

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

Alexandre Ricardo Pessler

**A BIBLIOTECA PÚBLICA DIGITAL:
DIREITO AUTORAL E ACESSO NA SOCIEDADE
INFORMACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Programa de Mestrado, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Wachowicz

Florianópolis

2011

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária
da
Universidade Federal de Santa Catarina

P475b Pesserl, Alexandre Ricardo

A biblioteca pública digital [dissertação] : direito
autoral e acesso na sociedade informacional / Alexandre
Ricardo Pesserl ; orientador, Marcos Wachowicz. -
Florianópolis, SC, 2011.

180 p.: il.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direitos autorais. 3. Tecnologia - Aspectos
sociais. 4. Bibliotecas digitais. I. Wachowicz, Marcos. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-
Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

Alexandre Ricardo Pessler

**A BIBLIOTECA PÚBLICA DIGITAL:
DIREITO AUTORAL E ACESSO NA SOCIEDADE
INFORMACIONAL**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de Mestre em Direito, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis, 31 de agosto de 2011

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo
Universidade Luterana do Brasil

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Universidade Federal de Santa Catarina

Para Ana e Chico, pelo que veio; e
para Pedro e Olívia, pelo que virá.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de pesquisas, leituras, dúvidas e vivências que não seriam possíveis sem a ajuda, companheirismo e compreensão de muitas pessoas; tive auxílios fundamentais nesta jornada, e minhas dívidas com estas pessoas são enormes. Minha mãe me despertou o gosto pela leitura e me ensinou a questionar a “regra pela regra”, atitude que, se não é a mais fácil para atravessar a vida, me ajuda a dormir em paz com meu travesseiro. Meu pai sempre buscou, através do exemplo, nos mostrar que a vantagem ganha sem a ética não é justa, e não é digna. Estas duas atitudes são de grande valia na pesquisa científica, na qual o imperativo ético exige a retidão moral absoluta em prol das conclusões que cremos adequadas. Ana e Chico, muito obrigado pelo amor incondicional.

Marcos Wachowicz, muito mais que um orientador, amigo que me incentivou a canalizar meu pensamento para a academia, e me deu rédeas soltas para o desenvolvimento do tema escolhido; muito além da mera relação aluno-mestre, verdadeiro professor, incansável na promoção de uma propriedade intelectual equilibrada e que contemple o interesse público. Quando comparo meus textos e opiniões atuais com aquelas que tinha antes da experiência deste mestrado, verifico um amadurecimento e aprofundamento na argumentação que deve muito à sua influência. Tenho muito orgulho de ser seu aluno, e de fazer parte do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Informação (GEDAI), sob sua tutela.

De um início modesto, o GEDAI é hoje uma das mais ativas fontes de pesquisa sobre esta temática no Brasil, e isto se deve sobretudo ao fato de que o Marcos sempre fez questão de prestigiar os alunos – inclusive graduandos e estagiários (carinhosamente chamados de “pepês”, ou “pouca prática”) – pondo-os em contato direto com os maiores especialistas mundiais na matéria, promovendo eventos e envolvendo-os ativamente nos mesmos, participando ativamente das discussões no contexto da reforma da Lei de Direitos Autorais – enfim, perdi a conta das mesas moderadas, dos debates, das viagens, dos contatos e das oportunidades a que tive acesso nestes últimos anos.

Viagens, congressos e afins que foram também excelentes oportunidades de convívio com meus colegas do GEDAI: Helô, Amanda e Guilherme (keep on rocking!), da “primeira geração”, e as bem-vindas adições de Christiano, Rangel, Sarinha, Karen, e Gabi. É principalmente fora da sala de aula que aprendemos a conhecer e valorizar os amigos. Muito obrigado a todos. Outra das grandes aquisições que este mestrado me propiciou foi a amizade incondicional de alguns colegas do programa, e outros habitantes desta ilha, que vou levar para a vida. Fábio e Carol, Letícia, Bruna, André, Marcelo, Chico, João e tantos outros, vocês moram no coração.

Também é necessário tornar pública minha dívida intelectual com alguns professores, que me inspiraram sobretudo; Denis Borges Barbosa, que com seu saber enciclopédico primeiro me alertou sobre o alcance e as implicações da decisão da OMC que utilizo como base para as principais conclusões desta pesquisa; Guilherme Carboni e Allan Rocha de Souza, que com suas obras sobre a função social da propriedade intelectual consolidaram uma vertente doutrinária de inclusão do domínio e interesse público na questão do direito autoral; e o grande mestre José de Oliveira Ascensão, verdadeiro humanista no sentido mais amplo da palavra, de absoluta elegância e rigor em suas lições.

Institucionalmente, registro meu agradecimento ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, pela

oportunidade concedida para a realização do mestrado, bem como aos funcionários da casa, sempre prestativos e solidários com nossos pleitos. Agradeço ainda à CAPES pela concessão da bolsa que possibilitou a pesquisa.

Agradeço também quem neste período me ajudou – e muito – nas questões práticas, do dia-a-dia, da vida pessoal; cuidar de filhos, driblar as contas, ouvir queixas, enfim, o apoio da família. Madi, Úli, Cláudio, Bruno, Thaís, Camila e Cláudia: muito obrigado pela paciência e compreensão. Este trabalho também é de vocês. E um agradecimento muito especial para Verônica, que me dá a força e o incentivo para me superar.

*For out of old fields, as men say,
Comes all this new corn from year to year;
And out of old books, in good faith,
Comes all this new science that men hear.*

*The Parliament of Fowls
Geoffrey Chaucer, circa 1382*

Books constitute capital. A library book lasts as long as a house, for hundreds of years. It is not, then, an article of mere consumption but fairly of capital, and often in the case of professional men, setting out in life, it is their only capital.

Thomas Jefferson, Carta a James Madison, 16 de julho de 1821

RESUMO

O objetivo principal desta pesquisa é a análise do estatuto jurídico das bibliotecas pelo prisma do direito autoral, com ênfase no papel exercido pela biblioteca pública como instrumento de acesso à cultura e à informação, e como é possível manter esta missão no ambiente digital. O primeiro capítulo da pesquisa apresenta, a partir da doutrina selecionada, conceitos sobre a sociedade informacional e suas relações com o Direito. Traz ainda as bases normativas do princípio do acesso à informação, em diversos níveis, bem como iniciativas filosóficas e auto-regulatórias para organização de informações técnicas ou intelectuais. O segundo capítulo descreve o funcionamento do sistema internacional de direitos autorais e traça um panorama de seus limites, com ênfase para as interpretações de organismos multilaterais. Por fim, o terceiro capítulo apresenta um histórico das bibliotecas e de suas bases jurídicas e normativas, observações sobre os institutos da digitalização e disponibilização de obras por bibliotecas, bem como apresenta algumas propostas legislativas no nível internacional, com as conclusões encontradas.

Palavras Chaves: Bibliotecas, Direito autoral, Acesso à cultura, Acesso à informação, Bibliotecas digitais

ABSTRACT

The main objective of this research is the analysis of the legal status of libraries through the prism of copyright, emphasizing the role played by the public library as a means of access to culture and information, and how to sustain this mission in the digital environment. The first chapter brings some instrumental concepts from the selected doctrine, regarding the informational society and its relations with the law. It also presents the normative basis of the principle of access to information at various levels, as well as philosophical or self-regulatory initiatives for access to technical or intellectual information. The second chapter describes the operation of the international copyright system and presents an overview of its limits, with emphasis on the interpretations of multilateral organisms. Finally, the third chapter presents a history of libraries and its legal basis and regulations, with comments on the institutes of digitization and making available of works by libraries, and examines some legislative proposals for libraries limitations at the international level, with the conclusions found.

Keywords: Libraries, Copyright, Access to Culture, Access to information, Digital Libraries

LISTA DE FIGURAS

Figura 01 – Municípios brasileiros com bibliotecas – 1999. IBGE, Pesquisa de Informações Básicas Municipais de 2005.....p. 118

Figura 02 – Municípios brasileiros com bibliotecas – 2005. IBGE, Pesquisa de Informações Básicas Municipais de 2005.....p. 119

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---------------|--|
| Abrelivros | Associação Brasileira dos Editores de Livros |
| CBL | Câmara Brasileira do Livro |
| GBS | Google Book Search |
| IBGE | Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística |
| LDA | Lei de Direitos Autorais |
| OMC | Organização Mundial do Comércio |
| OMPI | Organização Mundial da Propriedade Intelectual |
| OSRD | Office of Scientific Research and Development |
| PNLL | Plano Nacional do Livro e da Leitura |
| Relatório LDA | Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais do Ministério da Cultura |
| TRIPs | Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights |
| SCCR | Standing Committee on Copyright and Related Rights |
| SNBP | Sistema Nacional de Bibliotecas Públicas |
| SNEL | Sindicato Nacional dos Editores de Livros |
| WBU | World Blind Union |
| WCT | Tratado Mundial de Copyright |
| WTO | World Trade Organization |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| Introdução..... | 01 |
| 1. SOCIEDADE INFORMACIONAL E O PRINCÍPIO DO ACESSO À INFORMAÇÃO | |
| 1.1 Sociedade Informacional..... | 05 |
| 1.1.1 Terminologia..... | 07 |
| 1.1.2 Teoria Cibernética e Acesso à Informação..... | 10 |
| 1.1.3 Ciberespaço e Controle..... | 14 |
| 1.2 Sociedade Informacional e Direito..... | 17 |
| 1.2.1 Produção Social e Transformação Criativa..... | 20 |
| 1.2.2 Controle e Padrões Abertos..... | 31 |
| 1.3 O Princípio do Acesso à Informação..... | 37 |
| 1.3.1 Informações Públicas..... | 39 |
| 1.3.2 Acesso Aberto..... | 52 |
| 2 DIREITO AUTORAL E LIMITES | |
| 2.1 Direito Autoral..... | 58 |
| 2.1.1 Tutela Internacional..... | 61 |
| 2.1.2 Direitos Autorais como Direitos Humanos e Recepção Interna..... | 62 |
| 2.1.3 Proteção Constitucional dos Direitos Autorais..... | 67 |
| 2.1.4 A Convenção de Berna..... | 72 |
| 2.1.5 O Acordo TRIPs..... | 74 |
| 2.1.6 Outros Instrumentos Internacionais..... | 76 |
| 2.1.7 Direito Interno..... | 80 |
| 2.2 Limites do Direito Autoral..... | 81 |
| 2.2.1 Limites Intrínsecos..... | 83 |
| 2.2.2 A Regra dos Três Passos..... | 85 |
| 2.2.3 Prejuízo Injustificado..... | 87 |
| 2.2.4 Aplicação Direta no Ordenamento Interno..... | 89 |
| 2.2.5 Uso Privado..... | 92 |
| 2.2.6 Acesso às Obras..... | 94 |
| 2.2.7 Domínio Público como Regra..... | 96 |
| 2.2.8 Limites Extrínsecos..... | 99 |
| 3 BIBLIOTECAS PÚBLICAS E DIGITAIS | |
| 3.1 Bibliotecas Públicas..... | 104 |
| 3.1.1 Origens..... | 105 |
| 3.1.2 Usuários e Acesso..... | 109 |
| 3.1.3 Limites Intrínsecos para Bibliotecas..... | 111 |

| | |
|---|-----|
| 3.1.4 Biblioteconomia e Bibliotecários..... | 115 |
| 3.1.5 Marcos Legais e Políticas Públicas..... | 116 |
| 3.2 Bibliotecas Digitais..... | 124 |
| 3.2.1 Digitalização..... | 128 |
| 3.2.2 Disponibilização..... | 133 |
| 3.2.3 Propostas Legislativas..... | 136 |
| Considerações Finais..... | 139 |
| Bibliografia..... | 145 |

INTRODUÇÃO

A educação é talvez o mais importante dos direitos sociais¹. É o processo pelo qual a sociedade deliberadamente transmite seus conhecimentos, habilidades e valores acumulados, de uma geração para outra. É fator chave para o crescimento e o desenvolvimento, e, ainda mais importante, para que estes existam de forma sustentável. A biblioteca, por sua vez, é o expoente desta função educacional específica – coletar e organizar a informação, e sistematizar o acesso a ela; a biblioteca age como repositório das informações gerativas do conhecimento.

A maioria do conteúdo educacional e de pesquisa existentes, que compõem a maior parte dos acervos, está sujeita ao exclusivo de direito autoral. Mas ainda que bibliotecários tomem medidas para prevenir a infração de tais exclusivos, sua responsabilidade final é providenciar o acesso à obras e serviços informacionais, e não fazer valer direitos autorais. Ao mesmo tempo, o próprio conceito da instituição “biblioteca” está sendo colocado em cheque pela digitalização de acervos e por iniciativas de acesso aberto (*open access*). Alguns autores afirmam que ela corre o risco de deixar de ser considerada como estratégica, técnica ou economicamente importante².

Resta clara a tensão estrutural inata à função do bibliotecário: há que se permitir o acesso e não desrespeitar direitos de terceiros, que em muitos casos colidem com este mesmo acesso. Obter tal equilíbrio não é tarefa muito fácil, já que as regras de direito autoral exigem conhecimento técnico-jurídico apropriado para sua interpretação. O Código de Ética do Bibliotecário não faz referência ao tema, mas estabelece que aquele deve “observar os ditames da ciência e da técnica, servindo ao poder público, à iniciativa privada e à sociedade em geral”, bem como “respeitar leis e normas estabelecidas para o exercício da profissão”, e “interessar-se pelo bem público”³. O Código de Ética da *American Library Association* (ALA) nota que o reconhecimento e o respeito pelos direitos de propriedade intelectual são princípios que

-
- 1 Tanto é assim que é o primeiro a ser citado como tal em nosso texto constitucional, em seu 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”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).
 - 2 SALO, Dorothea. "Innkeeper at the Roach Motel." *Library Trends* 57:2 (2008). Disponível em 20/02/11 em <http://digital.library.wisc.edu/1793/22088>
 - 3 Conselho Federal de Biblioteconomia. Resolução CFB n.º 42 de 11 de dezembro de 2001. Art. 2º, II e III, e Art. 8º, respectivamente.

devem nortear o processo ético de tomada de decisões; entretanto, também enfatiza que a ALA está comprometida com os princípios de liberdade intelectual e resistindo contra tentativas de censurar recursos das bibliotecas⁴.

O *Chartered Institute of Library and Information Professionals* (CILIP) do Reino Unido defende valores similares no seu Código de Práticas Profissionais⁵. Requer que seus membros defendam os interesses e necessidades legítimas de usuários da informação, mantendo os direitos legais e morais legítimos dos criadores e distribuidores da propriedade intelectual⁶, além de promover acesso equitativo para todos os membros da sociedade para informações em domínio público.

Finalmente, a *International Federation of Library Associations and Institutions* (IFLA) publicou uma declaração definindo sua posição sobre os direitos autorais. A IFLA reconhece que bibliotecários têm um papel proeminente na informação e educação de usuários sobre a importância dos direitos autorais. Entretanto, também afirma que a superproteção dos direitos autorais leva à restrições descabidas ao acesso e ao conhecimento. Nesta declaração, afirma que as leis de direito autoral devem estabelecer limites claros sobre a responsabilidade de terceiros, tais como bibliotecários, em casos nos quais o cumprimento das obrigações não pode ser executado de maneira prática ou razoável.

A IFLA afirma ainda que, a menos que seja permitido o acesso e o uso sem pagamentos por bibliotecas e cidadãos para propósitos que sejam de interesse público e em consonância com práticas justas (*fair practices*) tais como educação e pesquisa, existe um perigo que apenas aqueles que podem pagar poderão tomar proveito das vantagens da sociedade informacional. Isto levará a uma divisão ainda maior entre os “ricos e pobres informacionais”. Além disso, não deveria haver discriminação nas leis de direito autoral contra pessoas com deficiências visuais, auditivas ou de aprendizagem. A reformatação de materiais a fim de torná-lo acessível não deveria ser considerada uma infração de direitos autorais, e sim medida de acesso razoável⁷.

Para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual

-
- 4 American Library Association. Code of Ethics. Disponível em 20/02/11 em <http://www.ala.org/ala/issuesadvocacy/proethics/codeofethics/codeethics.cfm>
 - 5 Chartered Institute of Library and Information Professionals . Code of Professional Practice for Library and Information Professionals. Disponível em 20/02/11 em <http://www.cilip.org.uk/get-involved/policy/ethics/Pages/code.aspx>
 - 6 Interessante notar que o código britânico explicita a distinção entre *criadores* e *distribuidores* de artefatos culturais.
 - 7 IFLA. The IFLA Position on Copyright in the Digital Environment. Disponível em 20/02/11 em <http://www.ifla.org/en/publications/the-ifla-position-on-copyright-in-the-digital-environment>

(OMPI), poucos tópicos de propriedade intelectual, ou mesmo de políticas culturais, são tão importantes quanto as consequências das alterações estruturais revolucionárias trazidas pela tecnologia digital e a Internet, que criaram o mais poderoso instrumento para democratização do conhecimento desde a invenção do tipo móvel para impressão. Estas tecnologias introduziram fidelidade perfeita e custos marginais de reprodução de obras culturais tendentes ao zero, junto com uma capacidade inédita de distribuição de tais obras ao redor do globo com velocidade instantânea e, novamente, custos marginais tendentes ao zero⁸.

A possibilidade de acesso universal traz consigo uma questão fundamental para a sociedade, que é central na política de direitos autorais. Como a sociedade pode tornar as obras culturais disponíveis para o maior público possível, a preços acessíveis e, ao mesmo tempo, assegurar remuneração aos criadores e intérpretes e aos investidores que financiam a produção e distribuição? Como manter o equilíbrio tripartite entre autor, usuário e investidor? A tecnologia digital e a Internet tiveram, e continuarão a ter, um impacto radical sobre esses equilíbrios. Estes avanços tecnológicos fortaleceram pela primeira vez a posição do usuário; e provocaram uma forte reação principalmente por parte dos investidores, levando órgãos da indústria do entretenimento a processar usuários de seus produtos e gestionar por legislações mais restritivas. Mas parece ser uma tarefa impossível reverter o desenvolvimento tecnológico, e a mudança que ele produz. Ao invés de resistir a isso, temos de aceitar a inevitabilidade da mudança e buscar um engajamento inteligente com ela. Não há, de qualquer forma, outra escolha – ou o sistema de direitos autorais evolui e se adapta ao natural avanço que ocorreu ou corre o risco de se extinguir por irrelevância.

Nesta perspectiva é que se insere esta pesquisa. O livro digital é uma realidade, e na medida em que se popularizam *tablets* e outros equipamentos para sua leitura, estes tenderão a se popularizar cada vez mais, gerando um novo filão que promete ser particularmente rentável para o mercado editorial. Mas a digitalização traz implicações para o modo como atualmente nos relacionamos com o livro, e fere relações e direitos que hoje temos por certos. O que significa emprestar um livro digital? Caso alguém empreste determinado livro digital para outra pessoa, ambos terão acesso simultâneo à obra, ou este somente será franqueado a uma pessoa por vez? Quem fará o controle do acesso? E

8 GURRY, Francis. Future Directions in Copyright Law. Director General, World Intellectual Property Organization. Disponível em 01/03/11 em <http://www.beyondthefirstworld.com/?p=17867>

quanto ao mercado dos livros de segunda mão? O que é um livro digital “usado”? E mais: hoje desfrutamos de uma razoável expectativa de privacidade em relação aos livros; o que lemos, quando e onde, é problema pessoal de cada um. O que muda a partir do momento em que temos terceiros com acesso a tais formas de dados pessoais? O que os terceiros podem ou não fazer com tais dados?

São problemas que estão demandando análise da academia, e que são transversos à diversas cadeiras do Direito, tais como o estudo dos direitos autorais, de aspectos regulatórios e de governança, de direito tributário e de direito constitucional, em especial no relacionado a temas como privacidade, educação, cultura e direitos humanos. Cada um destes tópicos, por si, é capaz de gerar teses completas. Assim, é preciso delimitar o tema de nosso estudo. Optamos por focar a pesquisa não no livro digital, em si, mas no efeito que este apresenta para a biblioteca, instituição que tem por missão providenciar acesso à informação e ao conhecimento, quando confrontada com questões como digitalização e publicação de seus acervos; mais especificamente, nos efeitos destas questões para as **bibliotecas públicas**, porta de entrada para o conhecimento, proporcionadora das condições básicas para a aprendizagem permanente, autonomia de decisão e desenvolvimento cultural dos indivíduos e grupos sociais, e que por seu caráter público exigem formulação de políticas específicas com base nas obrigações internacionais e nos direitos fundamentais.

O primeiro capítulo da pesquisa apresenta, a partir da doutrina selecionada, conceitos sobre a sociedade informacional e suas relações com o Direito. Traz ainda as bases normativas do princípio do acesso à informação, em diversos níveis, bem como iniciativas filosóficas e auto-regulatórias para organização de informações técnicas ou intelectuais. O segundo capítulo descreve o funcionamento do sistema internacional de direitos autorais e traça um panorama de seus limites, com ênfase para as interpretações de organismos multilaterais. Por fim, o terceiro capítulo apresenta um histórico das bibliotecas e de suas bases jurídicas e normativas, observações sobre os institutos da digitalização e disponibilização de obras por bibliotecas, bem como apresenta algumas propostas legislativas no nível internacional, com as conclusões encontradas.

1. SOCIEDADE INFORMACIONAL E O PRINCÍPIO DO ACESSO

1.1 Sociedade Informacional

Vivemos numa sociedade no qual o conhecimento é fator de produção, de geração e de distribuição de poder e riqueza. Em 1945, Friederich Hayek, economista austríaco que ganharia o Prêmio Nobel de Economia (1974), publicou artigo com o título “O Uso do Conhecimento na Sociedade” (*The Use of Knowledge in Society*). Nesse texto, Hayek apontou que o complexo de decisões inter-relacionadas relativas à alocação dos recursos disponíveis na economia deveria estar baseado no conhecimento. Assinalou ainda que o sistema econômico mais eficiente seria aquele que exercesse o uso mais pleno do conhecimento existente⁹.

Sustentou ainda que o conhecimento científico não constituía certamente a soma de todo o conhecimento, e que era importante considerar a existência do conhecimento não organizado, referente à circunstâncias particulares de tempo e espaço, que resultava particularmente significativo para obtenção da eficácia desejada. Para Hayek, um dos principais problemas da política econômica estava justamente dado pela necessidade de determinar qual seria a melhor forma de utilizar o conhecimento disperso na população¹⁰.

O conhecimento é basilar, fator de integração social e construção de riquezas. Mas como ele é construído? O que é “conhecimento”? A partir dos estudos de autores como Bertalanffy e Von Foerster, dentre outros dos pioneiros do desenvolvimento do modelo cibernético, se firma a visão do processo de vida como um sistema fechado para informação e aberto para a energia, com destaque para o papel da interação e da auto-organização.

Nos termos propostos pela biologia cognitiva, o ser vivo funciona como um circuito fechado de auto-produção, no qual produtor e produto se configuram circularmente em um sistema de retroalimentação (*feedback*). Nesse processo, *conhecer* e *ser* são processos inseparáveis¹¹. O denominador comum é a circulação da

9 HAYEK, Friedrich A. The Use of Knowledge in Society. American Economic Review. XXXV, No. 4. pp. 519-30. American Economic Association. 1945. Disponível em 01/03/11 em <http://www.econlib.org/library/Essays/hykKnw1.html>

10 MONTUSCHI, Luisa. Datos, Información y Conocimiento. De la sociedad de la informacion a la sociedad del conocimiento. p. 02. Nro. 192. Universidad del CEMA: Buenos Aires, 2001.

11 PELLANDA, Nize Maria Campos. Conversações: modelo cibernético da constituição do

informação. Quanto mais difundida a informação, maior a probabilidade que esta se converta em conhecimento. Em sentido inverso, quanto maior o nível de barreiras imposto a essa circulação, menor a eficácia do sistema para a geração do conhecimento.

Os argumentos utilizados por Hayek em sua defesa do sistema de preços como o mais adequado para comunicar a informação dispersa e assegurar a sobrevivência de uma sociedade baseada na divisão do trabalho constituem a base para a compreensão de fenômenos sociais atuais. A globalização valoriza mais como atividades econômicas principais, na sociedade informacional, a ciência, informação e conhecimento, do que a produção de bens e o oferecimento de serviços. A sociologia, ao analisar as interações globais entre empresas e pessoas, aponta uma inédita compressão do espaço e do tempo pelas tecnologias da informação, uma intensificação das relações sociais em escala mundial¹².

Essas transformações sociais, que ao mesmo tempo partem da tecnologia mas também dirigem as modificações tecnológicas, têm efeitos sobre o direito, sobre a política e sobre as relações de poder. Manuel Castells observa que “uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado”¹³. Para este autor, as sociedades estão cada vez mais estruturadas em uma oposição bipolar entre a Rede e o Ser, e nesta condição de esquizofrenia estrutural entre a função e o significado, os padrões de comunicação social ficam sob tensão crescente¹⁴.

Este fenômeno traz consigo implicações diretas para o estudo do Direito, posto que, nos termos do adágio de Ulpiano, *ubi societas ibi jus*; com a mediação dos computadores e dos meios de comunicação, são geradas novas relações sociais, se alteram as relações de poder e há um aumento geral da sua complexidade, impondo não só a normatização destas condutas quanto, e fundamentalmente, uma reflexão sobre quais os valores que devem preceituar estas normas.

Neste tópico estabelecemos a terminologia básica utilizada na pesquisa e suas razões, além de expormos uma síntese das principais

conhecimento/realidade. p. 1381. Educ. Soc., Campinas, vol. 24, n. 85, p. 1377-1388, dezembro 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v24n85/a14v2485.pdf> em 14/09/09

12 GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 2ª ed. p. 527-528. Cambridge (Inglaterra): Polity Press, 1993.

13 CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. p. 39. 8a. ed. revista e ampliada. São Paulo: Paz e Terra. 2005.

14 op. cit., p. 41.

teorias adotadas como base de fundo para este estudo. São examinados ainda determinados aspectos técnicos sobre as estruturas em rede utilizadas na construção da Internet e do ciberespaço, fundamentais à análise dos modos como o Direito pode operacionalizar sua própria operação na sociedade informacional.

1.1.1 Terminologia

Manuel Castells estabelece um paralelo entre os conceitos de “informação” e “informacional”, e os termos “indústria” e “industrial”, já que uma “sociedade industrial” (um termo comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana:

Por exemplo, uma das características principais da sociedade informacional é a lógica de sua estrutura básica em redes, o que explica o uso do conceito de “sociedade em rede”[...]. Contudo, outros componentes da “sociedade informacional”, como movimentos sociais ou o Estado, mostram características que vão além da lógica dos sistemas de redes, embora sejam muito influenciados por essa lógica, típica da nova estrutura social. Dessa forma, a 'sociedade em rede' não esgota todo o sentido de 'sociedade informacional'.

A esta nova urdidura do tecido social, em prol de uma nova forma de organização das sociedades com evidente base tecnológica, Castells denomina de *Sociedade Informacional*, posto que o termo *informacional* indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas neste período histórico.

José de Oliveira Ascensão (ainda que optando pela nomenclatura de *Sociedade da Informação*) afirma serem seus elementos parcelares os programas de computadores, circuitos integrados, bases de dados eletrônicas, e a utilização de obras por computador; e que “a base universal de todos estes fenômenos é a

digitalização. É esta que permite o aparecimento e utilização de novos bens. (...) Mas a Sociedade da Informação não vive só de novos produtos. É essencial a disponibilidade de veículos ou meios de comunicação aperfeiçoados, (...), ideal (...) expresso na comunicação que se realizaria não apenas de um para vários, sem interatividade, como na radiodifusão, ou de um para um com interatividade, como no telefone; mas de todos para todos, com interatividade¹⁵.

Sem dúvida, a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia e, em especial, aquelas tecnologias que são estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podermos dizer que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades, bem como os usos que as sociedades, sempre em processo conflituoso, decidem dar ao seu potencial tecnológico¹⁶.

O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação na geração de mais conhecimento. As nações, por questões estratégicas de crescimento, precisam desenvolver políticas de informação fazendo chegar o conhecimento necessário aos que dele precisam para desenvolver pesquisas e produzir novas informações¹⁷.

Como no caso da sociedade industrial, a Sociedade Informacional partilha traços estruturais comuns, em todo o mundo: fundamenta-se na geração de conhecimento e no processar da informação, com a ajuda das tecnologias de informação baseadas na microeletrônica; organiza-se em rede; as suas principais atividades estão interligadas à escala global, funcionando como uma unidade em tempo real, graças à infra-estrutura de telecomunicações e transportes.

Esta estrutura sociotécnica desenvolve-se e expande-se com base na sua enorme capacidade de realização, tornando defasadas as formas de competitividade organizacional da era industrial, baseadas na verticalidade e inflexibilidade dos processos de gestão e implementação, menos capazes de globalizar os seus modelos operacionais.

Portanto, de certo modo, todas as sociedades evoluem no sentido de adotar traços característicos da Sociedade Informacional,

15 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e da Sociedade da Informação. p. 67-8. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

16 op. cit. p. 45.

17 WACHOWICZ, Marcos. Propriedade Intelectual & Internet: Uma perspectiva integrada à sociedade da informação. p. 87. Curitiba: Juruá, 2002.

mesmo que na maior parte do mundo esta mudança afete apenas as funções e os processos dominantes, que estão ligados às redes globais de criação de riqueza e de processamento de informações¹⁸. José de Oliveira Ascensão, entretanto, faz uma ressalva pertinente sobre este conceito:

Há um óbvio empolamento do termo: o que há é a sociedade da comunicação integral, e não a sociedade da informação. O conteúdo da mensagem transmitida não é necessariamente informação – ou só o é se entendermos informação em sentido de tal modo lato que lhe faz perder toda a precisão. Quem acede a uma página erótica ou pratica um jogo não se está a informar.

Todavia, também é verdade que, paralelamente ao avanço destes meios, se desenvolve um tipo de sociedade em que a informação passa a desempenhar um papel muito mais decisivo que anteriormente.

O salto qualitativo no domínio da informação permite a alguns qualificá-la como um *novo fator de produção*, que distinguiria ainda mais radicalmente os países que a possuem dos que a não possuem. [...]

Podemos exprimi-lo da maneira mais radical: quem domina a informação domina o mundo¹⁹.

Assim advertidos, houvemos por bem adotar para esta pesquisa, para fins terminológicos, o conceito de “Sociedade Informacional” expresso por Castells, por considerá-lo abrangente o suficiente para descrever o panorama de alterações sociais trazidos para as luzes do Direito, em decorrência da digitalização de conteúdos e da centralidade do fator “informação” à ordem do dia, sem incorrer em potenciais percalços trazidos por conceitos que se pretendem similares mas que são em fato redutores.

18 CASTELLS, Manuel. HIMANEN, Pekka. A sociedade da informação e o estado-providência. p. 04. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

19 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e da Sociedade da Informação. p. 124. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

1.1.2 Teoria Cibernética e Acesso à Informação

A relação entre a tecnologia e a sociedade é simbiótica; não é a sociedade que determina a tecnologia, nem a tecnologia que por seu lado determinará as estruturas sociais, mas o que se verifica é uma influência mútua entre uma e outra, que se constroem e se transformam, num diálogo constante. O mal-estar típico da modernidade, já denunciado por Marx no famoso *slogan* sobre o que é sólido se desmanchar no ar, apenas tem sua velocidade acentuada no ambiente digital; mas trata-se de um mesmo fenômeno, idêntico à percepção de Baudelaire sobre a Paris moderna de 1855, de Walter Benjamin discorrendo sobre a Berlim de 1930, ou ainda Marshall McLuhan acusando a televisão de três canais de *overdose* informacional em 1965²⁰.

Entretanto, a químera agora anunciada possui uma característica muito sua, muito peculiar. Pela primeira vez, ela responde; a publicação se dá *many-to-many*. Os “usuários” do sistema são também seu motores, são os criadores do conteúdo²¹, da compostagem criativa que será consumida, digerida e reciclada para a geração de mais conteúdo. A proliferação de computadores ocorrida nas últimas duas décadas, comparável com a da energia elétrica durante a Segunda Revolução Industrial, não melhora apenas as condições físicas de trabalho para toda a sociedade. O computador, com sua capacidade de armazenamento, sistematização, consulta e manipulação dinâmicas das informações, não é só um instrumento de precisão, mas uma lente de aumento sobre a capacidade intelectual do ser humano.

A literatura antecipou algumas destas implicações, e autores como Stanislaw Lem, Aldous Huxley ou George Orwell apreenderam alguns dos efeitos de sistemas de controle social baseados no processamento de informações em massa. No pós-guerra, porém, tais preocupações saíram da literatura para o campo das ciências sociais aplicadas, devido ao impacto de órgãos como o *Office of Scientific*

20 GOPNIK, Adam. Information: How the Internet gets inside us. The New Yorker. Condé Nast Digital: edição 14/02/11. p. 03. Disponível em http://www.newyorker.com/arts/critics/atlarge/2011/02/14/110214crat_atlarge_gopnik#ixz1DVBV4a3t em 09/02/11

21 Eric Schmidt, CEO do Google, afirmou na conferência *Techonomy*, em agosto de 2010, que a cada dois dias o mundo gera mais informação do que desde os primórdios da humanidade até 2003. “*The real issue is user-generated content*” (“O problema real é o conteúdo gerado por usuários”) disse Schmidt, citando fotos, mensagens de texto e *tweets* como fontes de tanta informação.

*Research and Development (OSRD)*²² dirigido por Vannevar Bush²³, e de encontros como as Conferências Macy, que entre 1946 a 1953 reuniram conceituados psiquiatras, matemáticos, antropólogos, pioneiros da informática, físicos, linguistas, psicólogos, estatísticos e outros pesquisadores de diversos ramos para estabelecimento das bases da primeira geração da teoria cibernética (ou teoria dos sistemas), que encontrou aplicações em praticamente todos os campos do saber – da química às ciências sociais, da genética à linguística.

Nos anos 60 e 70, autores como Gregory Bateson, Heinz von Foerster e Margaret Mead estabeleceram o conceito de *cibernética de segunda ordem*, incorporando noções de auto-referenciação, auto-organização e o problema sujeito-objeto²⁴, temas que seriam posteriormente introjetados por Maturana e Varela na construção do conceito de autopoiesis²⁵. Já em 1964, Robert Theobald afirmava que:

O mundo complexo de informações, para onde estamos sendo levados pela nossa tecnologia, está muito perto de sua realização. [...] Esse sistema que está surgindo desencadeará inevitavelmente forças de mudança dentro da ordem social, indo muito além das aplicações atuais e as previsíveis do computador. Afetará a maneira de pensar do homem, seus meios de educação, suas relações com seu meio físico e social, e alterará padrões de vida²⁶.

22 Órgão criado pelo governo norte-americano em 1941 para a coordenação de pesquisas científicas para propósitos militares, e que eventualmente se converteria na *National Science Foundation* (NSF).

23 Vannevar Bush publicou um influente artigo (“*As We May Think*”) em julho de 1945, no qual antecipa (até certo ponto) muitas tecnologias inventadas desde então, incluindo o fax, o hipertexto, computadores pessoais, a Internet, a *World Wide Web*, reconhecimento de fala e enciclopédias online. Ver Cap. III, item 2.1.

24 Ao observar um sistema, o pesquisador afeta e é afetado por ele.

25 Termo cunhado por tais autores para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios. Segundo esta teoria, um ser vivo é um sistema autopoietico, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos), no qual as moléculas produzidas geram a partir de suas interações a mesma rede de moléculas que as produziu. A conservação da autopoiese e da adaptação de um ser vivo ao seu meio são condições sistêmicas para a vida. Portanto um sistema vivo, como sistema autônomo, está constantemente se autoproduzindo, autorregulando, e interagindo com o meio. O meio apenas desencadeia no ser vivo mudanças possibilitadas por sua própria estrutura, e não por ação de um agente externo.

26 THEOBALD, Robert. *Cibernética e os Problemas da Reorganização Social*. p. 18. In DECHERT, Charles R. (coord.). *O impacto social da cibernética*. Edições Bloch: Rio de Janeiro, 1970.

Na primeira fase da informática, o desenvolvimento de computadores foi fortemente influenciado pelos resultados das pesquisas descritas acima, que propunham tais conceitos – realimentação (*feedback*), informação, programação, regulação, controle, entropia e sistemas complexos²⁷. O ciberespaço, materializado e virtualizado na Internet, surge como um derivado de um projeto de computação distribuída, fruto de tecnologia militar destinada a sobreviver à guerra nuclear (*Arpanet*), que contou com contribuições ou inspiração de nomes como Norbert Wiener, Von Neumann ou Parsons, pensadores destacados na construção do marco teórico cibernético, “início de uma revolução epistemológica cujo alcance só agora se começa a perceber na sua plenitude”²⁸.

Este modelo informacional conheceu uma difusão sem igual principalmente pela utilização de uma abordagem sistêmica, rompendo com a tradicional segmentação do conhecimento em campos estanques; ao analisar contradições aparentes dentro de um sistema fechado, o observador deve procurar “subir de nível”: identificar atratores (pontos de vértice) que atuarão como elementos autônomos do sistema superior. As trocas entre os diversos elementos é realizada pela “informação”. Neste sentido amplo, “informação” é qualquer troca de energia que detenha significado, em qualquer nível do sistema: entre moléculas, células, órgãos, organismos ou sociedades. O importante é o *atrator*: o ponto em que a complexidade do sistema permite que moléculas se organizem para se tornar células; células, para formar órgãos; e assim por diante.

Um dos seus postulados fundamentais trata especificamente da circulação de mensagens (fator chave na construção do conhecimento), que seria composto pela junção dos fatores “informação” (mensagem), “emissor”, “receptor” e “nível de ruído”, o qual seria inversamente proporcional à qualidade da mensagem; quanto menor o nível de ruído, melhor a qualidade da informação. O conceito de informação como fato gerador do conhecimento não surgiu por acaso; é fruto de uma nova sociedade, tecnologicamente complexa e veloz no trânsito de dados, que faz surgir novas formas de controle, baseadas no armazenamento e distribuição destas informações.

Claro está que uma definição tão abrangente de “informação” é insatisfatória para uma pesquisa jurídica cujo tema aborda os direitos

27 LEMOS, André. *Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea*. p.108. Porto Alegre: Sulina, 2002.

28 LAFONTAINE, Céline. *O império cibernético – das máquinas de pensar ao pensamento máquina*. p. 15. Instituto Piaget: 2007.

autorais (e indiretamente o direito de acesso à informação), por excessivamente ampla. A informação constitui a base das relações humanas e sociais. Sob vários graus, é também em torno dela que se estruturam e se exercem a vida científica, a vida das organizações, a vida política.

Assim, para efeitos terminológicos, adotamos nesta pesquisa o conceito proposto por Maria Eduarda Gonçalves²⁹: *informação* implica, em rigor, um estado de consciência sobre fatos ou dados; o que quer dizer que pressupõe um esforço (de caráter intelectual) que permita passar da informação imanente (dos fatos, ou dos dados brutos) à sua percepção ou entendimento, o que implica, normalmente, em sua coleta, tratamento e organização³⁰; utilizaremos-lo quando referenciado o conceito de informação, em sua forma estrita.

Não por acaso, a autora clama por uma “proposta de abordagem transdisciplinar ao Direito da Informação³¹”, que nos parece recomendação de alto quilate quando se verifica, de forma simultânea, tanto a fugacidade quanto o poder das relações sociais mediadas pela tecnologia. Mas para se fazer uso de tais informações, é necessário que elas existam, que sejam conhecidas e que se encontrem disponíveis³².

Para ganho de eficácia do sistema, é fundamental que haja circulação das informações armazenadas, aumentando assim a probabilidade de geração de conhecimento, já que a informação inerte não possui valor (um livro perdido numa estante, sem ser consultado, não dá a resposta para o problema estudado). O acesso, portanto, é fator tão fundamental quanto a própria informação; sem o acesso, a informação não cumpre seu papel.

A segunda parte deste capítulo aborda este tema específico – o acesso à informação. Antes de passarmos a este tópico, porém, nos parece necessário abordar alguns temas relativos ao *ciberespaço*, seu

29 Entretanto, o conceito cibernético de “informação como troca de energia que detenha significado” não pode ser abandonado, já que o tema exige uma abordagem sistêmica. É o caso, por exemplo, da análise do sistema de geração de artefatos culturais, que virão a ser objeto da tutela do direito autoral. As informações recebidas pelos agentes – trabalhadores criativos –, neste caso específico coincidirão com as “*atividades dos espírito humano*” protegidas pela legislação. Em todo caso, este tipo de informação “generativa”, quando referenciado, é tratado aqui sempre ressaltando seu aspecto amplo.

30 GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação*. p. 17. Coimbra: Almedina, 2003.

31 GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da Informação*. p. 13. Coimbra: Almedina, 2003.

32 WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. *in* WACHOWICZ, Marcos, e SILVA ADOLFO, Luiz Gonzaga (coord.). *Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. p. 40. Curitiba: Juruá, 2009.

funcionamento e das tentativas de controlá-lo. E, é claro, a perplexidade com a qual o Direito encara o tema.

1.1.3 Ciberespaço e Controle

A denominação “ciberespaço” foi utilizada primeiro no romance *Neuromancer*, de William Gibson, como forma de descrição de um ambiente virtual, no qual seria possível a interação entre agentes fisicamente remotos, ali representados por avatares. Da ficção científica, o termo atingiu a imprensa e a cultura popular a partir da popularização da Internet. Possui suas raízes na cibernética, “*o estudo do controle à distância através de aparelhos*”³³.

Para Pierre Lévi, o ciberespaço de Gibson tornou a "geografia móvel da informação" (normalmente invisível) em algo sensível, e como resultado o termo foi logo adotado pelos desenvolvedores e usuários das redes digitais para descrever o espaço de comunicação proporcionado pela interconexão mundial de computadores e das memórias dos computadores, incluindo aí todos os sistemas de comunicação eletrônica que transmitem informações oriundas de fontes digitais ou que sejam destinadas à digitalização.

Lévi insiste no aspecto da codificação digital, pois esta condicionaria "o caráter plástico, fluido, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e, resumindo, virtual da informação”³⁴. Seus efeitos se transportam para outras áreas sociais, como a cultura e a economia. O ciberespaço é um novo ambiente humano e tecnológico de expressão, informação e transações econômicas. Consiste em pessoas de todos os países, de todas as culturas e linguagens, de todas as idades e profissões fornecendo e requisitando informações; uma rede mundial de computadores interconectada pela infraestrutura de telecomunicações que permite à informação em trânsito ser processada e transmitida digitalmente³⁵.

Seu processo de implementação teve grande impulso a partir da publicação do protocolo de distribuição de pacotes TCP/IP. Este protocolo assegura que cada pacote de dados que trafega pela rede contenha apenas dados básicos, como seu endereço de origem e sua

33 “*The study of control at a distance through devices*”. LESSIG, Lawrence. Code and other laws of cyberspace. p. 5. Basic Books: New York, 1999.

34 LEVY, Pierre. Cibercultura. p. 92. São Paulo: Editora 34, 1999

35 KAMINSKI, Omar. A Internet e o ciberespaço. Jus Navigandi: Set/2000. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1770/a-internet-e-o-ciberespaço> em 25/01/11

destinação final (no que se convencionou denominar *end to end design*). Tal arquitetura aberta faz com que cada pacote busque o caminho mais eficiente entre os dois pontos; roteamento necessário para desviar de, por exemplo, servidores de rede bombardeados por inimigos, coerente com seu objetivo militar primevo: uma rede de comunicações capaz de sobreviver à guerra nuclear.

Foi esta disposição, de determinada arquitetura de controle não planejada, que criou o ciberespaço. A rede de telefones de propósito único, com pedágios (*tolls*), foi tirada de lugar pela rede multi-propósito, não-pedagiada, de troca de pacotes de dados. E assim as velhas arquiteturas de publicação *one-to-many* (televisão, rádio, jornais, livros) foram complementadas por um mundo no qual *qualquer um podia publicar*³⁶; o monopólio da circulação da informação parecia fadado ao lodo da História, como um fóssil de uma época remota.

Essa concepção do ciberespaço como a realização de um ideal libertário gerou alguns frutos interessantes. Um exemplo típico desta linha de pensamento foi a *Cyberspace Independence Declaration*, de John Perry Barlow (1996), na qual o autor afirma que “*estamos criando um mundo no qual qualquer pessoa, em qualquer lugar, pode expressar suas crenças, não importando quanto singular estas forem, sem medo de ser coagido ao silêncio ou à conformidade*”³⁷. Outras declarações deste manifesto diziam respeito a um suposto caráter anti-jurisdicional que seria inato à Internet (em função de sua desterritorialidade), ou ainda à impossibilidade da coerção física (*ultima ratio* do aparato estatal) em tal ambiente, o que tornaria a atuação dos detentores do poder restrita e limitada.

Este discurso – que não se limitou aos escritos de Barlow, mas ecoou em boa parte do então nascente mundo digital –, apesar de seu apelo emocional, sua justaposição direta com princípios e valores da contracultura³⁸ e de suas boas intenções, não corresponde ao que se verificou na *net* nos quinze anos que se passaram desde então; ao contrário, o que se observa hoje é a cada vez maior facilidade de controle (*surveillance*) que governos e grandes corporações detêm sobre

36 LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. Basic Books: New York, 1999. p.4.

37 “*We are creating a world where anyone, anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular; without fear of being coerced into silence or conformity*”. BARLOW, John Perry. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Disponível em <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> em 25/01/11.

38 Fato natural, já que as origens da Internet para uso civil estão intimamente relacionadas com o ambiente acadêmico da Califórnia do final dos anos 60.

a rede³⁹. Isto ocorre por que, à medida em que a vanguarda atua na exploração das possibilidades da rede, a reação não demora a se apropriar de tais conceitos e aplicá-los em proveito próprio.

Tal mecanismo não é novo. Por exemplo, a idéia de que o nascimento da imprensa trouxe consigo uma nova ordem de informação, democrática e “de baixo para cima” (*bottom-up*), é uma paródia cruel da verdade. Se é verdade que a imprensa foi o estopim da Reforma, uma de suas ideias centrais foi o absolutismo anti-semita de Lutero. E o que se seguiu à Reforma não foi o Iluminismo, mas a Contra-Reforma, a qual utilizou os mesmos meios – livros impressos – para disseminar sua doutrina, detonando o estopim de cem anos de guerras religiosas. No final no século XVIII, Voltaire ainda estava escrevendo livros sobre os horrores daqueles outros livros, que incitavam a queimar homens vivos em autos-de-fé⁴⁰.

Como demonstram os estudos sobre redes complexas (das quais a Internet é um exemplo), estas se caracterizam como sistemas nos quais a falha em um nó chave pode desencadear um evento danoso⁴¹. Na medida em que *monopólios* (uma estrutura de mercado caracterizada por um único vendedor) detenham o controle do acesso e da infraestrutura, e em que *monopsônios* (uma estrutura de mercado caracterizada por um único comprador) controlem a agregação e a distribuição do conteúdo gerado pelo usuário, aumentam as possibilidades de controle por parte de autoridades, que limitam-se a agir apenas sobre determinados pontos focais (*hubs*)⁴².

É por este motivo que a estrutura emergente de mercado da Internet é uma ameaça ao seu potencial de utilização pelas pessoas como uma ferramenta para a democracia. Se o bazar não é a catedral⁴³, ainda

39 Exemplo claro foi a ordem do governo egípcio para que todas as formas de comunicação em massa do país, incluindo o acesso à internet, redes móveis e SMS, fossem bloqueados no final de janeiro de 2011, durante episódio da revolução popular exigindo abertura democrática naquele país. Mas é importante ressaltar que tal decisão tem seu preço: os governos dos países tecnicamente desenvolvidos não podem interromper telecomunicações sem incorrer em custos econômicos significativos e em pressões sociais e políticas, contribuindo para minar sua base de apoio e poder.

40 GOPNIK, Adam. Information: How the Internet gets inside us. The New Yorker. Condé Nast Digital: edição 14/02/11. Disponível em http://www.newyorker.com/arts/critics/atlarge/2011/02/14/110214craat_atlarge_gopnik#ixz21DVBV4a3t em 09/02/11

41 SOLÉ, Ricard. *Redes complejas. Del genoma a Internet*. p. 18. Tusquets Editores: Barcelona, 2009. De acordo com o autor, existem inúmeros pontos de rede “especialistas”, com poucas conexões com outros pontos; e alguns pontos “generalistas”, que se conectam com muitos outros pontos. Se o ataque ocorre num ponto “generalista”, toda a rede tende a se ressentir.

42 Ver item 1.2.2, abaixo.

43 “A catedral e o bazar” é um artigo famoso de Eric S. Raymond sobre métodos de

maior é sua distância da ágora; para que o mercado funcione, é necessária a existência de um conjunto de valores diverso daquele exigido para a atuação política; ele demanda garantias, segurança e certificação⁴⁴. Isso corresponde a imprimir funções de, e delegar poderes para, intermediários na rede: autenticadores, serviços de busca, provedores de acesso, câmaras de compensação, operadoras de cartões de crédito, redes sociais privadas – *third-parties*, enfim, que sem dúvida são úteis para os negócios do dia-a-dia, mas que também são sensíveis à pressões de governos, pois *eles próprios* estão sujeitos à jurisdições, e à coerção.

1.2 Sociedade Informacional e Direito

É neste contexto – a luta pelo controle da circulação do conhecimento – que passamos à análise dos modos como o Direito busca se adaptar à Sociedade Informacional, e como contribuir para o desafio de promover a mudança do sistema de valores para obter um sistema compatível com as exigências da dignidade humana e da sustentabilidade ecológica⁴⁵.

A teoria cibernética não passou ao largo do exame de suas implicações para o Direito. Norbert Wiener afirma, no clássico “Cibernética e Sociedade”, que “a lei pode ser definida como o controle ético aplicado à comunicação, e à linguagem enquanto forma de comunicação, especialmente quando tal aspecto normativo esteja sob mando de alguma autoridade suficientemente poderosa para dar às suas decisões o caráter de sanção social efetiva”.

Seria o Direito “o processo de ajuste dos 'acoplamentos' que ligam o comportamento dos diferentes indivíduos de maneira tal que aquilo a que chamamos justiça possa ser levado a cabo, e as disputas evitadas, ou, pelo menos, decididas judicialmente. Dessarte, a teoria e

engenharia de software, baseado em suas observações do processo de desenvolvimento do *kernel* do Linux e suas experiências gerenciando um projeto de código aberto (*fetchmail*). Examina as diferenças entre projetos de design *top-down* e *bottom-up*, identificando vantagens óbvias neste último, e reúne diretrizes para a criação de bons softwares *open source*.

44 Essa, aliás, é uma das diferenças entre o bazar na vida real e na vida *online*: o nível de certificação exigido para realizar transações. Na barraca da rua, preciso apenas de uma presença física e do meio de pagamento; se tenho o dinheiro, levo a mercadoria, sem perguntas. No meio *online*, preciso fornecer diversas informações pessoais (dados de cadastro), certificadas por terceiros, que *me conectam* àquele fornecedor e àquele transação específica, além de *deixar rastros digitais* sobre a negociação.

45 CAPRA, Fritjof. *As Conexões Ocultas: ciência para uma vida sustentável*. p.219. São Paulo: Cultrix, 2002:

prática da lei envolve dois grupos de problemas: os de seu propósito geral, de sua concepção de justiça; e os da técnica pela qual esses conceitos de justiça possam ser tornados efetivos”. O autor prossegue:

Formulemos assim a questão: o primeiro dever da lei, qualquer que sejam o segundo e o terceiro, é o de saber o que deseja. O primeiro dever do legislador ou juiz é o de fazer formulações claras, isentas de ambiguidades, que não apenas os especialistas, mas também o homem comum da época, interpretarão de uma – e de uma só – maneira.

A técnica de interpretação de julgamentos passados deve ser de tal espécie que o advogado saiba não apenas o que um tribunal disse, como até mesmo, com grande probabilidade, o que o tribunal irá dizer. Dessarte, os grandes problemas da lei podem ser considerados problemas de comunicação e cibernética - vale dizer, problemas de controle sistemático e reiterável de certas situações críticas⁴⁶.

Passados quase cinquenta anos desde sua publicação, a visão de Wiener sobre a tipologia legal nos parece um tanto redutora e determinística, em especial no que diz respeito ao modo em que pretende aclarar as formulações “isentas de ambiguidade” dos legisladores⁴⁷ com verdadeiro ardor positivista. Mas seus conceitos sobre a concepção da lei como o controle ético da comunicação, bem como de técnicas para garantir sua efetividade, são ferramentais muito bem vindos. Todo direito subjetivo é resultante de uma pluralidade de disposições, umas positivas outras negativas; de poderes e vinculações. Não há direitos absolutos. A vinculação não é exceção, é uma manifestação tão normal como a do poder. O direito subjetivo é resultante deste complexo de preceitos⁴⁸.

Neste sentido, fundamental citar o trabalho de Niklas Luhmann e sua *teoria dos sistemas sociais*. Foi pioneiro ao apreender para o campo do Direito as implicações da teoria cibernética. Luhmann

46 WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade – o uso humano de seres humanos*. p. 104-109. São Paulo: Editora Cultrix, 1993.

47 Este pesquisador deseja os melhores votos de boa fortuna a quem lograr produzir tal técnica.

48 ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fair use no direito autoral*. p. 73. Revista Forense, v. 365. Rio de Janeiro: Forense, Jan/Fev 2003.

interpreta a sociedade como um sistema: isto é, ela é observada através da distinção sistema / meio. Foi aluno de Talcott Parsons, talvez um dos mais influentes sociólogos do século XX⁴⁹. Inicialmente em sua obra recorre aos instrumentos da teoria geral dos sistemas, sobretudo às mudanças paradigmáticas que ocorreram nos anos 70 e 80, em função de novas descobertas nas ciências exatas e biológicas, com especial ênfase para os trabalhos de Maturana e Varela⁵⁰.

Mas enquanto estes se limitam à análise do conceito da *autopoiesis* aplicado a sistemas vivos (isto é, compostos por organismos vivos), Luhmann o amplia para todos os sistemas em que se pode observar um modo de operação específico e exclusivo, que são, na sua opinião, os sistemas sociais e os sistemas psíquicos. Ele equipara o funcionamento estrutural de tais sistemas com as demais redes complexas. As operações básicas dos sistemas sociais são comunicações. As operações básicas dos sistemas psíquicos são pensamentos. As comunicações dos sistemas sociais se reproduzem através de comunicações, e pensamentos se reproduzem através de pensamentos. Fora dos sistemas sociais, não há comunicação e fora dos sistemas psíquicos não há pensamento.

Ambos os sistemas operam fechados em termos estruturais, no sentido de que as operações que produzem os novos elementos do sistema dependem das operações anteriores do mesmo sistema e são, ao mesmo tempo, as condições para futuras operações. Esse fechamento é a base da autonomia do sistema⁵¹. Ou em outras palavras, nenhum sistema pode atuar fora das suas fronteiras. É válido ressaltar que o conceito da *autopoiesis* em nenhum momento vem negar a importância do meio para o sistema, pois, lembrando, sem meio não há sistema⁵².

49 Parsons liderou o departamento de sociologia de Harvard por quase meio século. Apresentou a *teoria da ação (action theory)* como forma de integrar o estudo da ordem social com os aspectos voluntarísticos de macro e micro fatores. Em outras palavras, procurou uma tentativa de manter o rigor científico do positivismo, ao mesmo tempo em que admite a necessidade da “dimensão subjetiva” da ação humana, incorporada aos tipos hermenêuticos da teoria social.

50 Estes autores desenvolveram o conceito de *autopoiese*, que explica como se dá o fechamento dos sistemas vivos em redes circulares de produções moleculares, no qual as moléculas produzidas junto com suas interações constituem a mesma rede que as produziu e especificam seus limites. Ao mesmo tempo, os seres vivos se mantêm abertos ao fluxo de energia e matéria, enquanto sistemas moleculares. Assim, os seres vivos são “máquinas”, que se distinguem de outras por sua capacidade de auto-produzir-se. A teoria geral dos sistemas apresenta-se hoje como teoria de sistemas auto-poiéticos, auto-referenciais e operacionalmente fechados.

51 Ressalve-se: tal fechamento há de ser *estrutural*. Tratam-se de sistemas que são abertos ao fluxo de energia e matéria, como notado anteriormente.

52 MATHIS, Armin. A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Disponível em http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf em 25/01/11.

Assim, os trabalhos de Luhmann postulam que o Direito, em seu viés autopoietico, se recria com base nos seus próprios elementos. Esta autorreferência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo, movendo-se com base em seu código binário (direito/não-direito). Tal característica permitiria a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual. Wiener, Luhmann e outros autores mais, como Vannevar Bush ou Gregory Bateson, foram, ou são, a seu modo, precursores e visionários, cujos trabalhos e pesquisas ajudaram a moldar os primórdios do que hoje convencionamos denominar como sociedade informacional, e abriram searas teóricas basilares para a moderna doutrina.

1.2.1 Produção Social e Transformação Criativa

Um dos principais expoentes acadêmico atual das relações entre o Direito e a Sociedade Informacional é o advogado e professor americano Lawrence Lessig. A partir de sua influente obra “*Code and Other Laws of Cyberspace*” (1999), Lessig constrói a noção de que códigos de computador (o que ele chama de “*west coast code*”, em alusão à localização geográfica das empresas do Vale do Silício) podem regular as condutas de forma similar aos códigos jurídicos (“*east code*”, por oposição, numa referência à cidade de Washington). Assim como a arquitetura no espaço físico, o código serve como limitador da ação na Internet (não necessariamente no sentido negativo, mas muitas vezes usado para restringir a liberdade do internauta); ao nos depararmos com uma página *web*, por exemplo, nossas opções de conduta estão restritas aos *links* que estão lá dispostos.

Por sua vez, o código / arquitetura modifica o “equilíbrio necessário” dos usos possíveis de conteúdos no ciberespaço. Mais do que qualquer outro espaço social, o ciberespaço seria controlado ou não dependendo da arquitetura, ou código, de tal espaço. Se é possível o licenciamento (ou seu inverso, a proibição) de qualquer aspecto de uso de obras (por meios de “sistemas confiáveis” (*trusted*), criados por código), então nenhum uso possível teria a proteção dos limites e do *fair use*; em suas palavras, “*code can, and increasingly will, displace law as the primary defense of intellectual property in cyberspace. Private fences, not public law*”⁵³: cercas privadas, e não lei pública. Em outras

53 LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. Basic Books: New York, 1999. p. 126.

palavras, de nada adianta a garantia de determinados direitos de uso na Lei se as opções arquitetônicas implementadas impedem seu exercício efetivo.

Isso significa que reguladores, e aqueles buscando proteger o ciberespaço de determinadas formas de regulação, precisam focar não apenas no trabalho dos legisladores, mas também no dos tecnólogos. Os objetivos daqueles interessados em proteger certas liberdades no ciberespaço devem, portanto, levar em conta esta junção da lei com o código hoje existente, e como ela provavelmente vai evoluir. E, paradoxalmente, a falha de regulação efetiva tende a enfraquecer os valores de liberdade de expressão no ciberespaço, já que favorece os detentores do poder econômico. Mas por que os “valores de liberdade de expressão” são mais ou menos importantes no ciberespaço? Existe alguma característica intrínseca ao ciberespaço que implique que tais valores são (ou deveriam ser) tratados de forma diferenciada daqueles praticados no mundo físico? Se sim, por quê isso ocorre?

Yochai Benkler discute estas questões em sua obra “A Riqueza das Redes”, afirmando que informação, conhecimento e cultura são centrais para a liberdade e o desenvolvimento humano. A forma como são produzidos e trocados em nossa sociedade afeta criticamente nossa visão do mundo como ele é e como poderia ser; quem decide essas questões; e como nós, como sociedades e governos, vimos a entender o que pode e o que deve ser feito.

Durante mais de 150 anos, afirma ele, democracias modernas complexas têm dependido em grande medida de uma economia industrial da informação para estas funções básicas. Nos últimos 15 anos, entretanto, nós começamos a ver uma mudança radical na organização da produção de informação. Habilitados pela mudança tecnológica – e pelo pequeno lapso temporal decorrente desde então – estamos observando uma série de adaptações econômicas, sociais e culturais que tornam possível uma transformação radical na forma como construímos o ambiente informacional que ocupamos como indivíduos autônomos, cidadãos e membros de grupos culturais e sociais. E continua:

Parece ultrapassado hoje em dia falar da "Revolução da Internet". Em alguns círculos acadêmicos, isto é verdadeiramente ingênuo. Mas não deveria ser. A mudança trazida pelo ambiente da rede de informações é profunda. É estrutural.

Ela vai até as bases de como mercados e democracias liberais têm co-evoluído por quase dois séculos⁵⁴.

Para Benkler, a rede cria uma forma de produção essencialmente nova, que seria o que denomina de *commons-based peer production* (produção colaborativa com bases comuns). Em sua interessante análise da questão pelo prisma econômico, sustenta que:

Na economia de informação em rede, o capital físico necessário para a produção é amplamente distribuído pela sociedade. Computadores pessoais e conexões de rede são ubíquos. Isso não significa que eles não possam ser usados por mercados, ou que indivíduos deixem de buscar oportunidades de mercado. Isso significa, porém, que sempre que alguém, em qualquer lugar, dentre os bilhões de seres humanos conectados, e em última instância dentre todos os que estarão conectados, queria fazer alguma coisa que requeira criatividade humana, um computador e uma conexão de rede, ele ou ela poderá fazê-lo sozinho, ou em cooperação com outros. Ele ou ela já tem a capacidade de capital necessário para tanto; se não sozinho, então pelo menos em cooperação com outros indivíduos agindo por razões complementares. O resultado é que significativamente mais daquilo que os seres humanos dão valor pode ser feito por indivíduos, que interagem uns com os outros socialmente, como seres humanos e como seres sociais, ao invés de como agentes de mercado por um sistema de preços⁵⁵.

A infra-estrutura comum (os *commons*, ou “baldios”, como querem alguns) estaria representada pela própria rede. Na economia industrial em geral, e na economia industrial da informação também, a maioria das oportunidades para se fazer coisas que eram valiosas ou

54 BENKLER, Yochai. A Riqueza das Redes. Cap. 01. Disponível em http://cyber.law.harvard.edu/wealth_of_networks/index.php?title=A_Riqueza_das_Redets_-_Cap%C3%ADtulo_1 em 25/01/11

55 BENKLER, Yochai. A Riqueza das Redes. Cap. 01. Disponível em http://cyber.law.harvard.edu/wealth_of_networks/index.php?title=A_Riqueza_das_Redets_-_Cap%C3%ADtulo_1 em 25/01/11

importantes para muitas pessoas eram restritas pelo capital físico necessário para que fossem feitas. Financiar o capital físico, por sua vez, forçosamente orientava projetos que necessitavam de inversões na direção de estratégias de produção e organização que justificassem tal investimento.

Em economias de mercado isso significava orientar investimentos na direção da produção de mercado. Em economias geridas pelo estado, isso significava orientar a produção na direção dos objetivos da burocracia estatal. Em qualquer caso, a liberdade individual prática de cooperar com outros na elaboração de coisas de valor era limitada pela extensão dos requerimentos de capital da produção. Ikujiro Nonaka afirma que:

Em uma economia onde a única certeza é a incerteza, apenas o conhecimento é fonte segura de vantagem competitiva. Quando os mercados mudam, as tecnologias proliferam, os concorrentes se multiplicam e os produtos se tornam obsoletos quase da noite para o dia, as empresas de sucesso são aquelas que, de forma consistente, criam novos conhecimentos, disseminam-nos profusamente em toda a organização e rapidamente os incorporam em novas tecnologias e produtos. Essas atividades caracterizam a empresa 'criadora de conhecimento', cujo negócio exclusivo é a inovação contínua⁵⁶.

Assim, parece claro que, numa economia do conhecimento, os investimentos serão também orientados para a criação do conhecimento. Este conhecimento vai se refletir nos novos produtos e processos, mas também servirá para a construção de novos artefatos culturais (como livros, filmes, imagens e músicas). Ao contrário de seus congêneres distribuídos na economia de mercado, as obras produzidas no ambiente digital não demandam insumos físicos para sua circulação; a Internet trouxe consigo a virtualização do conteúdo (a obra artística, a produção científica, os recursos educacionais), sem perda de qualidade. A fronteira entre a cópia e o original se dilui⁵⁷, já que, uma vez contabilizados os

56 NONAKA, Ikujiro. A empresa criadora de conhecimento. In: HARVARD BUSINESS REVIEW. Gestão do Conhecimento. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. p.32. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

57 Walter Benjamin, em seu influente ensaio "A Obra de Arte na Era de sua

custos de produção da matriz original (*master copy*) a feitura de cópias se restringe a *strings* de *bits*, sequências de zeros e uns.

Logo, a lógica econômica deixa de ser aquela da escassez⁵⁸, para aplicarmos o conceito de compartilhamento: o custo de duplicação do artefato cultural cai exponencialmente, tendendo a zero – possibilitando, em tese, sua circulação de forma acentuada. Na mesma medida, caem também as possibilidades de fiscalização e controle das reproduções, já que muitas vezes tais ações se dão fora do âmbito comercial, de modo privado.

Mas os custos de produção da matriz original podem ser bastante significativos, exigindo inversões de capital de grande valor. Herscovici pontua o tópico desta forma:

(...) o processo de substituição capital-trabalho só pode aplicar-se nas fases técnicas que concernem à reprodução dessa matriz original. Enquanto os ganhos de produtividade são realizados nessas fases técnicas, a fabricação da matriz original segue uma lógica semelhante à produção das artes cênicas. Se os custos técnicos diminuem, os custos artísticos aumentam. O custo total cresce a partir do aumento em que o aumento dos custos artísticos seja mais importante que a queda dos custos técnicos⁵⁹.

Pelo lado da demanda, os bens culturais distinguem-se também por apresentarem características de bens não-rivais, ou seja, o fato de uma pessoa ver ou consumir um filme ou programa de televisão não exclui outras pessoas de também o fazerem simultaneamente. Como no caso dos bens públicos, portanto, o consumo se dá de forma coletiva ou não-exclusiva, sem rivalidade entre os consumidores. Pelo lado da

Reprodutibilidade Técnica”, descreve os detalhes deste processo do que chama de perda de “aura”, uma qualidade cültica resultante da singularidade e distância do mundo ordinário apresentados por uma obra de arte. Para ele, a aura artística é perdida com sua reprodução mecanizada; ainda assim, este processo detém um caráter potencialmente emancipatório. O ensaio pode ser encontrado em várias traduções na rede. A versão consultada estava disponível na íntegra em inglês em <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm> em 15/03/10

- 58 A economia da escassez postula a natureza limitada dos meios disponíveis em relação aos fins que as pessoas têm em suas ações. É definida como o caso onde, num preço nulo, a oferta de um bem é menor do que a demanda. Um bem abundante é assim classificado quando, num preço nulo, sua oferta ainda é superior a procura.
- 59 HERSCOVICI, Alain. Elementos teóricos para uma análise econômica das produções culturais. p.123. Análise e Conjuntura, Belo Horizonte, v.5. n. 03, set/dez 1990.

oferta, esse caráter é reforçado pelos baixos custos de reprodução de cópias para distribuição. Isso implica que, uma vez incorridos os custos de produção da matriz original, os custos de se acrescentar novos espectadores são insignificantes. O custo total de oferta dos bens culturais praticamente não é afetado pelo número de consumidores e, conseqüentemente, a lucratividade é diretamente proporcional ao número de espectadores⁶⁰.

Os baixos custos de reprodução das cópias contrastam com os altos custos de produção das matrizes originais que, como obras artísticas únicas, constituem casos limites de diferenciação de produtos. Este raciocínio é particularmente aplicável ao setor do audiovisual, que exige grandes inversões de capital. Cada filme ou outro audiovisual é um produto novo feito por encomenda que requer contratações (no mercado) de mão de obra e serviços especializados nas mais diversas etapas do processo criativo, produtivo e comercial – da aquisição dos direitos autorais até o arrendamento do local de exibição. Devido a isso, os investimentos possuem um caráter irreversível⁶¹. E é por tal razão que a estratégia de mercado clássica se fundamenta no controle da demanda, com apoio da legislação; e não é outro o motivo da crise instaurada a partir do momento em que as ferramentas de reprodutibilidade das obras encontram-se ao alcance de qualquer pessoa, na forma de computadores pessoais. Mas ainda mais importante do que o impacto que o mundo virtual causa no modelo jurídico protetivo atual, baseado no controle de circulação de cópias, é observar quais seriam as características singulares deste novo modo. Benkler afirma que:

Algumas vezes, (...) essas colaborações fora do sistema de mercado podem ser melhores no esforço motivacional e podem permitir pessoas criativas trabalharem em projetos de informação mais eficientemente que os mecanismos tradicionais corporativos e de mercado. O resultado é um setor florescente de produção de informação, conhecimento e cultura fora do sistema de mercado, baseado no ambiente de rede, e aplicado a qualquer coisa que muitos indivíduos

60 DUARTE, L.G., e CAVUSGIL, S. T. Internationalization of the Video Industry: Unresolved Policy and Regulatory Issues. p. 88-99. Columbia Journal of World Business 31(3), 1996.

61 Ministério da Cultura. Secretaria para o Desenvolvimento do Audiovisual. Economia da Cultura. s/d. Disponível em http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=185&Itemid=99999999 em 15/03/11

conectados podem imaginar. Seus resultados, por sua vez, não são tratados como propriedade exclusiva. Eles são, ao contrário, objeto de uma crescentemente robusta ética de compartilhamento aberto, aberto para que todos os demais construam a partir deles, estendam, e façam o deles próprios⁶².

Ética de compartilhamento aberto. Benkler é um economista respeitado, professor de Harvard, com credenciais luminosas. Seus trabalhos se apoiam em dados econômicos e sociais sólidos. Entretanto, ele identifica, como um dos componentes centrais do que seria este novo modo de produção, um conceito que também pode ser encontrado nas raízes mais profundas da sub-cultura *hacker*, que moldou os primórdios da Internet⁶³. Quais os motivos para que isso ocorra?

A resposta é simples: verificada a existência da infra-estrutura e dos recursos necessários para que isto se dê sem demandas excessivas em qualquer das partes, os humanos tendem a *cooperar* ao invés de *competir*, para benefício mútuo⁶⁴. “Humanos não são especiais por conta de seus cérebros grandes; não é esta a razão pela qual podemos construir foguetes espaciais – nenhum indivíduo consegue isso. Nós produzimos foguetes por que 10.000 indivíduos cooperam na produção da informação necessária para tanto”⁶⁵.

Assim, se alguém desenvolve um sistema de computação baseado em objetos, por exemplo, lhe é muito mais simples recorrer a uma *biblioteca pública* que disponha de diversas classes de objetos comuns, e utilizar um (ou vários) daqueles modelos (*templates, scripts*)

62 BENKLER, Yochai. A Riqueza das Redes. Cap. 01. Disponível em http://cyber.law.harvard.edu/wealth_of_networks/index.php?title=A_Riqueza_das_Reddes_-_Cap%C3%ADtulo_1 em 25/01/11

63 Em 1986 foi publicado, de forma anônima, um texto intitulado “*A Hacker Manifesto*”, pedra angular da cultura hacker, que proclamava que “*We seek after knowledge... and you call us criminals. (...) My crime is that of curiosity*” (*Nós buscamos o conhecimento... e você nos chama de criminosos. Meu crime é de curiosidade*). Até hoje a comunidade hacker queixa-se da confusão feita pela imprensa (e por parte da academia) entre *hackers* (que seriam pessoas curiosas, interessadas no conhecimento) e *crackers* (indivíduos mal intencionados, dotados de habilidade técnica).

64 É famoso o episódio narrado pela antropóloga Margaret Mead em seus estudos sobre o tabu do incesto entre os índios Arapesh, que bem ilustra a questão. Em sua pesquisa, ela descobriu razões concretas para o tabu baseadas na sustentabilidade da comunidade. “Você não quer um cunhado?”, teria respondido um dos indígenas. “Se você casar com a irmã de outro homem, e sua própria irmã casar com um terceiro, você terá dois cunhados. Se você casar com sua irmã, não terá nenhum. Com quem você vai caçar e arar os campos? Quem você vai visitar?”.

65 WADE, Nicholas. Supremacy of a Social Network. The New York Times, 14/03/11.

livremente disponíveis, do que reinventar a roda a cada projeto. Esse modo de produção, identificado primeiramente com o modelo de construção do software livre⁶⁶, rapidamente se espalhou para outras formas de produção de conteúdos, em função das facilidades generativas propiciadas pelo ambiente digital. É cada vez mais comum a produção cultural descentralizada; e mesmo nos casos em que é necessário o esforço de grandes equipes (como no cinema), os custos de produção caíram de forma vertiginosa, com o consequente aumento na oferta de tais bens.

Além disso, as ferramentas hoje disponíveis tornam possível não apenas o trabalho colaborativo, mas também o exercício cada vez mais eficaz da *transformação criativa*: o mecanismo pelo qual o artista se apropria de trechos de artefatos culturais pré-existentes para instrumentalizar de forma determinante certas manifestações artísticas e sociais, democratizando e socializando as possibilidades de criação.

Tal conceito não é novo. Desde tempos imemoriais a humanidade tem se utilizado de tradições passadas para a construção do novo. Em 1872, um estudante de assiriologia (ciência que abrange o estudo dos povos da Mesopotâmia que praticavam a escrita cuneiforme) chamado George Smith, quando estudava a epopeia de Gilgamesh, viu-se diante da narrativa de um dilúvio da tradição sumeriana incorporado ao texto. Esta descoberta revelava que a grande inundação não era uma exclusividade da Bíblia, mas que fazia parte de uma literatura antecedente⁶⁷, tendo sido incorporada pela tradição judaica.

O fenômeno se repete ao longo da história; na Grécia clássica, as obras de Homero representam, de acordo com numerosas fontes, compilações da tradição oral de diversos autores. Há uma ligação direta entre “*Priamo e Thisbe*”, de Ovídio, “*Os Noivos*”, de Alessandro Manzoni, “*Romeu e Julieta*” de Shakespeare, e “*West Side Story*” de Leonard Bernstein; Daniel Defoe, quando escreveu “*Robinson Crusoe*”, bebeu em diversas fontes da literatura portuguesa⁶⁸; Vladimir Nabokov

66 Software livre é aquele no qual sua licença permite acessar, modificar e redistribuir o código-fonte. Licenças que exigem que a redistribuição seja feita pela mesma licença são conhecidas como *copyleft*. Ver item 3.2, abaixo.

67 CAMPOS, Arnaldo. Breve história do livro. p. 31. Porto Alegre: Mercado Aberto / Instituto Estadual do Livro, 1994.

68 "In giving shape to *Robinson Crusoe*, the main character, Daniel Defoe must have sought his inspirations in a man who had once lived alone for many years on St Helena island and whose story had been recorded by three Portuguese writers, João de Barros, Fernão Lopes de Castanheda and Gaspar Correia. Furthermore, as we progress through the book, we come across instances which resemble well-known episodes from *Os Lusíadas*, *A Peregrinação*, *O Esmeraldo de Situ Orbis*, *As Décadas da Ásia*, *Lendas da Índia* and other Portuguese texts of the fifteenth and sixteenth

escreveu “*Lolita*” ecoando um enredo redigido quarenta anos antes dele pelo jornalista alemão Heinz von Lichberg, e assim por diante. Exemplos ainda mais radicais incluem os experimentos literários dos surrealistas, retomados por William Burroughs com seu método de *cut-up*⁶⁹, literalmente cortando textos de terceiros e remontando-os para que adquirissem novos significados.

De modo análogo, tal fenômeno não se restringiu ao campo da literatura. O surrealismo se notabilizou pela mudança de contextos de objetos tradicionais (é o caso de Marcel Duchamp e seus urinóis e rodas de bicicletas). Para a Estética, a discussão dos conceitos de *cópias* versus *originais*⁷⁰ remonta à Escola de Frankfurt, com ênfase para os trabalhos de Adorno e Benjamin (especialmente em suas referências ao cinema), e a *pop art* desenvolveu técnicas como a colagem e a repetição de figuras em série como formas de discutir sobre o significado da arte no mundo moderno.

O que se verifica é um questionamento cada vez mais abrangente do próprio conceito sobre o que é e quem é o *autor*⁷¹, “pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”⁷². Se existem campos nos quais a autoria é de fácil determinação, e cujo autor é facilmente singularizável (quadros ou esculturas⁷³, por exemplo), para outros tipos de obras sujeitas ao direito autoral tais fatores são muito mais fluidos; o cinema, por exemplo, é criação colaborativa por definição (ainda que seus direitos autorais sejam de titularidade de pessoas determinadas); e as pesquisas acadêmicas e científicas são

centuries.” in FERREIA, Fernanda Durão. *The portuguese origins of Robinson Crusoe*. Lisboa: Lusitânia Press, s/d. p. 14

- 69 *Cut-up* é uma técnica ou gênero literária aleatório no qual um (ou múltiplos) textos são cortados em pequenas porções aleatórias, e rearranjadas para a criação de um novo texto. Usualmente, *cut-ups* são utilizados para oferecer uma alternativa não-linear para a leitura e escrita tradicional.
- 70 “*The presence of the original is the prerequisite to the concept of authenticity*”, in BENJAMIN, Walter. *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*, disponível em <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm> em 15/03/10
- 71 Roland Barthes, em seu famoso artigo “*La mort de l’auteur*” (1968), oferece uma crítica mais que radical da idéia do autor como um inventor solitário responsável pelo conteúdo do trabalho. Barthes afirmou que “texto é uma célula de citações montadas de inumeráveis centros de cultura”. Michel Foucault respondeu à polêmica com o artigo “*Qu’est-ce qu’un auteur?*”, no qual apresenta uma análise de uma suposta “função-autor”, social e literária: um princípio classificatório dentro de um discurso formativo específico.
- 72 Lei 9.610/98, art. 11.
- 73 Ressalvada aqui a interessante discussão sobre o plágio em estátuas, material para estudo específico que foge do tema aqui proposto. De especial interesse para o especialista é ainda o plágio de esculturas de monumentos públicos, como a Torre Eiffel ou o Cristo Redentor.

fundamentadas na citação de pares e na colaboração. Em outras palavras, parece que *fazer ciência* é muito mais uma questão de construção de conhecimento incremental, enquanto o *criar arte* implicaria em romper com o vigente para apreender o espírito, manifestação de caráter supostamente íntimo.

Mas essa contradição é apenas aparente; o artista também vai construir sua obra a partir de algo. Ele não pode “romper” com o nada; suas origens e suas influências serão instrumentais para a sua interpretação do mundo – logo, toda originalidade é relativa, mesmo na presença indiscutível do gênio. Ao secularizar alguns aspectos da música *gospel* (tais como sequências de acordes, estrutura de canções, técnicas de chamado e resposta, e gritos e gemidos) e adicionar letras baseadas no ritmo profano do *blues*, tocado em cabarés, Ray Charles se apropriou de elementos musicais pré-existentes de ambos os lados para criar a *soul music*. Entretanto, são notórios os comentários de autores de música *gospel* da época, dizendo que não aprovavam o que tinha sido feito com sua música de louvor. Mesmo assim, devido ao regime de direitos autorais então existente, Ray Charles pode manter suas músicas no mercado, estabelecendo um dos gêneros musicais mais influentes do século XX⁷⁴.

Esta forma de criação, baseada na manipulação de *elementos formais* de obras pré-existentes, é especialmente importante no caso da música, que sempre se utilizou da fusão entre ritmos como elemento de inovação. Tais condutas sempre foram aceitas como legítimas pelos músicos, que construíam suas obras a partir de determinada tradição. Mas Ray Charles não tinha acesso a ferramentas que lhe possibilitassem *manipular diretamente* os artefatos culturais que ele utilizou em sua criação (no caso, músicas *blues* e *gospel*), então teve que as recriar em seu piano.

Esta limitação artística não existe mais no ambiente digital; hoje é possível, e corriqueiro, isolar porções de outras obras. E, cada vez mais, artistas tem se destacado por criações baseadas não apenas na utilização de elementos formais mas na sua manipulação direta. Neste contexto, as técnicas musicais do *sample*, da colagem e da remixagem se destacam pela sua característica de utilização de “blocos sonoros” (tais como *riffs* de guitarra, linhas de baixo ou bateria) retirados de obras de terceiros e re-trabalhados para a feitura de músicas originais e pesquisa de novas sonoridades. Gêneros musicais como o hip-hop ou a música eletrônica, de grande alcance e repercussão, se notabilizam pelo uso

74 BOYLE, James. The public domain. p. 132. Yale Press University, 2008.

extensivo de tais técnicas – com resultados importantes e inovadores musical e artisticamente, mas que muitas vezes trouxeram consigo problemas de ordem legal e financeira para os artistas envolvidos⁷⁵.

A facilidade de copiar típica do mundo digital opõe-se à legislação autoral vigente, concebida para o mundo analógico, no qual a cópia depende da expressa previsão e autorização de seu titular. A tecnologia digital trouxe profundas alterações para o conceito de autoria e na forma em que se desenvolvem os processos de criação, que hoje são produzidos majoritariamente de forma colaborativa. A interatividade propiciada pelas obras digitais faz com que elas possam ser constantemente alteradas, não apenas pelo seu criador, mas também pelo usuário, que se torna co-autor.

E no entanto, tais condutas – cópia, derivações, e algumas modalidades de transformação criativa – somente são lícitas mediante a acedência do titular de direitos, numa relação desequilibrada com os interesses dos utentes, se verificarmos que o propósito último da lei autoral é a defesa da inovação para a sociedade, e não a do interesse privado. Esse modelo de geração de riquezas fundado na cooperação não parece ser prontamente compatível com o sistema existente de proteção aos direitos imateriais em vigor (herança legislativa do século XIX), fundado no controle da cópia e na utilização permissiva, a não ser no caso de utilização de licenças genéricas (tais como as propostas pela Free Software Foundation ou pelo Creative Commons).

Neste sentido, Denis Borges Barbosa afirma que “a Humanidade enfrenta uma crise global quanto ao controle do conhecimento, da tecnologia e da cultura. A crise é manifesta em muitas maneiras. [...] Mote de luta, estandarte de campanha, 'domínio público' deixa de ser [uma] noção jurídica morna e baça [...]. O espaço real e mítico do domínio público passa a ser a terra prometida e os campos elísios da Era da Informação”⁷⁶. E prossegue:

A tensão que existe entre a propriedade intelectual, na forma da instituição social que temos hoje, e a existência de um domínio público tem natureza estrutural; não é episódica ou incidental, mas, pelo contrário, inevitável e

75 PESSERL, Alexandre. Arte ilegal? Os tribunais e a cultura do *sample*. p. 415. In Estudos de direito de autor e interesse público: Anais do II Congresso de direito de autor e interesse público. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2008.

76 BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural. In WACHOWICZ, Marcos, e SILVA ADOLFO, Luiz Gonzaga (coord.). Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. p. 115. Curitiba: Juruá, 2009.

necessária. Pois foi para fugir do domínio público, ou mais precisamente, de certas características da produção criativa, que foram instituídos os mecanismos da nossa forma de propriedade intelectual. Das muitas formas possíveis de estímulo ao investimento criativo, a história real das economias de mercado inclinou-se por um modelo específico: aquele que dá ao criador ou investidor um direito de uso exclusivo sobre a solução tecnológica, ou sobre a obra do espírito produzida⁷⁷.

Carlos M. Correa (referindo-se à expansão de medidas protetivas no sistema de patentes, mas em crítica que se amolda aos direitos de autor, já que o atual estado das coisas é fruto de um pensamento comum a ambos os modelos de proteção) afirma que tais iniciativas [protetivas] ignoraram a crise resultante do paradigma dominante de desenvolvimento tecnológico cumulativo, e que é preciso repensar seriamente o atual sistema para promovê-lo como ferramenta para recompensar a criação. E continua:

Tal sistema deve, além disso, estar baseado em considerações de equidade, e ser flexível o bastante para responder às necessidades daqueles que não podem pagar os preços maiores associados à concessão de direitos exclusivos⁷⁸.

1.2.2 Controle e Padrões Abertos

Tais fatores indicam uma situação de transição e conflito. Para alguns autores, a transmissão instantânea do conhecimento por modems, satélites, fibra ótica e afins estaria causando um borrão nas fronteiras nacionais; nenhum governo seria capaz de controlar os dados, e a reunião e constante troca de informações tenderia a homogenizar as diferentes culturas⁷⁹. Esta visão se desvaneceu. A confiança dos *Internet exceptionalists*⁸⁰ não existe mais. A idéia – e mesmo o desejo – de que a

77 Op. cit. p. 116.

78 CORREA, Carlos M. "Analisando tensões entre patentes e o interesse público". in VILLARES, Fábio (org). Propriedade Intelectual - tensões entre o capital e a sociedade. p. 204. São Paulo: 2007. Paz e Terra.

79 STOCKWELL, Foster. *A History of information storage and retrieval*. McFarland & Company: Jefferson, NC, 2000. p. 176.

80 LESSIG, Lawrence. *Preface to the second edition in Code version 2.0*. p. ix. New York: 2006. Basic Books. O autor refere-se à suposta excepcionalidade de jurisdições sobre a

Internet permaneceria sem regulação se foi. A sutil porém constante imposição de ferramentas de controle, movidas pelo comércio e pela demanda de seus usuários, traz a concepção de que tais construções (*laying*) não são obra de uma mão invisível; não há razão para crer que a liberdade no ciberespaço simplesmente emergirá da rede.

Um dos primeiros casos a tornar clara essa concepção ocorreu na França. Em maio de 2000, a Liga contra Racismo e Anti-Semitismo (LICRA) e a União de Estudantes Judeus Franceses (UEJF) processou a Yahoo! Inc. e a Yahoo! França. Alegavam que a Yahoo! Inc. hospedava um site de leilões com milhares de itens de parafernália nazista, e que a Yahoo França providenciava link e acesso a tais conteúdos por meio do seu website. Na França, há uma lei impedindo o comércio de tais materiais. O tribunal francês emitiu ordem para que tal comércio cessasse sob pena de multa; assim, a Yahoo! Inc. foi obrigada a desenvolver uma tecnologia de filtragem de usuários baseada em endereços IP (*IP Filter*)⁸¹, para impedir que usuários daquele país tivessem acesso àqueles conteúdos.

Essa tecnologia é uma de muitas que tem sido usada desde então para imposição de modelos de controle de acesso à informação. E muitos serviços (especialmente aqueles relacionados com conteúdos protegidos por direito autoral, como rádios e TVs online) a utilizam para limitação geográfica de sua base de usuários, em função de contratos de licenciamento restritivos.

Temos todas as razões para crer que o ciberespaço, se deixado a si próprio, não cumprirá a promessa de liberdade, mas se tornará a ferramenta de controle perfeita. A chave, como diz Lessig, é o controle; não necessariamente controle pelo governo, e não necessariamente controle para alguma finalidade maligna ou fascista.

É fácil, no entanto, perceber as oportunidades que surgem com uma arquitetura de confiabilidade (*architecture of trust*); a sociedade somente funciona através da regulamentação de condutas. As modalidades de regulamentação – a lei, os mercados, as normas, e a

Internet, por sua também suposta trans-territorialidade.

81 Endereço IP, ou *Internet Protocol*, de forma genérica, é um endereço de rede, usado para entregar os pacotes de dados em uma rede privada ou pública. Um endereço IP não identifica uma máquina individual, mas uma conexão à inter-rede. Assim, um *gateway* conectado a n redes tem n endereços IP diferentes, um para cada conexão. Normalmente, um país (ou uma empresa) fica responsável pelo gerenciamento de determinado *bloco de IPs*; assim, verificando qual o IP em questão, é possível (em tese) determinar de onde vem tal conexão. Entretanto, esta tecnologia de controle é facilmente contornada mediante a utilização de *proxys*, ou seja, *relays* de conexão, serviços de acesso que utilizam IP de territórios válidos. Por exemplo, alguém na França, utilizando um *proxy* americano, poderia ter acesso ao site de leilões da Yahoo! Inc. com conteúdo completo.

arquitetura – interação entre si à medida em que operam. A existência de uma infra-estrutura de autenticação permite o estabelecimento de níveis de confiabilidade para trocas de dados sensíveis ou pessoais; permite um maior controle por parte do *netizen*, o cidadão do ciberespaço, sobre como a informação sobre ele é utilizada, diminui custos de transação e aumenta as possibilidades econômicas.

Mas Lessig argumenta que a “mão invisível do ciberespaço” está construindo uma arquitetura que é oposta àquela de seu nascimento. Esta mão invisível, com o manejo do governo e do comércio, está construindo uma arquitetura que irá tornar o controle perfeito possível, bem como uma regulação altamente eficaz. A luta em tal mundo será para assegurar que liberdades essenciais sejam preservadas, em tal ambiente⁸². Os mecanismos de controle descritos por Lessig podem ser descritos nos seguintes termos: são *manifestações de rigidez condutual paulatinamente impostas pelo sistema como forma de autoconservação, que buscam assegurar a perpetuidade da rede pelo controle absoluto das interações de seus componentes*. Como garantir a existência das liberdades e direitos fundamentais e humanos em tal ambiente?

Jonathan Zittrain argumenta que aleijar a acessibilidade e adaptabilidade generativa ao transformar computadores em “eletrodomésticos informativos” (*information appliances*) não é desejável. Da mesma forma, grampos arrojados por provedores de acesso (ISPs) no tráfego da rede, num esforço para derrotar vírus e outras ameaças de segurança aos PCs, mesmo que em completa fidelidade à neutralidade *end-to-end*, podem no fim prejudicar o ambiente generativo da tecnologia da informação. Mas alguns limites são inevitáveis; logo, é preciso apontar as formas pelas quais tais limites possam ser mais judiciosamente aplicados⁸³.

A chave, segundo o mesmo autor, é regular tais limites através de ajustes cuidadosos à acessibilidade que não gerem, por si mesmos, novos “porteiros centralizados” (*centralized gatekeepers*). As intervenções adequadas preservarão a habilidade do público de adotar novas tecnologias, gerando responsabilidade (*rough accountability*) para aqueles que desejam introduzir software ao mundo e para indivíduos que utilizam tais softwares para usos determinados, ao mesmo tempo em que se permite àqueles que mantêm tecnologias generativas (arquitetos da

82 LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. Basic Books: New York, 2006. p.4

83 ZITTRAIN, Jonathan. *The Future of the Internet and How to Stop It*. p. 78. Yale University Press. New Haven & London, 2008.

Internet, ISPs e mantenedores de sistemas operacionais) que tais tecnologias continuem abertas, e para assegurar que aqueles que desejam contribuir para o *grid* de informação global possam o fazer sem ter que ocupar os nichos privilegiados de companhias estabelecidas ou governos poderosos⁸⁴. Nesse sentido, e pensando no papel das bibliotecas neste cenário, merecem destaque algumas questões cuja regulamentação jurídica carece de melhor adequação diante do novo cenário tecnológico. Nota-se, em particular, que a Internet vem possibilitando e fomentando inúmeras formas novas de produção e difusão de conteúdos, as quais, por vezes, conflitam com o regramento jurídico em vigor.

Essa dinâmica solicita análise mais aprofundada, sobretudo a partir de um enfoque da promoção do desenvolvimento – entendido não apenas como geração de riqueza, mas também no contexto de evolução sócio-cultural, o desenvolvimento como liberdade⁸⁵. Um passo nessa direção é garantir, através de regulamentação (que ocorre de forma complementar, entre a lei, o mercado, o código, e os costumes, nos termos propostos por Lessig), que as estruturas de controle adotadas tenham introjetadas em si os conceitos de *interoperabilidade*, que pressupõe o uso de *padrões abertos*. Tal estrutura de interoperabilidade, que pode ser definida como um conjunto de políticas, padrões e linhas mestras descritivas das maneiras pelas quais as organizações concordam (ou deveriam concordar), em negociar com as outras, deve propiciar as especificações para conexão dos sistemas de informação da administração pública e do comércio. Para tanto, deve ser baseada em padrões abertos e incentivar a utilização de softwares livres, e promovida por governos republicanos.

A União Européia adotou a seguinte definição de padrões abertos no "*European Interoperability Framework*"⁸⁶, aqui em tradução livre:

Para que se alcance a interoperabilidade no contexto de serviços de governo eletrônico pan-europeus, a governança precisa focalizar em padrões abertos (*open standards*). O termo

84 ZITTRAIN, Jonathan. *The Generative Internet*. *Harvard Law Review*, Vol. 119, Maio 2006, p. 2040.

85 Ver SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade* (Trad.: Laura Teixeira Motta). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

86 *European Interoperability Framework for pan-European eGovernment Services, Version 1.0* (2004) ISBN 92-894-8389-X p. 9

“abertos” (*open*) aqui utilizado com o sentido de preenchendo os seguintes requisitos:

1. Os custos para utilização do padrão são baixos e não são um obstáculo para seu acesso;
2. O padrão foi publicado;
3. O padrão foi adotado com base num processo de tomada de decisão aberto (decisão por consenso ou maioria, etc);
4. O titular dos direitos de propriedade intelectual do padrão é uma organização sem fins lucrativos, que opera uma política de acesso totalmente livre;
5. Não há restrições para a reutilização do padrão.

De forma similar, a França conceituou o tema da seguinte forma, na Lei n°2004-575, de 21 de junho de 2004, em seu artigo 4 (em tradução livre), que “se entende por padrão aberto todo protocolo de comunicação, de interconexão ou de trocas e todos os formatos de dados interoperáveis nos quais as especificações técnicas são públicas e sem restrições de acesso ou de implementação⁸⁷.”

No Brasil, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) 3070/2008, que "dispõe que os órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Indireta, Autárquica, bem como os órgãos autônomos e empresas sob o controle estatal adotarão, preferencialmente, formatos abertos de arquivos para criação, armazenamento e disponibilização digital de documentos". No Estado do Paraná, encontra-se em vigor a Lei 15742/07, a qual “dispõe que os órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional do Estado do Paraná, bem como os órgãos autônomos e empresas sob o controle estatal adotarão, preferencialmente, formatos abertos de arquivos para criação, armazenamento e disponibilização digital de documentos”⁸⁸.

87 *Article 4 - On entend par standard ouvert tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interoperable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en oeuvre.*

88 O padrão adotado tanto na e-PING quanto nos índices citados acima é o ODF (Open Document Format), detalhado nas normas técnicas ISO/IEC 26.300 e NBR ISO/IEC 26.300:2008.

O Governo Federal (Poder Executivo) publicou a arquitetura e-PING – Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico, que “define um conjunto mínimo de premissas, políticas e especificações técnicas que regulamentam a utilização da Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC) no governo federal, estabelecendo as condições de interação com os demais Poderes e esferas de governo e com a sociedade em geral”. A e-PING é concebida como uma estrutura básica para a estratégia de governo eletrônico:

Políticas e especificações claramente definidas para interoperabilidade e gerenciamento de informações são fundamentais para propiciar a conexão do governo, tanto no âmbito interno como no contato com a sociedade e, em maior nível de abrangência, com o resto do mundo – outros governos e empresas atuantes no mercado mundial. A e-PING (...) permite racionalizar investimentos em TIC, por meio do compartilhamento, reuso e intercâmbio de recursos tecnológicos.

Os recursos de informação do governo constituem valiosos ativos econômicos. Ao garantir que a informação governamental possa ser rapidamente localizada e transmitida entre os setores público e privado, mantidas as obrigações de privacidade e segurança, o governo auxilia no aproveitamento máximo deste ativo, impulsionando e estimulando a economia do país⁸⁹.

O Governo Federal ainda mantém iniciativas como o Portal do Software Público, que compartilha soluções que podem ser úteis aos mais diferentes órgãos públicos e também à sociedade. O objetivo é reduzir custos, aprimorar os aplicativos disponibilizados e, conseqüentemente, a melhoria do atendimento à população. Ainda no âmbito federal, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão publicou, em 17 de janeiro de 2011, a Instrução Normativa 01, a qual “dispõe sobre os procedimentos para o desenvolvimento, a disponibilização e o uso do Software Público Brasileiro – SPB”, e é assim justificada:

⁸⁹ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico. Disponível em <http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/e-ping-padres-de-interoperabilidade> em 25/01/11

- considerando que o fundamento para tratar o software como um objeto de compartilhamento pode ser obtido na Teoria dos Bens Públicos, que considera o bem público como aquele que apresenta características de indivisibilidade e de não rivalidade, ou seja, que pode ser usado por todos sem que com isto se estabeleça competição pelo bem entre os usuários;
- considerando que a iniciativa de publicizar o software é justificada pelo seu caráter cada vez mais estratégico para governos e sociedade, pela similaridade de demandas entre os órgãos e entidades públicos, pela racionalização dos recursos humanos, materiais e de tecnologia da informação para seu atendimento e pelo acervo de soluções desenvolvidas pelos diferentes poderes e esferas governamentais;
- considerando que o conceito de Software Público Brasileiro - SPB ampara-se na tese do bem público e atribui responsabilidades para os órgãos e entidades públicos e sua rede de parceiros, no seu processo de disponibilização, manutenção e evolução; (...).

Em suma, a adoção de padrões abertos por governos elimina (ao menos em grande parte) a imposição de monopólios na forma de *vendor lock-down*⁹⁰; estimula a competição no comércio; e, principalmente do ponto de vista do público, garante que qualquer pessoa poderá acessar aquele formato de dados, tornando-se uma garantia da possibilidade do acesso à informação.

1.3 O Princípio do Acesso à Informação

Como pudemos observar no início deste capítulo, em especial no item 1.2, acima, a *circulação da informação*, em seu sentido mais amplo, é o denominador comum ao funcionamento de sistemas sociais. No sentido específico aqui adotado⁹¹, entretanto, o sistema educacional é

90 Situação bastante comum no mercado de software, na qual o comprador

91 “Informação implica, em rigor, um estado de consciência sobre fatos ou dados; o que quer dizer que pressupõe um esforço (de caráter intelectual) que permita passar da informação imanente (dos fatos, ou dos dados brutos) à sua percepção ou entendimento, o que implica,

o responsável pela formação das novas gerações e pelo aperfeiçoamento contínuo do corpo social, e atinge suas metas pela *disseminação de informações* socialmente relevantes e úteis. Sua meta, portanto, é privilegiar o acesso qualificado a tais informações. O acesso universal à educação de alta qualidade é chave na construção da paz, do desenvolvimento social e econômico sustentável e do diálogo intercultural⁹². Neste sentido, aqueles que são alijados do acesso não dispõem dos meios para participação efetiva ou realização na Sociedade Informacional. De acordo com Sérgio Amadeu da Silveira:

Essa é a nova face da exclusão social. (...) Os novos excluídos não conseguem se comunicar com a velocidade dos incluídos pela comunicação mediada por computador. (...) As oportunidades dos incluídos na sociedade da informação são bem maiores do que as daqueles que vivem o *apartheid* digital. Para se obter um emprego, cada vez mais será preciso ter alguma destreza no uso do computador. Com a ampliação da comunicação em rede, além da informação básica será necessário conhecer bem a navegação e os recursos da Internet. A exclusão digital ocorre ao se privar as pessoas de três instrumentos básicos: o computador, a linha telefônica e o provedor de acesso. O resultado disso é o analfabetismo digital, a pobreza e a lentidão comunicativa, o isolamento e o impedimento do exercício da inteligência coletiva⁹³.

O que parece estar em causa é, em última análise, mais uma vez, a procura de um equilíbrio adequado entre as liberdades civis, em particular as liberdades de empresa e comércio, e os direitos sociais e culturais; por outras palavras, o velho dilema entre liberdades formais e liberdades substantiva (ou “liberdades positivas”)⁹⁴.

normalmente, em sua coleta, tratamento e organização” cf. GONÇALVES, acima.

92 UNESCO. Open Educational Resources. Disponível em 20/02/11 em <http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/access-to-knowledge/open-educational-resources/>

93 SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Exclusão digital. A miséria na Era da Informação. p. 17-18. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

94 GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da Informação. p.206. Coimbra: Almedina, 2003.

1.3.1 Informações Públicas

Uma faceta que merece análise no estudo do princípio de acesso à informação diz respeito ao modo como os governos tratam o tema, em especial no que se refere às informações públicas: tratadas terminologicamente nesta pesquisa como tais em função de sua origem. Informações públicas são aquelas geradas no âmbito da administração, ou por ela detidas, que dizem respeito ao exercício da atividade estatal e sua relação com a sociedade, por oposição àquelas geradas ou detidas por entes particulares. Esta distinção se faz necessária para dotar o termo de maior clareza, já que, por exemplo, as obras em domínio público também constituem “informações públicas”, em sentido amplo. A maioria das normas jurídicas existentes sobre o tema excluem o setor privado de suas jurisdições; na maioria dos casos, não existe um direito legal de acesso à informações detidas pelo setor privado. Esta limitação traz sérias consequências, pois o setor privado está exercendo muitas funções que costumavam ser de domínio estatal. Como resultado, informações que eram públicas agora são detidas por entes privados, que não podem ser compelidos a divulgá-las.

O setor público recolhe, produz, reproduz e divulga um largo espectro de informações em muitas áreas de atividade, como informações sociais, econômicas, geográficas, meteorológicas, turísticas, empresariais e sobre patentes e educação. A informação do setor público constitui uma importante matéria-prima para os produtos e serviços de conteúdo digital e tornar-se-á um recurso de conteúdos ainda mais importante com o desenvolvimento dos serviços de conteúdos em fios. A existência de possibilidades mais vastas de reutilização das informações do setor público deverá permitir nomeadamente às empresas explorar o potencial dessas informações e contribuir para o crescimento econômico e a geração de emprego⁹⁵. A divulgação de documentos geralmente disponíveis que se encontram na posse dos organismos públicos — não só relativa aos atos políticos, mas também aos processos judiciais e administrativos — constitui um instrumento fundamental para alargar o direito ao conhecimento, que constitui um princípio fundamental da democracia. Este objectivo deve aplicar-se a instituições a todos os níveis: local, nacional e internacional⁹⁶.

95 Diretiva 2003/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Novembro de 2003, considerandos (4) e (5)

96 Diretiva 2003/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Novembro de 2003, considerando (16).

Existe uma ampla gama de instrumentos normativos, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, que amparam o direito do público de acesso à informação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabelece que:

Artigo XIX – Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Os Princípios de Joanesburgo foram desenvolvidos e adotados numa comissão de consulta internacional constituída por peritos internacionais, na Africa do Sul, em 1995. Eles tem sido gradativamente aceitos e citados como padrões definitivos para a proteção da liberdade de expressão no contexto de leis de segurança nacional. Os Princípios de Joanesburgo foram apresentados à sessão de 1996 da Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas em Genebra, pelo Relator Especial das Nações Unidas sobre Liberdade de Opinião e Expressão. Foram também recomendados pela Comissão no relatório do Relator Especial da ONU sobre Independência de Juizes e Advogados e referidos pela Comissão na sua resolução de 1996 sobre a liberdade de expressão.

Os Princípios baseiam-se no direito e normas internacionais e regionais relativos à proteção dos direitos humanos, à prática estatal em evolução (refletida, entre outras coisas, nos julgamentos dos tribunais nacionais) e aos princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações. O 11º princípio estabelece uma “Regra Geral sobre o Acesso à Informação”:

Todas as pessoas têm o direito a obter informação das autoridades públicas, incluindo informação relativa à segurança nacional. Não poderá ser imposta qualquer restrição a este direito invocando a segurança nacional a não ser que o governo consiga demonstrar que a restrição é exigida pela lei e é necessária numa sociedade democrática para proteger um interesse legítimo da segurança nacional.

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, 1969), cujo texto também dispõe sobre o tema:

Artigo 13º - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas [...].

No âmbito regional, o chamado Sistema Interamericano de Direitos Humanos surgiu a partir da adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em Bogotá, Colômbia, em abril de 1948 pela Organização dos Estados Americanos (OEA). É composto por dois órgãos: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entre os diversos sistemas regionais, o Sistema Interamericano foi especialmente incisivo ao reconhecer o acesso à informação como direito humano fundamental. Em uma decisão aplicada contra o Governo do Chile⁹⁷, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decretou que o Artigo 13 da Convenção Americana protege o direito de todas as pessoas de requerer acesso à informação de posse do Estado, com exceção das restrições permitidas pelo regime da Convenção. Como resultado, esse artigo prevê o direito das pessoas de receber tais informações e a obrigação positiva do Estado em fornecê-las. E o indivíduo deve receber uma resposta razoável quando, nas bases permitidas pela Convenção, o Estado limitar o acesso em casos específicos.

97 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y Otros vs. Chile. Sentença de 19 de Setembro de 2006.

No mesmo documento, a Corte afirma também que a divulgação da informação em poder do Estado deve desempenhar um papel muito importante numa sociedade democrática, pois habilita à sociedade civil ao controle das ações do governo a quem confiou a proteção de seus interesses; o Artigo 13 do Pacto de San José compreende uma obrigação positiva por parte do Estado de fornecer acesso à informação em seu poder, o qual é necessário para evitar abusos por funcionários governamentais, promover a prestação de contas e a transparência no âmbito estatal e permitir um debate público sólido e informado para assegurar a garantia de se contar com recursos efetivos contra tais abusos.

A Corte ofereceu ainda uma interpretação de tal direito. Em primeiro lugar, a informação "deve ser fornecida sem a necessidade de um interesse direto em sua obtenção, ou interesse pessoal, exceto nos casos em que se aplique a restrição legítima". As restrições "devem ser estabelecidas por lei", não por um julgamento discricionário de oficiais públicos; a restrição deve ser limitada àqueles objetivos permitidos pela Convenção (respeito aos direitos e reputação de outros, proteção da segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral pública). Por fim, as "autoridades do Estado são governadas pelo princípio da máxima abertura, que estabelece a presunção de que toda a informação deve ser acessível, sujeita a um sistema de exceções restrito".

Em 2006, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) adotou a Resolução sobre Acesso à Informação Pública e Fortalecimento da Democracia, em que reafirma que "todos têm a liberdade para buscar, receber, acessar e disseminar informação e que o acesso público a ela é requisito para o pleno exercício da democracia". A resolução também incentiva os Estados Membros para que "respeitem e promovam o respeito ao acesso à informação de todos e que promovam a adoção de provisões legislativas ou de qualquer outra natureza que sejam necessárias para garantir o reconhecimento do direito e sua efetiva aplicação"⁹⁸.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000, aprovou a Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão, entre os quais se incluem:

98 CAPÍTULO XIX. Padrões Internacionais: Sistema Interamericano de Direitos Humanos., disponível em 25/01/11 em <http://www.article19.org/work/regions/latin-america/FOI/portugues/intstandards/1.html>

2. Toda pessoa tem o direito a buscar, receber e divulgar livremente informações e opiniões em conformidade com o que estipula o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todas as pessoas devem ter igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informação por qualquer meio de comunicação sem discriminação, por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, religião, sexo, idioma, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
3. Toda pessoa tem o direito a ter acesso às informações sobre si mesma ou seus bens de forma expedita e não onerosa, contidas em bancos de dados, registros públicos ou privados e, caso seja necessário, atualizá-las, retificá-las e/ou emendá-las.
4. O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental dos indivíduos. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício deste direito. Este princípio só admite limitações excepcionais, que devem ser estabelecidas com antecedência pela lei, como em casos em que exista um perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas.

O acesso à informação também é tema de destaque na União Europeia. O Regulamento (CE) 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, estabelece um direito de acesso aos documentos das três instituições para qualquer cidadão unionista e para qualquer pessoa física ou jurídica residente, ou com sede em, um Estado Membro. A definição de “documento” é ampla⁹⁹, e é entendido que todos os documentos, mesmo confidenciais, podem estar sujeitos ao direito de acesso a menos que incorra em uma das exceções. Caso o acesso seja negado, o requerente pode realizar um pedido confirmativo no sentido da instituição requerida rever a sua posição. Uma queixa contra tal recusa pode ser feita perante o Ombudsman Europeu, cabendo também a interposição de recurso

99 Regulamento (EC) 1049/2001, Art. 3º, a): “(...) qualquer conteúdo, seja qual for o seu suporte (documento escrito em suporte papel ou eletrônico, registo sonoro, visual ou audiovisual) sobre assuntos relativos às políticas, ações e decisões da competência da instituição em causa”.

judicial contra a instituição e/ou a apresentação de queixa ao Provedor de Justiça Europeu.

Ainda, a Diretiva 2003/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Novembro de 2003, “relativa à reutilização de informações do setor público”, estabelece um conjunto mínimo de regras aplicáveis à reutilização e aos meios práticos de facilitar a reutilização de documentos na posse de organismos do setor público dos Estados-Membros. Tal documento expressamente prevê, em seu Art. 1º, § 5, que “as obrigações decorrentes da presente diretiva só devem ser aplicáveis na medida em que sejam compatíveis com as disposições dos acordos internacionais sobre proteção de direitos de propriedade intelectual, em especial a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS”; mas também estabelece, em seu Art. 3º, um princípio geral:

Os Estados-Membros garantirão que, sempre que seja permitida a reutilização de documentos na posse de organismos do setor público, tais documentos sejam reutilizáveis para fins comerciais ou não comerciais [...]. Sempre que possível, os documentos serão postos à disposição através de meios eletrônicos.

Nos Estados Unidos, o *Freedom of Information Act* de 04 de julho de 1966 permite a revelação total ou parcial de informações e documentos controlados pelo governo americano, na esfera federal. Entretanto, todos os estados federados possuem legislações similares. Algumas agências estaduais e municipais adotaram a tática de arguir direitos autorais em suas obras e então exigir altas quantias para licenciar a informação pública. Este argumento foi derrotado no caso *Santa Clara vs CFAC*, examinado pela Corte de Apelações da Califórnia, que declarou que não existe base legal para condicionar o acesso à documentos públicos em alegações de direito autoral ou exigências de licenciamentos.

No plano nacional, a ratificação do Brasil em 2007 da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada em 2005¹⁰⁰, reafirma os compromissos com os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, informação e comunicação. E a obtenção de informações é garantia constitucional que permeia o texto constitucional, tal como observado no art. 5º, incisos XIV e XXXIII:

100 Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007.

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

A fundamentação principiológica dada para o inciso XXXIII é assim analisada por Antônio de Jesus Trovão:

O tratamento principiológico dado à este inciso tem por premissa assegurar o direito à liberdade, um dos bens maiores protegidos pela lei e que versa sobre a capacidade do indivíduo de acessar quaisquer informações disponíveis sobre ele junto aos diversos órgãos de informação, seja com vistas apenas a mera consulta, como também e principalmente à obtenção de informações que possam servir-lhe de instrumento de defesa ou mesmo de objeto de interesse em ação judicial a ser interposta ou em andamento. O acesso a qualquer informação disponível sobre a pessoa não lhe pode ser privada primeiramente porque lhe pertence – faz parte de seu acervo pessoal – e ainda porque pode servir de instrumento de defesa ante eventuais interpelações judiciais que venham a ser instauradas por entes públicos ou particulares.

O princípio formador é o princípio da liberdade e da igualdade exigindo que os indivíduos são dotados de capacidades, direitos, obrigações e deveres que não podem ser limitados por qualquer outro interesse que possam eivá-lo da liberdade de acesso – um grau de liberdade integrante do total – e que assegura a todos a capacidade de consultar informações que sejam relativas a si próprio ou aos seus interesses.¹⁰¹

101 TROVÃO, Antônio de Jesus. “Uma análise sobre Direito Constitucional – a soberania”.

Apenas a parte final do inciso XXXIII encontra-se regulamentada, na forma da Lei Nº 11.111, de 5 de maio de 2005, resultante da conversão da MP nº 228, de 2004 (*Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências*), ou seja, disciplinou-se apenas o acesso às informações sigilosas e definiu-se prazos para diferentes níveis de sigilo. Esta lei institui ainda a Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas, no âmbito da Casa Civil, e contém um dispositivo polêmico, mediante o qual a dita comissão pode manter o sigilo de documentos por prazo indeterminado¹⁰². A Carta Constitucional também remete ao tema em seu Art. 37:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

(...)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

E ainda no Art. 216, em seu parágrafo segundo:

Artigo 216º - 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.

Disponível em <http://br.monografias.com/trabalhos906/uma-analise-sobre/uma-analise-sobre2.shtml> em 25/01/11

102 A íntegra desta lei é questionada na ADIN 3987, ver abaixo.

(...)

§ 2º. Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Entretanto, tais artigos carecem de regulamentação, em sua maioria. Não há ainda no país um caminho institucional e facilitado para um cidadão receber documentos do Estado, com exceção de alguns regramentos específicos, como a ação de *habeas data*¹⁰³. Este instrumento específico está previsto no inciso LXXII do Art. 5º:

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

O *habeas data* tem por objeto a proteção do direito líquido e certo do impetrante em conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais. Trata-se estritamente de informações restritas ao indivíduo, e não de uma política de acesso aos dados da Administração.

Temos ainda a Lei 8.159 de 8/1/1991, que "dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e outras providências", e que obriga o Estado nestes termos:

Art. 1º - É dever do Poder Público a gestão documental e a proteção especial a documentos de arquivos, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação.

Este instrumento normatiza o uso dos arquivos, distinguindo-os entre públicos e privados, e estabelece normas para o acesso e para eliminação de arquivos. O texto prossegue:

¹⁰³ Lei nº 9507, de 29.6.1997, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*.

Art. 4º - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

(...)

Art. 22. É assegurado o direito de acesso pleno aos documentos públicos.

Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos.

(...)

§ 2º O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁰⁴ em 2007 contra o caput do artigo 23, com seus parágrafos 2º e 3º, e contra a íntegra da Lei 11.111/05, arguindo arbitrariedade na fixação de prazos, medida atentatória aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Alega ainda que a Lei 11.111/05 contém vícios de origem, e expõe a inconstitucionalidade da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas:

Como apenas a lei pode dispor sobre o acesso aos documentos públicos, não pode ato normativo regular-lhes o grau de sigilo, nem, muito menos, órgão do Poder Executivo, com agentes demissíveis *ad nutum*, acerca desse grau tratar; só a lei formal, manifestação do Poder Legislativo, detém essa autoridade (...)¹⁰⁵.

104 ADIN 3987

105 ADIN 3987, petição inicial, p. 02. Disponível em <http://www.stf.jus.br> mediante consulta

A Procuradoria Geral da República opinou pela procedência do pedido, e o processo está concluso com a Min. Ellen Gracie desde novembro de 2010. Mas não existe uma regulamentação geral sobre a matéria.

Existe um projeto de lei que regulamenta o direito de acesso a informações públicas (“Lei Geral de Acesso à Informação”)¹⁰⁶. O texto, na sua Exposição de Motivos, afirma que “o direito de acesso garantido aos cidadãos nos termos da Constituição da República carece de regulamentação unitária e sistemática, que assegure, efetivamente, o acesso amplo a informações e documentos produzidos pela Administração Pública. Em 2008, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, divulgou relatório que demonstra que em 1990, apenas treze países haviam regulamentado o direito de acesso à informação. Atualmente, mais de setenta países já adotaram essa legislação, enquanto dezenas de outros encontram-se em adiantado processo para sua elaboração”.

Em outro trecho, afirma o documento: “A restrição do acesso somente será permitida em caso de informações pessoais ou imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, caso em que a restrição será imposta por meio de classificação da informação como sigilosa, mediante decisão devidamente fundamentada e a adoção do critério menos restritivo possível para a definição do grau de sigilo que lhe será atribuído”.

O projeto estabelece, em seu art. 3º, que é dever do Estado assegurar o direito à informação, que será franqueado, mediante procedimentos simples, ágeis, de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. O art. 5º estabelece um rol exemplificativo de informações que integram o direito de acesso. Nesse rol, constam informações relativas a administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitações e contratos administrativos; implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores; resultados de inspeções, auditorias e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, bem como de prestação de contas relativa a exercícios anteriores. O art. 6º estabelece como dever dos órgãos e entidades públicas promover a divulgação em local de fácil de informações de interesse coletivo ou

ao sistema de acompanhamento processual em 20/03/11.

106 Projeto de lei nº 219-c de 2003, enviado da Câmara para o Senado em 29/04/2010, e lá tramitando como PL 41/2010.

geral por eles produzidas ou custodiadas. Nesse mesmo dispositivo, a proposição estabelece que os órgãos e entidades públicas utilizem, preferencialmente, sítios oficiais na Internet para divulgação das informações.

Tal como enuncia a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a liberdade de expressão permite o debate aberto sobre os valores morais e sociais e facilita o discurso político, essencial para a consolidação da democracia¹⁰⁷. Sendo assim, quando se obstaculiza a liberdade de expressão, a democracia perde sua dimensão social coletiva e permanente, tornando-se um simples acordo institucional formal no qual a participação social não é efetiva¹⁰⁸. O acesso à informação é requisito para tanto.

Em suma, o que todas estas obrigações informam é que o cidadão precisa ter o controle não apenas sobre informações a seu próprio respeito em posse de seu governo, mas de todo tipo de informação por ele mantida. Isto representa um valor republicano, basilar para a prestação de contas (*accountability*); o cidadão precisa saber quais dados estão sendo coletados, para que serão usados e por quanto tempo o governo poderá manter o sigilo e armazenar tais informações.

Outro problema, cada vez mais sério, refere-se às informações em poder de empresas. De modo geral, as empresas estão submetidas à legislação consumerista, no que diz respeito aos cadastros de dados pessoais. O Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁹ dedica ao tema seção específica¹¹⁰, na qual expressa o direito de acesso:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

A mesma seção estabelece prazos e regras para os cadastros e afirma ainda a responsabilidade civil da empresa pelo conteúdo dos mesmos. Mas não traz nenhuma indicação em relação ao *tipo* de dados

107 Corte IDH, Caso Baruch Ivcher, No. 74. Sentença de 6 de fevereiro de 2001, par. 143(e).

108 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. Comissão Internacional de Direitos Humanos. Relatoria para a liberdade de expressão. Capítulo III - A ação de *habeas data* e o direito de acesso a informação no hemisfério. Disponível em 01/03/11 em <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=453&IID=>

109 Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

110 Seção VI, “Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores”

passíveis de coleta. Cabe aqui breve comentário sobre bancos de dados e cadastros de consumidores. Por cadastro de consumidores entende-se o conjunto de dados próprios de um fornecedor ou intermediário, geralmente formado por dados repassados pelo próprio consumidor, para obtenção de crédito pessoal.

Mas por banco de dados, define-se um conjunto de informações de *fornecedores* sobre um determinado consumidor, visam principalmente proteger o mercado, estando a disposição dos fornecedores que realizem operações de crédito para que corram menos riscos. No Brasil os banco de dados, na sua maioria, são negativos, "isto é, a inclusão do nome de alguém se dá pelo fato de essa pessoa estar inadimplente, em relação ao pagamento de uma dívida"¹¹¹.

As empresas sempre estiveram interessadas em saber mais a respeito de seus consumidores, investindo em pesquisas e publicidade para tanto; mas havia um limite para a qualidade das informações passíveis de captação, que muda radicalmente com a digitalização. Era corriqueiro montar um fichário com os dados civis e fiscais do cliente – dados relativamente públicos, mas personalizar *banners* publicitários de forma maciça só é possível a partir da utilização de técnicas de monitoramento sobre o comportamento de usuários individuais na rede.

Ao invés de endereços e números de documentos, os dados que as empresas podem captar hoje são muito mais amplos e mais indicadores de nossos reais interesses; são os conteúdos que acessamos e *postamos*¹¹² na rede, analisados de forma automática por *bots* e *crawlers*¹¹³ que circulam pela rede, e reportados em grandes volumes para empresas de agregação de conteúdo e tratamento de informações. A legislação consumerista é anterior à Internet, e não prevê tais situações – empresas privadas captando grandes quantidades de dados relativos ao público, passíveis de atingi-lo em sua intimidade.

As implicações para a privacidade são imensas; para nos atermos ao caso do livro, alguns autores¹¹⁴ afirmam, por exemplo, que

111 NUNES, Luis Antônio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 515. Saraiva: São Paulo, 2000.

112 Neologismo (do inglês *to post*) assimilado de forma muito rápida no Brasil, absolutamente indicador da forma como tais atividades (subir conteúdo para a rede) tornaram-se corriqueiras.

113 Espécies de software para monitoramento na rede. *Bot* é a denominação genérica para softwares dotados de certo grau de autonomia (robôs) para fazer atividades repetitivas na rede, como, por exemplo, coletar endereços de e-mail em páginas *web*, ou jogar pôquer online. *Crawlers* (rastejadores), ou *spiders* (aranhas), são programas que percorrem a *web* de forma metódica, catalogando informações.

114 BOYLE, James. Google Books and the Escape from the Black Hole. Disponível em 20/03/11 em <http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape->

poderemos ler, mas será a empresa quem terá a chave da biblioteca – e vai ler por cima de nosso ombro. Não há legislação específica em vigor sobre o que as empresas podem ou não captar, e o que podem ou não fazer com tais dados. Existe no Brasil projeto de lei do Executivo que endereça o tema da proteção de dados pessoais, que estava em processo de consulta pública ao tempo desta pesquisa. O tema é brevemente retomado nesta pesquisa no Capítulo 3, abaixo; entretanto, o estudo da privacidade online, da sua ausência e de suas consequências, revela-se de incrível riqueza para o universo jurídico, merecedor de estudos mais aprofundados sobre suas especificidades, e que não são tema desta pesquisa. Assim, nossa análise sobre tal faceta quedará restrita ao universo das bibliotecas, quando aplicável.

1.3.2 Acesso Aberto

Observa-se portanto que empresas e governos são detentores de informações valiosas sobre e para o público, e podem não querer ceder tais informações facilmente, sejam estas documentos sigilosos, catálogos musicais ou padrões de consumo coletados. Por esta razão, tem se observado a emergência de alguns modelos auto-organizados de coleta e gestão de dados no âmbito da sociedade civil, como é o caso do movimento de acesso aberto¹¹⁵ (*Open Access*). Trata-se de tanto de uma filosofia quanto de um sistema de auto-regulação que auxilia na organização de informações técnicas e intelectuais, desenvolvido dentro do regramento jurídico existente como uma forma de reação a uma tendência de super proteção na construção e compreensão de exclusivos sobre intangíveis.

Baseia-se na utilização de modelos de licenciamento que invertem a lógica de licenças “tradicionais” de uso. Licenças de direito autoral normalmente permitem a utilização de obras mediante pagamento e cumprimento de determinadas obrigações. O acesso aberto utiliza licenças que dispensam pagamento, mas mantém certas obrigações; e estas não são utilizadas para excluir o acesso, mas para manter o sistema aberto e os usos livres (mecanismo conhecido como *copyleft*, por oposição ao *copyright* do sistema anglo-saxão).

Este conceito deriva inicialmente do campo do software. Naquele ambiente, sua utilização principal é a divulgação de

[from-the-black-hole/](#)

115 Ou “acesso livre”, como também é comumente traduzido o termo no Brasil. Optou-se pela expressão “acesso aberto” apenas por questão formal, já que os termos aduzem aos mesmos documentos e conceitos.

informações técnicas mantidas em sigilo por arguições de direito autoral erigidas para restringir decompilações¹¹⁶; o software livre é aquele cuja licença de uso prevê determinadas obrigações de manutenção de acesso ao código fonte. Desta idéia singular derivou o movimento chamado de *Creative Commons*, o qual propõe um padrão de licenciamento para conteúdos de forma geral na Internet incluindo o uso de ícones, permitindo assim tanto a rápida compreensão por pessoas ao redor do mundo das condições para uso de determinada obra quanto seu arquivamento em repositórios comuns.

Tratam-se essencialmente de atos voluntários dos autores, que decidem autorizar determinados usos ao público, tais como a utilização não-comercial ou a possibilidade de adaptação da obra. Conforme analisado no Capítulo II, as regras de direito autoral reputam-se de interpretação restritiva em relação a seus negócios jurídicos; e a falta de licenciamento causa insegurança jurídica, mesmo quando o uso se dá em absoluta consonância com os mecanismos de limites do direito autoral. Por este motivo, é vantajoso tanto para o público quanto para o autor a existência de uma licença que “acompanhe” a obra como uma etiqueta (*tag*). A licença conterà as condições de uso da obra e possibilitará o contato com o autor caso se deseje negociar algum uso adicional.

Este movimento não passou despercebido pela academia. Preocupados com o crescente custo de assinatura dos periódicos científicos, diferentes universidades e institutos de pesquisa começaram a perceber as vantagens – e os requisitos – de um sistema de auto-arquivamento compartilhado. O acesso aberto tem sido objeto de intensas discussões entre pesquisadores, acadêmicos, bibliotecários, administradores de universidades, agências de fomento, funcionários do governo, e editoras comerciais ou universitárias. Há um consentimento geral (ainda que não universal) sobre os conceitos do acesso aberto; mas ainda há um intenso debate em relação ao financiamento do modelo de revisão por pares em publicações de acesso aberto, e sobre a confiabilidade e os efeitos econômicos do auto-arquivamento, com consequências na forma como o mundo da ciência publica os resultados da investigação (centro da difusão do conhecimento), mas também da sua validação, da acreditação dos investigadores e da estruturação social da ciência.

No nível internacional desenvolveram-se várias iniciativas e projetos de promoção do acesso aberto à literatura científica, dando origem a várias Declarações e Recomendações, das quais se destacam a

116 Processo mediante o qual é possível o acesso ao código-fonte de um software.

“*Budapest Open Access Initiative*” (2002), o “*ECHO Charter*” (2002), a “*Bethesda Statement on Open Access Publishing*” (2003), a “*Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities*” (2003) e as recomendações do Grupo de Trabalho sobre *Open Access* aprovadas por unanimidade pelo Conselho da *European University Association* (EUA) na reunião de 26 de Março de 2008, em Barcelona. As declarações de Budapeste, Bethesda e Berlim são particularmente importantes no contexto do movimento do acesso livre ao conhecimento, sendo frequentemente designadas conjuntamente por declarações BBB¹¹⁷. As três apoiam o acesso global e irrestrito ao conhecimento científico, especialmente quanto aos resultados da investigação, possibilitado pela publicação eletrônica. Nos termos da Declaração de Berlim¹¹⁸, as contribuições em acesso livre devem satisfazer duas condições:

1. O(s) autor(es) e o(s) detentor(es) dos direitos de tais contribuições concede(m) a todos os utilizadores o direito gratuito, irrevogável e mundial de lhes aceder, e uma licença para copiar, usar, distribuir, transmitir e exibir o trabalho publicamente e realizar e distribuir obras derivadas, em qualquer suporte digital para qualquer propósito responsável, sujeito à correta atribuição da autoria (as regras da comunidade, continuarão a fornecer mecanismos para impor a atribuição e uso responsável dos trabalhos publicados, como acontece no presente), bem como o direito de fazer um pequeno número de cópias impressas para seu uso pessoal.
2. Uma versão completa da obra e todos os materiais suplementares, incluindo uma cópia da licença como acima definida, é depositada (e portanto publicada) num formato eletrónico normalizado e apropriado em pelo menos um repositório que utilize normas técnicas adequadas (como as definições *Open Archive*) que seja mantido por uma instituição académica, sociedade científica, organismo governamental ou outra organização estabelecida que pretenda promover o

117 UNIVERSIDADE DO PORTO. Regulamento. Política de Acesso Livre. p. 02. Disponível em 20/03/11 em http://sigarra.up.pt/up/web_gessi_docs.download_file?p_name=F87706059/Regulamentos_Open_Access.pdf

118 Declaração de Berlim sobre Acesso Livre ao Conhecimento nas Ciências e Humanidades, disponível em 20/03/11 em http://oa.mpg.de/files/2010/04/BerlinDeclaration_pt.pdf

acesso livre, a distribuição irrestrita, a interoperabilidade e o arquivo a longo prazo.

Existem duas “vias” para o acesso aberto, com diferentes variantes. Na *edição em acesso aberto*, também conhecida como “via dourada” (*golden road*), as revistas licenciam os artigos de forma aberta no momento da publicação. Um exemplo de editora em acesso aberto é a *Public Library of Science*. No *acesso aberto por auto-arquivo*, também chamado a “via verde” (*green road*), os autores fazem tal licenciamento ao depositar uma cópia num repositório, normalmente institucionais ou temáticos. Entretanto, a existência de definições sobre o que constitui o acesso aberto não bastam para materializar o conceito.

As leis de direitos autorais e de propriedade industrial protegem o interesse do autor em manter a informação secreta, ou ao menos controlar até determinado ponto o grau de sua publicidade, ou ainda restringir a audiência alvo daquele conteúdo. A lei normalmente não força o autor a compartilhar o conhecimento. Um direito geral de acesso à informações *privadas* somente se concretiza na existência de uma relação jurídica entre a parte detentora e a parte interessada na informação. Um dever de compartilhar o conhecimento advém de alguma obrigação específica, como o dever de informar consumidores sobre características e riscos de um produto.

O princípio é o sigilo; o acesso exige consentimento ou atuação regulatória. Caso não se deseje regulamentação que force o acesso, são necessários incentivos para o fornecimento da informação¹¹⁹. Quais seriam tais incentivos para a publicação científica? O conhecimento científico pode ser divulgado por previsão contratual, como exemplificado logo abaixo. Outros incentivos à publicação incluem o fato de que seus autores recebem eles próprios acesso ao conhecimento, ou ainda ganhem reputação entre seus pares, mecanismo típico da academia.

Isso se torna especialmente importante com a produção científica criada com a utilização de verbas públicas. Forçar o acesso pode ser contraproducente; por exemplo, determinado pesquisador pode querer pleitear determinada bolsa que exija uma publicação original. Entretanto, tal situação pode ser contornada, por exemplo, pela reserva ao autor do direito da segunda publicação, e, no caso de utilização de recursos públicos, condicionar tal uso a uma publicação secundária em repositório público, passado prazo razoável, que atenda tanto aos

119 PEIFER, Nikolaus. Regulatory Aspects of Open Access 1 (2010) JIPITEC 131, para. 5.

interesses do público quanto ao do editor (06 a 12 meses)^{120 121}. Este e outros modelos de licenciamento são discutidos em maiores detalhes no Capítulo 3; mas parece claro que somente a adoção de um modelo que seja amigável ao autor e que não colida frontalmente com interesses da indústria editorial obterá adesão passível de sucesso.

Várias instituições de pesquisa ao redor do globo aderiram ao acesso aberto, especialmente na esteira da decisão do *Michigan Institute of Technology* (MIT) de tornar o acesso aberto compulsório naquela instituição. Na declaração emitida na ocasião, o MIT afirma que a publicação de artigos até hoje está baseada meramente em contratos entre editores e autores individuais. Neste sistema, pesquisadores e suas instituições não detêm poder algum. A resolução [de acesso aberto] muda esta relação desigual ao criar um papel no processo editorial para a instituição de pesquisa como um todo, e não apenas indivíduos isolados¹²². Esse movimento foi seguido de perto por instituições de prestígio como Harvard, Stanford e Max Planck, entre muitas outras universidades e fundações. Está em trâmite no Congresso argentino um projeto de lei que torna obrigatório o depósito em repositórios abertos para pesquisas financiadas com verbas públicas, mesmo não sendo estas publicadas¹²³.

A sociedade como um todo obtém benefícios de um ciclo de pesquisas expandido e acelerado, no qual a pesquisa avança com maior eficácia por que os pesquisadores tem acesso imediato a todos os resultados que precisam. A visibilidade, utilização e impacto dos resultados de suas próprias pesquisas também aumento com o acesso

120 DEWATRIPONT et al., Study on the economic and technical evolution of the scientific publication markets in Europe, 2006, p. 69. Disponível em 20/03/11 em http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publication-study_en.pdf

121 O Congresso dos EUA determinou que todos os pesquisadores da Instituto Nacional de Saúde (NIH) devem reter os direitos de distribuição aberta de suas obras um ano após sua publicação.

122 ABELSON, Hal. WOLPERT, Ann. MIT Faculty Vote to Make Their Articles Openly Available. MIT Faculty Newsletter, Vol. XXI n. 4. Mar/Abr 2009. Disponível em 20/03/11 em http://web.mit.edu/fnl/volume/214/abelson_wolpert.html

123 Nº de Expediente 1927-D-2011, Trámite Parlamentario 031 (18/04/2011) “Artículo 1º.- Los organismos e instituciones públicas que componen el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI) y que reciben financiamiento del Estado Nacional, deberán desarrollar repositorios digitales institucionales de acceso abierto, propios o compartidos, en los que se depositará la producción científico tecnológica resultante del trabajo, formación y/o proyectos, financiados con fondos públicos, de sus investigadores, tecnólogos, docentes, becarios de postdoctorado y estudiantes de maestría y doctorado. Esta producción científico tecnológica abarcará al conjunto de documentos (artículos de revistas, trabajos técnico-científicos, tesis académicas, entre otros) que sean resultado de la realización de actividades de investigación y que atraviesen un proceso de evaluación de calidad, hayan sido éstos publicados o no”.

aberto, assim como sua habilidade de localizar, acessar, e utilizar os dados de terceiros. As universidades obtêm benefícios a partir deste maior impacto de seus pesquisadores, o qual aumenta o retorno sobre os investimentos dos financiadores da pesquisa, tais como governos, instituições de interesse público e o público em geral. Para professores e alunos, significa a possibilidade de utilização de artigos para o ensino sem restrições, a partir do endereço (URL) do artigo; para editores, uma disseminação mais ampla, maior visibilidade e mais citações.

2 DIREITO AUTORAL E LIMITES

2.1 Direito Autoral

Como analisado no primeiro capítulo, a Sociedade Informacional transforma as relações sociais existentes, e este fato gera reflexos no campo do direito autoral. Artefatos culturais como músicas, livros e filmes, uma vez digitalizados e disponibilizados na rede, tornam-se prontamente acessíveis para todos aqueles nela conectados – a não ser que sejam criadas barreiras (físicas, lógicas ou jurídicas) que impeçam sua difusão. O custo de produção da matriz ainda exige certo nível de inversão, que pode ser de grande monta (especialmente no caso do audiovisual); mas o custo de distribuição da obra tende a zero.

Os bens intelectuais estão presentes nas nossas atividades mais triviais e, com a revolução nas comunicações, sua importância só faz aumentar. As tecnologias de digitalização tornaram o suporte da obra, senão irrelevante, meramente um invólucro para seu conteúdo (ao passo que no meio anterior o suporte confundia-se com o próprio conteúdo); e isto trouxe consequências frontais para seu regime de circulação, baseado no controle físico da cópia. Como nota Oliveira Ascensão, “esta disponibilização cria problemas jurídicos muito significativos, cujo debate passou para a ordem do dia”¹²⁴. O mesmo autor continua:

A inovação tecnológica permite uma explosão da informação sem precedentes e a sua colocação em termos de quantidade, rapidez e fidedignidade à disposição do público. Mas perante isto, pergunta-se se não estamos assistindo à *morte do Direito de Autor*. O que interessaria seria a circulação sem peias das mensagens; e o Direito de Autor surge como um obstáculo, primeiro à introdução de mensagens na rede, depois à disponibilidade por todos os operadores concorrentes. [...] Teoricamente, é o autor quem é protegido. Na realidade, a proteção beneficia cada vez mais abertamente a *empresa*; ou até a beneficia exclusivamente, como no caso do direito *sui generis* sobre bases de dados.^{125 126}

124 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e da Sociedade da Informação. p. 107. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

125 *Op. cit.*, p. 119.

126 Cumpre aqui uma ressalva terminológica quanto à distinção entre “Direito de Autor” e “Direito Autoral”; ainda que até certo ponto intercambiáveis, de modo geral “Direito de

Ao proteger cada vez mais e abertamente os agentes intermediários, atuantes na distribuição de bens culturais, o direito autoral acaba por desviar-se de sua função originária – incentivar a criatividade – para converter-se em salvaguarda de interesses privados do investidor; e nisso atua como emissor de ruídos, contrários à eficácia de um sistema social baseado no conhecimento, pelo erigir de barreiras (artificiais) à circulação da informação.

A legislação autoral assim atuando protege de forma especial as corporações que sejam titulares de direitos autorais¹²⁷. Normalmente estas são empresas com acesso direto à mídia e ao poder político, de alcance multinacional, e que detém a titularidade de grandes catálogos de obras. Além desse fato, verifica-se uma clara tendência nas legislações internas em reduzir direitos legítimos de usuários; pesquisa da *Consumers International*, organização internacional de proteção ao consumidor, constatou que a reprodução por consumidores mesmo de materiais legalmente adquiridos, para propósitos não comerciais, tem sido progressivamente tratada não como um direito adquirido *quid pro quo* pela outorga estatal de direitos monopolísticos aos criadores, mas como uma espécie de “dano” infligido a seus titulares, pelo qual eles devem ser compensados¹²⁸.

Tais fatores fazem com que o direito autoral se converta em ferramenta de controle de mercados, e manifeste relações com – e muitas vezes se sobreponha a – outros ramos do Direito. Se é possível falar em cadeias de produção e consumo culturais consolidadas; ciclos diferenciados de criação, distribuição, circulação, difusão e fruição dos bens culturais; arranjos produtivos locais; sistemas e redes de trocas criativas; e novos modelos de comercialização digital, dá-se uma interconexão muito clara entre a legislação autoral e leis de proteção do consumidor, ou com questões afeitas ao direito concorrencial, por exemplo¹²⁹. Essa dinâmica apresenta fornecedores de produtos e serviços

Autor” tende a limitar o alcance da expressão ao criador propriamente dito (ou ao titular da obra, seja ele originário ou derivado), e seus respectivos direitos de exclusivo, patrimoniais ou morais. Já o termo “Direito Autoral” vai se referir ao conjunto dos direitos de autor mais os direitos conexos, sendo portanto mais abrangente.

127 A legislação norte-americana, por exemplo, estabelece que o *copyright* de trabalhos sob encomenda (*work for hire*, ou seja, obras de titularidade de empresas) tem duração de 95 (noventa e cinco) anos de sua primeira publicação ou 120 anos após sua criação, “o que vier primeiro”. US Code, Section 17, § 302 (c).

128 Consumers International IP Watchlist 2011. Pg. 03. Consumers International: Abril 2011. ISBN: 978-0-9567403-1-1. A este respeito, ver nota 182, abaixo.

129 VARELLA, Guilherme. MinC e a reforma da LDA: todos estão convidados?. Última Instância - 07/04/2011. Disponível em 07/04/2011 em

culturais e os seus destinatários: os consumidores da cultura – a parte hipossuficiente por essência da relação, a ser protegida em todas as legislações que lidam com relações de consumo.

O exemplo consumerista pode ser aplicado em outras tantas situações, como a necessidade de permissão da digitalização plena de acervos (para a educação e o patrimônio histórico), a cópia educacional, a adaptação da obra para uso por pessoas com deficiências ou o uso de obras para fins não-comerciais. É compreensível que grandes empresas de mídia atuem politicamente para manter seus lucrativos artefatos culturais sob suas esferas de domínio, pressionando por ampliações de prazos protetivos. Mas ao ampliar a proteção indiscriminadamente, atingem tanto os produtos culturais em comercialização (que estão gerando emprego e renda) quanto aqueles cujo ciclo de vida econômica tradicional já se esgotou, impedindo sua reutilização – vale dizer, sua livre circulação.

Há, por sua vez, uma espécie de atribuição de caráter “absoluto” ou “eterno” ao direito autoral, defendido pelas associações coletoras de direitos autorais e tais grupos titulares de direitos, cuja atividade no Brasil não sofre qualquer tipo de controle social. Esta espécie de pensamento, de matriz jusnaturalista, radical na compreensão do direito de propriedade como um fenômeno supra legal, fracassou na prática da vida social, já que direitos patrimoniais incondicionais levam a um processo social autofágico¹³⁰.

Entenda-se aqui a crítica à utilização do termo “absoluto” como significante de falta de limites atribuída por tais atores ao direito autoral, que nesta leitura sobrepor-se-iam aos demais direitos constitucionais. Cumpre notar que parte da doutrina utiliza o termo “absoluto” para referir-se à sua oponibilidade *erga omnes*, com o que concordamos, feita a ressalva; “absolutos” no sentido de afetarem todas as pessoas, que devem respeitar os direitos do titular. Não se trata de considerar que tais direitos podem ser exercidos sem limites”.¹³¹

A legislação autoral é fator preponderante para a concretização de diversos outros direitos do cidadão, como o acesso ao conhecimento, à informação e aos serviços e produtos culturais, posto que é mister

http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/MINC+E+A+REFORMA+DA+LDA+TODOS+ESTAO+CONVIDADOS_63989.shtml

130 SILVEIRA, Newton. BARBOSA, Denis Borges. GRAU-KUNTZ, Karin. Nota ao Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei Autoral Submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura. IBPI - Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual.

131 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. n. 03. p141. Recife: ESMAFE, 2002.

considerar a posição do direito autoral como parte integrante de um *sistema jurídico*:

A noção de sistema ocupa hoje de novo um lugar central no Direito, e conseqüentemente na Ciência do Direito. As soluções jurídicas não são arbitrárias nem desconexas. Integram-se num conjunto, de que participam. O significado de cada elemento só é estabelecido por essa integração no todo¹³².

Portanto, a presente pesquisa demanda uma análise dos princípios e marcos legislativos que se aplicam aos direitos autorais e de seus limites, de forma a permitir a formação da convicção necessária para correta atribuição do *status* jurídico e formas legítimas de atuação das bibliotecas digitais.

2.1.1 Tutela Internacional

O histórico das leis de direito autoral (e de proteção de cópias) tem início com certos privilégios de impressão e monopólios atribuídos aos editores de livros. O *Statute of Anne* britânico de 1709¹³³ é considerado como a primeira legislação sobre o tema, inicialmente atribuindo um monopólio temporal sobre o direito de cópia de livros. Com o passar do tempo, outros usos (tais como traduções ou obras derivadas) foram incorporados ao rol de proteção, que se estendeu também em consequência de inovações na técnica (como o surgimento dos fonogramas e do cinema), e tornou-se também o modelo protetivo para inovações que não lidam necessariamente com o conteúdo, caso dos programas de computador e bases de dados.

As modernas legislações nacionais sobre direitos autorais estão em certa medida padronizadas através de acordos e tratados internacionais ou regionais, tais como a Convenção de Berna, o acordo TRIPs (no âmbito da OMC) e as diretivas sobre o tema da Comunidade Europeia. Mas, apesar de existirem consistências significativas entre elas, cada jurisdição nacional é que terá a tarefa de estabelecer leis e

132 ASCENSÃO, José de Oliveira. Introdução à Ciência do Direito. p. 219. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

133 Entitulado "*An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*". Note-se a referência já no título ao *encouragement of learning* (incentivo à educação) como fator motivador da legislação.

normas distintas sobre o direito autoral; assim é que determinadas jurisdições reconhecem os direitos morais dos autores (como o direito de paternidade, ou seja, de levar o crédito por sua obra), enquanto outras limitam-se ao reconhecimento do *copyright* (literalmente, o direito de cópia).

Assim é que temos o estabelecimento de dois sistemas protetivos básicos: este último sendo referido (de forma não surpreendente) como sistema do *copyright*, mormente anglo-saxão, e aquele como do *droit d'auteur* (ou continental), de matriz franco-germânica, adotado no Brasil. Devido aos mecanismos impostos pelos tratados internacionais em voga – e em especial, à adesão dos EUA à Convenção de Berna e à subscrição do TRIPS pela Organização Mundial do Comércio, como veremos abaixo – para efeitos práticos podemos falar em relativa harmonia dos dois sistemas.

2.1.2 Direitos Autorais como Direitos Humanos e Recepção Interna

Antes mesmo da análise traçada abaixo em relação aos principais instrumentos internacionais tuteladores do direito autoral, há que se falar da recepção de tais tratados em nosso ordenamento, bem como da proteção pré-constitucional que é conferida ao tema, erigido à categoria de direito fundamental por sua inscrição na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³⁴, em seu Artigo XXVII:

- 1) Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.
- 2) Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Este direito de alcance universal é reafirmado pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹³⁵, que em seu artigo 15 prevê:

134 Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

135 Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) participar da vida cultural;
- b) desfrutar do progresso científico e suas aplicações;
- c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

O mesmo instrumento prevê ainda que “as medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício deste direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura (...) os Estados-partes reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais”. Afirmam-se assim os direitos autorais como direitos fundamentais da pessoa humana.

A ordem jurídica supra-estatal é fundamento de existência e de validade das ordens jurídicas nacionais. Criadas por tratados¹³⁶, as normas de direito internacional obrigam os Estados a promover medidas necessárias para torná-las executórias no plano do direito interno. Possuem a marca do consenso e da convergência de interesses, vinculando os Estados à cláusula *pacta sunt servanda*. Legitimadas pela comunidade internacional, tais normas possuem força de incidência e prescrevem os mais diversos efeitos jurídicos¹³⁷.

No plano nacional, a recepção dos tratados é objeto de intenso debate. Assim é que existe uma discussão sobre a posição hierárquica dos direitos humanos advindos de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro; os tratados ratificados possuem a posição de Leis Ordinárias, mas, em virtude do art. 4º, II (“prevalência dos direitos humanos” frente a outros direitos) da Constituição, há o entendimento de que os direitos humanos internacionais reconhecidos pelo Brasil têm a posição hierarquicamente igual às Normas Constitucionais, sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, contrário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual tem por regra equipará-los hierarquicamente às leis ordinárias, como já

136 A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados preconiza que o vocábulo “tratado” deve ser entendido em sentido amplo. Significa todo acordo internacional escrito, celebrado pelos Estados e disciplinado pelas normas de direito internacional, não importando sua denominação particular (art. 2º, I, a).

137 SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. p. 03. Disponível em 07/05/11 em <http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>

teve ocasião de afirmar¹³⁸:

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência,

138 Por ocasião de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-MC 1480-DF, com relatório do Min. Celso de Mello, em que determina ainda princípios de solução de controvérsias sobre o tema.

nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("*lex posterior derogat priori*") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. (...).

Entretanto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 proclama os direitos fundamentais da pessoa humana como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). Afirma ainda a relevância de Tratados Internacionais de Direitos Humanos nos parágrafos do Artigo 5º, sendo eles incluídos no rol de direitos fundamentais:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

Ao disciplinar a recepção dos tratados de direitos humanos no Direito Brasileiro – e buscar pacificar o tema – a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescenta um parágrafo 3º ao artigo 5º, estabelecendo um tratamento diferenciado à matéria por sua relevância¹³⁹:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Flávia Piovesan afirma que “faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurado. Este processo ensejou, por sua vez, intenso debate a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, à luz do disposto no art. 5º, parágrafo 2º da Carta de 1988¹⁴⁰”. A mesma autora conclui o raciocínio da seguinte forma:

139 Mesmo visando solucionar a discordância, a Emenda 04/2004 permite interpretações divergentes (ainda que a intenção do texto seja clara), já que não explicita a situação de tratados anteriores à sua publicação.

140 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. p. 27. Caderno de Direito Constitucional - Módulo V. EMAGIS: Porto Alegre, 2006.

Relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º, § 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais, (...) a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5º, § 3º” ... “no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista¹⁴¹.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos¹⁴².

2.1.3 Proteção Constitucional dos Direitos Autorais

A tradição constitucional republicana brasileira, com exceção da Carta de 1937, sempre optou pelo amparo constitucional aos direitos autorais. A Constituição de 1988 aponta dispositivos expressos nos Art. 5º, XXVII, o qual prevê 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 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;

141 PIOVESAN, Flávia, *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.111. São Paulo: Max Limonad, 1996.

142 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Propriedade Intelectual*. p.07. Cultura Livre: 2007. Disponível em 07/05/11 em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_propriedade_intellectual.pdf

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;

Mas como aponta Denis Borges Barbosa, nossa constituição não só “indica a tutela dos direitos subjetivos, interesses individuais, à produção autoral, mas também aponta para a existência de interesses coletivos ou societários no mesmo âmbito temático, cometendo ao Estado o dever de garantir o acesso a tais objetos culturais”¹⁴³. Tal se dá, por exemplo, nos seguintes dispositivos da lei básica:

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.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

(...)

§ 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:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

(...)

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

(...)

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

O parágrafo terceiro, acima, foi incluído pela Emenda Constitucional nº 48 de 10 de agosto de 2005, que instituiu o Plano Nacional de Cultura (PNC), almejando o “planejamento e implementação de políticas públicas de longo prazo para a proteção e promoção da diversidade cultural brasileira”. O plano parte da ideia de que “a diversidade cultural é o maior patrimônio da população brasileira, e da necessidade de pensar a política cultural para além das artes

143 BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2ª ed, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 135

consolidadas, sem desconsiderar sua importância”, e se apresenta como um desdobramento da Convenção para a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, adotada em 2005 pela Unesco e ratificada pelo Brasil em 2006¹⁴⁴. Assim é que o artigo imediatamente posterior da Constituição vai destacar como parte do patrimônio cultural nacional determinados bens “materiais ou imateriais”:

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.

Ademais, “a propriedade atenderá a sua função social”¹⁴⁵. Cabe a ressalva de que, para todos os efeitos, direito autoral é exclusivo, monopólio temporal outorgado pelo Estado, com características distintas do instituto jurídico da propriedade; Oliveira Ascensão pontifica sobre o tema:

A obra ou a invenção são coisas incorpóreas. Uma escultura, por exemplo, não é o bloco de pedra que materializa a criação artística, mas a própria idéia artística que na pedra ficou materializada. A mais valia econômica do exemplar original é uma realidade alheia ao direito de autor; mesmo o chamado direito de sequência, nomeadamente, será um direito sobre o exemplar, mas em si não é conteúdo do direito de autor, pois este recai sobre a obra como bem incorpóreo. Ou, se quisermos, o

144 Ministério da Cultura. Apresentação do texto final do Plano Nacional de Cultura na Câmara. Disponível em 29/07/10 em

<http://www.cultura.gov.br/site/2009/09/08/apresentacao-do-texto-final-na-camara/>

145 Constituição Federal de 1988, Art. 5º, XXIII.

direito de autor recai sobre a expressão intelectual da idéia e não sobre o suporte material desta. Quando se vende a estátua, não se aliena o direito de autor.

A obra tem uma característica fundamental, que a diferencia das coisas corpóreas: a ubiquidade. A obra literária e artística não é aprisionável num dado continente. Comunica-se naturalmente a todos, desde que expressa ou revelada pelo seu autor. Não se desgasta com o uso, por mais extenso que ele seja. A poesia de Fernando Pessoa não se ressentiu com a globalização de que beneficiou. E com isto surge uma diferença radical da propriedade comum. O autor pode naturalmente usar sempre a sua obra. Em nada essa faculdade é diminuída pelo fato de terceiros a usarem também, ainda que sem autorização. Inversamente, um proprietário deixa de poder usar se um terceiro se apodera da coisa. Assim, o compositor continua a poder utilizar as suas sonatas, tocando-as no seu piano, ainda que estas sejam abusivamente exploradas por terceiro. Mas se lhe furtam o piano já não pode tocar; se lhe tiram os sapatos, fica descalço.

Esta diferença é radical. Os bens intelectuais, porque ubíquos, são inesgotáveis. As coisas corpóreas, pelo contrário, são de uso limitado. Cabe por isso ao Direito, necessariamente, ditar as regras de utilização dessas coisas¹⁴⁶.

As características econômicas da propriedade são o controle sobre o bem (inclusive o bem-serviço ou o bem-oportunidade), e a possibilidade de excluir a utilização por outrem. Mas a tradição tem reservado a palavra “propriedade” ao controle sobre coisas, ou bens tangíveis; por uma extensão relativamente moderna, admite-se falar de propriedade intelectual, propriedade industrial, propriedade comercial, etc., para descrever direitos exercidos com relação a certos bens intangíveis¹⁴⁷. Entretanto, há que se fazer tal ressalva quanto ao conteúdo dos direitos autorais (exclusivos, monopólios temporais por

146 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Pretensa "Propriedade" Intelectual, escrito destinado aos Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. J. M. Arruda Alvim.

147 BARBOSA, Denis Borges. Do bem incorpóreo à propriedade intelectual. p. 27. in BARBOSA, Denis Borges; GRAU-Kuntz, Karin (org.). Ensaios Sobre o Direito Imaterial: Estudos Dedicados a Newton Silveira, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

outorga estatal), pois a utilização do termo “propriedade intelectual” é bastante disseminada, e carrega consigo toda a carga ideológica associada à propriedade, ainda que, como vimos, tal fato esteja tecnicamente incorreto.

O fato é que “o produto intelectual tem causa e desdobramentos sociais necessários. Por mais solitária e decisiva que seja a ação de um autor, inevitavelmente, os elementos sociais não só determinam a existência da obra, como, também, são por elas influenciados. Na obra, esses elementos se reciclam ou, mesmo, se revolucionam. Daí, o princípio da função social prevista pela coerência constituinte, a razão de ser da obra como um bem potencialmente econômico e moral que não se desvincula da coletividade”¹⁴⁸.

Convém lembrar ainda os dispositivos constitucionais relativos à educação e ensino (Arts. 205 a 214), umbilicalmente ligados, em sua efetivação, à utilização de obras autorais, tema melhor examinado na segunda parte deste capítulo; bem como o Art. 220, que estabelece a liberdade de “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma (...)”. Em consequência de tais obrigações, “o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, apoiando e incentivando a difusão das manifestações culturais”¹⁴⁹.

Portanto, os “contornos conceituais do direito à propriedade intelectual devem considerar sua função social, transitando, assim, de um paradigma liberal individualista exclusivamente protetivo dos direitos do autor relativamente à sua produção artística, científica e literária para um paradigma coletivista que contemple as dimensões sociais do direito à propriedade intelectual, bem como do direito à propriedade industrial, que tem dentre seus objetivos principais o incentivo à inovação (...) Se, de um lado, argumenta-se ser necessário conferir proteção ao investimento realizado, o exercício abusivo do direito à propriedade (...) que leve a um protecionismo exacerbado e injustificável (possibilitado pela flexibilização dos requisitos de patenteamento) acaba por ser contrário ao próprio investimento realizado, considerando as barreiras criadas ao mercado a médio e longo prazo”¹⁵⁰.

148 BARROS, Carla Eugenia Caldas. Manual de Direito da Propriedade Intelectual. Aracaju: Evocati, 2007. p. 501.

149 SILVEIRA, Newton. Direito Autoral – Princípios e Limitações. In Revista de Direito Empresarial. Curitiba, Juruá, nº 12, jul/dez. 2009. p. 19

150 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. p.36. Cultura Livre: 2007. Disponível em 07/05/11 em

http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_propriedade_intel

2.1.4 A Convenção de Berna

A “Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas” (ou, simplesmente, Convenção de Berna) é um dos mais antigos tratados internacionais sobre a proteção de direitos autorais, firmado em Berna, na Suíça, em 1886. É fruto de uma campanha pública conduzida pela ALAI (*Association Littéraire et Artistique Internationale*), organização criada por Victor Hugo como forma de pressionar por uma maior proteção legal para escritores. Ao final do século XIX, as leis de proteção ao direito autoral manifestavam-se de forma esparsa nas diferentes legislações nacionais da época; além de variarem muito em conteúdo, havia uma dificuldade especial na asseguarção de sua eficácia em países estrangeiros. *Les Misérables*, obra prima de Victor Hugo, ao tempo de sua publicação (1862) gozava de proteção na França, mas não na Alemanha ou na Inglaterra, por exemplo.

Em 1883, a Convenção de Paris providenciou uma moldura (*framework*) legal internacional para a proteção de marcas e patentes, com o estabelecimento de princípios comuns entre os países signatários para proteção de criações intelectuais de seus nacionais, de forma mútua. Três anos depois, a Convenção de Berna estendeu os mesmos mecanismos para a proteção do direito autoral, estabelecendo alguns princípios de direito autoral que permaneceram através de todas as suas versões. Seu principal propósito é justamente uniformizar leis de direito autorais para uma aderência no nível internacional, atendo a uma filosofia de simplicidade.

Em primeiro lugar, ao invés de operar como um sistema de reciprocidade (sob o qual um país protege autores estrangeiros na medida em que seus próprios autores sejam lá protegidos), a Convenção opera sob o princípio do *tratamento nacional*, sob o qual um país estende a mesma proteção que oferece para os autores nacionais, para os autores estrangeiros, desde que seu país de origem também seja signatário.

Em segundo, ao invés de impôr os mesmos padrões para todas as nações, a Convenção solucionou o problema das diferenças nacionais em direito autoral estabelecendo padrões protetivos mínimos, que devem ser respeitados por todos os signatários; assim, os países membros podem tratar obras protegidas de seus nacionais da forma que

elegerem, mas devem tratar obras de autores nacionais de outros países membros do tratado em acordo com tais padrões mínimos (por exemplo, o disposto no Art. 7, (1): “a duração da proteção concedida pela presente Convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte”).

Em terceiro, a Convenção prevê a proteção automática de obras tão logo sejam criados, sem requerer nenhuma formalidade, tal como avisos (*notices*) ou registros. O direito autoral e a proteção ao autor são considerados “automáticos”, inerentes ao ato criativo e à publicação da obra. Para países como o Brasil, onde se prevê o registro da obra, este é apenas *ad probandum tantum*, e completamente opcional. Assim, o resultado deste princípio é que - ao contrário do que ocorre, por exemplo, no tocante às patentes - o direito exclusivo nasce da criação, e não de qualquer declaração estatal¹⁵¹.

Tais princípios básicos tornam possível uma implementação básica e mínima de legislação para a proteção de direitos autorais, de autores e obras. Muitos países podem ter normas mais restritivas em sua legislação interna, mas o reconhecimento de obras estrangeiras em seus próprios países deve aderir às regras da Convenção de Berna. Os Estados Unidos constituem um exemplo prático da necessidade de normas internacionais para o direito autoral; tal país somente processa casos de contrafação caso seu titular haja registrado a obra dita contrafeita em *bureau* específico – o *United States Copyright Office*. Esta legislação provou-se problemática para obras originadas (ou com sua primeira publicação) em outros países, e não registradas no *bureau* de *copyright* norte-americano. O ilícito não poderia ser responsabilizado ou punido, nos termos legais. Devido à tal norma, os Estados Unidos não aderiram à Convenção de Berna até 1989. Hoje, em conformidade com os princípios protetivos mínimos da Convenção, ainda aplicam o procedimento original de registro do *copyright* para obras nacionais, mas não consideram mais necessário que obras internacionais sejam registradas naquele país para que se processem pleitos de contrafação.

Em complemento aos três princípios normativos básicos, a Convenção de Berna institui padrões de proteção substantiva ao direito autoral. A proteção incluirá obras literárias, artísticas ou científicas, independente do meio de reprodução ou do suporte. Também inclui uma lista de direitos básicos a serem aderidos por todos os países signatários, como o direito de tradução; o direito de fazer adaptações ou arranjos; o de autorizar a representação e a execução pública; ou ainda o direito de

151 BARBOSA, Denis Borges. Aspectos internacionais da PI. p. 24. Disponível em 07/05/11 em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/apostilas/apostilas.html>

reprodução, bem como prazos mínimos de proteção, além de providências de ordem administrativa.

2.1.5 O Acordo TRIPs

O Acordo TRIPs (do inglês *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) integra o "Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio - OMC", também conhecido como "Ata Final da Rodada do Uruguai". A OMC é um Acordo maior que se compõe de quatro Anexos e o TRIPs é o Anexo 1C. É constituído fundamentalmente por parâmetros mínimos de proteção; embora presente, a regra de tratamento nacional é subsidiária em face do *patamar uniforme de proteção*.

Tais parâmetros mínimos partem das normas substantivas dos tratados multilaterais gerais preexistentes: a Convenção da União de Paris (CUP), a Convenção de Berna e do Tratado de Washington sobre proteção de circuitos integrados. Como, em particular no caso da CUP, "este nível de proteção substantiva foi considerado pelos elaboradores do TRIPs como insatisfatório, uma camada geológica suplementar foi acrescida, com dispositivos que as legislações nacionais devem incluir, como mínimo de proteção¹⁵²".

No plano substantivo e em relação às convenções internacionais já existentes, "não existem grandes originalidades (exceção são os direitos de locação e, em parte, as indicações geográficas e a proteção de informações não divulgadas, bem como a proteção ultramerceológica das marcas "notoriamente conhecidas) para além de clarificações e do fim de algumas exceções e limitações (vide, por exemplo, os artigos 13º e 14º, nº 6). As novidades surgem num outro pilar: a aplicação efetiva. As preocupações da indústria multinacional (farmacêutica, agroalimentar, do entretenimento, dos programas de computadores e dos produtos de luxo) exigiam a consagração no plano multilateral de regras relativas à aplicação efetiva e à subordinação da propriedade intelectual ao sistema integrado de resolução de diferendos da OMC. Por fim, acrescentem-se algumas regras respeitantes à aplicação do princípio da nação mais favorecida, à aquisição e manutenção dos direitos de propriedade intelectual ou atinentes à transparência¹⁵³".

152 BARBOSA, Denis Borges. Do Acordo TRIPs. Disponível em 07/05/11 em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/apostilas/apostilas.html>

153 ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. Os princípios estruturantes do acordo TRIP's: um contributo para a liberalização do comércio mundial. p. 30. Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004.

Qualquer benefício, privilégio, favor ou imunidade concedidos aos nacionais de determinado país devem ser estendidos aos nacionais dos outros países membros da convenção (*nação mais favorecida*). Os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida têm por objetivo a criação de um arranjo legal internacional não-discriminatório¹⁵⁴. Os dois princípios são bases do sistema legal da OMC, incluindo o TRIPs. O princípio do tratamento nacional, como visto, também constitui um dos princípios básicos da Convenção de Berna, que é tornada obrigatória, com exceção dos direitos morais previstos pelo seu Artigo 6 bis.

O acordo TRIPs pretende dar cumprimento a uma concepção econômica da propriedade intelectual (garantir mercados abertos e proteger os produtos nacionais no estrangeiro). Ou seja, é um acordo funcionalizado (é de sublinhar que durante as negociações do Ciclo do Uruguai as indústrias europeia, japonesa e norte-americana – rivais entre si – concordavam, na substância, com o projecto de acordo para a propriedade intelectual), protecionista (a tutela da propriedade intelectual não é um objectivo em si mesmo, mas para proteger algumas economias principalmente face aos novos países em vias de industrialização – e não face, verdadeiramente, aos países em vias de desenvolvimento – da Ásia e da América Latina) e profusamente merceológico-mercável ou “*trade-off*”¹⁵⁵.

Bens e direitos de matriz intelectual passam a ser tutelados como se mercadorias fossem, ativos garantidos por políticas industriais que buscam criar condições para o “surgimento, a consolidação e a expansão de um setor econômico visto como o mais dinâmico da economia capitalista atual. Os instrumentos de políticas públicas para o fomento das indústrias criativas são, então, basicamente instrumentos de política industrial que buscam analisar o estado atual do setor, identificar as fragilidades e acionar mecanismos para corrigir as deficiências, estruturando e fortalecendo a cadeia produtiva”¹⁵⁶. As ratificações ao Acordo TRIPs são um requerimento compulsório para filiação à Organização Mundial do Comércio; qualquer país buscando obter acesso aos mercados internacionais abertos pela OMC deve decretar as leis estipuladas pelo TRIPs. Por essa razão, é o mais importante

154 Mas não necessariamente equitativo.

155 ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. Os princípios estruturantes do acordo TRIP's: um contributo para a liberalização do comércio mundial. p. 65. Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004.

156 ORTELLADO, Pablo. A economia criativa e a economia social da cultura. Disponível em 07/05/11 em <http://www.gpopai.org/ortellado/2011/04/a-economia-criativa-e-a-economia-social-da-cultura/>

instrumento multilateral para a globalização das leis de propriedade intelectual.

Os Estados-membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistemas e práticas jurídicas, mediante declaração. Por fim, mas não menos importante: diferente de outros acordos em propriedade intelectual, possui um poderoso mecanismo de execução, já que Estados-membros podem ser disciplinados (sancionados) através do mecanismo de resolução de disputas da Organização Mundial do Comércio¹⁵⁷.

O Acordo TRIPS não determina até que ponto a liberdade de expressão, enquanto direito protegido constitucionalmente, pode prevalecer sobre os interesses dos detentores de direitos autorais. No caso Índia – Patentes (US) o Painel e o Órgão de Apelação abordaram certas questões de direito constitucional indiano, já que elas afetavam a administração de patentes, e indicaram que a substância das regras constitucionais nacionais pode ser uma questão de fato em processos de solução de controvérsias na OMC¹⁵⁸. A questão do alcance da proteção nacional que um Membro pode oferecer aos seus cidadãos tem uma natureza diferente, e a questão relativa à possibilidade de restrição das escolhas constitucionais básicas dos Membros pelo sistema de solução de controvérsias da OMC continua pendente¹⁵⁹.

2.1.6 Outros Instrumentos Internacionais

Portanto, em termos sucintos, a Convenção de Berna estabelece princípios de atuação do direito autoral e traça os contornos substantivos mínimos; o Acordo TRIPs lhes empresta coercitividade. Existem diversos outros acordos e tratados que incluem o tema, direta ou indiretamente; a Organização Mundial da Propriedade Intelectual¹⁶⁰

157 No Brasil, a Lei Nº 12.270, de 24 de junho de 2010 (Conversão da Medida Provisória nº 482, de 2009), dispõe sobre “medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em casos de descumprimento de obrigações do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio”.

158 Índia – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, iniciado pelos Estados Unidos, WT/DS50/AB/R (“Índia – Patentes (US)”).

159 Conferência das Nações Unidas sobre Comércio de Desenvolvimento. Curso de Solução de Disputas em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual. Módulo Solução de Controvérsias. p. 15. Nações Unidas: 2003

160 Entidade internacional de Direito Internacional Público com sede em Genebra (Suíça), integrante do Sistema das Nações Unidas. Criada em 1967, é uma das 16 agências especializadas da ONU e tem por propósito a promoção da proteção da propriedade intelectual ao redor do mundo através da cooperação entre Estados. Atualmente, é composta de 184 Estados-membros.

(OMPI) administra 24 tratados internacionais, divididos em três grupos gerais: Proteção de Propriedade Intelectual, Sistema de Proteção Global e Classificação. Um dos impactos do Acordo TRIPs foi o *forum-shifting* verificado em relação à OMPI, que teve sua relevância diminuída como cenário de decisões. Contudo, é quem opera os mecanismos de resolução de disputas relativos aos direitos pessoais, já que o Acordo TRIPs atua apenas no nível governamental, impondo padrões mínimos e exigindo sua implementação.

O Brasil faz parte também da Convenção de Roma¹⁶¹ e da Convenção Universal¹⁶². Outras normativas internacionais de impacto sobre o tema incluem:

a) A Diretiva 2001/29/CE

A Diretiva n.º 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, destina-se ao cumprimento de uma obrigação internacional, qual seja a ratificação dos denominados Tratados OMPI de 1996 (Tratado da OMPI sobre Direito de Autor e Tratado da OMPI sobre as Interpretações e Execuções e os Fonogramas, assinados em Genebra em 20 de Dezembro de 1996, dos quais o Brasil não faz parte), pelos membros da União Europeia, e que de fato forçou tais países a aderirem aos princípios unionistas subcorrentes aos Tratados OMPI.

Bastante controversa, foi ao tempo objeto de lobby intenso no Parlamento Europeu. Em sua forma final, inclui apenas exceções muito restritas aos direitos de exclusivo e proíbe a neutralização de “medidas eficazes de proteção tecnológica”, verdadeiras *anti-DRM measures* tornando ilícitos mecanismos que abram – ou tentem abrir – “cadeados digitais”¹⁶³. Como resultado, é frequentemente considerada pela

161 Convenção Internacional para Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão de 26/10/1961, e incorporada pelo Decreto n.º 57.125 de 19/10/1965.

162 Convenção Universal sobre o Direito do Autor, revista em 24/07/1971 e incorporada pelo Decreto n.º 76.905 de 24/12/1975.

163 Medidas tecnológicas de proteção anti-cópia, conhecidas pela sigla DRM (do inglês *Digital Rights Management*, ou *Digital Restrictions Management*). “Tecnologias, dispositivos ou componentes que, durante o seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos” (Art. 6.º, 3, da Directiva). Uma das principais críticas feitas à tais medidas é que sua utilização impede usos legítimos, ferindo direitos dos usuários. Outros pontos passíveis de objeção são de que, ao se proibir mecanismos que tentem abrir tais “cadeados”, se está impedindo a evolução técnica; ainda mais grave, tais sistemas oferecem grande potencial de abuso de privacidade, como demonstrado em casos como o *rootkit* presente em CDs da Sony, ferramenta utilizada para invasão remota de computadores. Também é utilizada a

comunidade acadêmica como uma vitória de titulares de direitos (empresas das áreas editoriais, cinema, música e software) sobre os interesses dos usuários de conteúdo¹⁶⁴.

b) Convenção da Unesco

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 485/2006 (Convenção da Unesco), tem como meta a proteção e promoção das diversidades das expressões culturais materializadas e transmitidas principalmente pelas atividades, bens, serviços culturais, línguas e costumes de cada comunidade. Tem impacto sobre as relações comerciais que envolvem serviços culturais e bens culturais, na elaboração de conceitos, metas e políticas em favor da diversidade cultural, com ênfase no pluralismo e no diálogo entre as culturas e os diversos credos e nas políticas de desenvolvimento.

Tem ainda caráter vinculante, ou seja, cria compromissos para os estados-membros, obrigando-os à tomar medidas para proteger a diversidade cultural em seus territórios. Seus maiores objetivos são o reconhecimento da natureza dual de expressões culturais como objetos comerciais e artefatos de valor cultural, e o reconhecimento do direito soberano dos Estados de formular e implementar suas políticas culturais. Disponibiliza uma série de medidas que as partes podem adotar para proteger e promover a diversidade das expressões culturais em seu território.

Possui o ambicioso objetivo de preencher uma lacuna por objetivos culturais no direito público internacional e servir como um contrapeso cultural à OMC em conflitos futuros entre comércio e cultura. Seus oponentes, entretanto, a acusam de instrumento protecionista disfarçado, e de violar a liberdade de expressão e informação em nome da diversidade cultural.

A Convenção emoldura regras e princípios comuns para a diversidade cultural no nível global e reconhece a legitimidade de políticas públicas tanto protegendo quanto promovendo a diversidade cultural, e da soberania dos Estados no tema. Reconhece que a diversidade cultural forma um patrimônio comum da humanidade, e considera que a proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais pressupõem o reconhecimento da igualdade de dignidade entre todas as culturas, e do respeito a elas. Também é apontado que atividades, bens e serviços culturais têm natureza econômica e também

denominação *Technological Protection Measures* (TPM) como sinônimo.

164 GINSBURG, Jane C. Can Copyright Become User-Friendly? *Columbia-VLA Journal of Law & Arts*, Vol. 25, No. 1, 2001.

cultural, pois transmitem identidades, valores e significados, e não devem, portanto, ser tratados como se tivessem apenas valor comercial. O Artigo 5, 1, estabelece:

As Partes [Estados], em conformidade com a Carta das Nações Unidas, os princípios do direito internacional e os instrumentos universalmente reconhecidos em matéria de direitos humanos, reafirmam seu direito soberano de formular e implementar as suas políticas culturais e de adotar medidas para a proteção e a promoção da diversidade das expressões culturais, bem como para o fortalecimento da cooperação internacional, a fim de alcançar os objetivos da presente Convenção.

Essas medidas incluem, entre outras ações: proteger e promover a diversidade das expressões culturais; dar oportunidades à criação, produção, disseminação, distribuição e usufruto de atividades culturais domésticas, e de bens e serviços, inclusive aquelas relacionadas às línguas usadas nessas atividades, bens e serviços; provimento de assistência financeira para atividades e expressões culturais; criação e apoio às instituições públicas necessárias; fomento aos meios de comunicação, inclusive transmissões públicas de rádio e televisão; e a formação e apoio de artistas e outras pessoas envolvidas na criação de expressões culturais.

É importante notar também que o artigo 2 da Convenção ("Princípios orientadores") sob o título de "Princípio da igual dignidade de todas as culturas e do igual respeito a elas", faz menção à necessidade de se proteger e promover a diversidade das expressões culturais "das culturas de pessoas pertencentes a minorias e a povos indígenas". Há também outra seção desse mesmo artigo, intitulada "Princípios de desenvolvimento sustentável", que afirma que "a proteção, promoção e manutenção da diversidade cultural são requisitos essenciais para o desenvolvimento sustentável, em benefício das gerações presentes e futuras".

No preâmbulo deste documento foi manifesto o reconhecimento da importância dos direitos de propriedade intelectual para sustentar os que participam da criatividade cultural. Também ficou expresso que a criatividade cultural não deve ser tratada apenas em seu valor comercial. Para os convencionais, a diversidade cultural se revela não só nas diversas formas nas quais se expressa, enriquece e transmite o

patrimônio cultural da humanidade mediante a variedade de expressões culturais, mas também através de distintos modos de criação artística, produção, difusão, distribuição e desfrute das expressões culturais, quaisquer que sejam os meios e tecnologias utilizados.

Disposta a mostrar a força da Convenção, ficou deliberada no artigo 20º a sua relação com outros instrumentos internacionais. Uma relação “de reforço mútuo, complementar e de não subordinação”. Para isso, estabeleceu que as Partes não devem subordinar a Convenção aos demais tratados e que fomentarão a potenciação mútua entre a presente Convenção e os demais tratados dos quais são parte; e, quando interpretem e apliquem os demais tratados de que são Parte ou contraíam outras obrigações internacionais, terão em conta as disposições pertinentes da presente Convenção. Diferente dos dispositivos da Convenção para a Salvaguarda da Cultura Imaterial, os preceitos deste artigo expressam o ânimo de não sujeitar a Convenção a outros tratados. Não obstante, persiste o item segundo no sentido de que nenhuma disposição da presente Convenção poderá interpretar-se como uma modificação dos direitos e obrigações das Partes que emanem de outros tratados internacionais dos que sejam parte¹⁶⁵. Materialmente, se manifesta pela Emenda Constitucional 48, que institui o Plano Nacional de Cultura, criando obrigações positivas para o Estado brasileiro.

2.1.7 Direito Interno

O Brasil disciplina a matéria na Lei 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais), compatível com Berna e o Acordo TRIPs, e que é considerada uma das quatro leis mais restritivas do mundo¹⁶⁶ por impôr padrões protetivos acima dos mínimos (*TRIPs-plus*). Estabelece critérios para proteção: a obra precisa ser estética, exteriorizada e apresentar originalidade mínima (tratamento novo ao tema). Determina prazo de proteção (a vida do autor mais 70 anos), após o qual a obra cai em domínio público. Para fotografia e obra visual são 70 anos contados da divulgação (art. 5º) da obra.

Adere aos princípios da Convenção de Berna, como o uso da obra depender de autorização prévia e expressa autorização do titular dos direitos autorais; ausência de formalidades protetivas; previsão dos

165 ZANIRATO, Silvyia Helena. RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. p. 51. Ambiente & Sociedade v.X, n.1. Campinas: jan-jun 2007.

166 Consumers International IP Watchlist 2011. Pg. 02. Consumers International: Abril 2011. ISBN: 978-0-9567403-1-1

direitos morais do autor; individualidade da proteção; independência das utilizações. Seu art. 4º estabelece que “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”. Portanto, enquanto sujeito ao prazo de proteção legal¹⁶⁷, nenhum uso de uma obra é possível sem a permissão do titular de seus direitos autorais¹⁶⁸, exceto aqueles compreendidos nas exceções legais e nos limites do direito autoral.

A Lei 9.610/98 encontra-se em processo de revisão, nos termos definidos pelo Plano Nacional de Cultura, sob responsabilidade do Ministério da Cultura. O ordenamento interno trata também do assunto na Lei 9.609/98 (programas de computador) e na Lei 6.533/78 (“Dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de técnico em Espetáculos de Diversões, e dá outras providências”). No plano criminal, há considerável polêmica em relação à constitucionalidade do Art. 184 do Código Penal, por tratar-se de norma penal em branco, de tipo aberto (“violar direitos de autor e os que lhe são conexos”), alterado pela lei 10.695/03.

2.2 Limites do Direito Autoral

Como se verifica, os direitos autorais refletem internamente o choque entre os interesses privados do autor, dos demais titulares, e dos interesses coletivos e difusos da sociedade em geral, principalmente no que se refere ao acesso ao conhecimento, decorrente da natureza dual dos bens culturais – tanto objetos mercadológicos como artefatos dotados de dimensão simbólica. Existe uma necessidade de acesso público à produção e obras artísticas, literárias ou científicas¹⁶⁹, que envolve o uso de obras.

A respeito da locução “limites e exceções”, diz Oliveira Ascensão:

Generalizou-se em textos internacionais o uso da expressão “limites e exceções” para referir as

167 Quanto aos prazos, a regra geral é estabelecida pelo Art. 41 da Lei 9.610/98: “Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subseqüente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.”. Caso o autor faleça sem herdeiros, sua obra entra para o domínio público.

168 Há razoável controvérsia quanto à interpretação do termo “negócios jurídicos”; parte da doutrina sustenta que isto excluiria a interpretação restritiva relativa aos atos jurídicos, *stricto sensu*, em matéria autoral, exemplo do qual seria a utilização privada da obra.

169 SOUZA, Allan Rocha de; SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. Os direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil. *In* Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 2343.

restrições aos direitos autorais. A razão é facilmente perceptível. Há quem considere todas as restrições excepcionais e consequentemente sujeitas ao regime gravoso da regra excepcional; e quem entenda que se trata de simples limites da atribuição, contidos em regras comuns. Os textos internacionais pretendem fugir à polêmica. A LDA prefere referir “Limitações”. Faz a opção certa, a nosso ver, porque as restrições não são excepcionais. Pode haver entre elas regras excepcionais, mas isso pela natureza intrínseca da regra e não pelo simples fato de limitar um direito autoral: como se este fosse um absoluto e tudo o que o limitasse tivesse de ser considerado uma exceção!¹⁷⁰.

Por tais razões, havemos por bem adotar o tratamento do tema sob a rubrica de “limites”, e não “exceções”¹⁷¹, nesta pesquisa. Para Carlos Aberto Bittar, as limitações aos direitos autorais "são verdadeiros tributos a que se sujeita o autor em favor da coletividade, de cujo acervo geral retira elementos para as criações de seu intelecto"¹⁷², *quid pro quo* ao direito de exclusivo constitutivo do direito autoral, outorga estatal temporal que é, e que deve necessariamente subordinar-se à ordem jurídica vigente, por integrante de um sistema normativo coeso:

Os direitos de autor e conexos, tal como qualquer direito subjectivo não são plenos – no sentido em que são objecto de limites intrínsecos e extrínsecos. Acontece, porém, que neste como noutros direitos exclusivos a tendência dos titulares de direitos é a de aceitarem uma limitação dos mesmos tão reduzida quanto possível. Pelo contrário, os utilizadores das obras e prestações pretendem um âmbito de liberdade de acção necessariamente amplo, no que são acompanhados pelo público em geral – interessado num acesso fácil e económico aos

170 ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Autoral numa Perspectiva de Reforma. p.41. in WACHOWICZ, Marcos. SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

171 Mantido apenas quando em referência à exceção estrita (*factum principis*, casos fortuitos, força maior), e que evidentemente não constituem *limites*.

172 BITTAR, Carlos Alberto. Contornos Atuais do Direito do Autor. P. 121 e 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

conteúdos culturais que promovam a sua formação e distração¹⁷³.

Tais limites podem ser intrínsecos ao próprio comando legal, ou seja, aquelas situações e fatos expressamente indicados como tais – caso do Art. 46 da Lei 9.610/98, por exemplo; e podem ser extrínsecos, caso de previsões de cunho constitucional ou comandos de tratados internacionais que atinjam o exclusivo autoral. As limitações extrínsecas “coincidem com os princípios constitucionais de liberdade de acesso e de expressão, principalmente no que se refere aos bens culturais, objeto de tutela pelo Estado”¹⁷⁴.

Podem ainda distinguir-se dentro das “limitações”, utilizações livres e outras restrições. A diferença estaria em as “utilizações livres serem não remuneradas e tendencialmente automáticas, enquanto outras restrições, como as licenças compulsórias, terem por contrapartida uma remuneração. **Em qualquer caso, há que ter presente que os limites são constitutivos do direito autoral, exatamente nos mesmos termos e com a mesma dignidade das regras atributivas de poderes.** O direito autoral é, como todos os direitos, a situação de vantagem resultante de um complexo de poderes e deveres que a constituem¹⁷⁵”. O mesmo autor, em outro texto, divide tais limites em duas grandes categorias – limites intrínsecos os que se integram no próprio ramo do Direito de Autor; e extrínsecos os impostos pela coexistência com outros ramos do Direito¹⁷⁶.

2.2.1 Limites Intrínsecos

Toda a lei deve servir simultaneamente o interesse individual e o coletivo. Os limites são indispensáveis para a conciliação do direito autoral com o interesse público, o interesse da coletividade, o interesse dos usuários e até o interesse do autor, que é frequentemente sacrificado

173 CORDEIRO, Pedro. Limitation and exceptions under the “three-step-test” and in national legislation – differences between the analog and digital environments. WIPO/CR/RIO/01/4

174 SILVEIRA, Newton. Direito Autoral – Princípios e Limitações. *In* Revista de Direito Empresarial. Curitiba, Juruá, nº 12, jul/dez. 2009. p. 11.

175 ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Autoral numa Perspectiva de Reforma. p. 42. *in* WACHOWICZ, Marcos. SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. Grifos no original.

176 ASCENSÃO, José de Oliveira. Os limites dos limites. A teoria dos três passos. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação para a gestão dos direitos. p. 108. *In* VIDE, Carlos Rogel (org.). Los Limites del Derecho de Autor. AISGE/REUS, 2006.

às empresas de *copyright*. Sobretudo, há que atender às injunções constitucionais, aos direitos fundamentais e às grandes liberdades públicas, e ter em conta as determinações muito claras de fomento do ensino, da investigação científica, da informação e da cultura¹⁷⁷.

Na lei 9.610/98, os limites são apreciados nos Arts. 46¹⁷⁸ e seguintes, seguindo o modelo europeu: os oito incisos do Art. 46 apresentam casos especiais em que são permitidos os usos de obras protegidas, sem a necessária autorização dos titulares e remuneração por parte de quem as utiliza. Trata-se de de rol estreito (*narrow*), e que constitui objeto de crítica da melhor doutrina:

177 ASCENSÃO, José de Oliveira. Entrevista a Rodrigo Moraes, publicada em 12/12/08 e disponível em http://www.rodrigomoraes.com.br/entrevistas.php?cod_ent=29

178 Art. 46. Não constitui 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;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause o prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Sabendo-se que os interesses fundamentais em jogo são o interesse privado do autor e o interesse coletivo no benefício social resultante da obra protegida, há que buscar a medida ótima de satisfação desses interesses, portanto o ponto de equilíbrio, sem preconceitos à partida num sentido ou noutro. Ora, por este prisma, a atual LDA está muito longe de exprimir um equilíbrio. Os arts. 46 a 48, a quem caberia essencialmente realizar essa função, só muito relutantemente abrem espaços na absolutidade tendencial do direito de autor. E essas disposições são aplicáveis no que couber aos direitos conexos (art. 89)¹⁷⁹.

O sistema anglo-saxão de *copyright* adota cláusula aberta de *fair use* para o trato dos limites, propondo testes jurisprudenciais para determinar o limite jurídico da proteção exclusiva. Landes e Posner falam que, de forma geral, a cópia que é complementar à obra protegida (como pregos são complementos de martelos) constitui *fair use*, mas aquela que substitui a obra (como parafusos substituem pregos) é infringente.

O sistema do *fair use* tem inegáveis vantagens, pois é um sistema maleável, que permite a adaptação a circunstâncias mutáveis. O nosso sistema de limites taxativos cria o paradoxo de responder a uma revolução (informática) com rigidez acrescida; “lamentavelmente, um sistema que quase se reduz a uma cláusula geral e a decisões jurisprudenciais é intransponível para um sistema de direito romanístico, que repousa em previsões legais. Temos de procurar aperfeiçoar o nosso sistema, em vez de cultivar a ilusão que tudo se resolve importando um modelo alheio”¹⁸⁰.

2.2.2 A Regra dos Três Passos

O sistema de *fair use* é transposto para as obrigações internacionais na chamada **regra dos três passos**, teste que determina situações não-infringentes ao exclusivo autoral. Trata-se de previsão genérica de “limites e exceções” ao direito autoral, surgida na Conferência de Estocolmo (1967), quando da incorporação do direito de

179 Op. cit. p. 40.

180 ASCENSÃO, José de Oliveira. Entrevista a Rodrigo Moraes, publicada em 12/12/08 e disponível em http://www.rodrigomoraes.com.br/entrevistas.php?cod_ent=29

reprodução à Convenção de Berna, expressa em seu Artigo 9(2)¹⁸¹.

Esta cláusula ficou conhecida como a regra dos três passos, e hoje consta dos principais instrumentos jurídicos internacionais sobre o tema, com pequenas modificações em sua redação. A principal alteração digna de nota é que, enquanto a Convenção de Berna e o Tratado Mundial de *Copyright* (WCT) falam em *não prejudicar injustificadamente os interesses do autor*, no terceiro passo, o Acordo TRIPS substitui o termo *autor* por *titular de direitos (right holder)*, em consonância com o caráter mercantil predominante às negociações dentro do âmbito da OMC, e desta forma estendendo a proteção também para os direitos conexos.

Cláusula geral de limites, merece especial atenção para compreensão de seu alcance a decisão adotada pela OMC, em painel proposto pela União Europeia (UE) em face da legislação norteamericana de direitos autorais, questionando o Artigo 110(5) do *Copyright Act*. O relatório do caso e a decisão do painel podem ser examinados no documento *WTO Rep. Panel WT/DS160/R*, de 15/06/00¹⁸².

Em Abril de 1999, a UE requisitou abertura de painel sobre o tema, argumentando que tal artigo permitiria, sob determinadas condições, a execução de música de rádio e televisão em locais públicos (bares, lojas, restaurantes, etc.) sem o pagamento de *royalties*. No entender da UE, tal previsão seria incompatível com as obrigações assumidas pelos Estados Unidos sob o Artigo 9(1) do Acordo TRIPS, o qual requer que seus membros obedeçam aos artigos 01 a 21 da Convenção de Berna.

A disputa ficou centrada na compatibilidade de duas exceções previstas no Artigo 110(5) do *Copyright Act* com o Artigo 13 do Acordo TRIPS, o qual prevê determinados “limites e exceções” aos exclusivos dos titulares de direitos autorais, desde que (a) tais limites sejam confinados a certos casos especiais, (b) não conflitem com a exploração normal da obra em questão e (c) não prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos do titular.

181 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.

182 O relatório e a decisão utilizam-se sempre da expressão “limites ou exceções” de forma intercambiável, como aposto no próprio Artigo 13 do Acordo TRIPS, motivo pelo qual aqui se reproduz aqui, apesar da ressalva apontada no início do tópico quanto ao conteúdo constitutivo dos limites ao direito autoral, e portanto da impropriedade técnica apontada, já que trata-se claramente de estabelecimento de parâmetros, e não de excepcionalidade suscitada.

As exceções em questão no painel proposto pela UE (conhecidas como *business exception* e *home exception*) previam hipóteses nas quais, respectivamente, estabelecimentos de pequeno porte (verificado em função da metragem do local) ou estabelecimentos com sistema de sonorização caseiros (aparelhos de rádio ou TV de pequeno porte), estariam isentos de pagamento de *royalties*. Os painelistas entenderam que a *home exception* estaria em acordo com Berna, enquanto que a *business exception* constituía infração ao teste dos três passos.

2.2.3 Prejuízo Injustificado

Na decisão do painel, em especial do parágrafo 6.220 em diante, a OMC oferece uma análise interpretativa geral para o terceiro passo da regra, arguindo que o ponto crucial é a determinação do que seria um prejuízo “injustificado”. Afirma que, pelo seu ponto de vista (ressalvando expressamente ser este “incompleto e portanto conservador”), uma forma de análise para tanto é o valor econômico dos exclusivos conferido pelo direito autoral aos seus titulares.

Os Estados Unidos definiram “prejuízo aos legítimos interesses do titular” em termos do impacto econômico causado pelas exceções questionadas (*home e business exceptions*). No seu ponto de vista, enquanto a segunda condição do Artigo 13 do Acordo TRIPs aponta para o grau de *market displacement* causado por um limite ou exceção, o “prejuízo injustificado” mede o quanto o titular de direitos é atingido (*harmed*) pelos efeitos de tal limite. Nota-se na argumentação oferecida a inclusão da questionável premissa de que “qualquer exceção ao direito de exclusivo pode tecnicamente resultar em algum grau de prejuízo ao titular de direitos”, e que portanto a questão era determinar se tal prejuízo é injustificado (*unreasonable*) ou não¹⁸³.

A União Europeia argumentou que os interesses legítimos do titular de direitos consistem em poder prevenir todas as instâncias de certos usos de sua obra, protegida por um exclusivo específico, por terceiros sem seu consentimento; o interesse legítimo inclui, no mínimo, todos os usos comerciais. Para a UE, tanto os elementos empíricos quanto os normativos são relevantes para o exame da terceira condição do Artigo 13. Na prática, os prejuízos econômicos aos titulares de direitos deveriam ser verificados com base nos efeitos econômicos no país aplicando o limite. No seu ponto de vista, é suficiente a

183 WTO Rep. Panel WT/DS160/R, par. 6220.

demonstração do potencial de prejuízo; não seria necessário quantificar as perdas financeiras sofridas pelos titulares interessados¹⁸⁴.

O painel definiu que o prejuízo aos legítimos interesses dos titulares de direitos atinge um nível injustificado se um limite ou exceção causa ou tem o potencial para causar uma perda de renda “injustificada” a tal titular¹⁸⁵. Em nota neste parágrafo, afirma que, a respeito do que pode ser a linha divisora entre prejuízo “justificado” e “injustificado”, remete ao Guia da Convenção de Berna publicada pela OMC, em especial ao comentário ao Artigo 9(2). Tal artigo tem redação quase idêntica ao Art. 13 do Acordo TRIPs mas refere-se a limites aos direitos de reprodução: “note-se que não é questão de prejuízo ou não: toda cópia é danosa até certo ponto”¹⁸⁶.

O parágrafo em questão prossegue na discussão sobre se “as fotocópias prejudicam a circulação da revista”, se “poderia seriamente prejudicar suas vendas” e afirma que “em casos onde haveria uma séria perda de lucros para o titular de direitos, a lei deverá providenciar alguma compensação (um sistema de licenciamento compulsório com remuneração paritária”. O painel diz concordar com tais parâmetros. Ainda, afirmam que neste respeito, não enxergam diferenças substanciais para os direitos de reprodução, execução (performance) ou transmissão (*broadcasting*).

Os painelistas notam que, para o propósito de determinação de prejuízos injustificados, *tanto as perdas reais quanto as potenciais dos titulares de direito são relevantes*¹⁸⁷; em especial quanto ao terceiro passo, comentam que, caso apenas as perdas reais fossem levadas em consideração, isto poderia justificar uma nova exceção a um direito de exclusivo recém-introduzido, ou a uma situação na qual os titulares não tivessem os meios ou possibilidades de sua efetivação; e que tal fato impediria expectativas de obtenção de rendas futuras, geradas pelo exercício daquele direito. É preciso levar em conta aqueles cujo uso da obra é livre como resultado da “exceção”, e também aqueles que podem começar a utilizá-las, uma vez que seu uso se torne livre¹⁸⁸.

Mas o painel traz uma interpretação importante: ao analisar a *home exception*, afirma que *não havia uma expectativa, por parte dos titulares de direito, de licenciar a execução de músicas de rádios ou TVs*

184 WTO Rep. Panel WT/DS160/R, par. 6221.

185 WTO Rep. Panel WT/DS160/R, par. 6229.

186 Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. p. 56-58. OMC: 1978. Esta premissa quanto ao dano potencial de toda cópia é implícita em toda a argumentação da OMC, apesar da falta de evidências técnicas neste sentido.

187 WTO Rep. Panel WT/DS160/R, par. 6247.

188 WTO Rep. Panel WT/DS160/R, par. 6186.

para pequenos estabelecimentos; e que esta forma de execução pública não compreende o exclusivo previsto no Art. 11 *bis* 1, 3^o¹⁸⁹. Ou seja, de um lado, a decisão garante a possibilidade de direitos exclusivos sobre usos futuros das obras, decorrentes do avanço tecnológico; mas, não existindo a expectativa de ganhos com certos usos, estes são legitimados. Tal fator foi decisivo para afirmar a conformidade desta exceção com a Convenção de Berna¹⁹⁰¹⁹¹. Nos termos da decisão da OMC, a exploração normal da obra não é afetada, *mesmo havendo um uso comercial*, conforme constatado.

2.2.4 Aplicação Direta no Ordenamento Interno

O Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais do Ministério da Cultura (Relatório LDA) afirma que “ao que tange aos critérios da regra dos três passos, é pacificado que por "exploração normal" entende-se a exploração econômica costumeira. Já o "prejuízo injustificável ao autor" é aquele cujo resultado vai além dos limites do equilíbrio de interesses, onerando o autor frente aos interesses da coletividade além dos limites do razoável e proporcional. Em outras palavras, uma limitação de ser aplicada em determinados casos específicos que não podem causar um estorvo à exploração econômica costumeira da obra intelectual, nem ultrapassar os limites de uma situação equilibrada”¹⁹². É mister notar que o governo brasileiro entende a incorporação expressa ao ordenamento interno como “preocupante”:

Com relação à inserção da regra dos três passos na redação do caput, vemos como preocupante no sentido de que pode vir a ser interpretada pelo judiciário como uma limitação dos casos especiais já descritos nos incisos. Essa mudança requereria uma alteração significativa em todo o artigo, o que não parece adequado visto que se trata de dispositivo já bastante delicado. Ademais, muitas

189 Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar: (...) 3º - a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagem, da obra radiodifundida.

190 WTO Rep. Panel WT/DS160/R, par. 6218.

191 WTO Rep. Panel WT/DS160/R, par. 6271.

192 Ministério da Cultura. Secretaria de Políticas Culturais. Diretoria de Direitos Intelectuais. Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais. p. 112. Disponível em 12/05/11 em http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/Relatorio_Final_para_divulgacao2.pdf

críticas feitas à presença da regra dos três passos no parágrafo único deste artigo dizem respeito à amplitude e indefinição dos termos da regra¹⁹³.

Os argumentos contrários à adoção de um sistema de limites abertos sustentam que isto traria insegurança jurídica devido às suas raízes na construção jurisprudencial norte-americana, e que isso tenderia a aumentar custos de litigância, além de aumentar a confusão quanto à compreensão da lei. Porém, o Acordo TRIPs, como conjunto de normas substantivas, expressamente incorpora a regra dos três passos, em seu Art. 13. Como visto, a principal característica do Acordo TRIPs é justamente seu patamar uniforme de proteção; e os limites do direito autoral são constitutivos, como lembra Oliveira Ascensão, já que são exclusivos outorgados pelo Estado. Usos da obra que não estejam compreendidos no exclusivo são livres, já que não estamos tratando apenas dos direitos dos titulares, mas também dos direitos dos usuários de obras autorais.

Aplicando os princípios protetivos mínimos da Convenção de Berna, bem como o parágrafo 1º do Art. 5º da Constituição¹⁹⁴, conclui-se que a regra dos três passos é passível de aplicação direta no Brasil. É caso análogo ao exemplificado acima, quanto ao sistema de registro de obras norte-americano; consequência do alto nível restritivo da lei nacional, mais realista que o rei. Num processo de solução de controvérsia, o painel ou o Órgão de Apelação deverá interpretar as disposições aplicáveis da Convenção de Berna no âmbito do Acordo TRIPs; se o limite é constitutivo, não cabe direito de exclusivo para os usos amparados pela regra dos três passos.

A jurisprudência sinaliza entendimento neste sentido; em maio de 2011, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) excluiu a cobrança de direitos autorais em relação a um evento religioso, com entrada gratuita e sem fins lucrativos promovido, em 2002, pela Mitra Arquidiocesana de Vitória. O Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) havia determinado o pagamento ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad). A Turma seguiu integralmente o voto do relator do recurso, ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹⁹⁵.

A ação de cobrança movida pelo Ecad diz respeito a “execuções

193 Ministério da Cultura. Secretaria de Políticas Culturais. Diretoria de Direitos Intelectuais. Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais. p. 80. Disponível em 12/05/11 em http://www.cultura.gov.br/site/vp-content/uploads/2011/04/Relatorio_Final_para_divulgacao2.pdf

194 “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

195 REsp 964404/ES

musicais e sonorizações ambientais” em ambiente escolar. O TJES considerou que o artigo 68 da Lei n. 9.610/1998 autorizaria a cobrança dos direitos autorais. A Mitra recorreu ao STJ. Em seu voto, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino admitiu que a leitura isolada do artigo 68 da Lei n. 9.610/98 indica a obrigação dos direitos autorais. “Mas a lei, nos artigos 46, 47 e 48 regula as limitações aos direitos autorais”, apontou; “(...) nada obstante, as normas do art. 68 e seus parágrafos fixam apenas o âmbito de proteção *prima facie* da propriedade autoral, surgindo o seu âmbito efetivo de proteção somente após o reconhecimento das restrições e limitações a ela opostas pela própria lei especial”.

O relator destacou que entre essas limitações estão o direito à intimidade e à vida privada, desenvolvimento nacional e à cultura, educação e ciência. Negar essas limitações seria negar direitos fundamentais que, no caso, devem se sobrepor aos direitos dos autores das obras: o artigo 13 do Acordo TRIPs admite a restrição de direitos autorais, desde que não interfira na exploração normal da obra ou prejudiquem injustificavelmente o titular do direito. Para o relator o evento não teria magnitude o bastante para prejudicar a exploração da obra, expressamente remetendo à regra dos três passos; e prossegue:

O evento de que trata os autos – sem fins lucrativos, com entrada gratuita e finalidade exclusivamente religiosa – não conflita com a exploração comercial normal da obra (música e sonorização ambiental), assim como, tendo em vista não constituir evento de grandes proporções, não prejudica injustificadamente os legítimos interesses dos autores (...) Prepondera, pois, neste específico caso, o direito fundamental à liberdade de culto e de religião frente ao direito do autor.

Os limites providenciam mecanismos para a eliminação de posições de mercado de exclusivos anti-competitivas. A este respeito, possuem vantagem sobre as provisões do direito concorrencial, já que estabelecem uma base geral para remédios (em oposição ao enfoque caso-a-caso do direito concorrencial), e assim aumentam a segurança jurídica e reduzem custos de transação. A regra dos três passos não deve ser aplicada de forma a respaldar práticas anti-competitivas ou impedir o estabelecimento de um equilíbrio harmonioso entre os interesses legítimos de titulares e de competidores, especialmente em mercados

secundários¹⁹⁶.

2.2.5 Uso Privado

Portanto, essa é a interpretação que merece aplicação quanto ao **uso privado** de obras. A respeito da redação do inciso XXVII do art. 5º constitucional – “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras (...)” – escreve Oliveira Ascensão:

O sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades, e não de estabelecer exclusivos (...). Não só utilização é termo por demais genérico, como publicação e reprodução se sobrepõem em grande parte. O núcleo estará na referência à utilização. Mas não teria sentido que a lei estivesse garantindo a utilização privada. Direito à utilização privada todos temos. O que está em causa é a utilização pública, que fica condicionada à autorização do autorização¹⁹⁷.

Os Professores Denis Borges Barbosa, Newton Silveira e Karin Grau-Küntz no mesmo sentido afirmam que o “direito de utilização exclusiva da obra a que se refere o inciso constitucional é limitado à sua utilização patrimonial (econômica). Em outras palavras, o dispositivo constitucional garante ao autor apenas um direito exclusivo de controle de utilização patrimonial da obra. A utilização privada da obra não está contida na garantia constitucional do exclusivo. As razões que levam a essa conclusão são encontradas e facilmente explicadas pela própria natureza dos bens intelectuais que, ao contrário do que ocorre no que toca à utilização de bens materiais, pressupõe necessariamente a adesão da obra intelectual ao patrimônio cultural pessoal daqueles que dela tomem conhecimento [...]; a defesa de um direito absoluto e incondicional do autor, imune ao equilíbrio necessário com outros direitos, ou ainda, a defesa de um direito supra-legal de autor, se revela encantada pela possibilidade do toque do ouro. E a magia do brilho do ouro cega, fazendo passar despercebido que o acesso à cultura, à

196 GEIGER, C., HILTY, R., GRIFFITHS, J., SUTHERSANEN U. (2010). Declaration A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test" In Copyright Law. *jipitec*, Vol. 1. Disponível em 17/05/11 em <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-29-26212>

197 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *In* Revista da ABPI, n° 59, jul/ago 2002. p. 40.

educação, à informação e ao conhecimento são os alimentos e a bebida que mantém vivo e saudável o processo dinâmico almejado pela instituição jurídica da proteção patrimonial do direito de autor¹⁹⁸.

Tal entendimento também é confirmado pela exegese do delito penal adequado. A criminalização do delito de violação ao direito autoral é realizada pelo art. 184, do Código Penal, alterado pela lei 10.695/03. O tipo do artigo prevê como crime violar direitos do autor e os que lhe são conexos, caracterizando a chamada norma penal em branco em sentido amplo, já que seu objeto – direito de autor e conexos – não se encontra definido naquele índice, remetendo à lei 9.610/98. Na redação do parágrafo 4º resta claro que o disposto nos parágrafos deste artigo não se aplicam quando se tratar de limite instituído no art. 46 da Lei 9610/98 ou na cópia integral da obra autoral, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Em que pese a desnecessidade da explicitação da inexistência de crime em caso de incidência do art. 46 da Lei 9610/98, pois uma vez caracterizado, não há direito de autor, e, portanto, tipicidade penal, o fato é que o dispositivo torna claro que a cópia integral, desde que desalijado do intuito lucrativo, não caracteriza violação ao direito de autor. Alguns autores¹⁹⁹ propõem os seguintes critérios para identificar a juridicidade da cópia integral privada das obras artísticas vigente em nosso direito:

- (a) ausência de fins lucrativos;
- (b) inexistência de dano ao autor ou titular do direito;
- (c) uso privado do copista;
- (d) não afete os direitos morais do autor.

Recente Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em Portugal, explicita a licitude da cópia privada, nos termos da legislação daquele país que recepcionou a Directiva 2001/29/CE, oferecendo ainda definição do conceito:

198 SILVEIRA, Newton. BARBOSA, Denis Borges. GRAU-KUNTZ, Karin. Nota ao Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei Autoral Submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura. p. 10. Disponível em 30/07/10 em <http://www.ibpibrasil.org/media/56847e971c9c8944ffff8156ffff0.pdf>

199 SOUZA, Allan Rocha de; SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. Os direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil. In Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 2346. ISBN: 978-85-7840-007-1

Seja qual for a técnica utilizada, não é questionada a licitude da cópia feita no âmbito do uso privado. [...] a reprodução de obra protegida efetuada no âmbito do uso privado é lícita, independentemente do consentimento do autor da obra ou de quem legalmente o represente. Constituindo ainda uma modalidade de utilização da obra, o uso privado distingue-se por ter em vista a exclusiva satisfação de interesses pessoais de carácter não econômico, sejam eles de natureza cultural ou recreativa²⁰⁰.

2.2.6 Acesso às Obras

As extensões retroativas de prazos de proteção de direitos autorais mantém essencialmente todas as obras, que de outra forma teriam sua proteção expirada, fora do alcance do domínio público por toda uma geração²⁰¹. Oliveira Ascensão aponta o protecionismo como causa:

Foi evidente a influência da Disney neste processo, para evitar a queda no domínio público de personagens cuja criação datava do início do séc. XX. A constitucionalidade da extensão do prazo foi contestada, mas o Tribunal Supremo norte-americano aceitou-a, como a mera consideração de que se tratava de uma competência constitucionalmente atribuída ao Congresso. Como 95 ou 120 anos são compatíveis com a Constituição norte-americana, que atribui ao Congresso a possibilidade de estabelecer exclusivos “por tempo limitado” em benefício de autores e inventores para o progresso das ciências e das artes úteis é um mistério, que caberá aos juristas norte-americanos desvendar²⁰².

200 N° Convencional: 1788/04.5JFLSB.C1 Relator: JORGE JACOB Data do Acórdão: 30/03/2011 Votação: UNANIMIDADE Tribunal Recurso: COMARCA DE CANTANHEDE – 1º J, RECURSO PENAL

201 “*Keep substantially all works with otherwise-expiring copyrights out of the public domain for a generation*”. MOGLEN, Eben. 2002. p. 12. Moção de *Amicus Curiae* da *Free Software Foundation* in Support of Petitioners Eric Eldred, et al., v. John D. Ashcroft On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 01-618. Disponível em <http://www.mirror5.com/philosophy/eldred-amicus.pdf> em 14/09/09.

202 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Questão do Domínio Público. p.17. In WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis:

O problema não está em estender a proteção de forma retroativa para determinada obra que ainda representa um ativo econômico, passados mais de 70 anos da morte de seu criador (ainda que tal proteção adicional. Reside no fato de que esta mesma proteção é automaticamente estendida à totalidade da criação artística de setenta anos passados, independentemente da utilização econômica atual da obra.

A interpretação restritiva imposta aos negócios jurídicos, os longos prazos protetivos, e proteção automática às obras contribui para a existência de muitas **obras órfãs**, obras que continuam sujeitas ao regime de proteção autoral por muito tempo após o esgotamento de seu ciclo econômico tradicional, ao mesmo tempo em que é difícil a determinação sobre quem são seus titulares. As obras podem se tornar “órfãs” por várias razões – a editora faliu, o autor cedeu seus direitos patrimoniais e não registrou a transferência, ou faleceu e seus herdeiros não podem ser localizados... Com frequência, obras órfãs se tornam obscuras independentemente de quão valioso seja o material nelas contido. A insegurança jurídica que as rodeia afasta criadores futuros, por medo de arcar com indenizações no caso da emergência de seu titular.

Alguns países incluem uma previsão legal de que tais obras entrem em domínio público, após certo tempo (p. ex., Zimbabué). Outros, como o Canadá e a Coreia, permitem ao usuário que pleiteie o direito de uso de tais obras para uma agência governamental. As obras órfãs representam um evidente problema adaptativo da moldura legislativa dos direitos autorais; o sistema está trancando milhões de obras nesta categoria. A *British Library* reporta pesquisas indicando um grau de orfandade de 40% (quarenta por cento) em certos arquivos da UE²⁰³.

Dado o grande volume de publicações do século passado e a atual duração dos prazos protetivos do direito autoral, o número de livros atualmente no domínio público é relativamente pequeno em relação ao número de livros ainda sob proteção. E a maioria de tais livros está **fora de catálogo**. O mercado comercial oferece acesso limitado aos livros fora de catálogo, usualmente por meio de sebos ou livrarias *online*. Desde a invenção do papel com pasta de madeira no

Fund. Boiteux, 2008.

203 HARGREAVES, Ian. Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth. An Independent Report. p. 42. Maio 2011. Disponível em 15/05/11 em <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>

século XIX, livros são impressos em papel de celulose, material ácido, e lentamente se decompõem no tempo. À medida que restam menos cópias e elas se tornam mais frágeis, tais livros param de circular ou de ficar disponíveis para empréstimos inter-bibliotecas, tornando-os virtualmente inacessíveis para leitores potenciais²⁰⁴.

Temos então que grande porção do catálogo de livros existentes é composto por obras esgotadas, fora de catálogo e *ipso facto* fora de circulação do mercado editorial, trabalhos cujo ciclo de vida econômica (tradicional) encerrou-se naturalmente. Ainda que seja possível, em tese, localizar seus titulares, usualmente estes não detêm mais interesse econômico direto em explorá-los, por vários motivos – encerramento de contratos de edição, custos de atualização ou reimpressão, obscuridade da obra, longo transcurso temporal...). Essencialmente, obras cujos titulares não detêm expectativas de lucros. É seguro afirmar que seu valor (para o titular) é mínimo, já que estão fora de circulação. Logo, não há dano possível, e em sua ausência não há que se falar em ilicitude. São casos clássicos do problema criado pelas extensões unilaterais concessivas de prazos protetivos às obras, indistintamente quanto à sua utilização econômica atual.

2.2.7 Domínio Público como Regra

Em outras palavras, e remetendo às premissas apontadas no Capítulo 1: a informação contida nestas obras perde seu valor pela falta de circulação, diminuindo a eficiência de um sistema social baseado no conhecimento. Menos informação circulando, menor a probabilidade de geração de riqueza, por que as obras não utilizadas estão impedidas de entrar em **domínio público**.

Este é o nome dado ao conjunto de obras criativas que não são protegidas pelo direito autoral – ou por não estarem mais cobertas por seus limites temporais, ou (em determinadas legislações) porque seus criadores não cumpriram com determinados requisitos formais no passado ou ainda deliberadamente doaram ao público quaisquer direitos que pudessem deter sobre tais obras²⁰⁵. Uma vez que determinada obra

204 COVEY, Denise Troll. Acquiring Copyright Permission to Digitize and Provide Open Access to Books. p. 07. Digital Library Federation Council on Library and Information Resources. Washington, D.C.: 2005

205 Disciplinado na lei 9.610/98 pelos seguintes artigos:

Art. 24, § 2º. Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

entre em domínio público, os exclusivos autorais não mais se aplicam, e qualquer um pode copiá-la, reutilizá-la, ou compartilhá-la como quiser. O domínio público funciona como um repositório de materiais criativos livremente utilizável. Fornece aos autores a matéria prima da qual as próximas gerações de livros, filmes, canções e outras obras poderão ser construídas. Oliveira Ascensão é incisivo neste sentido (grifos no original):

O domínio público não se justifica por ser o cemitério das obras que perderam interesse. Muito pelo contrário. O domínio público é a situação normal da obra intelectual. É o espaço de diálogo social livre. Traduz que a obra, que só em comunidade foi produzida, tem o seu destino natural na disponibilização ao uso por essa comunidade. Entendido assim, não é o domínio público que terá de se justificar: é, pelo contrário, o exclusivo, como exceção a essa comunicação livre em comunidade, que tem de demonstrar a sua fundamentação²⁰⁶.

O mesmo autor prossegue asseverando que “o “alto nível de proteção” do direito intelectual, incessantemente proclamado nos foros internacionais e repetido pelos interessados internos, não é uma evidência nem uma via de sentido único. A proteção tem a sua medida rigorosamente demarcada pelos fins que a justificam. Inversamente, o domínio público não é nem exceção nem resto. É a situação normal, mais, o objetivo para que se tende, para que o espaço de diálogo social e de liberdade de acesso à cultura não sofram entraves desnecessários. Por isso, esta liberdade natural não pode ser restringida sem razão ponderosa que o justifique”²⁰⁷.

O domínio público toma corpo em paralelo com o conceito de

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

206 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Questão do Domínio Público. p.23. In WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fund. Boiteux. 2008.

207 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Questão do Domínio Público. p.24. In WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fund. Boiteux. 2008.

nacionalismo. Para Carla Hesse²⁰⁸, se o Antigo Regime primeiro deu a Voltaire, Rousseau ou Mirabeau a possibilidade do status jurídico de autores privilegiados com direitos de linhagem perpétuos para seus textos, a Revolução relocou tais figuras no domínio público, o paralelo jurídico dos rituais cívicos que os exumaram de seus túmulos privados e repousaram seus restos mortais no Panteão público.

Há uma discussão da doutrina em relação aos **direitos morais de autor** relativos às obras em domínio público, adotados pela teoria continental, que seriam aqueles oriundos das “criações do espírito” (como quer o Art. 7º) do autor, emanações de sua personalidade, especialmente relativas à paternidade da obra. São parcialmente transferidos aos herdeiros²⁰⁹, e a controvérsia reside na fixação de seu termo, não expressos na lei. Observam-se casos de herdeiros que, pugnando pela defesa da integridade da obra (Art. 24, IV), atingem manifestações legítimas²¹⁰ em evidente abuso de exclusivo.

A doutrina diverge, pugnando a mais conservadora, de matriz francesa, pela sua perpetuidade, posição de todo injustificada; Oliveira

208 HESSE, Carla. *Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810*. p.121-122. Berkeley: University of California Press, c1991 1991. Disponível em 05/05/11 em <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft0z09n7hf/>

209 Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

210 Manoel Bandeira, Cecília Meirelles, Monteiro Lobato e Carmen Miranda estão entre alguns autores brasileiros cujos herdeiros litigaram ou ameaçaram litigar com base no inciso acima. O imortal Lêdo Ivo afirma que não pôde publicar fotos suas, de arquivo, em que aparece ao lado de Manoel Bandeira, por exigência pecuniária dos herdeiros. Um restaurante em São Paulo foi processado pois, ao homenagear o centenário da “Pequena Notável”, batizou seus pratos com nomes que remetiam às sua canções, como o famoso “camarão ensoпадinho com chuchu”. A primeira instância paulista entendeu improcedente a causa.

Ascensão adverte em primeiro para o que considera terminologia inadequada, já que tratam-se propriamente de *direitos pessoais* do autor, e, quanto à perpetuidade, adverte:

Assim, o Tribunal de Apelação de Paris deu recentemente razão a um pretensão descendente de Víctor Hugo, que se opôs à publicação dum romance que apareceria como a continuação de Os Miseráveis, com fundamento no direito “moral” de autor, que seria perpétuo. A continuação de obras literárias alheias é um fenômeno histórico recorrente, dada a valia da comunicação e do diálogo intelectuais. Projetemos então a doutrina francesa para o passado. Virgílio, na Eneida, continuou a Odisséia de Homero. Se esta orientação francesa já vigorasse ao tempo, Virgílio seria um criminoso, quiçá um pirata, por ter violado o direito “moral” de Homero!²¹¹.

Outros querem que não se transfiram aos herdeiros os direitos morais de autor, já que isto na verdade cria um segundo nível de direito patrimonial, pois na prática o exclusivo torna-se moeda de troca; a doutrina anglo-saxã não os reconhece por esta razão. Aqui os temos por tradição e expressa disposição legal.

Quanto ao seu termo, cumpre analisar que, após entrada da obra em domínio público, compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra (art. 24, § 2º). Portanto, deixa de ser atributo daquele exclusivo outorgado ao autor e transmitido a seus herdeiros a prerrogativa de assegurar a integridade da obra, que passa a integrar o patrimônio comum. Caso um herdeiro queira tomar providências dessa ordem após o prazo legal de proteção, deverá provocar o *parquet* ou outros órgãos do Poder Público, legítimos na causa.

2.2.8 Limites Extrínsecos

O direito autoral não é disciplina isolada das demais; seus efeitos devem respeitar os limites de outros direitos constantes do ordenamento, sob pena de privilegiar-se injustificadamente determinada fração da sociedade. Efetivamente, seus limites são conteúdo de regras

211 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Questão do Domínio Público. p.25. In WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fund. Boiteux. 2008.

tão normais como as restantes, e devem ser analisados e interpretados como parte de um sistema jurídico integral garantidor de direitos humanos. A necessidade de equilíbrio do interesse privado e dos direitos fundamentais, como o direito à intimidade e à vida privada, desenvolvimento nacional e à cultura, educação e ciência, demonstra não haver nas previsões legais de limites aos direitos autorais nada que imponha a interpretação de que tais limites possam ser restringidos drasticamente. Só os limites permitem satisfazer os interesses gerais e os interesses de terceiros; bem como os interesses do próprio criador, que ficam na prática subordinados aos titulares dos direitos de exploração econômica das obras²¹².

Os limites integram as legislações sobre direitos autorais por razões de política pública. Da mesma forma que os interesses do público são atendidos ao se outorgar aos autores determinados direitos sobre suas obras, para que estes possam ser remunerados por seus esforços, tais interesses também são atendidos ao se limitar tais direitos em prol, por exemplo, da educação e da pesquisa. Assim, constatamos que os limites ao direito de autor podem ser tanto aqueles *intrínsecos*, compreendidos da própria disciplina do direito de autor, seus contornos substantivos, quanto *extrínsecos*, resultantes do confronto do Direito de Autor com os demais ramos do Direito²¹³:

Extraí-se, assim, o dever dos Estados de alcançar um balanço adequado entre a proteção efetiva dos direitos do autor/inventor (lembrando que, via de regra, quem acaba por prejudicar os interesses sociais e os direitos humanos são os detentores dos direitos de exploração comercial de determinada obra ou invento) e a proteção dos direitos sociais à educação, alimentação e saúde, bem como aos direitos culturais e de desfrute dos progressos científicos. Nesta ponderação de bens, o direito à proteção da propriedade intelectual não deve ser considerado ilimitado ou absoluto, na medida em que a propriedade intelectual tem uma função social. Os regimes jurídicos de proteção da propriedade intelectual devem ser analisados sob a

212 ASCENSÃO, José de Oliveira. As 'exceções e limites' ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. p. 324. Revista da ESMape, Recife, v. 13, n. 28, jul/dez 2008.

213 ASCENSÃO, José de Oliveira. As 'exceções e limites' ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. p. 318. Revista da ESMape, Recife, v. 13, n. 28, jul/dez 2008.

perspectiva de seu impacto no campo dos direitos humanos²¹⁴.

Extraí-se do rol dos direitos e garantias fundamentais (como o direito à intimidade e à vida privada, desenvolvimento nacional, liberdade de culto e outros) a cultura, educação e ciência como aqueles mais diretamente relacionados à temática das bibliotecas, e seu papel na construção destes direitos é melhor analisado no Capítulo 3, abaixo; mas é mister notar a incorporação do direito à informação a esta lista, em coerência com o princípio do mesmo nome discutido no primeiro capítulo.

Também cumpre observar que a principal viés jurídica sobre o tema o relaciona principalmente à informação *em poder do Estado*, e não à informação em seu sentido lato, na terminologia utilizada nesta pesquisa²¹⁵; mas o acesso à esta também é protegido. No sistema regional interamericano, o acesso à informação está protegido pelo Artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (bem como nos termos do Art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) de forma bastante ampla, englobando o ato de procurar, receber e difundir informação. A expressão “procurar” tem como decorrência o dever dos Estados partes de promoverem os meios para que o aludido direito seja efetivo, adotando as medidas necessárias para a criação de práticas e mecanismos facilitadores.

O direito de acesso à informação é um direito humano protegido pelo direito internacional, de natureza interdependente com outros direitos fundamentais, que contém um direito individual e um direito coletivo. Individual de manifestação do próprio pensamento e, coletivo, de receber qualquer informação do pensamento alheio ou que tenha reflexo no destino de todos os cidadãos²¹⁶. Esta é a interpretação da Corte Interamericana, na Opinião Consultiva de 13 de novembro de 1985:

214 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. p. 23. Cultura Livre: 2007. Disponível em 07/05/11 em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_propriedade_intellectual.pdf

215 Ver notas 30 e 31.

216 OLIVEIRA, Patrícia F. C. M. de. Direito à Informação e Meio Ambiente: uma abordagem da efetividade da preservação ambiental na experiência da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. p.7. Monografia apresentada à Coordenação do XXXIV Curso de Direito Internacional do Comitê Jurídico Interamericano da OEA. Disponível em 05/05/11 em <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/1112/663>

(...) quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

O Estado deve garantir que, ante a denegação de informação sob o controle estatal, seja previsto um recurso judicial simples, rápido e efetivo que permita que se determine se as circunstâncias provocam a vulneração ao direito de solicitar informação e, em seu caso procedente, que possibilite a emissão de uma ordem para que o organismo correspondente proceda à entrega da informação requerida. Voltada para atender essa situação particular, salienta a Corte que o referido recurso deve ser simples e rápido, levando-se em conta que a celeridade na entrega da informação é indispensável nesta matéria.

A Unesco encoraja a remoção de barreiras ao sistema educacional e de pesquisa, considerando a possibilidade da ciência “produzir retornos significativos para o crescimento econômico, para o desenvolvimento humano sustentável, e para a redução da pobreza, e que o futuro da humanidade tornar-se-á mais dependente da produção, da distribuição, e do uso equitativo do conhecimento”, são necessários “esforços especiais também para assegurar a plena participação dos grupos em desvantagem na ciência e na tecnologia. Tais esforços incluem “remover as barreiras do sistema educacional; remover as barreiras do sistema de pesquisa, dentre outros”²¹⁷.

Para a Unesco, o futuro da humanidade “mostra-se cada vez mais condicionado à produção, à distribuição e ao uso equitativo do conhecimento, em uma sociedade global. Na ordem contemporânea, o bem estar social e o direito ao desenvolvimento estão condicionados à informação, ao conhecimento e à cultura. Ressalte-se que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos consagram que o direito à informação compreende a liberdade de buscar, receber e

217 UNESCO. Declaração sobre a ciência e o uso do conhecimento científico, versão adotada pela Conferência de Budapeste, em 01 de julho de 1999 – disponível em 07/05/11 em http://www.unesco.org.br/publicacoes/copy_of_pdf/decciencia.pdf

difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”²¹⁸.

218 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. p.15. Cultura Livre: 2007. Disponível em 07/05/11 em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_propriedade_intelectual.pdf

3 BIBLIOTECAS PÚBLICAS E DIGITAIS

3.1 Bibliotecas Públicas

Michel Foucault afirma que os mecanismos de poder são muito mais amplos que o simples aparelho jurídico, legal, e que o poder se exerce através de procedimentos de dominação que são muito numerosos²¹⁹. As bibliotecas não fogem desta regra: sua existência, sua estrutura, seus conteúdos e seus usuários (quem tem permissão para acessar tais conteúdos) são funções ideológicas que lhe são inatas, representativas de determinado projeto de poder. Ao mesmo tempo, a biblioteca possui o papel simbólico da redenção prometeica, da possibilidade da obtenção do conhecimento; é o “capital do homem pobre”, para Thomas Jefferson, e a guardiã de segredos transcendentais, como na abadia de Umberto Eco.

Local de acesso e preservação, a biblioteca possui um papel central numa sociedade baseada no conhecimento, com destaque especial para a biblioteca pública²²⁰. A UNESCO reconhece expressamente este fato; em declaração conjunta com a IFLA^{221 222}, afirma que a biblioteca pública é o centro local de informação, disponibilizando prontamente para os usuários todo tipo de conhecimento. Os serviços fornecidos pela biblioteca pública baseiam-se na igualdade de acesso para todos, independente de idade, raça, sexo, religião, nacionalidade, língua ou status social. O Manifesto prossegue:

Liberdade, prosperidade e desenvolvimento da sociedade e dos indivíduos são valores humanos fundamentais. Eles serão alcançados somente através da capacidade de cidadãos, bem informados, para exercerem seus direitos democráticos, e terem papel ativo na sociedade. Participação construtiva e desenvolvimento da democracia dependem tanto de educação adequada, como do livre e irrestrito acesso ao conhecimento, pensamento, cultura e informação. A biblioteca pública, porta de entrada para o conhecimento, proporciona condições básicas

219 FOUCAULT, Michel. Poder e Saber. p. 253. In MARÇAL, Jairo (org). Antologia de Textos Filosóficos. Curitiba: SEED, 2009.

220 Optamos nesta pesquisa pela delimitação

221 *International Federation of Library Associations and Institutions*

222 Manifesto da IFLA/UNESCO Sobre Bibliotecas Públicas, aprovado no "PGI Council Meeting" da UNESCO, em Paris em 29/11/94.

para a aprendizagem permanente, autonomia de decisão e desenvolvimento cultural dos indivíduos e grupos sociais. Este Manifesto proclama a crença da UNESCO na biblioteca pública como força viva para a educação, cultura e informação, e como agente essencial para a promoção da paz e bem estar espiritual da humanidade. Em decorrência, a UNESCO estimula governos nacionais e locais a apoiar e comprometerem-se ativamente no desenvolvimento das bibliotecas públicas.

O texto afirma ainda, entre outros, que coleções e serviços devem incluir todos os tipos de suporte apropriados e tecnologia moderna bem como materiais convencionais. Alta qualidade e adequação às necessidades e condições locais são fundamentais. A biblioteca pública deve por princípio ser gratuita, de responsabilidade das autoridades locais e nacionais; deve ainda ser apoiada por uma legislação específica e financiada pelo governo nacional e local, como componente essencial de uma estratégia a longo prazo para cultura, informação, alfabetização e educação.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) define “biblioteca pública” como o recinto onde se instala uma coleção pública de livros e documentos, organizada para estudo, leitura e consulta, e que é aberta à frequência do público em geral²²³.

3.1.1 Origens

A biblioteca enxerga suas raízes na própria História; esta instituição se confunde com as próprias noções sobre o que representa o armazenamento e a circulação da informação. A biblioteca é, por definição, tanto o melhor lugar para se armazenar a informação quanto para se destruí-la, de forma massiva; e esse papel duplo é essencial na sua historiografia. Os primeiros registros de que se tem notícia sobre bibliotecas remontam à antiga Suméria, com seus tabletes de argila marcados por estilete, de escrita cuneiforme, se preocupando inicialmente com o registro de dados imobiliários e contábeis. Tais tabletes remontam à própria invenção da escrita, que, prosaicamente, surge não por alguma força transcendental inerente à narrativa, mas da

223 IBGE. Pesquisa de Informações Básicas Municipais de 2005. p. 232. Relatório disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2005/munic2005.pdf> em 01/05/10.

necessidade de registrar quantas cabeças de gado, escravos ou vinhedos de que dispunham os detentores do poder local. Mas, uma vez existente a tecnologia da escrita, o espírito humano não demorou a perceber a possibilidade de ascensão à imortalidade, expressa no registro da narrativa²²⁴.

A literatura da Mesopotâmia remonta ao terceiro milênio antes de Cristo e vai da prece à poesia, do epistolário ao registro contábil. As placas componentes de uma mesma obra eram reunidas num único bloco, no qual se punha um rótulo identificador do conteúdo. Tais registros eram feitos sobre argila, material resistente ao fogo – grande inimigo das bibliotecas através dos tempos; e assim muitos tabletes contendo os mais antigos registros da escrita humana permaneceram acessíveis até os dias de hoje nos acervos históricos dos grandes museus. Só da biblioteca de Assurbanipal há 20 mil fragmentos conservados no Museu Britânico²²⁵.

A escrita e seus registros tiveram diversas alterações no decorrer da História. Em Roma, o método usual para a escrita, das coisas do comércio, das cartas do dia-a-dia, eram pranchetas de cera de abelha, marcadas com estiletos (e obviamente muito frágeis, pouco perenes); o registro em papiros era reservado aos documentos oficiais, epistolares ou literários. Quando em 48 a.C. Júlio César veio para o Egito auxiliar Cleópatra na sua guerra contra seu irmão Ptolomeu XIII, e impôs o jugo romano, as bibliotecas de Alexandria²²⁶ já contavam com quase trezentos anos. César ateou fogo aos navios ancorados no porto para impedir seu inimigo de tomar a cidade pelo mar. De acordo com Sêneca, isso provocou um incêndio que destruiu 40 mil livros de uma só vez. Seja como for, se as estimativas de Sêneca estiverem corretas, a perda seria relativamente pequena, já que calcula-se que apenas a biblioteca principal (a do Museion²²⁷) abrigasse na época mais de 700 mil rolos²²⁸. A primeira biblioteca pública de Roma foi fundada por Pollio, historiador e veterano das campanhas de Júlio César, com espólios da campanha dos Alpes, sendo logo secundadas pelas do Templo de Apolo

224 “A verdadeira glória consiste em fazer o que merece ser escrito, e, em escrever, o que merece ser lido”. (Plínio, o Velho)

225 BATTLES, Mathew. *A conturbada história das bibliotecas*. p. 32. São Paulo: Planeta do Brasil, 2003.

226 Ao contrário do que comumente se imagina, a biblioteca de Alexandria não era uma, mas várias. Os relatos indicam que se tratavam de diversos edifícios espalhados pela cidade, confiados com a missão da guarda de livros.

227 Ao que se saiba, não existem imagens deste edifício, nem de sua divisão ou organização interna.

228 Op. cit. p. 30.

e de Octavia²²⁹.

A história das bibliotecas é recheada por sutilezas e ironias; uma das melhores fontes atuais sobre a literatura na Roma clássica vem da famosa “Vila dos Papiros”, em Herculano, soterrada sob rios de cinza liberados pela erupção do Vesúvio em 79 d.C., que continha fragmentos de quase dois mil rolos de papiros e de pergaminhos. Embora muitos deles estivessem queimados demais para serem lidos, a tecnologia moderna está tornando possível identificar seu conteúdo; trata-se de uma biblioteca que só se preservou por ter sido destruída.

As implicações estratégicas de um monopólio sobre o conhecimento (e sua circulação) não passaram despercebidas aos governantes ptolemaicos de Alexandria, herdeiros da cultura helênica dos generais de Alexandre – e da carga clássica que ela representava. A literatura descreve como os navios que aportavam em Alexandria eram forçados a entregar seus livros para serem copiados (e, na maioria das vezes, eram liberados com as cópias, sendo que os originais ficavam na cidade). As bibliotecas de Alexandria representaram o primeiro esforço para universalização do conhecimento, já que os governantes ptolomeus parecem ter compreendido que os estudiosos residentes na biblioteca só produziram grandes obras caso lhes fosse dada rédea solta²³⁰. Os governantes da cidade patrocinavam tais pessoas com estipêndios e acesso aos arquivos, em troca do incremento da coleção.

Foi talvez a primeira tentativa de construção de uma Universidade, como entendida esta instituição pela perspectiva moderna; os ptolomeus confirmavam a intuição essencialmente alexandrina de que o conhecimento é um bem, uma mercadoria, uma forma de capital a ser adquirido e entesourado. A centralização e consolidação das bibliotecas eram convenientes tanto para os governantes quanto para os intelectuais. Em tempos de guerra, porém, essa centralização tornava-se um grave problema, pois toda a informação contida ali estaria fadada a ter o mesmo destino da biblioteca, para o bem ou para o mal. E a política conduzia o desenvolvimento tecnológico; num esforço para impedir o crescimento das bibliotecas concorrentes de Rodes e Pérgamo, que rivalizavam com a de Alexandria, os governantes da cidade proibiram a exportação de papiro. Os habitantes de Pérgamo foram levados, em razão do embargo, a inventar o pergaminho (*charta pergamenum*), que, por ser reciclável e mais resistente, viria a ser o suporte preferido para a escrita durante os mil anos seguintes²³¹.

229 GRAVES, Robert. Eu, Claudius, Imperador. p. 88. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

230 Op. cit. p. 34.

231 O pergaminho era feito com couro curtido de carneiro. A escrita era feita com estiletos ou

Com a decadência do Império Romano, as bibliotecas sobreviveram durante séculos nas mãos do Islã. No final do século VIII, a dinastia abássida havia transformado Bagdá num centro de estudos clássicos, atraindo nomes como Averróis ou Avicena, e que manteriam viva a cultura clássica europeia durante mais de mil anos, enquanto a Europa atravessava um período de descentralização do poder. Na era clássica muçulmana, o livro torna-se também um objeto estético, primando pelas ilustrações e encadernações luxuosas; sua capacidade de assimilação das tecnologias de outros povos era abrangente, adotando já no século oitavo técnicas de confecção de papel e impressão vindas dos chineses, e a forma do códice – um livro que se lê virando páginas encadernadas, ao invés de desenrolando um rolo²³² – a partir dos escribas etíopes.

Enquanto isso, a cultura clássica era mantida na Europa principalmente nas mãos da Igreja e das ordens monásticas de copistas. O título de primeira biblioteca “pública” moderna talvez seja mais frequentemente dado à biblioteca de São Marcos, fundada por Cosimo de Médici em 1444. Mas, no contexto, o termo “público” se refere não à universalização do acesso, mas ao palco sobre o qual a Igreja, a nobreza e as poderosas famílias mercantis desempenhavam seus papéis e exerciam sua autoridade; as bibliotecas então exerciam um papel simbólico na construção da autoridade dos governantes, que queriam ser vistos como instruídos e benevolentes²³³. A teoria passa assim ao exame do conceito da biblioteca a partir de seus patronos, as pessoas que as financiam, e seus usuários – quem são as pessoas autorizadas a acessar seus conteúdos.

É importante também destacar o papel dos grandes industriais, particularmente Andrew Carnegie, na fundação da biblioteca moderna (sobretudo nos Estados Unidos); a idéia sendo de que os trabalhadores (e seus filhos), numa era de mídia pré-digital, precisavam de entretenimento e educação para tornarem-se membros mais civilizados e produtivos da sociedade civil (bem como o fato de que poderiam abater tais gastos de seus impostos). No Brasil, este sempre foi um papel relegado ao Estado, sendo raras entre nós as bibliotecas públicas mantidas por entes privados; o que se verifica é que estas são mantidas principalmente pelas municipalidades (ver abaixo, item 1.5), com bibliotecas educacionais nas instituições de ensino, estas sim, muitas

tinta (púrpura), e o pergaminho usado podia ser reciclado através da raspagem do couro.

232 Robert Darnton, diretor das bibliotecas de Harvard, diz que o códice é uma das maiores invenções de todos os tempos, que já nos serve há dois mil anos e que não será extinta.

233 Op. cit p. 73.

vezes mantidas com fundos privados.

3.1.2 Usuários e Acesso

Esta é uma distinção importante, já que normalmente o acesso às bibliotecas educacionais ou universitárias exige vínculos com aquelas instituições, enquanto a biblioteca pública tem, em tese, seu acesso franqueado de forma universal, ainda que exercido localmente. Há de ser feita a ressalva, já que algumas propostas relativas ao acesso de obras digitais (ou digitalizadas) por usuários de bibliotecas circunscrevem este acesso às suas “redes fechadas de informática”, como no Art. 46, XVI do anteprojeto de reforma da Lei de Direitos Autorais proposto pelo MinC²³⁴. Ao analisar este inciso, o Relatório LDA afirma:

O anteprojeto de revisão da LDA não propõe a liberação na internet de arquivos digitais de obras protegidas sem autorização dos autores. As regras referentes aos direitos autorais continuam vigorando plenamente no ambiente digital. Independentemente da tecnologia utilizada para a reprodução continua cabendo aos titulares a decisão sobre os usos de suas obras.

A limitação que está sendo proposta não faz referência a colocar a obra à disposição do público na rede aberta de informática. Estes dispositivos devem destinar-se somente para fins de preservação e conservação e a colocação à disposição do público em redes fechadas deve observar este princípio²³⁵.

A proposta do MinC é pela disponibilização digital somente “dentro das instituições culturais”. Suprime totalmente a referência às

234 Redação submetida à consulta pública: “Art. 46 XVI – a comunicação e a colocação à disposição do público de obras intelectuais protegidas que integrem as coleções ou acervos de bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, para fins de pesquisa, investigação ou estudo, por qualquer meio ou processo, no interior de suas instalações ou por meio de suas redes fechadas de informática”;

235 Ministério da Cultura. Secretaria de Políticas Culturais. Diretoria de Direitos Intelectuais. Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais (Relatório LDA). p. 106. Disponível em 12/05/11 em http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/Relatorio_Final_para_divulgacao2.pdf

“redes fechadas de informática” e impõe condições cumulativas:

XVI - a comunicação e a colocação à disposição do público de obras intelectuais protegidas que integrem as coleções ou acervos de bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, no interior de suas instalações, para fins de pesquisa ou estudos privados, desde que atendidas cumulativamente as seguintes condições:

- a) que a obra faça parte de seu acervo permanente;
- b) que seja obra rara ou não disponível para a venda ao público nos mercados nacional e internacional por 3 anos contados a partir de sua última publicação;
- c) para evitar a deterioração do exemplar;
- d) que não seja permitida a duplicação, gravação, impressão ou qualquer outra forma de reprodução ressalvado o disposto no Capítulo IX do Título IV.

Esta última ressalva diz respeito à proposta do MinC para a reprografia, pugnando por licença prévia (*blanket license*) com entidade de gestão coletiva sempre que se tratar de reprodução “realizada por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados com finalidade comercial ou intuito de lucro”:

Título IV – Capítulo IX

Art. 88-A. A reprodução total ou parcial, de obras literárias, artísticas ou científicas que não estiverem em domínio público, realizada por meio de fotocopiadora ou processos assemelhados com finalidade comercial ou intuito de lucro, somente poderá ser realizada mediante autorização prévia dos autores e titulares de direitos das obras protegidas ou da associação de gestão coletiva que os represente, observadas as seguintes disposições: (...)

Apesar de inspirar-se em modelo já existente (com variações) em alguns países, é uma resposta evasiva. Em primeiro lugar, a referência ao domínio público e ao fato de que “as regras de direito autoral continuam valendo na Internet” são redundantes, já que o uso de obras em domínio público é livre, e no contexto de discussão da norma

em que se insere este relatório, há que se afirmar que a pauta no Art. 46 é justamente a constituição de limites ao exclusivo que atendam aos interesses da sociedade, em prol de maior equilíbrio no sistema.

Por segundo, não resolve o problema fundamental das obras órfãs, constituintes de grande parte dos acervos bibliotecários²³⁶. A proposta do Relatório LDA para este tema (Art. 52-C) permite a “exploração” de tais obras mediante autorização governamental, imprimindo claramente um sentido comercial à necessidade da dita autorização, que foge por absoluto do espírito e da missão das bibliotecas; estas não querem explorar tais obras, mas incrementar o acesso a elas. Portanto, nos termos propostos pelo MinC, a única possibilidade de acesso às obras órfãs será física, mediante acesso ao arquivo digital dentro das instalações das instituições culturais, sem possibilidade alguma de copiá-las, a não ser que se sejam *blanket licenses* com entes de gestão coletiva, criando um problema operacional e financeiro de maior importância para as bibliotecas.

Há que se argumentar que o mercado para livros de obras órfãs não existe, hoje²³⁷; e que, com a digitalização, existe um potencial para que o interesse em tais obras seja despertado, gerando assim uma hipotética fonte de lucro para o titular, em caso de sua emergência. Entretanto, aqui podem ser aplicados os mesmos argumentos adotados pela OMC no caso WTO Rep. Panel WT/DS160/R (item 2.2, acima), em resguardo à *home exception*: não havendo uma expectativa, por parte dos titulares de direito, de licenciar obras órfãs, não existindo a expectativa de ganhos com certos usos, estes são legitimados, já que a exploração normal da obra não é afetada, *mesmo havendo um uso comercial*. E portanto, pelo mesmo raciocínio, a exigência de *blanket licenses* para reprodução de obras órfãs seria abusiva: não existindo tal expectativa, seu uso deve ser livre.

3.1.3 Limites Intrínsecos para Bibliotecas

Conforme apresentado no capítulo anterior, os limites dos direitos autorais são constitutivos deste exclusivo estatal outorgado ao autor, exatamente como as regras atributivas de tais direitos. A

236 De acordo com Lawrence Lessig, dos 10.027 livros impressos nos Estados Unidos nos anos 30, menos de 2% estão ainda sendo impressos, e o número de livros fora do catálogo excede em muito o número de livros em catálogo pelas décadas subsequentes. LESSIG, Lawrence. 2002. *Copyright law and roasted pig*. Disponível em <http://www.lessig.org/content/columns/red2.pdf> em 14/09/09.

237 Por definição, já que são obras necessariamente fora do mercado, cujos titulares são desconhecidos.

Convenção de Berna não menciona bibliotecas ou arquivos entre seus limites expressos. Portanto, a autoridade para adoção de um limite para bibliotecas, sob Berna, é fundado no Artigo 9(2), que preconiza a regra dos três passos. Existem diversos limites intrínsecos (expressos) que tratam das bibliotecas, dividindo-se grosso modo em três categorias: reprodução de obras protegidas para propósitos de pesquisa e estudo (usos das obras por usuários), preservação e substituição de materiais (usos pela biblioteca), e fornecimento de documentos e empréstimos inter-bibliotecas.

A OMPI e a Unesco propuseram uma Lei de Direitos Autorais Modelo, em Tunis, em 1976. O limite intrínseco para bibliotecas proposto é bastante simples, se comparado com o nível de detalhes de outras proposições (inclusive a atual do governo brasileiro). Permite os seguintes usos de uma obra protegida, na língua original ou em tradução, sem necessidade de autorização do autor:

A reprodução, por processos fotográficos ou similares, por bibliotecas públicas, centros de documentação não-comerciais, instituições científicas e estabelecimentos educacionais, de obras literárias, artísticas ou científicas que tenham sido legalmente disponibilizadas ao públicos, desde que tal reprodução e o número de cópias feitas esteja limitado às necessidades de suas atividades, não conflitem com a exploração normal da obra e não causem prejuízos injustificados aos legítimos interesses do autor²³⁸.

Estabelece casos especiais – bibliotecas, arquivos, educacionais, pesquisa, com usos no nível minimamente necessário – e remete às duas outras condições complementares da regra dos três passos como limite geral.

O *Standing Committee on Copyright and Related Rights* (SCCR) da OMPI publicou em 2008 uma análise comparativa da legislação autoral de 149 de seus então 184 membros, com foco nos limites intrínsecos às bibliotecas²³⁹, elaborado pelo Prof. Kenneth Crews. Destes, 128 possuíam na época ao menos um limite expresso

238 Tradução livre. Texto em inglês disponível em 15/05/11 em

http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=31318&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

239 CREWS, Kenneth. Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives. OMPI - Standing Committee on Copyright and Related Rights. Geneva: 2008

(cópias para uso da própria biblioteca), e a maioria dos países tem várias provisões legais endereçadas a tais questões. Vinte e sete países foram identificados como criando um limite expresso genérico, ao estilo de Tunis.

A prevalência disseminada de limites expressos para bibliotecas sugere que estes desempenham um importante papel na formação de políticas autorais, tanto no processo legislativo quanto para a facilitação de serviços de bibliotecas; e o fato de que tais legislações tendem a focar-se nos temas de pesquisa e preservação é mais uma demonstração da importância da legislação autoral na efetivação do direito de acesso dos cidadãos à rica variedade dos acervos bibliotecários. Vinte e um países não possuem limites intrínsecos para bibliotecas, quase todos na África, Oriente Médio e América do Sul – inclusive o Brasil, na companhia de países como Burkina Faso, Iêmen e Haiti, entre outros²⁴⁰. A falta de tais instrumentos compromete a segurança jurídica tanto das bibliotecas quanto de seus usuários, e impede aquelas de fornecerem mesmo alguns serviços básicos.

Dos 184 países, setenta e nove possuem proibições contra a circunvenção de medidas de proteção tecnológicas; de outro lado, vinte e seis países possuem alguma forma de exceção à mecanismos de anti-circunvenção²⁴¹ para bibliotecas; todos estes vinte e seis países possuem ao menos um dos demais limites, relacionados à questões como cópias para pesquisa ou preservação e substituição. Vinte e um destes são membros da União Europeia. Os demais são Austrália, Croácia, Noruega, Cingapura e os Estados Unidos. Um padrão parece emergir da leitura destes dados: a presença de limites expressos para bibliotecas (em especial no tocante à sua atuação no ambiente digital) nas legislações autorais como constante em países pós-industrializados, e sua ausência como mais um triste sinal de subdesenvolvimento e incapacidade de garantia e efetivação de direitos fundamentais.

A Convenção da Unesco foi internalizada na forma da Emenda Constitucional 48, que estabelece o Plano Nacional de Cultura²⁴². Este documento plurianual contém várias referências diretas à bibliotecas e estabelece obrigações positivas para o Estado, entre elas as seguintes:

3.1.17 Implementar uma política nacional de digitalização e atualização tecnológica de

240 Op. cit., p. 30-31. Cumprir notar que no anteprojeto de reforma da LDA e no Relatório LDA apresentado pelo MinC tais limites estão manifestos, reconhecendo a existência do problema; mas a resposta apresentada até agora é insuficiente, como visto abaixo.

241 Anti-DRM, cf. nota 155, acima.

242 Lei 12.343, de 02 de dezembro de 2010

laboratórios de produção, conservação, restauro e reprodução de obras artísticas, documentos e acervos culturais mantidos em museus, bibliotecas e arquivos, integrando seus bancos de conteúdos e recursos tecnológicos.

3.1.18 Garantir a implantação e manutenção de bibliotecas em todos os Municípios brasileiros como espaço fundamental de informação, de memória literária, da língua e do design gráfico, de formação e educação, de lazer e fruição cultural, expandindo, atualizando e diversificando a rede de bibliotecas públicas e comunitárias e abastecendo-as com os acervos mínimos recomendados pela Unesco, acrescidos de integração digital e disponibilização de sites de referência.

3.3 Organizar em rede a infraestrutura de arquivos, bibliotecas, museus e outros centros de documentação, atualizando os conceitos e os modelos de promoção cultural, gestão técnica profissional e atendimento ao público, reciclando a formação e a estrutura institucional, ampliando o emprego de recursos humanos inovadores, de tecnologias e de modelos de sustentabilidade econômica, efetivando a constituição de uma rede nacional que dinamize esses equipamentos públicos e privados.

3.6.5 Estimular o compartilhamento pelas redes digitais de conteúdos que possam ser utilizados livremente por escolas, bibliotecas de acesso público, rádios e televisões públicas e comunitárias, de modo articulado com o processo de implementação da televisão digital.

Uma política efetiva de garantia de exercício de direitos fundamentais sobre bibliotecas, na sociedade informacional, passa necessariamente pela construção de um marco normativo de direitos autorais compatível com a realidade social, e não um que imponha restrições que tentam “amoldar” o digital ao físico; cumpre adotar políticas inclusivas, que possibilitem a instrumentalização do cidadão no manejo e localização de dados no ambiente online, da mesma forma que ocorre em países pós-industrializados.

3.1.4 Biblioteconomia e Bibliotecários

O que é uma biblioteca? Qual sua função? Para Sêneca, a biblioteca é um local reservado para as obras modelares. Ela seria algo semelhante a um templo, consagrado às musas. Matthew Battles se refere a tais bibliotecas como “parnasianas”, já que abrigam o produto de uma destilação e representam tudo aquilo que é Bom ou Belo (na formulação clássica), ou Sagrado (na medieval), em oposição ao que chama de bibliotecas “universalistas” - na qual os textos não são tratados como essências cristalinas ou preciosas, mas como tramas que serão retrabalhadas e reconstruídas para dar lugar a novos padrões e combinações²⁴³. O autor continua sua digressão, ofertando inúmeros exemplos de bibliotecas (especialmente as universitárias) cuja pretensão é abarcar um catálogo no qual cada pesquisador possa preencher sua necessidade. A partir desta noção universalista, se estabeleceram as bases para a ciência da biblioteconomia, que estuda os aspectos da representação, da sistematização, do uso e da disseminação da informação através de serviços e produtos informacionais.

A publicação de "*The Five Laws of Library Science*" (1931), pelo intelectual indiano Dr. S. R. Ranganathan, estabeleceu as bases para a biblioteconomia moderna. Representa um grande avanço para as teorias de classificação e administração de bibliotecas, e para a ciência da informação, de um modo geral. O livro detalha os princípios para administração de um sistema bibliotecário, e é aceito por muitos profissionais da área como uma das fundações de sua filosofia, e como os princípios mais influentes neste campo. As “Leis de Ranganathan”, como ficou conhecida a teoria, propõem que:

1. Os livros são para serem usados.
2. Todo leitor tem seu livro.
3. Todo livro tem seu leitor.
4. Poupe o tempo do leitor.
5. Uma biblioteca é um organismo em crescimento.

A partir destes princípios, é criada uma visão científica e crítica sobre o modo de operação das bibliotecas e sua função social. Trata esta disciplina da análise, planejamento, implementação, organização e a administração da informação em bibliotecas, bancos de dados, centros de documentação, sistemas de informação e *websites*, entre outros.

243 Op. cit. p. 15.

No século XX, surgem as bibliotecas nacionais, normalmente imbuídas também de caráter arquivista geral (depósito obrigatório, ou seja, cada obra impressa deve ter uma cópia arquivada na biblioteca nacional). Seu melhor exemplo é a Biblioteca do Congresso americano – a maior biblioteca mundial. A Biblioteca Nacional Brasileira possui a finalidade de “proporcionar a informação cultural nas diferentes áreas do conhecimento humano com base na produção intelectual brasileira e nas obras mais significativas da cultura estrangeira, que constituem o sempre crescente acervo bibliográfico e hemerográfico, cujo conjunto lhe cumpre preservar”²⁴⁴.

O profissional treinado para esta função é o bibliotecário. A profissão é disciplinada no Brasil pela Lei 4.084, de 30 de junho de 1962, sua respectiva regulamentação, pelo decreto 56.725, de 16 de agosto de 1965, bem como a Lei 9.674, de 25 de junho de 1998, que estabelecem a obrigatoriedade de sua mediação e sua presença nas bibliotecas. A primeira norma exige para provimento e exercício de cargos técnicos de bibliotecários, na administração pública, autárquica, parastatal, empresas sob intervenção governamental ou concessionárias de serviço público, a obrigatoriedade da apresentação de diploma de bacharel em Biblioteconomia, enquanto a segunda reafirma tal obrigatoriedade e institui a estrutura e competência dos conselhos federal e regionais da classe.

O Manifesto da IFLA/UNESCO afirma que o bibliotecário é um intermediário ativo entre usuários e recursos, e sua educação profissional e contínua é indispensável para assegurar serviços adequados. O bibliotecário não é apenas um escriturário que trabalha numa biblioteca; sua função é atuar como interface entre grandes quantidades de dados e o usuário não-treinado, mas motivado; deve se tornar um “caçador de dados, um guia, um sherpa e um professor”²⁴⁵. Nos termos propostos pela teoria sistêmica, seu papel pode ser descrito como o de atrator, ponto focal de convergência da informação e seus usuários.

3.1.5 Marcos Legais e Políticas Públicas

O acesso às bibliotecas no Brasil é pequeno, não apenas por uma questão cultural que remonta à nossa longa história de desníveis no

244 Fundação Biblioteca Nacional. Disponível em http://www.bn.br/portal/?nu_pagina=11 em 01/05/10.

245 GODIN, Seth. The future of the library. Disponível em 16/05/11 em http://sethgodin.typepad.com/seths_blog/2011/05/the-future-of-the-library.html

acesso à educação e à cultura, e o consequente iletramento da população, mas porque a rede de bibliotecas no país é reduzida, seja em termos quantitativos, seja em um plano qualitativo. Ainda assim, conforme o IBGE, na Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic) de 2005, a biblioteca é um dos equipamentos culturais mais importantes do Brasil, e está presente em cerca de 85% das cidades brasileiras, em suas modalidades de bibliotecas públicas municipais, escolares e comunitárias.

Observou-se um crescimento de 11,8% no total de bibliotecas existentes entre 1999 e 2005 (apesar de já serem, na época, o equipamento cultural mais presente nos municípios). Mesmo assim, cerca de 630 municípios brasileiros ainda não têm biblioteca pública e grande parte das existentes possui equipamentos precários, acervos ínfimos e/ou muito defasados e recursos humanos despreparados para um processo de mediação eficiente na formação de leitores²⁴⁶.

Além disso, observa-se pelas figuras abaixo que a distribuição das bibliotecas no Brasil é heterogênea, privilegiando o eixo Sul-Sudeste e as capitais e grandes cidades, e que o crescimento em números absolutos de bibliotecas não alterou significativamente sua distribuição geográfica:

246 IBGE. Pesquisa de Informações Básicas Municipais de 2005. p. 77-78. Relatório disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2005/munic2005.pdf> em 01/05/10.



Fig. 01 – Municípios brasileiros com bibliotecas – 1999.
Fonte: IBGE, Pesquisa de Informações Básicas Municipais de 2005.



Fig. 02 – Municípios brasileiros com bibliotecas – 2005.

Fonte: IBGE, Pesquisa de Informações Básicas Municipais de 2005.

A mesma pesquisa registra ainda que, dos aproximados 85% dos municípios que possuem bibliotecas, em 83,4% pelo menos uma biblioteca é administrada pelo poder público local, evidenciando a forte presença da esfera municipal na promoção e manutenção destas instituições e sua centralidade para as gestões municipais²⁴⁷.

Em 2003, o Governo Federal publicou o Plano Nacional do Livro e da Leitura (PNLL), estabelecendo as bases para uma Política de Estado sobre a matéria, cujo objetivo central é o de “assegurar e democratizar o acesso à leitura e ao livro a toda a sociedade, com base na compreensão de que a leitura e a escrita são instrumentos indispensáveis na época contemporânea para que o ser humano possa desenvolver plenamente suas capacidades, seja no nível individual, seja no âmbito coletivo”. Na apresentação do Plano, o então Ministro da Cultura, Gilberto Gil, afirma que:

247 IBGE. Pesquisa de Informações Básicas Municipais de 2005. p. 97. Relatório disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2005/munic2005.pdf> em 01/05/10.

Um Estado republicano, comprometido com os valores democráticos, tem o dever de ampliar o leque de instrumentos à disposição dos cidadãos para expandir suas possibilidades de leitura do mundo, para além das versões monopolizadas e da homogeneização cultural. Ampliar o número de livros à disposição da população – por meio de bibliotecas bem aparelhadas, livrarias em número suficiente, a melhoria da circulação da produção literária nas bancas de revistas, nos mercados, nos Pontos de Cultura e cafés, a ampliação do número dos títulos e do intercâmbio de expressões criativas – é promover direitos de cidadania. Esses direitos incluem o da fruição e expressão simbólicas e o de escolha entre diferentes fontes de informação e de formação do mundo, muitas vezes dificultados pela standartização dos gostos, das línguas e até das metáforas²⁴⁸.

Na pesquisa “Retrato da leitura no Brasil²⁴⁹”, realizada em 2001 pela Câmara Brasileira do Livro (CBL), Sindicato Nacional dos Editores de Livros (Snel) e Associação Brasileira dos Editores de Livros (Abrelivros), apontou-se que o brasileiro lê em média 1,8 livro por ano, índice muito baixo se comparado ao de países como a França (7,0), os Estados Unidos (5,1), a Inglaterra (4,9) ou a Colômbia (2,4). A pesquisa demonstra que o acesso a esse objeto cultural e a penetração do livro no país ainda são muito restritos, concentrando-se o mercado comprador de livros nas mãos de 20% da população alfabetizada com 14 anos ou mais, na Região Sudeste, nas grandes cidades e metrópoles, nos estratos de renda mais elevada (classe A) e com instrução superior.

Em relação ao acesso às obras, a pesquisa aponta que 50% dos livros de leitura corrente foram comprados, em contraposição a 08% pertencentes às bibliotecas e 04% dados pela escola, demonstrando a precariedade do acesso a livros em escolas e bibliotecas. Tais estatísticas, somadas ao baixo poder aquisitivo da absoluta maior parte dos leitores, demonstra as escassas alternativas para que se concretize a leitura.

248 GIL, Gilberto. “Palavra do Ministro da Cultura”, in Plano Nacional do Livro e da Leitura. p. 06. Disponível em <http://www.pnll.gov.br/> em 01/05/10.

249 Retrato da Leitura no Brasil. Câmara Brasileira do Livro (CBL), Sindicato Nacional dos Editores de Livros (Snel) e Associação Brasileira dos Editores de Livros (Abrelivros): 2001. Disponível em <http://www.imprensaoficial.com.br/retratosdaleitura/r11.pdf> em 01/05/10.

O Plano Nacional de Livro e Leitura defende uma perspectiva “contemporânea do livro e da leitura e propõe um diálogo fecundo com as novas licenças de copyrights-não restritivos, no que esses ajudam a equilibrar os direitos de autor, com os direitos de acesso”²⁵⁰. Em sintonia com o Plano, no dia 30 de outubro de 2003 foi promulgada a Lei nº. 10.753, que instituiu a Política Nacional do Livro. O primeiro eixo de ação do Plano Nacional do Livro e da Leitura aborda a temática do acesso ao livro, e contém previsões expressas quanto às tecnologias para preservação de acervos, ampliação e difusão de bens culturais:

Eixo 1 – Democratização do acesso

(...)

1.6. Incorporação e uso de tecnologias de informação e comunicação

Formulação e aprimoramento de técnicas que visem a facilitar o acesso à informação e à produção do saber, incluindo capacitação continuada para melhor aproveitamento das tecnologias de informação e comunicação. Produção e desenvolvimento de tecnologias para a preservação de acervos, ampliação e difusão de bens culturais, como livros digitais, informatização de bibliotecas e bibliotecas digitais, entre outros. Instalação de Centros de Leitura Multimídia, voltados para a pesquisa e divulgação, em especial nas áreas da leitura e do livro.

O Sistema Nacional de Bibliotecas Públicas (SNBP), instituído pelo Decreto Presidencial nº 520, de 13 de maio de 1992, tem como objetivo principal o fortalecimento das Bibliotecas Públicas do país, e apresenta os seguintes objetivos:

- I – incentivar a implantação de serviços bibliotecários em todo o território nacional;
- II – promover a melhoria do funcionamento da atual rede de bibliotecas, para que atuem como centros de ação cultural e educacional permanentes;
- III – desenvolver atividades de treinamento e qualificação de recursos humanos, para o

250 Plano Nacional de Livro e Leitura, p. 22. Disponível em <http://www.pnll.gov.br/> em 01/05/10.

funcionamento adequado das bibliotecas brasileiras;

IV – manter atualizado o cadastramento de todas as bibliotecas brasileiras;

V – incentivar a criação de bibliotecas em municípios desprovidos de bibliotecas públicas;

VI – proporcionar, obedecida a legislação vigente, a criação e atualização de acervos, mediante repasse de recursos financeiros aos sistemas estaduais e municipais;

VII – favorecer a ação dos coordenadores dos sistemas estaduais e municipais, para que atuem como agentes culturais, em favor do livro e de uma política de leitura no País;

VIII – assessorar tecnicamente as bibliotecas e coordenadorias dos sistemas estaduais e municipais, bem assim fornecer material informativo e orientador de suas atividades;

IX – firmar convênios com entidades culturais, visando à promoção de livros e de bibliotecas.

Pesquisa publicada pelo Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo (Gpopai)²⁵¹ demonstra a importância do Estado como o maior financiador do setor cultural, especialmente no que tange ao mercado livreiro, afirmando que “cabe ao poder público criar marcos legais que garantam que esse subsídio público ao setor tenha como contrapartida garantias de acesso a conteúdos, em particular para fins didáticos e científicos”²⁵². “O sistema de livros didáticos tem completo subsídio público, e seu lucro fica para as grandes editoras que vencem as licitações”, diz Pablo Ortellado:

As editoras de livros técnico-científicos pouco ou nada investem na formação dos escritores que contratam para fazer as obras. Até 86% dos professores contratados pelas editoras tiveram formação em universidades públicas e escrevem os livros como um subproduto de seu trabalho acadêmico. Portanto, o investimento veio de seu salário e pesquisa pública financiada pelo Estado.

251 CRAVEIRO, Gisele, MACHADO, Jorge, e ORTELLADO, Pablo (coord). O mercado de livros técnicos e científicos no Brasil: subsídio público e acesso ao conhecimento. Bauru, SP: Canal 6, 2008.

252 Op. cit. p. 46

As editoras pagam um valor para ele escrever um conteúdo, vencem as licitações porque têm mais estrutura e ganham muito dinheiro com isso. E, por fim, têm imunidade tributária. E ainda querem manter a cópia de trechos proibida. Não há a mínima contrapartida pelo lucro que tiveram²⁵³.

As principais conclusões encontradas em tal pesquisa apontam que:

- Limitações da lei de direito autoral deveriam prever a cópia integral para fins não comerciais ou, pelo menos, para fins didáticos e científicos;
- As limitações deveriam prever também a cópia integral de títulos esgotados;
- Limitação específica para a cópia de livros importados;
- Que se definam nos contratos de trabalho com os pesquisadores que os livros resultantes das pesquisas desenvolvidas na instituição sejam publicados com licenças que permitam a reprodução integral para fins didáticos e científicos sem intuito de lucro;
- Uma vez que editoras universitárias são subsidiadas com recursos públicos e já operam em larga medida fora do mercado, que elas também adotem políticas de licenças que permitam o livre acesso a seus conteúdos para fins didáticos e científicos, sem intuito de lucro.

Portanto, existem diversas obrigações positivas assumidas pelo Estado brasileiro para a promoção e garantia tanto das próprias bibliotecas quanto dos diversos direitos fundamentais que nela se exercem, e que devem ser exigidas e implementadas. O papel com que recursos públicos contribuem para o setor editorial no Brasil, seja por meio de imunidade de tributos e não incidência de contribuições, seja pelo financiamento direto na produção de conteúdos, com o pagamento de cientistas ou bolsistas em regime de dedicação integral, seja pelo financiamento de editoras universitárias públicas também é elemento fundamental a ponderar na construção de um marco legal que reflita os

253 ORTELLADO, Pablo. In VIVES, Fernando. A revisão da lei que não pegou. Carta Fundamental, ed. 28, maio/11.

mais amplos interesses públicos.

3.2 Bibliotecas Digitais

O direito exclusivo de reprodução é comumente identificado como o direito autoral fundamental²⁵⁴. Logo, é tentador identificar a proliferação de tecnologias de cópia como ameaçadoras ao próprio núcleo de tal direito. Jessica Litman²⁵⁵, entretanto, questiona justamente esta premissa: de que o direito de cópia é fundamental ao direito autoral em qualquer sentido que não o histórico. Quando as leis de direito autoral fixaram a reprodução como a unidade compensável, tal não se deu por que haveria algo de fundamentalmente invasivo ao direito de um autor ao se fazer uma cópia de sua obra; mas sim por que, ao tempo, cópias eram fáceis de se identificar e de contar, providenciando desta forma um *benchmark* útil para fixação de parâmetros legais para a determinação da ilicitude e sua reparação. A reprodução não-autorizada poderia ser proibida sem invadir os direitos do público para usar obras protegidas.

O mecanismo de controle de cópias não é mais eficaz hoje em dia por vários motivos: cópias não-autorizadas são difíceis de se detectar e contar. Além disso, já que as oportunidades de exploração das obras pelos titulares também não estão mais diretamente relacionadas ao número de reproduções, localizar e contar cópias digitais é uma aproximação inadequada do prejuízo atribuído ao titular. O direito autoral de reprodução permitiu a criação de um sistema que encorajou autores a criar e a divulgar novas obras, ao mesmo tempo em que ensinou ao público várias oportunidades: ler, assistir e escutar, aprender, compartilhar, melhorar e reutilizar tais obras. A feitura de reproduções digitais é uma decorrência direta de tais usos, no ambiente virtual.

A centralidade da cópia ao uso da tecnologia digital é precisamente o motivo pelo qual esta não é mais uma medida apropriada para aferição de responsabilidade. E o controle da reprodução, como visto, permite que titulares de direito controlem todos os usos de tecnologias digitais em conexão com usa obras protegidas. Além disso, o público tem o direito de acessar, extrair, usar e reutilizar as ideias, fatos, informações e outros materiais em domínio público que estão incorporados em obras protegidas. Este direito deve incluir a possibilidade de reproduzir, adaptar, transmitir, encenar e exibir tanto da

254 Não é por menos que na doutrina anglo-saxã este direito é chamado de *copyright*.

255 LITMAN, Jessica. *Revising Copyright Law for the Information Age*. p. 75. Oregon Law Review 19: 1996

expressão protegida quanto seja necessário para obter acesso aos elementos não-protegidos.

Em Julho de 1945, o Dr. Vannevar Bush, então chefe do *Office of Scientific Research and Development* (OSRD), agência do governo americano responsável pela coordenação de pesquisa científicas para finalidades militares, publicou um influente artigo na *Atlantic Magazine* conclamando seus pares para estudar a tarefa massiva de tornar mais acessível a enorme massa de conhecimentos existentes. Nesse artigo, no qual prevê, entre outras, as futuras descobertas do fax e da fotografia polaroide, o Dr. Bush descreve um aparato futuro, para uso individual, que seria uma espécie de biblioteca e arquivo privado mecanizado, no qual um indivíduo poderia armazenar todos os seus livros, registros e comunicações, e que poderia ser consultado com velocidade e flexibilidade. Descreve também o *hiperlink*, pela possibilidade de associação entre tais arquivos de forma associativa. Tal máquina propunha ainda o conceito do acesso a uma rede com servidores de conteúdos interligados²⁵⁶.

Para todos os efeitos, não há diferenças significativas entre este “aparato futuro” (chamado então, à falta de um nome melhor, de “Memex”), descrito há 65 anos, e os atuais computadores (ou mesmo leitores de *e-books*), com todas as suas variações. O que torna este artigo digno de nota, além da prodigiosa visão demonstrada para a época (03 anos antes da invenção do transistor, e 13 anos antes do circuito integrado), é que sua principal preocupação era tornar o conhecimento mais acessível:

O conceito de Mendel sobre as leis da genética foi perdido para o mundo por uma geração, porque sua publicação não alcançou os poucos que eram capazes de apreendê-la e estendê-la; e este tipo de catástrofe sem dúvida está se repetindo ao nosso redor, na medida em que conquistas verdadeiramente significantes se perdem na massa do que é inconsequente²⁵⁷.

256 BUSH, Vannevar. As we may think. Atlantic Magazine: 1945. Disponível em <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1969/12/as-we-may-think/3881/> em 01/05/10.

257 Em tradução livre. No original: “*Mendel's concept of the laws of genetics was lost to the world for a generation because his publication did not reach the few who were capable of grasping and extending it; and this sort of catastrophe is undoubtedly being repeated all about us, as truly significant attainments become lost in the mass of the inconsequential*”.

As tecnologias digitais tornam possível – pela primeira vez na história – construir a visão de Thomas Jefferson, que, ao fundar a Biblioteca do Congresso dos EUA, almejava “*to sustain and preserve a universal collection of knowledge and creativity for future generations*”. Para textos antigos, primeiras edições e obras raras em geral, essa possibilidade derruba distâncias, abre acervos quase impenetráveis e põe ao alcance de amplos seguimentos da população a acervos de difícil acesso²⁵⁸.

É dever do Estado a conservação da memória e da cultura, bem como a promoção da educação; e tais deveres motivam a conservação e circulação dos acervos. As bibliotecas têm a missão de providenciar acesso a suas coleções, mas apresentam o problema do acesso físico às suas próprias instalações, já que os grandes acervos de pesquisa estão limitados aos centros universitários importantes. Mathew Battles fala sobre o que chama das escolhas fáusticas que os bibliotecários são obrigados a fazer, em função de problemas reais como falta de espaço e falta de verbas:

A biblioteca da era digital está em estado de fluxo, que é indistinguível de um estado de crise – não apenas para as instituições, como também para os livros que elas contém, preservam e propagam. Trata-se de uma crise da cultura letrada, cujas raízes estão firmemente plantadas na biblioteca. A biblioteca universalista simulou ter encontrado uma resposta definitiva para a questão – “o que merece estar numa biblioteca?”. No entanto, num mundo que parece reservar um espaço cada vez maior para a informação, essa questão ainda retém toda a sua força²⁵⁹.

Livros digitais possuem certas vantagens sobre obras impressas. Um livro impresso possui peso e volume, que significam custos implícitos para a biblioteca: requerem manutenção e entrega física. O usuário deve obter o livro pessoalmente e retorná-lo dentro de determinado período. Estes fatores impõem à biblioteca custos de transporte e infraestrutura²⁶⁰, com impactos nos processos de decisão. A

258 MILANESI, Luiz Augusto. Biblioteca. p. 112. São Caetano do Sul: Ateliê Editorial, 2002. v. 1.

259 BATTLES, Mathew. A conturbada história das bibliotecas. P. 210. São Paulo: Planeta do Brasil, 2003.

260 Vale a ressalva: repositórios digitais possuem outras espécies de custos associados, como

questão de fundo é que o conceito de biblioteca como depósito de livros torna-se obsoleto se comparada ao seu potencial como repositório de informação; a universalização do acesso é tornada *possível* pela digitalização e disponibilização das obras (mas há toda uma vã filosofia entre o que é possível e o que é provável).

É importante notar que um fator para a relevância de um acervo na sociedade informacional é justamente a sua atualidade; assim, se uma biblioteca com grande valor de novidade disponibiliza seu acervo *online*, ela estará prestando um serviço de relevância, especialmente para os cidadãos de menor capacidade econômica; mas provavelmente vai interferir em interesses econômicos diretos do titular. Por exemplo, se uma biblioteca quiser circular o último *best-seller* entre seus usuários, qualquer cidadão (pertencente àquela comunidade) poderá emprestá-lo, *desde que existam exemplares disponíveis e o usuário tenha acesso físico ao local*. O que significam tais direitos num ambiente digital, no qual fatores como “número de exemplares” ou “acesso físico” se tornam irrelevantes enquanto o significado de “comunidade de usuários” se exponencia?

Ainda: se o livro estiver legalmente disponível numa biblioteca digital, de forma gratuita, haverá incentivo ao consumidor para comprar o mesmo título? Afinal, esta é a principal preocupação dos titulares de direitos, diante do enorme mercado de livros digitais que está se descortinando. Os aparelhos leitores de *e-books*, tais como o Kindle ou o iPad, apresentam possibilidades muito criativas para interação e exercício da intertextualidade entre os livros, autores e leitores, e que certamente serão exploradas comercialmente (especialmente no mercado de livros infantis, com a inserção de características multimídia nos livros).

É importante notar que o conceito de biblioteca digital verdadeiramente pública diminui, em tese, o valor para o acesso comercial²⁶¹. Não há incentivo para a compra de licenças para obras digitais (que estejam em catálogo) se a mesma obra está disponível pelo período adequado de tempo, a partir de uma biblioteca pública, e o item seja portátil para o aparelho do usuário. Em termos digitais, não há diferença substancial entre um *best-seller* e uma publicação científica de audiência restrita e especializada; são as duas tanto sequências de zeros e uns, interpretadas por máquinas, quanto obras autorais protegidas pelo exclusivo; resta saber se tal prejuízo potencial é justificado. O interesse

servidores de hospedagem e custos de banda.

261 Ao menos na perspectiva (desprovida de evidências) adotada pela OMC, de que qualquer uso gera um dano potencial.

do mercado se limita a uma fração do total das obras existentes, como já observado; mas para proteger esta fatia, dotada de valor comercial, protege-se o todo.

Observamos que o tratamento legal dado à matéria tenta impôr limites artificiais para a circulação das obras digitalizadas por bibliotecas e arquivos. É o que dispõem, por exemplo, as normas da Seção 108 do *Copyright Act* americano, que em vários casos limita as cópias digitais a “três cópias”, ou estipula condições que obrigam a consulta *in loco* pelo usuário, dentro da instituição que detém a versão impressa da obra, como quer a proposta do Relatório LDA. Tais soluções não aproveitam o potencial universalista do sistema digital, e representam barreiras à circulação do conhecimento em prol de um controle monopolista da distribuição cultural por determinado setor da indústria. E perpetuam um afastamento do ideal prometeico da biblioteca como instrumento da leitura, em seu propósito abrangente de servir ao progresso coordenado da sociedade e dos indivíduos dentro dela²⁶².

Kenneth Crews propõe o seguinte conceito para “bibliotecas digitais”: “coleções sistemáticas de obras coletadas ou convertidas para formatos digitais e tornadas disponíveis para usuários a partir de servidores mantidos pela biblioteca”²⁶³. Identificamos no tipo dois núcleos distintos e cumulativos: “coletadas ou convertidas”, significando iniciativas de digitalização, e “tornadas disponíveis”, ou seja, cujo acesso foi disponibilizado ao público. A biblioteca digital, por definição, se funda nestes dois pilares.

3.2.1 Digitalização

Cumpra o processo pelo qual livros se tornam digitais, e o papel nele exercido pelas bibliotecas. Livros impressos e encadernados são exemplos de uma tecnologia confiável e portátil, que funciona muito bem há séculos. São objetos físicos que podem ser *digitalizados*, isto é, escaneados²⁶⁴ a partir de exemplares físicos; mas é cada vez maior e de

262 BATTLES, Mathew. A conturbada história das bibliotecas. p. 151. São Paulo: Planeta do Brasil, 2003. O autor, entretanto, não menciona o que aconteceu com o titã Prometeu, acorrentado pelos deuses ao penhasco com seu fígado servindo de repasto aos corvos por ter entregue o fogo à humanidade.

263 CREWS, Kenneth. Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives. p. 36. OMPI - Standing Committee on Copyright and Related Rights. Geneva: 2008

264 Fotografados digitalmente de forma automática. Como toda fotografia digital, ela recebe tratamento. Há uma polêmica sobre o status jurídico do arquivo digital gerado a partir deste sistema: é caso de “reprodução” ou de “novo uso” da obra, já que houve mediação?

mais importância o acervo das obras existentes apenas no formato digital (também chamadas de nativas digitais, “*born-digital*”²⁶⁵). O mesmo termo é usado para descrever pessoas nascidas num ambiente com mídia e acesso digitais. Ambos os sentidos são relevantes, já que a interação entre obras nativas digitais e usuários nativos digitais, cujos recursos primeiros são obras digitais, é parte desta dinâmica. Áreas de impacto nas quais os novos meios estão se tornando paulatinamente digitais incluem a fotografia e o cinema.

Em termos globais existem diversas previsões nas diferentes jurisdições que permitem a digitalização de obras por, e para, bibliotecas, em especial no tocante a usos próprios, expressa ou implicitamente. Na França, a Gálica está digitalizando todo o Arquivo Nacional; aqui temos a Brasileira, que está digitalizando e organizado a maior coleção de obras raras sobre o país, legado de José Mindlim (notadamente, obras em domínio público). Em 2006 foi criada a Biblioteca Nacional Digital, concebida de forma ampla como um ambiente onde estão integradas todas as coleções digitalizadas da Fundação Biblioteca Nacional²⁶⁶; a Biblioteca do Congresso americano também conta com seu projeto de digitalização, e por aí vai.

Muitos materiais dos acervos bibliotecários hoje são mantidos, entregues e utilizados no meio digital. As bibliotecas assinam bancos de dados e possuem coleções cada vez maiores de CDs de música, DVDs com obras audiovisuais, e uma variedade de outras obras em formatos digitais. As bibliotecas e seus usuários frequentemente querem cópias também nestes formatos. As vezes, o original pode ser nascido digital, e a biblioteca deseja uma reprodução digital; ou o original pode ser analógico e o usuário gostaria de uma reprodução digital. A demanda por reproduções digitais está acelerando, na medida em que usuários fazem pedidos de lugares remotos. A cópia de um artigo científico, por exemplo, pode ser entregue rapidamente e sem custos usando a rede.

Da mesma forma, à medida em que as bibliotecas expandem seus programas de preservação, fazem cópias digitais de obras deterioradas, ou em vias de tanto. O meio digital é hoje o meio padrão para preservação. Proximamente relacionado a isto está o

A obra nascida digital preclui essa questão, sendo esta talvez a maior diferença entre as duas espécies. De qualquer forma, o conflito evidencia mais uma vez a centralidade da cópia no ambiente digital, e a impropriedade conceitual de uma norma fundada no direito de reprodução, nos termos propostos por LITMAN.

265 PALFREY, John; GASSER, Urs. *Born Digital: Understanding the First General of Digital Natives*. New York: Basic Books, 2008.

266 Fundação Biblioteca Nacional. Disponível em http://www.bn.br/portal/?nu_pagina=11 em 01/05/10.

desenvolvimento de bibliotecas digitais, normalmente, a iniciativa deriva de propósitos de preservação – ao armazenar as obras digitalmente, a biblioteca pode limitar o manuseio dos originais e armazená-los em segurança. Os projetos de digitalização em massa de acervos tem servido ao propósito de trazer para o debate a necessidade de alterações nas leis de direito autoral.

Mas quando entram em cena neste debate entidades corporativas dotadas de vasto poder econômico – como o Google – o *establishment* presta atenção. O Google, através de convênios com as principais bibliotecas universitárias norte-americanas, digitalizou os textos de mais de sete milhões de livros para o seu serviço de busca de livros (*Google Book Search*, ou GBS), e indexou seus conteúdos, permitindo a pesquisa *online* do inteiro teor das obras. A versão inicial do serviço permitia que seus usuários fizessem o *download* da totalidade dos livros que estejam no domínio público, e tornava disponíveis pequenos trechos quando tais livros ainda estivessem sujeitos aos direitos autorais, a não ser que seu titular tivesse permitido a exibição de trechos maiores. O acervo total proposto para digitalização era da ordem de 32 milhões de livros.

Em meados de 2005 o *Authors Guild*, associação de autores que contava na época com aproximadamente 8.000 membros, bem como outros membros do mercado editorial, processaram o Google por infração a direitos autorais, por conta do serviço GBS. O Google argumentou que sua digitalização, indexação e amostragem de trechos era um uso não infringente, pois promovia um maior acesso público aos livros, e que removeria do catálogo todo livro digitalizado cujo titular oferecesse objeções. As partes propuseram um acordo que trazia dois pontos principais, um sobre a disponibilidade de obras órfãs e foras de catálogo e outro relativo aos titulares de direitos, que daria ao Google a capacidade de ofertar tais obras ao público com segurança, tanto na forma “pesquisável” quanto em cópias completas, adquiríveis (fisicamente (*on-demand*) ou em *e-books*, ou ainda mediante assinatura aos acervos)²⁶⁷. O acordo previa a criação de um órgão de registro, composto por representantes dos autores e das editoras, e o Google seria o responsável pela estrutura financeira.

Na apreciação do acordo por um juiz federal em Nova Iorque, este foi rejeitado com base principalmente na fundamental preocupação com a proteção do consumidor, especialmente do ponto de vista da

267 PESSERL, Alexandre; BERNARDES, Marciele Berger. A Biblioteca Total, Google Book Search e obras órfãs. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

formação de preços, e da privacidade. Para James Boyle, o Google teria a chave de sua biblioteca e poderia monitorar seus hábitos de leitura, já não seria possível o download de tais livros digitais²⁶⁸. Junto com o grande aumento no acesso à informação proporcionado pela Internet, informações pessoais acabam por se misturar com as públicas. O fluxo não-regulado de (e os mercados para) informações pessoais já geraram muitas questões sensíveis; o sistema de direitos autorais tornou-se um sistema de vigilância na rede porque, no interesse de efetivar tais direitos, várias instituições empregaram um leque de tecnologias para monitorar e governar o uso de obras protegidas. A habilidade da Apple de monitorar o uso do iTunes é o melhor exemplo disso²⁶⁹, e estas questões se mostraram insuperáveis no modelo proposto pelo Google.

Para a Electronic Frontier Foundation, existe uma ampla expectativa de privacidade da qual desfrutamos quanto o assunto são livros e leitura; por exemplo, caso alguém suspeite ter uma doença grave, pode ir em uma livraria e procurar livros sobre o tema, e o seu prêmio de seguro não subirá em razão disso, já que a seguradora não terá acesso aos dados de leitura daquela pessoa; ou um escritor que esteja pesquisando sobre movimentos políticos poderá ler o que quiser sobre fascismo, nazismo, fundamentalismos e terrorismo sem medo de cair sob o escrutínio de agências de segurança. Mas tal privacidade pode se erodir à medida em que os livros entram no mundo digital, no qual todo clique deixa um registro²⁷⁰. As repercussões para o pensamento livre, aberto, jocoso, criativo e marginal são potencialmente sombrias.

Tão importante quanto as questões de privacidade é o fato da criação de um monopólio das obras para o Google, em detrimento de uma política de acesso amplo, que nivele o campo concorrencial e permita um acesso mais inclusivo aos artefatos culturais de nosso passado recente, estabelecendo padrões e critérios de acesso no âmbito privado; alguns autores argumentam que os livros não devem ser confiados ao Google, ou a empresa alguma. Recentemente a companhia anunciou que apagaria todos os arquivos disponíveis no serviço Google Videos, por questões financeiras (e só não levou tal decisão adiante devido à forte reação pública). Logo, empresas não seriam curadores culturais adequados, já que sua responsabilidade é com seus acionistas, e

268 BOYLE, James. Google Books and the Escape from the Black Hole. Disponível em 20/03/11 em <http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/>

269 VAIDHYANATHAN, Siva. The Googlization of Everything and the Future of Copyright. University of California, Davis, Vol. 40: 2007.

270 D'ANDRADE, Hugh. Don't Let Google Close the Book on Reader Privacy! Disponível em <http://www.eff.org/deeplinks/2009/07/take-action-dont-let-google> em 14/09/09

não podem ser responsabilizadas perante o público²⁷¹.

Em contraste, bibliotecas e bibliotecários operam com padrões públicos e abertos²⁷² para organização e geração de meta-dados, que são de particular importância nesta questão. A busca textual corrida em livros é um método insuficiente e muitas vezes inadequado de busca de informação. Meta-dados são arquivos digitais anexos a documentos, contendo informações sobre os mesmos; “fichas de bibliotecas” digitais descrevendo e classificando seu conteúdo: trabalho adequado para bibliotecários, e não engenheiros (ainda que de sistemas de informações). São utilizados para guiar mecanismos de busca via cabeçalhos, palavras-chave e indicadores de qualidade.

Meta-dados criados com qualidade auxiliam pesquisas por computador a gerarem melhores resultados; a busca por palavras ou expressões no texto de livros raramente é uma opção melhor de pesquisa do que os resultados obtidos quando comparando entre diversos livros sobre o tema. Livros são documentos que operam mais com coesão interna do que com links externos; não são meros fragmentos colacionados, nem devem ser. Seu valor está em sua estrutura interna e compreensibilidade²⁷³, e a pesquisa ganha em qualidade recorrendo a tais parâmetros²⁷⁴. Parece assim haver um consenso de que a biblioteca é destinatária de limite intrínseco relativo ao direito de digitalização, por ser a instituição cultural adequada à missão da guarda do patrimônio cultural comum. Trata-se de limite claramente resguardado pela regra dos três passos, mesmo na ausência de menções expressas na legislação nacional; o Relatório LDA referencia o tema na proposta de redação para o Art. 46, XIII - “a reprodução necessária à conservação, preservação e arquivamento de qualquer obra, sem intuito de lucro, desde que realizada para

271 BARRON, Simon. Google can't be trusted with our books. Disponível em 26/04/11 em <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/apr/26/google-books-videos>

272 Ver cap. I, item 2.2.

273 VAIDHYANATHAN, Siva. The Googlication of Everything and the Future of Copyright. University of California, Davis, Vol. 40: 2007.

274 A indústria livreira não está insensível ao problema dos padrões para o ambiente digital. Algumas abordagens estruturadas incluem formatos padrões para controle de licenças e permissões de editores para bibliotecas e outros usuários institucionais (ONIX-PL); um protocolo de comunicação para transações business-to-business (ACAP); o padrão ePub para formatação de livros e meta-dados, e o Creative Commons, um movimento filosófico tanto quanto uma iniciativa de padrões, que oferece um leque de licenças passíveis de leitura por computadores, destinado primariamente ao gerenciamento de conteúdos não comerciais. Na Europa, o projeto ARROW pretende facilitar o licenciamento da digitalização de acervos bibliotecários, e no seu âmago está o conceito de um registro distribuído e informações sobre direitos. Outros registros projetados incluem um registro de músicas pan-Europeu e um registro de direitos sobre fotografias.

bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, na medida justificada pelo fim a se atingir”.

3.2.2 Disponibilização

O terreno torna-se mais pantanoso quando se discute a segunda condição fundamental da biblioteca digital: a disponibilização da obra para o usuário, a concretização do acesso. Como apontado acima²⁷⁵, a doutrina demonstra “inocorrência de ilícito quando tratamos da cópia integral privada; desde que sem fins lucrativos, para uso privado, preservados os direitos morais do autor e inexistente o dano ao autor, a cópia integral é lícita em nosso ordenamento”²⁷⁶, mas este limite não é expresso, causando insegurança jurídica para bibliotecas e bibliotecários.

A cópia de obras por usuários de bibliotecas públicas não tem fins lucrativos, é privada e não afeta direitos morais de autor. Portanto, a questão adequada seria: a disponibilização causa danos ao autor, mesmo que potenciais? Para a OMC, todo uso de uma obra é potencialmente lesivo²⁷⁷; em afinidade com seu caráter fundador mercantil, este órgão vai privilegiar a análise pelo prisma concorrencial. Sobre este ponto específico, Oliveira Ascensão afirma que “sobretudo, é necessário não partir do princípio que qualquer permissão da livre utilização duma obra é tendencialmente de rejeitar, porque se presumiria que contraria o aproveitamento da obra pelo autor ou cerceia interesses legítimos deste”²⁷⁸.

Nos termos da decisão do painel WT/DS160/R, há que se determinar portanto se existe uma perspectiva de receita passível de auferição pelo titular, que poderia ter sido prejudicada pela atividade em questão. As bibliotecas sempre conviveram com o mercado editorial,

275 Cap. II, item 2.5.

276 SOUZA, Allan Rocha de; SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. Os direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil. p. 13. In Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. ISBN: 978-85-7840-007-1.

277 Interessante notar que esta premissa (a nosso ver vazia) se manifesta na análise de documentos da OMC, em especial no tocante à decisão do caso WT/DS160/R. Esta remete à nota de rodapé do “Guide to the Berne Convention” (OMC, 1978), que também não aprofunda a discussão, mas faz tal afirmativa meramente *ad argumentum*, conjecturando sobre o campo do possível.

278 ASCENSÃO, José de Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. p. 328. Revista da ESMape. Recife, v.13, n. 28. jul/dez 2008.

que afinal é seu fornecedor principal. Logo, a questão é determinar práticas justas (*fair practices*), que assegurem um ecossistema saudável para autores, editores e público. A terceira condição da regra dos três passos não autoriza a leitura de que a reprodução traga intrinsecamente um prejuízo ao autor – ou, para ser mais preciso, um lucro cessante. E mais do que isso: admite-se expressamente a reprodução que traga prejuízo, desde que esse prejuízo não seja injustificado²⁷⁹.

Em seu relatório sobre limites para bibliotecas feito para a OMPI, Kenneth Crews divide estes limites (quando expressos) em normas que permitem “tornar disponível” (*make available*) e normas que permitem a cópia. Em alguns casos, a norma prevê cópias digitais, e define para quais propósitos. A Áustria possui uma previsão genérica para cópias por bibliotecas que explicitamente permite cópias digitais, em alguns casos. O Canadá permite a cópia de artigos para pesquisa e estudos, mas a cópia não pode ser feita no meio digital. A China permite cópias para preservação em meio digital. A Dinamarca possui marco legal específico sobre o tema, prevendo a cópia digital de artigos e outras obras, sujeito a uma licença extensiva e coletiva e ao direito do titular de demandar remuneração. Os Estados Unidos expressamente permitem cópias digitais para preservação e substituição, mas silenciam quanto às cópias digitais para pesquisa ou empréstimos inter-bibliotecas.

Os limites sobre “tornar disponíveis” derivam da implementação da Directiva 2001/29/CE em países da UE, permitindo ao usuário ver, ler, assistir ou de qualquer forma perceber a obra, apenas nas instalações da instituição e sem deter uma cópia. São limites importantes para permitir serviços bibliotecários mínimos – à medida em que os acervos incorporam obras nativas digitais, tal limite é necessário apenas para que usuários possam acessar tais obras, mas criticamente diferente de outros limites para pesquisa e fins educacionais. O limite proposto no Relatório LDA é desta espécie, já que elimina a possibilidade de cópia e limita fisicamente o acesso; representa um pequeno avanço, que irá permitir alguns serviços básicos, mas é claramente insuficiente como garantia de acesso amplo.

A riqueza de um acervo vem tanto de sua diversidade quanto de sua atualidade. Editoras e titulares de direitos poderão desenvolver modelos e esquemas de licenciamento de catálogos em conjunto com bibliotecas que garantam o acesso público aos itens novos, dotados de interesse comercial direito. Mas também há que se observar que, como

279 ASCENSÃO, José de Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. p. 329. Revista da ESMape. Recife, v.13, n. 28. jul/dez 2008.

apontado nesta pesquisa, os acervos das bibliotecas públicas são compostos majoritariamente por obras órfãs e fora de catálogo – obras para as quais não há a perspectiva de ganhos pelos titulares. Oliveira Ascensão afirma que o ambiente digital trouxe às pessoas extraordinárias potencialidades; seria inadmissível que em vez de melhorar a condição dos usuários a viesse afinal de contas agravar, mesmo que parcialmente, sem haver justificação bastante para tal; a informação pode ser restringida, e questiona:

Pense-se: a leitura de um livro está na esfera de liberdade de cada pessoa. Desse modo utiliza-se inegavelmente a obra, mas nem os mais extremistas se lembraram de exigir pagamento em contrapartida da leitura. Suponhamos porém uma biblioteca digital. A obra é colocada em rede, à disposição do público. Nada surpreende se, além do custo geral do serviço de disponibilização em rede, o usuário passe a ter de pagar pela leitura da obra. A condição do usuário piorou. Na biblioteca terrestre podemos livremente fazer fotocópias pagando preço do serviço, sem remuneração pela reprodução – salvo quando muito uma remuneração pela própria biblioteca a título de reprografia em benefício de titulares de direitos. E o acesso e descarga da obra integrada em biblioteca digital?²⁸⁰.

O mesmo autor prossegue ao exame da obra disponível em rede, ressaltando que *disponível* não equivale a gratuitamente disponível ao comentar o Art. 46, VIII, da LDA: “Quando é que a utilização em livro didático *contraria a exploração normal da obra*? O próprio texto o diz. Não é contrariar a exploração pelo fato de não se pagar. Isso não é prejuízo, será um lucro eventual não compreendido no exclusivo. Contraria o aproveitamento normal, sim, quando a utilização feita no livro didático for de tal amplitude que faça perder o interesse do público pela aquisição de exemplares da obra. Isso só acontecerá quando a disponibilidade do próprio livro didático leve a dispensar na totalidade ou em parte significativa a ulterior aquisição da obra do autor. Esse efeito é praticamente marginal”. Por fim, Oliveira Ascensão afirma, sobre o *prejuízo justificado*, que o elemento finalístico é afinal o

280 ASCENSÃO, José de Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. p. 337. Revista da ESMAPÉ. Recife, v.13, n. 28. jul/dez 2008.

decisivo como critério de admissibilidade. Não vale a extensão (do uso) por si, interessa é a justificação da utilização que se faz²⁸¹.

O ambiente digital exige uma adaptação e reforma das normas legais existentes, ainda mais um meio invasor e globalizante como a informática, e de fato deu-se uma grande extensão dos quadros jurídicos tradicionais, para ampliar a proteção. Mas a atenção das regras atributivas foi quase desacompanhada da implementação das regras restritivas correspondentes²⁸². A questão ganha mais relevância ainda quando se verifica que a legislação sobre contratos de edição veda a contratação por usos futuros; usos digitais de obras publicadas num contexto pré-digitalização não estão previstos contratualmente, colocando em cheque a legitimidade de editores e de entidades de gestão coletiva em arvorarem-se de direitos sobre tais usos, por conta da necessária interpretação restritiva imposta aos negócios jurídicos sobre direitos autorais.

3.2.3 Propostas Legislativas

Diversos limites estão sendo discutidos atualmente nos organismos internacionais, até como reação ao avanço dos titulares de direitos sobre direitos tradicionalmente reservados ao público, fora do âmbito digital. A World Blind Union (WBU) está à frente de uma proposta para um tratado de “limites e exceções” para deficientes visuais, patrocinada por Brasil, Equador e Paraguai. Tais limites intrínsecos para usos por deficientes estão presentes em menos de 50% de normas internas de membro da OMPI. A maioria dos países em desenvolvimento não prevê tais exceções.

De forma ainda mais relevante para o tema desta pesquisa, existe ainda uma proposta de tratado específico para “limites e exceções” para bibliotecas e arquivos. Em 2004, o Chile recomendou que o *Standing Committee on Copyright and Related Rights* (SCCR) da OMPI revisasse o regime de limites dentro dos diversos regimes de propriedade intelectual. Esta recomendação foi adotada em 2005, e a OMPI iniciou uma série de estudos sobre limites em setores específicos. Para examinar as questões relativas às bibliotecas e arquivos, a IFLA construiu alguns princípios atinentes ao setor, e apontou um grupo de

281 ASCENSÃO, José de Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. p. 330. Revista da ESMape. Recife, v.13, n. 28. jul/dez 2008.

282 ASCENSÃO, José de Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. p. 332. Revista da ESMape. Recife, v.13, n. 28. jul/dez 2008.

trabalho para redação de uma minuta, baseada em tais princípios. Os trabalhos relativos ao tratado proposto estão agendados para Novembro de 2011.

A IFLA estabelece quatro princípios a serem considerados na formulação de “limites e exceções” de direito autoral para bibliotecas nas legislações nacionais, de forma a permitir à estas instituições atingirem sua missão pública de apoiar o avanço do conhecimento e do interesse público no ambiente digital global²⁸³:

1. Preservação

Uma biblioteca deve ter o direito de fazer cópias de obras publicadas e não-publicadas de seu acervo para propósitos de preservação, inclusive o direito de migrar conteúdo para diferentes formatos. O limite para preservação deve se aplicar de forma isonômica para todas as categorias de obras protegidas, e para materiais em todos os meios e formatos. As bibliotecas devem ser proativamente permitidas a preservar materiais em risco de deterioração, obsolescência, dano, ou perda.

2. Limites genérico de uso livre para bibliotecas incluindo reprodução para propósitos privados e de pesquisa

A cópia de itens individuais deve ser permitida para pesquisa, estudo e outros propósitos privados. O livre fluxo de informações na sociedade seria travado caso fosse necessário obter permissão para todo e qualquer uso. Limites gerais como uso justo (*fair use*) e práticas justas (*fair dealing*) deveriam ser estendidos para atividades de bibliotecas na falta de um limite específico.

3. Prazos protetivos

De forma consistente com a Convenção de Berna, o prazo de proteção dos direitos autorais deve ser da vida do autor mais 50 anos, e quando uma obra entra em domínio público ela deve lá permanecer, disponível para uso de todos. A extensão de prazos protetivos mantém a informação sob

283 Statement of Principles on Copyright Exceptions and Limitations for Libraries and Archives, by Electronic Information for Libraries, IFLA, and Library Copyright Alliance. Disponível em 20/05/11 em <http://www.ifla.org/en/publications/statement-of-principles-on-copyright-exceptions-and-limitations-for-libraries-and-archi>

domínio privado por mais tempo do que defensável, às custas dos indivíduos atendidos por bibliotecas e educadores.

4. Barreiras para usos legítimos

As bibliotecas devem poder utilizar contornar medidas de proteção tecnológica para usos não infringentes de obras. A implementação de normas impedindo o contorno de DRM elimina de fato os limites existentes na legislação. Outra barreira é causada por licenças que proíbem usos legítimos. Contratos não devem se sobrepor às cláusulas legais, mas muitos produtos digitais são acompanhados por licenças que proíbem usos legítimos por bibliotecas.

O texto mais recente²⁸⁴ contém afirmações ambiciosas; a nota ao artigo 10 afirma que bibliotecas e arquivos desempenham um papel integral nas missões educacionais de escolas, instituições de ensino superior, e nas sociedades. Os limites para o uso de materiais de bibliotecas e arquivos em suporte da educação, pesquisa, estudo privado, e aprendizado ao longo da vida devem ser explícitos nas legislações nacionais e devem permitir o uso tanto no ambiente físico quanto no digital. As novas tecnologias permitem ambientes seguros para o aprendizado e a pesquisa virtuais. Bibliotecas e arquivos estão na linha de frente para providenciar acesso à informação em novas maneiras. Exceções e limites devem acompanhar tal evolução, para que os estudantes de amanhã continuem a se beneficiar dos benefícios justificados pelas normas internacionais de direitos autorais no interesse público. A proposta de redação prevê o direito expresso de cópia, em consonância com *fair practices* adequadas à legislação local, para usos educacionais, de pesquisa e privados.

Contém também artigo específico sobre obras órfãs (Art. 13), considerando que as bibliotecas tendem a evitar o risco de responsabilidade associada a seu uso; identificar, localizar e contatar titulares perdidos pode se tornar um processo complexo e caro, e em muitos casos não gera resultados. Logo, defendem limite que reduza a responsabilidade de bibliotecas e arquivos, após uma “busca razoável” (*reasonable inquiry*), a qual inclui tornar a obra disponível ao público.

Considerações Finais

Vivemos numa forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas neste período histórico. O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação na geração de mais conhecimento. As nações, por questões estratégicas de crescimento, precisam desenvolver políticas de informação fazendo chegar o conhecimento necessário aos que dele precisam para desenvolver pesquisas e produzir novas informações²⁸⁵.

O sistema educacional é o responsável pela formação das novas gerações e pelo aperfeiçoamento contínuo do corpo social, e atinge suas metas pela *disseminação de informações* socialmente relevantes e úteis. Sua meta, portanto, é privilegiar o acesso qualificado a tais informações. O acesso universal à educação de alta qualidade é chave na construção da paz, do desenvolvimento social e econômico sustentável e do diálogo intercultural²⁸⁶. A educação é o processo pelo qual a sociedade deliberadamente transmite seus conhecimentos, habilidades e valores acumulados, de uma geração para outra, fator chave para o crescimento e o desenvolvimento, e, ainda mais importante, para que estes existam de forma sustentável. A biblioteca, por sua vez, é o expoente desta função educacional específica – coletar e organizar a informação, e sistematizar o acesso a ela; a biblioteca age como repositório das informações generativas do conhecimento.

Informação, conhecimento e cultura são centrais para a liberdade e o desenvolvimento humano. A forma como são produzidos e trocados em nossa sociedade afeta criticamente nossa visão do mundo como ele é e como poderia ser; quem decide essas questões; e como nós, como sociedades e governos, vimos a entender o que pode e o que deve ser feito. Assim, parece claro que, numa economia do conhecimento, os investimentos serão também orientados para a criação do conhecimento. Este conhecimento vai se refletir nos novos produtos e processos, mas também servirá para a construção de novos artefatos culturais (como livros, filmes, imagens e músicas). Ao contrário de seus congêneres

285 WACHOWICZ, Marcos. Propriedade Intelectual & Internet: Uma perspectiva integrada à sociedade da informação. p. 87. Curitiba: Juruá, 2002.

286 UNESCO. Open Educational Resources. Disponível em 20/02/11 em <http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/access-to-knowledge/open-educational-resources/>

distribuídos na economia de mercado, as obras produzidas no ambiente digital não demandam insumos físicos para sua circulação; a Internet trouxe consigo a virtualização do conteúdo (a obra artística, a produção científica, os recursos educacionais), sem perda de qualidade.

O estado natural de qualquer mídia digital é sua abertura à manipulação, cópia, alteração e edição. Esta falta de rigidez beneficia usuários e colaboradores ao tornar as obras inerentemente abertas à melhorias e individualizações. Os limites para bibliotecas existentes nas legislações nacionais (ou em propostas legislativas mais conservadoras), em sua maioria, presumem que as obras não são facilmente duplicadas, alteradas, re-editadas ou mantidas indefinidamente em poder do usuário; e verter tais considerações para o ambiente digital requer que estas sejam codificadas nos pontos de acesso ou na própria mídia caso deseje se restringir seu uso. Estas restrições (DRMs) são geralmente “hacqueáveis” e incompletas, além de tolher usos legítimos²⁸⁷; por um lado, não são eficazes em caso de má-fé, e por outro restringem atividades necessárias.

Por que é importante encorajar a disseminação do conhecimento? O que desejamos que o público seja capaz de fazer com tais obras, que justifique pagamentos aos autores para criá-las e torná-las disponíveis? O público deve ser capaz de lê-las, ouvi-las e assisti-las; deve ser capaz de aprender com elas; de extrair fatos e ideias, torná-los seus, e construir a partir deles. Esta resposta nos leva a outra questão: quais seriam as “unidades de compensação” de direito autoral que consideramos capazes de providenciar incentivos para a criação e disseminação, ao mesmo tempo em que preservam os direitos do público de usar as obras. Alguns autores (como Jessica Litman) pugnam pelo abandono da cópia como *benchmark* útil: a cópia é central para todos os usos no ambiente digital, diferente do meio físico.

Além de afastar dos titulares de direitos de uma ferramenta com grande potencial de abuso (*overreaching*), abandonar o direito de reprodução em favor de um direito de exploração comercial teria o benefício de conformar a lei de forma mais próxima às expectativas do público, o que facilitaria sua exequibilidade e tornaria os argumentos sobre os benefícios da propriedade intelectual mais atraentes. No ambiente pré-digital, o direito autoral fundado no controle da cópia era percebido pelo público como algo relativo aos usos comerciais de uma

287 ERWIN, Jeff. Copyright and the Digital Library. Open and Libraries Class Journal. vol 1, n. 1. San Jose State University. School of Library and Information Science, 2008. Disponível em 20/05/11 em <http://www.infosherpas.com/ojs/index.php/openandlibraries/article/view/2/1>

obra; de modo geral, as pessoas supõem que a lei de direitos autorais incorpora uma distinção entre comportamentos comerciais e não-comerciais. Em outras palavras, para a percepção leiga, fazer dinheiro usando obras de terceiros é uma infração, enquanto usos não-comerciais são liberados (a menos que eles façam “coisas terríveis” com o mercado para aquela obra)²⁸⁸.

Pelo lado da demanda, os bens culturais distinguem-se por apresentarem características de bens não-rivais, ou seja, o fato de uma pessoa ver ou consumir um filme ou programa de televisão não exclui outras pessoas de também o fazerem simultaneamente. Como no caso dos bens públicos, portanto, o consumo se dá de forma coletiva ou não-exclusiva, sem rivalidade entre os consumidores. Pelo lado da oferta, esse caráter é reforçado pelos baixos custos de reprodução de cópias para distribuição. Isso implica que, uma vez incorridos os custos de produção da matriz original, os custos de se acrescentar novos espectadores são insignificantes. Esta lógica é percebida pela indústria: é muito provável que o mercado para livros digitais cresça exponencialmente nos próximos anos, devido à popularização do *tablet*. O mercado editorial certamente vai explorar o mercado para *ebooks*, utilizando obras constantes de seu catálogo, e em formatos nascidos digitais. Obras *digitalizadas* por bibliotecas podem perder em qualidade e facilidade de uso para suas similares nativas digitais, a depender das técnicas e recursos disponíveis para o escaneamento e tratamento das imagens, e este fator tende a influir no desenvolvimento de determinados segmentos (por exemplo, o de livros infantis, que poderá abusar de recursos multimídia); neste sentido, afirma-se uma estrutura que propicia diferentes níveis de acesso às obras, condicionado à licenças e aos limites.

Assim, por exemplo, quem quiser ler “Alice no País das Maravilhas” em seu *tablet* provavelmente terá acesso livre (e gratuito) ao texto corrido de Lewis Carrol, em várias versões diferentes, mas quem quiser acesso à versão multimídia, com animações interagindo com o texto e *links* com conteúdos externos, pagará pelo privilégio, direta ou indiretamente. Desenha-se assim a perspectiva de um sistema misto, com diversos níveis de acesso às obras; desde um nível mínimo, aberto e público, destinado principalmente para o estudo e pesquisa (primordialmente abastecido pelas obras *digitalizadas*) convivendo com um mercado florescente de *ebooks* e outras nativas digitais, inclusive com àquelas geradas em iniciativas de acesso aberto. Neste sentido, a

288 LITMAN, Jessica. Revising Copyright Law for the Information Age. p. 75. Oregon Law Review 19: 1996

Amazon anunciou recentemente que está trabalhando com bibliotecas americanas no desenvolvimento de um sistema que permitirá que usuários emprestem *ebooks* do Kindle.

Esta cooperação mútua entre os setores público e privado deverá ampliar a quantidade de pessoas com acesso a recursos digitais compartilhados; mas, por louváveis que sejam, as obrigações positivas do Estado relativas ao acesso à cultura e informação (especialmente aquelas instituídas no âmbito da Convenção da Unesco) não podem ser negligenciadas. Permitir o acesso à informações digitais deveria ser uma das responsabilidades-chaves de nossas instituições culturais e do setor público. Manter tais recursos no setor público e assegurar que estejam livremente disponíveis para todos é instrumental para permitir uma política de inclusão e garantia de acesso, fundada em estruturas de controle que tenham introjetadas em si os conceitos de interoperabilidade, que pressupõe o uso de padrões abertos.

Tal estrutura de interoperabilidade, que pode ser definida como um conjunto de políticas, padrões e linhas mestras descritivas das maneiras pelas quais as organizações concordam (ou deveriam concordar), em negociar com as outras, deve propiciar as especificações para conexão dos sistemas de informação da administração pública e do comércio. Para tanto, deve ser baseada em padrões abertos e incentivar a utilização de softwares livres, e promovida por governos republicanos. O cidadão precisa ter o controle não apenas sobre informações a seu próprio respeito em posse de seu governo, mas de todo tipo de informação por ele mantida. Isto representa um valor republicano, basilar para a prestação de contas (*accountability*); o cidadão precisa saber quais dados estão sendo coletados, para que serão usados e por quanto tempo o governo poderá manter o sigilo e armazenar tais informações.

Isso significa que reguladores, e aqueles buscando proteger o ciberespaço de determinadas formas de regulação, precisam focar não apenas no trabalho dos legisladores, mas também no dos tecnólogos. Os objetivos daqueles interessados em proteger certas liberdades no ciberespaço devem, portanto, levar em conta esta junção da lei com o código hoje existente, e como ela provavelmente vai evoluir. E, paradoxalmente, a falha de regulação efetiva tende a enfraquecer os valores de liberdade de expressão no ciberespaço, já que favorece os detentores do poder econômico.

Usos básicos das obras no ambiente digital – cópias, derivações, e algumas modalidades de transformação criativa – somente são lícitas, em tese, mediante a acedência do titular de direitos, numa relação

desequilibrada com os interesses dos usuários, se verificarmos que o propósito último da lei autoral é a defesa da inovação para a sociedade, e não a do interesse privado. Lawrence Lessig já afirmou, em diversas ocasiões, que o “*fair use*” é o direito de contratar um advogado²⁸⁹. Esta frase é um reconhecimento do problema central e paradoxo do *fair use* e sua tradução para o sistema Berna/TRIPs, a regra dos três passos: enquanto a doutrina e os tribunais paulatinamente reconhecem sua crescente força e importância como regra geral de limites constitutivos do exclusivo autoral, sua aplicabilidade direta em questões factuais é confusa e tortuosa. Na doutrina norte-americana constitui um *remedy*, ou seja, uma defesa, e como tal é ônus do usuário provar que seu uso é *fair*. Isto só ocorre no âmbito judicial; assim, a segurança jurídica absoluta, em caso de arguição da regra dos três passos, envolve necessariamente o litígio, expondo instituições culturais a passivos inopinados.

Entretanto, a análise da jurisprudência autoriza certas ilações quanto ao escopo e aplicabilidade dos limites; é o caso da recente decisão do STJ (REsp 964404/ES), afirmando a vigência da regra dos três passos no ordenamento interno, por força expressa da aplicação do Art. 13 do TRIPs. Ainda há que se considerar a questão da interpretação contratual restritiva (art. 4º da LDA): contratos de edição de obras publicadas no ambiente pré-digital não dispõem sobre este meio, trazendo à baila a problemática questão da legitimidade de editores e de entidades de gestão coletiva em arvorar-se de direitos sobre tais usos.

Mais importante ainda é a análise dos argumentos adotados pela OMC no caso WTO Rep. Panel WT/DS160/R (item 2.2, acima), em resguardo à *home exception*: não havendo uma expectativa, por parte dos titulares de direito, de licenciar obras órfãs, não existindo a expectativa de ganhos com certos usos, estes são legitimados, já que a exploração normal da obra não é afetada, *mesmo havendo um uso comercial*. Para o propósito de determinação de prejuízos injustificados, *tanto as perdas reais quanto as potenciais dos titulares de direito são relevantes*²⁹⁰, em especial quanto ao terceiro passo, comentam que, caso apenas as perdas reais fossem levadas em consideração, isto poderia justificar uma nova exceção a um direito de exclusivo recém-introduzido, ou a uma situação na qual os titulares não tivessem os meios ou possibilidades de sua efetivação; e que tal fato impediria expectativas de obtenção de rendas futuras, geradas pelo exercício daquele direito. É preciso levar em conta aqueles cujo uso da obra é

289 LESSIG, Lawrence. Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity. p. 187. EUA: The Penguin Press. 2004.

290 WTO Rep. Panel WT/DS160/R, par. 6247.

livre como resultado da “exceção”, e também aqueles que podem começar a utilizá-las, uma vez que seu uso se torne livre²⁹¹. E portanto, pelo mesmo raciocínio, a exigência de *blanket licenses* para reprodução de obras órfãs e fora de catálogo seria abusiva: não existindo tal expectativa, seu uso deve ser livre.

A presença de limites expressos para bibliotecas (em especial no tocante à sua atuação no ambiente digital) nas legislações autorais como constante em países pós-industrializados, e sua ausência como mais um triste sinal de subdesenvolvimento e incapacidade de garantia e efetivação de direitos fundamentais. Uma política efetiva de garantia de exercício de direitos fundamentais sobre bibliotecas, na sociedade informacional, passa necessariamente pela construção de um marco normativo de direitos autorais compatível com a realidade social, e não um que imponha restrições que tentam “amoldar” o digital ao físico; cumpre adotar políticas inclusivas, que possibilitem a instrumentalização do cidadão no manejo e localização de dados no ambiente online, da mesma forma que ocorre em países pós-industrializados.

A comunidade internacional de bibliotecas acredita que há uma necessidade imediata para um novo entendimento sobre o papel dos limites dos direitos autorais no século XXI, e pugna por ações correspondentes das diversas jurisdições para incluir provisões em suas legislações nacionais para abordar as realidades do acesso à informação digital. O atual momento de reforma da legislação nacional é oportunidade impar para introjetar tais conceitos na formulação de uma norma que assegure o equilíbrio entre titulares, autores e usuários, cumprindo as obrigações positivas do Estado na garantia do acesso à informação e possibilitando a utilização plena do ambiente digital, de forma consistente com o praticado em países desenvolvidos, estabelecendo bases sólidas para um ambiente educacional e de pesquisa florescente.

291 WTO Rep. Panel WT/DS160/R, par. 6186.

Bibliografia

ABELSON, Hal. WOLPERT, Ann. **MIT Faculty Vote to Make Their Articles Openly Available**. MIT Faculty Newsletter, Vol. XXI n. 4. Mar/Abr 2009. Disponível em 20/03/11 em http://web.mit.edu/fnl/volume/214/abelson_wolpert.html

ABRÃO, ELIANE Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADOLFO, LUIZ GONZAGA SILVA. **Obras Privadas. Benefícios Coletivos** - A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ADOLFO, LUIZ GONZAGA SILVA e WACHOWICZ, MARCOS (coord.). **Direito da Propriedade Intelectual** - Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2005.

ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de. **Os princípios estruturantes do acordo TRIPs**: um contributo para a liberalização do comércio mundial. Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004.

ANDERSON, Chris. **The Long Tail**: Why the Future of Business is Selling Less of More. New York: Hyperion, 2006.

ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios** – O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação. Coimbra: Almedina, 2008.

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

_____. **Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade**. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. n. 03. Recife: ESMAFE, 2002.

_____. **Introdução à Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

_____. **Direito autoral**. 2a ed. ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Entrevista a Rodrigo Moraes**, publicada em 12/12/08 e disponível em

http://www.rodrigomoraes.com.br/entrevistas.php?cod_ent=29

_____. **As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital.** Revista da ESMAPE. Recife, v.13, n. 28. jul/dez 2008.

_____. **A Pretensa "Propriedade" Intelectual,** escrito destinado aos Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. J. M. Arruda Alvim, no prelo.

AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION. **Code of Ethics.** Disponível em <http://www.ala.org/ala/issuesadvocacy/proethics/codeofethics/codeethics.cfm> em 20/02/11 em

BARBOSA, A. L. Figueira. **Sobre a propriedade do trabalho intelectual** – Uma perspectiva crítica. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade Intelectual:** Introdução à propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. **Propriedade Intelectual - Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Uma introdução à propriedade intelectual.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Aspectos internacionais da PI.** Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/apostilas/apostilas.html> em 07/05/11 em

_____. **Do Acordo TRIPS.** Disponível em 07/05/11 em <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/apostilas/apostilas.html>

BARBOSA, Denis Borges; GRAU-Kuntz, Karin (org.). **Ensaio Sobre o Direito Imaterial:** Estudos Dedicados a Newton Silveira, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace.** Disponível em <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> em 25/01/11.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica.** Florianópolis: Fund. Boiteux, 2003.

BARRON, Simon. **Google can't be trusted with our books.** Disponível em 26/04/11 em <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/apr/26/google-books-videos>

BENJAMIN, Walter. **The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction,** disponível em <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm> em 15/03/10

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks,** How Social Production Transforms Markets and Freedom, Yale University Press, 2006.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. **O Direito da Comunicação e da Comunicação Social.** São Paulo: RT, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito autorial.** Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **Contornos Atuais do Direito do Autor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BOYLE, James. **The public domain.** Yale Press University, 2008.

_____. **Google Books and the Escape from the Black Hole.** Disponível em 20/03/11 em <http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/>

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRAGA, Fernando Urioste. **Derecho de la información.** Buenos Aires: Euros, 2008.

CABRAL, Plínio. **A Nova Lei de Direitos Autorais - Comentários,** 4ª edição. São Paulo: Harbra, 2003.

_____. **Revolução Tecnológica e Direito Autoral.** Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas:** ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2002:

CAMPOS, Arnaldo. **Breve História do Livro**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1994.

CAPÍTULO XIX. **Padrões Internacionais**: Sistema Interamericano de Direitos Humanos., disponível em 25/01/11 em <http://www.article19.org/work/regions/latin-america/FOI/portugues/intstandards/1.html>

CARBONI, Guilherme C. **O direito de autor na multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2000.

_____. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999

_____. **The Power of Identity**. Blackwell Publishing: 2nd. ed., 2004

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **A defesa da honra e o direito à informação**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2002.

Chartered Institute of Library and Information Professionals. **Code of Professional Practice for Library and Information Professionals**. Disponível em 20/02/11 em <http://www.cilip.org.uk/get-involved/policy/ethics/Pages/code.aspx>

CHOMSKY, Noam. **Media Control**. New York: The Open Media. Pamphlet Series, 1997.

Consumers International **IP Watchlist 2011**. Consumers International: Abril 2011. ISBN: 978-0-9567403-1-1

Conferência das Nações Unidas sobre Comércio de Desenvolvimento. **Curso de Solução de Disputas em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual**. Módulo Solução de Controvérsias. Nações Unidas: 2003

CORDEIRO, Pedro. **Limitation and exceptions under the “three-step-test” and in national legislation** – differences between the analog and digital environments. WIPO/CR/RIO/01/4

COVEY, Denise Troll. **Acquiring Copyright Permission to Digitize and Provide Open Access to Books**. Digital Library Federation Council on Library and Information Resources. Washington, D.C.: 2005

CRAVEIRO, Gisele, MACHADO, Jorge, e ORTELLADO, Pablo (coord). **O mercado de livros técnicos e científicos no Brasil**: subsídio público e acesso ao conhecimento. Bauru: Canal 6, 2008.

CREWS, Kenneth. **White Paper - Copyright Law for the Digital Library**: Framework of Rights and Exceptions. National Science Foundation: NSF Award No. 9909068, 2001

_____. **Study on Copyright Limitations and Exceptions for Libraries and Archives**. OMPI - Standing Committee on Copyright and Related Rights. Geneva: 2008

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.

D'ANDRADE, Hugh. **Don't Let Google Close the Book on Reader Privacy!** Disponível em <http://www.eff.org/deeplinks/2009/07/take-action-dont-let-google> em 14/09/09

DANTAS, Marcos. **A lógica do capital-informação**. A fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais. Rio de Janeiro: Contraponto, 2 ed. Rev., 2002.

DECHERT, Charles R. (coord.). **O impacto social da cibernética**. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1970.

Declaração de Berlim sobre Acesso Livre ao Conhecimento nas Ciências e Humanidades, disponível em 20/03/11 em http://oa.mpg.de/files/2010/04/BerlinDeclaration_pt.pdf

DEWATRIPONT et al., **Study on the economic and technical evolution of the scientific publication markets in Europe**, 2006. Disponível em 20/03/11 em http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publication-study_en.pdf

DUARTE, L.G., e CAVUSGIL, S. T. **Internationalization of the Video Industry**: Unresolved Policy and Regulatory Issues. p. 88-99. Columbia

Journal of World Business 31(3), 1996.

ERWIN, Jeff. **Copyright and the Digital Library**. Open and Libraries Class Journal. vol 1, n. 1. San Jose State University. School of Library and Information Science, 2008. Disponível em 20/05/11 em <http://www.infosherpas.com/ojs/index.php/openandlibraries/article/view/2/1>

European Interoperability Framework for pan-European eGovernment Services, Version 1.0 (2004)

FARIAS, Edmilsom. **Liberdade de Expressão e Comunicação – Teoria e Proteção Constitucional**. São Paulo: RT, 2004.

FERREIA, Fernanda Durão. **The portuguese origins of Robinson Crusoe**. Lisboa: Lusitânia Press, s/d

FISHER, William. **Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment**. Stanford: Stanford Law and Politics, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos: Estética – literatura e pintura, música e cinema** (vol. III). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GEIGER, C., HILTY, R., GRIFFITHS, J., SUTHERSANEN U. (2010). **Declaration A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test" In Copyright Law**. jipitec, Vol. 1. Disponível em 17/05/11 em <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-29-26212>

GIDDENS, Anthony. **Sociology**. 2ª ed. Cambridge (Inglaterra): Polity Press, 1993

GINSBURG, Jane C. **Can Copyright Become User-Friendly?** Columbia-VLA Journal of Law & Arts, Vol. 25, No. 1, 2001.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

GOPNIK, Adam. Information: **How the Internet gets inside us**. The New Yorker. Condé Nast Digital: edição 14/02/11. Disponível em http://www.newyorker.com/arts/critics/atlarge/2011/02/14/110214crat_atlarge_gopnik#ixzz1DVBV4a3t em 09/02/11

GRAVES, Robert. **Eu, Claudius, Imperador**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. 2. ed. São Paulo : Dialética, 2000.

GRECO, Marco Aurelio, e MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Direito e Internet – Relações jurídicas na sociedade Informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRIMMELMANN, James. **How to Fix the Google Book Search Settlement**. Journal of Internet Law, Vol. 12, Nr. 10. Aspen Publishers. Abr/2009.

GODIN, Seth. **The future of the library**. Disponível em 16/05/11 em http://sethgodin.typepad.com/seths_blog/2011/05/the-future-of-the-library.html

OMC. **Guide to the Berne Convention** for the protection of literary and artistic works. OMC: 1978.

GURRY, Francis. **Future Directions in Copyright Law**. Director General, World Intellectual Property Organization. Disponível em 01/03/11 em <http://www.beyondthefirstworld.com/?p=17867>

HARGREAVES, Ian. **Digital Opportunity**. A Review of Intellectual Property and Growth. An Independent Report. Maio 2011. Disponível em 15/05/11 em <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>

HARVARD BUSINESS REVIEW. **Gestão do Conhecimento**. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

HAUSMAN, Jerry A., SIDAK, Gregory. **Google and the proper antitrust scrutiny of orphan books**. Journal of Competition Law & Economics, 5(3)

HAYEK, Friedrich A. **The Use of Knowledge in Society**. American Economic Review. XXXV, No. 4. pp. 519-30. American Economic Association. 1945. Disponível em 20/03/11 em <http://www.econlib.org/library/Essays/hykKwn1.html>

HESSE, Carla. **Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris**, 1789-1810. Berkeley: University of California Press, c1991 1991. Disponível em 05/05/11 em <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft0z09n7hf/>

HERSCOVICI, Alain. **Elementos teóricos para uma análise econômica das produções culturais**. Análise e Conjuntura, Belo Horizonte, v.5. n. 03, set/dez 1990.

IFLA. **The IFLA Position on Copyright in the Digital Environment**. Disponível em 20/02/11 em <http://www.ifla.org/en/publications/the-ifla-position-on-copyright-in-the-digital-environment>

KAMINSKI, Omar. **A Internet e o ciberespaço**. Jus Navigandi: Set/2000. disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1770/a-internet-e-o-ciberespaço> em 25/01/11

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Harvard University Press, 2003

LASH, Scott. **Crítica de la información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

LEMOS, André. **Cibercultura, Tecnologia e Vida Social na Cultura Contemporânea**. Porto Alegre: Sulina, 2002.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2005.

LEITE, Eduardo L. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

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

_____. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. EUA: Random House. 2001.

_____. 2002. **Copyright law and roasted pig**. Disponível em <http://www.lessig.org/content/columns/red2.pdf> em 14/09/09

_____. **Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity**. EUA: The Penguin Press. 2004.

_____. **Code version 2.0**. Basic Books: New York, 2006.

LITMAN, Jessica. **Revising Copyright Law for the Information Age**. Oregon Law Review 19: 1996

LOJKINE, Jean. **A revolução informacional**. São Paulo: Cortez, 1995.

LUCCA, Newton de (Org.). **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo : EDIPRO, 2000.

LUCCA, Newton de, e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito & Internet - Aspectos Jurídicos Relevantes, Vol II**. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

MANSO, Eduardo Vieira. **Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais**. São Paulo: Atlas, 1996.

MARÇAL, Jairo (org). **Antologia de Textos Filosóficos**. Curitiba: SEED, 2009.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf em 25/01/11.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. 10ª ed. São Paulo: Cultrix, 1988.

MILANESI, Luiz Augusto. **Biblioteca**. São Caetano do Sul: Ateliê Editorial, 2002. v. 1.

MITELMAN, Carlos O., ZUCCHERINO, Daniel R., **Protección jurídica de la información confidencial y de los datos científicos**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

Ministério da Cultura. Secretaria para o Desenvolvimento do Audiovisual. **Economia da Cultura**.s/d. Disponível em 15/03/11 em http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=185&Itemid=99999999

Ministério da Cultura. Secretaria de Políticas Culturais. Diretoria de

Direitos Intelectuais. **Relatório de Análise das Contribuições ao Anteprojeto de Modernização da Lei de Direitos Autorais.** Disponível em 12/05/11 em http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/04/Relatorio_Final_para_divulgacao2.pdf

MOGLEN, Eben. 2002. **Moção de Amicus Curiae** da Free Software Foundation in Support of Petitioners Eric Eldred, et al., v. John D. Ashcroft On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 01-618. Disponível em <http://www.mirror5.com/philosophy/eldred-amicus.pdf> em 14/09/09.

MONTUSCHI, Luisa. Datos, **Información y Conocimiento.** De la sociedad de la informacion a la sociedad del conocimiento. Nro. 192. Universidad del CEMA: Buenos Aires, 2001.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** Saraiva: São Paulo, 2000.

Organização dos Estados Americanos – OEA. Comissão Internacional de Direitos Humanos. Relatoria para a liberdade de expressão. **Capítulo III - A ação de habeas data e o direito de acesso a informação no hemisfério.** Disponível em 01/03/11 em <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=453&IID=>

OLIVEIRA, Patrícia F. C. M. de. **Direito à Informação e Meio Ambiente:** uma abordagem da efetividade da preservação ambiental na experiência da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Monografia apresentada à Coordenação do XXXIV Curso de Direito Internacional do Comitê Jurídico Interamericano da OEA. Disponível em 05/05/11 em <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/1112/663>

ORTELLADO, Pablo. **A economia criativa e a economia social da cultura.** Disponível em 07/05/11 em <http://www.gpopai.org/ortellado/2011/04/a-economia-criativa-e-a-economia-social-da-cultura/>

_____. In VIVES, Fernando. **A revisão da lei que não pegou.** Carta Fundamental, ed. 28, maio/11.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet:** liberdade de

informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito de Informática**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PALFREY, John; GASSER, Urs. **Born Digital: Understanding the First General of Digital Natives**. New York: Basic Books, 2008.

PEIFER, Nikolaus. **Regulatory Aspects of Open Access 1** (2010) JIPITEC 131.

PELLANDA, Nize Maria Campos. **Conversações: modelo cibernético da constituição do conhecimento/realidade**. p. 1381. Educ. Soc., Campinas, vol. 24, n. 85, p. 1377-1388, dezembro 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v24n85/a14v2485.pdf> em 14/09/09

PESSERL, Alexandre. **Arte ilegal? Os tribunais e a cultura do sample**. In Estudos de direito de autor e interesse público: Anais do II Congresso de direito de autor e interesse público. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2008.

PESSERL, Alexandre; BERNARDES, Marciele Berger. **A Biblioteca Total, Google Book Search e obras órfãs**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber Oliveira. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Caderno de Direito Constitucional - Módulo V. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

_____. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual**. Cultura Livre: 2007. Disponível em 07/05/11 em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_propriedade_intelectual.pdf

PRESTES FILHO, Luiz Carlos. **A Economia da Cultura**. Rio de Janeiro: E-Papers, 2002.

RÜDIGER, Francisco. **Introdução às Teorias da Cibercultura**. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2004

SALO, Dorothea. **Inkeeper at the Roach Motel**. Library Trends 57:2 (2008). Disponível em 20/02/11 em <http://digital.library.wisc.edu/1793/22088>

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em 07/05/11 em <http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>

SEGAL, Lynn. **The dream of reality: Heinz von Foerster's constructivism**. New York: Springer-Verlag, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade** (Trad.: Laura Teixeira Motta). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVEIRA, Newton. BARBOSA, Denis Borges. GRAU-KUNTZ, Karin. **Nota ao Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei Autoral** Submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura. IBPI - Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual.

SOLÉ, Ricard. **Redes complexas. Del genoma a Internet**. Tusquets Editores: Barcelona, 2009.

SOUZA, Allan Rocha de. **A Função Social dos Direitos Autorais**. Campos dos Goytacazes/RJ: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de; SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio. **Os direitos autorais, a cópia integral privada e a interpretação dos limites da proteção jurídica no Brasil**. In Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. ISBN: 978-85-7840-007-1.

TRABUCO, Claudia. **O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital**. Coimbra Editora: 2006.

UNESCO. **Open Educational Resources**. Disponível em 20/02/11 em <http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/access->

[to-knowledge/open-educational-resources/](#)

_____. **Declaração sobre a ciência e o uso do conhecimento científico**, versão adotada pela Conferência de Budapeste, em 01 de julho de 1999 – disponível em 07/05/11 em http://www.unesco.org.br/publicacoes/copy_of_pdf/decciencia.pdf

UNIVERSIDADE DO PORTO. Regulamento. **Política de Acesso Livre**. Disponível em 20/03/11 em http://sigarra.up.pt/up/web_gessi_docs_download_file?p_name=F87706059/Regulamentos_Open_Access.pdf

VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity**. New York: New York University Press, 2001.

_____. **The Googlization of Everything and the Future of Copyright**. University of California, Davis, Vol. 40: 2007.

VARELLA, Guilherme. **MinC e a reforma da LDA: todos estão convidados?**. Última Instância - 07/04/2011. Disponível em 07/04/2011 em http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/MINC+E+A+REFO_RMA+DA+LDA+TODOS+ESTAO+CONVIDADOS_63989.shtml

VIDE, Carlos Rogel (org.). **Los Limites del Derecho de Autor**. AISGE/REUS, 2006.

VILLARES, Fábio (org.). **Propriedade Intelectual - tensões entre o capital e a sociedade**. São Paulo: 2007. Paz e Terra.

WACHOWICZ, Marcos. (coord.). **Propriedade Intelectual & Internet**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação**. 4ª. re. Curitiba: Juruá, 2008.

WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). **Estudos de Direito de Autor e Interesse Público - Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: Fund. Boiteux. 2008.

WACHOWICZ, Marcos. SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

WADE, Nicholas. **Supremacy of a Social Network**. The New York Times, 14/03/11.

ZANIRATO, Silvyia Helena. RIBEIRO, Wagner Costa. **Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais**. Ambiente & Sociedade v.X, n.1. Campinas: jan-jun 2007.

ZITTRAIN, Jonathan. **The Generative Internet**. Harvard Law Review, Vol. 119, Maio 2006.