no corpo de uma obra maior, com tanto que esta tenha character scientifico ou que seja uma compilação de escriptos de diversos escriptores, composta para uso da instrução publica. Em caso algum a reprodução póde dar-se sem a citação da obra de onde é extraida e do nome do autor.

¹⁰⁶ Art. 46. Não constituiu ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários.

Seguindo o mencionado rol supra, seria considerado ilegal uma pessoa imprimir uma poesia e distribuir o mesmo para outras pessoas, apenas por gostar daquela obra. Ou ainda, seria ilegal crianças de uma escola pública, sem a possibilidade de adquirirem várias cópias de um livro didático, tirarem cópias do mesmo.¹⁰⁷

Resta evidenciado um rol excessivamente restritivo do que constitui ou não ofensas a direitos autorais, levando a casos, como o exemplo acima, claramente inconstitucionais e desproporcionais. O art. 46 da Lei de Direitos Autorais precisa ser visualizado como um rol *numerus apertus*, respeitando as particularidades de cada caso.

A força da interpretação é muito importante, corroborando pra isso a própria Convenção de Berna, que desenvolveu uma orientação geral para limitações de direitos autorais:

“Art. 9

1- Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

2- Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.
(...)”

Tal cláusula aberta mostra que é possível uma interpretação das normas de direito autoral com base nos critérios expostos anteriormente, pautados nos princípios constitucionais. Limitações, no que diz respeito aos casos de compartilhamento de arquivos, devem ocorrer quando forem comprovados prejuízos sofridos por detentores de direitos autorais, através da comprovação empírica da suposta inviabilidade da atividade comercial. Lembrando que nossa Constituição não protege negócios específicos face a outros que nascem do avanço tecnológico. Muito pelo contrário, o Estado visa proteger os princípios da concorrência e da inovação.

Sintetiza, por fim, Mizukami: “As tensões existentes entre os regimes de propriedade intelectual e o direito concorrencial e do consumidor, bem como a nítida opção da CF/88 em privilegiar educação, democratização de acesso e difusão de

¹⁰⁷ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: ...* p. 476

bens intelectuais, participação da população nos processos de produção cultural, liberdade de manifestação de opinião e expressão, orientam e vinculam a seleção de quais dados de realidade é possível incluir no âmbito normativo dos direitos patrimoniais. E a reprodução e distribuição sem intuito de lucro, para uso privado ou simples partilha com outros particulares, escapam ao âmbito normativo dos aludidos direitos. Os direitos patrimoniais de autor são, em essência, direitos que procuram regular a competição entre editores de conteúdo, que atuam diretamente no mercado, assegurando, ao mesmo tempo, compensação aos autores em razão daquilo que for comercializado”¹⁰⁸

Deve-se, portanto, cuidar de cada caso à sua maneira, observando sempre o ordenamento jurídico como um todo.

4.4. Legitimidade

A crise de eficácia da aplicação das normas jurídicas no caso concreto vai nos levar a uma crise de legitimidade. Trata-se de um fenômeno que se observa nas atitudes das pessoas da sociedade. Como mostramos quando analisamos às ofensivas ao compartilhamento de arquivos, pudemos ver que nunca houve um fim da prática em si. Muito pelo contrário, esta apenas se fortaleceu, adquirindo novas formas e aumentando sua eficiência (não se imaginava, por exemplo, há 10 anos atrás fazer download do arquivo de um filme em menos de 10 minutos).

Lawrence Lessig resume bem a ideia da crise de legitimidade:

“The rule of law depends upon people obeying the law. The more often, and more repeatedly, we as citizens experience violating the law, the less we respect the law. Obviously, in most cases, the important issue is the law, not respect for the law. I don’t care whether the rapist respects the law or not; I want to catch and incarcerate the rapist. But I do care whether my students respect the law. And I do care if the rules of law sow increasing disrespect because of the extreme of regulation they impose. Twenty million Americans have come of age since the Internet introduced this different idea of ‘sharing’. We need to be able to call the twenty million americans ‘citizens’, not ‘felons’. When at least forty-three million citizens download content from the Internet, and when they use tools to combine that content in ways unauthorized by copyright holders, the first question we should be asking is not how best to involve the FBI. The first question should be whether this

¹⁰⁸ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual*: ... p. 445

particular prohibition is really necessary in order to achieve the proper ends that copyright law serves.”¹⁰⁹

Considerando que milhares são as pessoas que compartilham arquivos todos os dias na Internet, resta evidente que a “criminalização” da prática é o caminho errado a seguir. Cabe aos juízes tratarem das questões envolvendo a tutela dos direitos autorais em relação aos casos de compartilhamento de arquivos com maior cautela e atenção, visando não atender os interesses de uma classe empresarial, mas principalmente visando o que é melhor para a sociedade no geral.

Aqui não falamos nos legisladores porque é necessário questionar se as matérias versadas sobre direitos autorais – ainda mais as que envolvem tecnologias – deveriam realmente ser de competência dos mesmos. Considerando a velocidade com que as tecnologias da informação se desenvolvem, seria a legislação realmente capaz de acompanhar a sociedade informacional? A resposta para essa pergunta é negativa, tendo em vista que processos legislativos são demorados e tendem a envelhecer rapidamente, ainda mais considerando a Internet. O que acontece é que a Internet evidenciou um novo mundo para os direitos autorais e a legislação já não acompanha com eficiência tantas mudanças, fazendo com que diversas emendas e mudanças menores na mesma a transformem em uma lei cheia de remendos e que não representem a grande parcela da população, demonstrando assim a crise de legitimidade retratada.

¹⁰⁹ Em tradução livre: A regra da lei depende de pessoas obedecendo a lei. Quanto mais e repetidamente, nós enquanto cidadãos, experimentamos violar a lei, menos nós a respeitamos. Obviamente, na maioria dos casos, o problema importante é a lei em si e não o respeito pela mesma. Eu não me importo se o estuprador respeita a lei ou não; quero pegar e encarcerar o estuprador. Porém, eu me preocupo se meus estudantes respeitam a lei. E eu me preocupo se a lei tão desrespeitada é devido a uma regulação extrema que impõe. Vinte milhões de americanos se tornaram de idade desde que a Internet introduziu uma ideia diferente de “compartilhamento”. Nós temos que poder chamar os vinte milhões de americanos de cidadão, não criminosos. Quando pelo menos quarenta e três milhões de cidadãos fazem download da Internet, e quando eles usam ferramentas para combinar aquele conteúdo de modo que não é autorizado pelos detentores de direitos autorais, a primeira pergunta a ser levantada não deve ser a de como envolver o FBI. A primeira pergunta a ser feita seria se essa proibição em particular é realmente necessária para atingir o fim que a lei de copyright propõe. (LESSIG, Lawrence. *The future of ideas*...p.202)

4.5 Perspectivas futuras frente a inovação

Conforme já demonstramos até agora, o advento da Internet e o desenvolvimento de novas tecnologias, principalmente em relação às ferramentas de compartilhamento de arquivos e bens intelectuais, alterou as estruturas centralizadas da economia industrial. Passou-se a pensar uma nova economia de rede, com novas modalidades de participação no mercado.

Já no ponto final deste estudo, é cabível apresentar novas modalidades de atuação que ganham cada vez mais força no mercado tecnológico atual, de modo que, ao invés de a indústria do conteúdo não conter esforços para lutar contra, deveria se adequar a essas novas modalidades. De igual modo, o Direito necessita se renovar para atender uma sociedade em transformação, ao invés de privilegiar uma parcela que não representa a maioria dos interesses na sociedade.

Benkler vai ressaltar, ao visualizar esse novo perfil de mercado em ascensão, o cuidado que o Direito tem que ter na regulação na sociedade. Em certos momentos, a regulação através da abstinência - ou ausência de regulação-, se mostra uma escolha melhor, com o intuito de garantir os melhores resultados frente à inovação e amadurecimento de uma sociedade em transformação. O que o Direito faz hoje - e que não deveria ser feito - são apenas reações retrógradas e reacionárias, ajudando uma economia ultrapassada.¹¹⁰

É nesse ponto, e tendo demonstrado os principais valores inerentes às comunidades de compartilhamento de arquivos, assim como os principais objetivos destes compartilhadores que atingimos a noção do commons-based peer production.

¹¹⁰ The core common infrastructure appears to be emerging without need for help from a guiding regulatory hand. This may or may not be a stable pattern. It is possible that by some happenstance one or two firms, using one or two critical technologies, will be able to capture and control a bottleneck. At that point, perhaps regulatory intervention will be required. However, from the beginning of legal responses to the Internet and up to this writing in the middle of 2005, the primary role of law has been reactive and reactionary. It has functioned as a point of resistance to the emergence of the networked information economy. It has been used by incumbents from the industrial information economies to contain the risks posed by the emerging capabilities of the networked information environment. What the emerging networked information economy therefore needs, in almost all cases, is not regulatory protection, but regulatory abstinence. (BENKLER, Yochai. *The Wealth of networks*.p. 393)

O “commons” se refere a uma forma de estruturação de direitos de acesso, uso e controle de recursos. Este conceito envolve dizer, essencialmente, que, ao contrário do conceito de propriedade, nenhuma pessoa tem controle exclusivo de uso e disposição de um recurso particular inserido no commons. Recursos baseados em commons podem ser usados por um grupo de pessoas, de uma forma relativamente definida, regido por regras que podem variar nos graus de liberdade para utilização de determinado recurso.¹¹¹

“Peer production”, por outro lado, diz respeito a um sistema de produção pautado em ações individuais centralizadas, as quais não se inserem necessariamente nas estruturas administrativas empresariais padrões. Trata-se, essencialmente, da produção científica, que não é produzida pensando em uma lógica de mercado. É produzida por uma série de indivíduos, os quais juntos, formam uma estrutura maior, que é o conhecimento científico.¹¹²

O Wikipedia é um exemplo claro de commons-peer production, pois formado por uma plataforma básica de interação social, em que os indivíduos podem alimentar uma extensa base de dados. Não existe razão mercadológica nenhuma para um indivíduo acessar o site e alimentar a base de dados do mesmo, porém o que se viu nos últimos anos é uma crescente evolução dessa enciclopédia virtual, podendo ser encontrados centenas de milhares de artigos, sobre os mais variados assuntos e gêneros. Não se pensa em retorno financeiro, apenas na criação de um commons.

O compartilhamento de arquivos também acaba funcionando pela lógica do commons, pois seus usuários alimentam as dezenas de servidores de compartilhamento com bens intelectuais, com o intuito único de espalhar conteúdo para outras pessoas. Quanto maior a quantidade de obras nestes servidores, mais as pessoas podem usufruir. Como dissemos, trata-se de uma lógica completamente fora da lógica de mercado convencional.

E é baseado nessas noções que surgem uma série de formas de licenciamento alternativas, de modo a inovar como deve se dar a proteção autoral sobre determinadas obras.

¹¹¹ BENKLER, Yochai. *The Wealth of networks*.p. 61

¹¹² BENKLER, Yochai. *The Wealth of networks*.p. 63

A primeira licença alternativa que destacamos é o Copyleft. O termo foi popularizado por Richard Stallman, fundador da Free Software Foundation (FSF) e do movimento Software Livre. O copyleft prega, essencialmente, liberdade na distribuição e modificação de uma obra. Em relação à softwares, por exemplo, o desenvolvedor autoriza a distribuição e modificação livre do conteúdo do seu software, sem a necessidade de sua aprovação prévia e assim por diante. Os autores, assim, compartilham de suas obras com qualquer um que queira contribuir para o desenvolvimento da mesma, desde que o crédito ao autor seja mantido, assim como a continuidade do copyleft.¹¹³

Chegamos enfim à licença Creative Commons. Fundada em 2001 por Lawrence Lessig, o Creative Commons é uma organização não governamental e sem fins lucrativos, que visa basicamente oferecer licenças alternativas de direito autoral pra que autores permitam cópia e compartilhamento com menores restrições do que os modelos tradicionais de direito autoral. Trata-se de uma licença que visa se preocupar em evitar muitos dos problemas enfrentados por muitos usuários na Internet, conforme já vimos ao longo do presente trabalho quando descreve.¹¹⁴ O

¹¹³ No site do projeto GNU encontra-se uma definição básica do que significa o *copyleft*: “A forma mais simples de fazer com que um programa seja livre é colocá-lo em domínio público, sem direitos reservados. Isso permite compartilhar o programa e suas melhorias com as pessoas, se assim o desejarem. Mas também permite que pessoas não-cooperativas convertam o programa em *software* privado. Elas podem fazer mudanças, muitas ou poucas, e distribuir o resultado como um produto proprietário (isto é, que não pode ser modificado a não ser por quem o distribuiu). As pessoas que recebem o programa com essas modificações não têm a liberdade que o autor original lhes deu, retirada pelo intermediário. No projeto GNU, nosso objetivo é dar a todo usuário a liberdade de redistribuir e modificar o software GNU. Se os intermediários pudessem retirar essa liberdade, nós poderíamos ter muitos usuários, mas esses usuários não teriam a mesma liberdade. Assim, em vez de colocar o software GNU no domínio público, nós os protegemos com *copyleft*. *Copyleft* implica que qualquer pessoa que redistribua o software, com ou sem modificações, deve passar adiante a liberdade de copiar e modificá-lo também. *Copyleft* garante que cada usuário tenha liberdade.” (disponível em: <http://www.gnu.org/copyleft/>)

¹¹⁴ Como descrito no próprio site do Creative Commons Brasil: O Creative Commons lhe dá flexibilidade e protege as pessoas que vão usar sua obra, para que elas não precisem se preocupar com violações aos seus direitos autorais, desde que elas obedeçam as condições que você escolheu. Ao mesmo tempo, essas condições são colocadas de forma clara — por exemplo, todas as licenças exigem que o autor seja citado em cada uso futuro —, e de antemão, sem que você precise considerar cada caso individual. Se você quer permitir alguns usos de antemão, mas outros não, esses outros usos deverão ainda ser autorizados caso a caso por você. (disponível em: <http://creativecommons.org.br/o-que-e-o-cc/>)

No Brasil, o Creative Commons funciona em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, que traduz e adapta ao nosso ordenamento as respectivas licenças de direito autoral.

autor escolhe, dentre as diversas licenças oferecidas, de que forma pretende deixar que outras pessoas utilizem de sua obra.

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

O Creative Commons é uma forma de licenciamento que deveria ganhar maior destaque, inclusive com apoio do governo, pois propaga um aumento significativo de obras intelectuais disponíveis ao público.

Esses são apenas alguns de vários tipos de modelo de licenciamento alternativo existentes, os quais são a favor da criação de um commons.

Portanto, não se trata de dispensar todo um arcabouço jurídico de proteção aos direitos autorais, mas reformular a mesma e repensar sua estrutura com o intuito de permitir cada vez mais uma participação ativa da sociedade nas relações junto ao Estado.

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho pudemos ver que a Internet se tornou, ao longo dos anos, algo inerente em nossas vidas. Dentro dela, destacamos a prática do compartilhamento de arquivos, como uma revolução na forma de ter acesso e consumir bens intelectuais. Através do compartilhamento de arquivos podemos ter acesso a basicamente qualquer mídia, de qualquer parte do mundo ao alcance de meia dúzia de cliques. Um romance de um autor russo, um filme iraniano, músicas típicas da Coreia. Basicamente qualquer coisa está ao nosso alcance.

Infelizmente, tal prática não agrada aos olhos de todos, pois tal facilidade de consumo desses bens acaba por ameaçar os negócios daquela que viemos a chamar de “indústria do conteúdo”. Aparentemente, a Internet, juntamente com o compartilhamento de arquivos ameaça modelos de negócios dessa indústria, a qual quer deter para si o controle de todo o acesso desses bens.

É basicamente isso que é o compartilhamento de arquivos. Uma descentralização daquele que detém os bens culturais. Trata-se de autonomia, em contraposição a um modelo concentrado de economia industrial.

Como pudemos ver, diversas foram as tentativas para extirpar com a prática. Desde ofensivas através do aparato jurídico estatal, imposição de DRMs e TPMs à até propagandas criminalizando a conduta socialmente. No entanto, elas não foram suficientes. Aparentemente, a sociedade virou o rosto quando disseram que algo tão natural e certo era errado. O compartilhamento de arquivos só cresceu e se desenvolveu cada vez mais.

Mais do que isso. Ter acesso a uma quantidade incontável de bens intelectuais é uma prática que vai a favor de todos os princípios pelos quais um Estado democrático de direito defende. Educação, cultura, lazer, desenvolvimento social e econômico. Em um país em desenvolvimento como o Brasil, o qual vive diariamente um cenário enorme de desigualdade, com uma educação pública precária, a tutela dos direitos autorais deve procurar, assim como as demais fontes de direito do Estado, incentivar a produção cultural, o acesso à mesma e o consequente desenvolvimento da educação em nosso país.

O rol de limitações de direito autoral deveria ser visualizada como um rol *numerus apertus* ao invés de *numerus clausus*, como é atualmente. As normas devem ajudar o juiz a analisar os casos individualmente, respeitando suas

particularidades, evitando, assim, julgamentos abusivos e desproporcionais. A proteção maximalista dos direitos autorais é nociva à produção cultural e artística e não protege os direitos do autor, aquele a quem se destinam essas normas. Protegem tão somente o interesse de uma indústria que tenta sustentar um modelo de negócio não mais sustentável em nossa atual realidade tecnológica.

A ausência de uma comprovação empírica que demonstra que a prática do compartilhamento de arquivos de fato é nociva para as grandes empresas da indústria do entretenimento (gravadoras, distribuidoras, editoras, estúdios de cinema,...), mostra que na prática tem mais pontos positivos a oferecer do que dizem os representantes dessa indústria. Ao contrário do discurso de que a Internet está “matando a criatividade e o autor”, nunca antes na história se viu uma quantidade tão grande de criações intelectuais amadoras.

Fotografias tiradas por amantes da lomografia são armazenadas aos milhares diariamente em sites como o Flickr. Filmes amadores e curtas metragens são assistidos diariamente no Youtube. Músicos amadores saem de suas garagens e começam a publicar seus trabalhos no Facebook, Myspace, entre outras redes sociais, que os fazem poder adentrar um mercado antes extremamente restrito e que hoje está ao alcance de todos. Estamos vivendo a era da criação, da produção massiva de bens intelectuais. Temos um acesso enorme e extremamente diversificado a essas produções, inseridas em um contexto diferente do contexto de mercado padrão. Estamos inseridos em um grande commons.

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, Chris. *The long tail*. New York: Hyperion, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*

A&M Records, Inc. v Napster, Inc., 2001, 9th Circuit Court of Appeals. Decisão disponível em: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/239/239.F3d.1004.00-16403.00-16401.html>.

BARBOSA, Elmer C. Corrêa. *A reprografia, a indústria cultural e o direito de autor*. In: *Reflexões sobre direito autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, Dep. Nacional do Livro, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3^a. Ed. Saraiva, 2011.

BENKLER, Yochai. *The Wealth of networks. How social production transforms markets and freedom*. New haven/London: Yale University Press, 2006.

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

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

CITRON, Danielle Keats. *Cyber Civil Rights*. *Boston University Law Review*, Vol. 89, pp. 61-125, 2009; U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2008-41. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1291900>.

DARNTON, Robert. *O Google e o future dos livros..* In: *Serrote*. Instituto Moreira Salles, 2009.

DE OLIVEIRA, Maurício Lopes. ASCENÇÃO, José de Oliveira. Cadernos de Direito da Internet: os actos de reprodução no ambiente digital. As transmissões digitais.

DOS SANTOS, Anderson Marcos. Política, aceleração tecnoeconômica e patentes: dever tecnológico e futuro do humano. 2012. Tese (doutorado em sociologia). Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

ENGEL, Christoph. The Role of law in the Governance of the Internet. MPI Collective Goods Preprint No. 2002/13. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=325362>.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GANDELMAN, Henrique. De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital, 5ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2007.

GUIBOURG, Ricardo A. Bases Teóricas de La Informática Jurídica.

HAFNER, Katie; LYON, Matthew. Where wizards stay up late: the origins of the internet. New York: Touchstone, 1998.

KU, Raymong Shih Ray. Copyright, the Constitution & Progress: case legal studies research paper No. 04-8. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=556642>.

KUROSE, Jim e ROSS, Keith. Computer Networking, A Top-Down Approach, 5ª edição. Addison-Wesley, 2010.

LESSIG, Lawrence. Code and other laws of cyberspace. New York: Basic Books, 1999.

LESSIG, Lawrence. The Future of ideas: the fate of the commons in a connected world. New York: Vintage, 2002.

LESSIG, Lawrence. Free Culture: the nature and future of creativity. New York: Penguin Books, 2005.

LESSIG, Lawrence. The New Chicago School. The Journal of Legal Studies, v. XVII (2) (pt.2), 1998, p. 661 – 691.

LESSIG, Lawrence. The Law of the horse: what cyberlaw might teach. Harvard Law Review, 1999.

LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos.

MASNICK, Mike. A tale of two studies: can file sharing both harm and help sales? Disponível em Techdirt:

<http://www.techdirt.com/articles/20130321/10201522406/tale-two-studies-can-file-sharing-both-harm-help-sales.shtml>

MASNICK, Mike. A tale of two studies: file sharing hurts sales! Disponível em Techdirt: <http://www.techdirt.com/articles/20130321/03312722404/tale-two-studies-file-sharing-hurts-sales.shtml>

MASNICK, Mike. A tale of two studies: file sharing helps sales! Disponível em Techdirt: <http://www.techdirt.com/articles/20130321/09114222405/tale-two-studies-file-sharing-helps-sales.shtml>

MENEZES, Elisângela Dias. Curso de direito autoral, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 22.

MERTON, Robert K. The normative structure of Science. In: MERTON, Robert K. The sociology of science: theoretical and empirical investigations. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1974.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais na CF/88. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. CASTRO, Oona. MONCAU, Luiz F. LEMOS, Ronaldo. Brazil. In: Media Piracy in emerging economies. Disponível em: <http://piracy.ssrc.org>.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28ª. Ed. Atlas, 2012.

O, REILLY, Tim. The open source paradigma shift. In: FELLER, Joseph et alii. Perspectives on free and open source software. Cambridge: MIT Press, 2005.

PEITZ, MARTIN and WAELBROECK, PATRICK. The Effect of Internet Piracy on Music Sales: Cross-Section Evidence. Review of Economic Research on Copyright Issues, Vol. 1, No. 2, pp. 71-79, 2004. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1145904>

PEITZ, MARTIN and WAELBROECK, PATRICK. Why the Music Industry May Gain from Free Downloading - the Role of Sampling (October 2005). International University in Germany Working Paper No. 41/2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=829544> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.829544>

REIDENBERG, Joel. The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy. *Houston Law Review*, Vol. 44, No. 4, pp. 1074- 1095, 2007; *Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1012504*. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1012604>.

REZENDE, Evandro da Silva. Modelo estrutural para compartilhamento de arquivos Peer-to-Peer. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação). Universidade Estadual Paulista, São José do Rio Preto.

SANTOS, Manuella Silva dos. Direito autoral na era digital: impactos, contraversias e possíveis soluções. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R. Intellectual property: the law of copyrights, patents and trademarks. St. Paul: Thomson West, p. 188 – 190.

SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual

STALLMAN, Richard M. Did you say “Intellectual Property”? It’s a seductive mirage. Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.xhtml>

STAUT JUNIOR, S.S. . Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas. 1. Ed. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

TANENBAUM, Andrew. Redes de computadores, 4a ed. Campinas: Editora Campus, 2003.

TRINDADE, Rangel Oliveira. CRUZ E SILVA, Rodrigo Otávio. O direito fundamental de acesso à cultura e o compartilhamento de arquivos autorais no ambiente digital.

VAIDHYANATHAN, Siva. The anarchist in the library. New York: Basic Books, 2004.

WACHOWICZ, M. Propriedade intelectual e Internet. Curitiba: Juruá, 2002. V.01.

WACHOWICZ, M. Propriedade Intelectual & Internet – Volume 2 – Encadernação especial. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2012.

YU, Peter K. P2P and the future of private copying (MSU Legal Studies Research Paper No. 02-08). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578568