

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**A TUTELA INSUFICIENTE DO SISTEMA INTERNACIONAL DE
PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS NA ERA DIGITAL**

Pedro Ivo Ribeiro Diniz

Belo Horizonte

2010

Pedro Ivo Ribeiro Diniz

**A TUTELA INSUFICIENTE DO SISTEMA INTERNACIONAL DE
PROTEÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS NA ERA DIGITAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público - linha de pesquisa “Direitos Humanos, Processo de Integração e Constitucionalização do Direito Internacional”.

Orientador: Carlos Augusto Canêdo
Gonçalves da Silva

Belo Horizonte

2010

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D585p

Diniz, Pedro Ivo Ribeiro

A tutela insuficiente do sistema internacional de proteção aos direitos autorais na era digital / Pedro Ivo Ribeiro Diniz. Belo Horizonte, 2010.
154 f.

Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Bibliografia

1. Direitos Autorais. 2. Propriedade intelectual. 3. Reproduções legítimas (Direitos autorais). I. Silva, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.78

Bibliotecária: Erica Fruk Guelfi - CRB/MG 6/2068

AGRADECIMENTOS

Sou, pois sempre tive alguém que também fosse junto a mim.

Cheguei sem nunca ter caminhado sozinho.

Agradeço ao meu pai, Carlos Heler. Seus valores louváveis, competência rara e coração único não só me inspiram, como me enchem de orgulho de ser seu filho.

Aos meus irmãos, Fausto e Evandro, eternas referências, melhores amigos. É com vocês que me realizo, por vocês que luto, e em vocês que encontro meu lar.

Às minhas cunhadas, Mila e Marina, pelo carinho e resguardo, suportes da nossa família.

À Sarah, presente de Deus.

Famílias Diniz e Terra, a base de tudo.

Aos meus amigos, irmãos que tive a honra de conhecer e a satisfação de conviver.

E à Maria, por me mostrar que a vida é muito melhor quando compartilhada.

Agradeço, igualmente, ao Professor Leonardo Nemer, pelos ensinamentos que despertaram em mim a paixão pelo Direito Internacional;

Ao Professor Canêdo, por toda a atenção e o fundamental apoio;

À Professora Maristela Basso, pelos comentários que tanto contribuíram para esse trabalho;

À Marinana, Thiago, Daniela, Fernanda, Luciana, Karina, Telder, Suzana, Eduardo, Sr. Rodrigues e a todos do CEDIN, que transformam minha rotina em prazer;

E ao Délber, meu irmão: se eu devo isso a alguém, é a você. Muito obrigado.

RESUMO

O arcabouço normativo internacional de proteção à propriedade intelectual, inserido no âmbito do comércio internacional, principalmente nos termos do Acordo TRIPS, estabelece meios de aplicação das regras reconhecidas, delegando aos Estados a responsabilidade de *enforcement* e monitoramento. Para tanto, uma uniformização legislativa entre os países é fundamental. Na prática, contudo, a heterogeneidade dos sistemas jurídicos domésticos acerca da questão leva a uma tutela multi-jurisdicional do tema, mitigando, nesse sentido, o escopo da estrutura normativa internacional. Com o advento de novas tecnologias de transferência de informação, como a *internet*, o mecanismo se mostra ainda mais frágil. O caráter essencialmente não geográfico do ciberespaço promove desafios sem precedentes para a governança supranacional da propriedade intelectual, particularmente, dos Direitos Autorais. Diante desse cenário, surgem alternativas no intuito de regular e reorganizar a dinâmica de trocas no ciberespaço, sugerindo a mudança de alguns paradigmas tradicionais ultrapassados. A manutenção do desenho institucional de tutela dos Direitos Autorais na *internet*, vinculada à dinâmica tradicional do comércio internacional é percebida, então, como uma opção conciente dos Estados dentro da complexa agenda internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade Intelectual; Direitos Autorais; *Internet*; Informação Digital.

ABSTRACT

The intellectual property protection international normative framework, inserted in the international trade structure, specially concerning the TRIPS agreement, establishes ways to apply recognized rules by delegating to States the responsibility for enforcement and monitoring. In order to do so, it is fundamental to create a standard between different national legislations. However, in practice, the domestic juridical system heterogeneity on this topic leads to a multi-jurisdictional guardianship of it, thus hindering the international norms range. With the creation of new information transfer technologies, like Internet, this mechanism shows itself even more fragile. The essentially non-geographic nature of cyberspace promotes unprecedented challenges for supranational governance of intellectual property, particularly of the copyrights. In front of this scenario, new hypotheses are brought about about trying to regulate and reorganize the cyberspace exchange dynamics, suggesting a shift over some of the already exceeded traditional paradigms. The maintenance of the institutional design of the copyright protection on the Internet, linked to the traditional dynamics of international trade is perceived then as a conscious choice of the States inside of the complex international agenda.

KEY-WORDS: *Intellectual Property, Copyright, Internet; Digital Information.*

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPIC	Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio
AUSFTA	Acordo de livre-comércio com a Austrália
CC	Creative Commons
CET	Custos Econômicos de Transação
CIJ	Corte Internacional de Justiça
DI	Direito Internacional
DSU	Entendimento sobre Solução de Controvérsias
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
GATS	Acordo Geral sobre Serviços
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio
GNU	General Public License
INTERPOL	Organização Internacional de Polícia Criminal
IP	Internet Protocol
NIS	Novo Institucionalismo Sociológico
NSI	v. NIS
OI	Organizações Internacionais
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMA	Organização Mundial das Alfândegas
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONG	Organização não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas

SUSFTA	Acordo de livre-comércio com Cingapura
TCE	v. CET
TRIPS	v. ADPIC
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	v. OMPI
WPPT	WIPO Performances and Phonogram Treaty
WTO	v. OMC

SUMÁRIO

Introdução	13
-------------------------	----

CAPÍTULO I

A Tutela Insuficiente do Sistema de Proteção à Propriedade Intelectual sobre os Direitos Autorais

Seção I – A jurisdição territorial dos Direitos de Propriedade Intelectual – a sobreposição dos conceitos aplicados e a fragilidade estrutural frente aos desafios da era digital.....	19
1. As origens dos pressupostos tradicionais aplicados à regulamentação internacional da Propriedade Intelectual.....	20
2. A evolução da estrutura das relações no âmbito internacional – reavaliação dos conceitos.....	25
3. A transposição de conceitos tradicionais para os fundamentos da proteção dos Direitos de Propriedade Intelectual.....	28
3.1- Distinção entre “propriedade intelectual” e “propriedade real”	28
3.2- A lógica do “incentivo” como pressuposto para a produção intelectual.....	30
3.3- Particularidades do regime dos direitos autorais.....	33
Seção II - Problemas estruturais do sistema de proteção à Propriedade Intelectual – os Direitos Autorais na Era Digital.....	38
1. A proteção dos Direitos Autorais frente às novas tecnologias de comunicação.....	39
2. O baixo custo do descumprimento das normas de direitos autorais – a violação como prática corriqueira no ciberespaço.....	42
3. Entraves estruturais como parte do problema.....	48
Seção III - Exemplo prático do dilema jurisdicional envolvendo a proteção internacional da propriedade intelectual.....	49

CAPÍTULO II

Arcabouço normativo internacional de proteção à Propriedade Intelectual

Seção I - Desenvolvimento histórico do Direito Internacional da Propriedade Intelectual.....	54
1. Conveções de Paris e de Berna – marcos da consolidação dos direitos de propriedade intelectual.....	54
2. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) – unificação da tutela.....	56
3. O Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – TRIPS.....	58
3.1 - Os mecanismos de <i>enforcement</i> estabelecidos pelo Acordo TRIPS.....	60
3.1.1 – Assimetrias econômicas e legislativas – o conflito de interesse entre os Estados.....	64
3.1.2 - Problematização dos mecanismos de <i>enforcement</i> domésticos.....	67
3.2 - Inserção da tutela da propriedade intelectual no regime tradicional de regulação do comércio internacional – os problemas da indistinção dos objetos tutelados.....	74
Seção II - As diferentes categorias da Propriedade Intelectual – classificação e descrição dos institutos caracterizando as peculiaridades dos Direitos Autorais.....	80
1 – Propriedade Industrial.....	81
2. Direitos do Autor e Direitos Conexos.....	85
2.1 – Caracterização do arcabouço normativo específico.....	86
2.2 - Particularidades históricas da construção normativa dos Direitos Autorais.....	89
2.3 – A inadequação da estrutura normativa frente aos desafios da era digital.....	95

CAPÍTULO III

Alternativas para a Proteção dos Direitos Autorais do Ciberespaço – perspectivas acerca de um novo modelo de Governança Global

Seção I – Problematização dos paradigmas tradicionais.....	100
1. Inadequação do arcabouço normativo.....	101
1.1 - Sistema sustentado por mecanismos de <i>enforcement</i> domésticos.....	101
1.2 – A inconsistência da regulamentação geográfica.....	102
1.2.1 – A caracterização do ciberespaço.....	103
1.2.2 - Descaracterização das fronteiras estatais territoriais.....	104
2. Maior rigor normativo como reação aos entraves enfrentados.....	105
3. Distanciamento da realidade das normas de direitos autorais e do objeto tutelado.....	108
Seção II – Governança Global – mecanismos alternativos e a construção de novos paradigmas.....	110
1. Mecanismos e estratégias alternativas.....	112
1.1 - Ferramentas técnicas de controle.....	113
1.2 - O Direito Contratual <i>Online</i> como estratégia jurídica de adequação.....	114
1.3 - Livre acesso ao conteúdo na <i>internet</i> - a desconstrução dos limites normativos ao fluxo de informação.....	115
1.4 - Críticas ao argumento do incentivo como aspecto fundamental para a produção intelectual.....	116
2. Os problemas relativos às alternativas tradicionais.....	117
3. <i>Copyright</i> , <i>Copyleft</i> e licenças públicas – o exemplo da <i>Creative Commons</i>	119
4. A construção de um novo paradigma.....	127
4.1 – Perspectivas relevantes.....	128
4.1.1 – Contribuição das teorias das Relações Internacionais.....	129
4.1.2 – Interdependência e cooperação – pontos fundamentais na análise.....	131
4.2 – As dificuldades de construção de um modelo global de governança dos direitos autorais na <i>internet</i> – a manutenção do desenho institucional como uma opção dos Estados.....	133

Considerações Finais.....141

Referências.....144

INTRODUÇÃO

Os debates e teorias acerca da Propriedade Intelectual são incitados por um arranjo de fatores que se refletem um instituto tão polêmico em seu conceito, como em sua aplicação prática. A idéia fundamental de que algo na esfera intelectual é passível de ser apropriado é, por si, um exercício de abstração considerável. Por outro lado, se adotada como um simples pressuposto, sem um mínimo de reflexão imbuída, a compreensão do conceito será limitada à analogias inconsistentes de dinâmicas pré-existentes. É nesse sentido que os Direitos da Propriedade Intelectual consistem em um dos ramos mais controversos do Direito, já que perspectivas divergentes, e, por vezes, antagônicas emergem dentro de um debate que perdura por séculos. E é justamente isso que torna a matéria tão interessante. As peculiaridades teóricas e práticas insistem em questionar qualquer postulado categórico acerca do tema. Algumas considerações, no entanto, parecem suficientemente razoáveis.

Inserida tradicionalmente no arcabouço do Direito Internacional, a Propriedade Intelectual é uma prerrogativa fundamentalmente global. Muitos são os argumentos nesse sentido, que perpassam pelo caráter intangível do objeto, não se adequando, portanto, à dinâmicas regionais, até a ponderações acerca da natureza da conhecimento, como algo que não pode ser compreendido dentro de limites estatais. A contribuição da Professora Maristela Basso é valiosa, nesse sentido, ao resgatar os ensinamentos de Edmond Picar, que assim descrevia: “a produção do espírito, objeto do direito intelectual, destina-se naturalmente a expandir-se para todos os lugares onde vai a civilização. Ela é divisível ao infinito, mas permanece sempre una. O autor de um livro, o inventor de um processo industrial, aquele que produziu uma obra musical ou uma obra suscetível de ser divulgada por não importa qual arte ou desenho, certamente não trabalhou unicamente para seu pequeno mundo, no qual ele vive, nem mesmo para a nação à qual ele pertence. Seu desejo, sua esperança, é de ver seu trabalho se expandir. Sua intensidade não se perde, mas, ao se expandir, adquire um vigor novo. O que, para uma coisa material, implicaria em impossibilidade ou destruição, se torna, para uma coisa intelectual, uma oportunidade de força e de celebridade.”¹

Nesse contexto, destacam-se os Direitos Autorais, como o instituto que tutela a produção criativa, artística e cultural. Os objetos resguardados por tais prerrogativas

¹ BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 19.

encontram-se nas origens da propriedade intelectual, independentemente da perspectiva que se adote para justificar sua proteção.

Os Direitos Autorais são igualmente distintos no que tange os argumentos de que a natureza global da propriedade intelectual é marcada pelo caráter imaterial do objeto. Toda propriedade intelectual é intangível, por definição. No entanto, o que o direito protege é a expressão de um trabalho intelectual, e não simplesmente a idéia no plano abstrato. Ela deve ser materializada de alguma forma para que possa lhe ser atribuída a prerrogativa de exclusividade. Nesse aspecto, a produção intelectual tutelada pelos Direitos Autorais é peculiar, já que, por vezes, suas expressões são igualmente imateriais. Esse aspecto deve-se, particularmente, aos avanços referentes às tecnologias de transferência de informação.

As conseqüências geradas pelo advento de mecanismos que possibilitaram a tradução da informação em códigos binários eram inimagináveis. Esse conteúdo codificado veio a ser conhecido como *informação digital*. A facilidade de transferência desse material, inserido em uma rede mundial que conectou amplamente computadores no mundo inteiro, foi avassaladora. Com efeito, não é sem motivo que os termos “era digital” e “era da informação” são freqüentemente utilizados como sinônimos. O controle e a regulamentação desse ambiente tornou-se algo extremamente problemático. Os paradigmas tradicionais de fronteiras geográficas não mais se adequavam a um modelo que desconhecia noções espaciais territoriais. O comportamento infringente tornou-se, nesse sentido, prática corriqueira na *internet*. Em outras palavras, o fluxo de informação da esfera digital colocou em xeque as estruturas estatais para a tutela da propriedade intelectual até então desenvolvidas.

Se a propriedade intelectual é de fato essencialmente supranacional, os Estados dedicaram, historicamente, esforços para criar um arcabouço normativo interestatal eficiente para tutelar a questão. A construção desse sistema evoluiu paralelamente à crescente importância comercial dos objetos tutelados, e culminou na vinculação definitiva dessas duas searas. O Acordo TRIPS da Organização Mundial do Comércio (OMC) representou essa dinâmica a qual reafirmava que a propriedade intelectual era objeto a ser analisado dentro da lógica do comércio internacional. Dentro dessa estrutura institucionalizada, portanto, a propriedade intelectual agora seria aplicada por meio de mecanismos claramente estabelecidos, que se apóiam, principalmente, na harmonização de legislações domésticas. No entanto, esse sistema não parece considerar todas as dimensões dos direitos autorais inseridos no ciberespaço.

O que esse trabalho pretende descrever, portanto, é como a inadequação de alguns pressupostos tradicionais frente as novas tecnologias de transferência de informação pode levar a um arcabouço normativo internacional inconsistente para lidar com os direitos autorais no ambiente virtual. Em outras palavras, pretende-se problematizar a proteção internacional dos direitos autorais na era digital. O objetivo, nesse sentido, é mapear, dentro sistema normativo internacional, as vicissitudes pontuais que falham em compreender as peculiaridades dos direitos autorais na *internet*, e, por conseguinte, resguardam seus objetos de forma ineficiente. Uma análise conceitual e estrutural faz-se necessária, para que se possa distinguir, nesse contexto, até que ponto os entraves remetem a uma incapacidade técnica de se lidar com a questão, ou à dinâmicas voltadas para a motivação política dos Estados. A hipótese que se sugere é de que a manutenção do desenho institucional é uma opção consciente dos Estados. Apesar dos avanços tecnológicos representarem um desafio sem precedentes para a governança supranacional da questão, mecanismos alternativos são constantemente desenvolvidos, mostrando-se, ao menos, mais contextualizados e adequados para discutir a questão. Com efeito, os Estados parecem relutantes à revisão de pressupostos tradicionais de uma estrutura ampla e institucionalizada, por meio de esforços significativos que seriam necessários para regular algo tão pontual e específico como os direitos autorais na *internet*.

Para tanto esse trabalho será estruturado em três capítulos. O primeiro trata especificamente da problematização acerca do sistema internacional de proteção a propriedade intelectual. Nesse sentido, duas dimensões serão analisadas: por um lado, os aspectos conceituais, de sobreposição de pressupostos tradicionais quando aplicados à dinâmica peculiar da propriedade intelectual na *internet*; por outro lado, a perspectiva estrutural, relativa aos entraves técnicos que emergiram com as tecnologias digitais, e como esse sistema resultou na concepção banalizada acerca da violação dos direitos autorais. Por fim, um exemplo ilustrativo irá demonstrar como essas duas dimensões se relacionam e evidenciam as dificuldades relativas à proteção das normas de *copyright* na era digital.

O segundo capítulo irá tratar especificamente do arcabouço normativo internacional relativo à proteção da propriedade intelectual. O objetivo é compreender como esses desafios são compreendidos pelos acordos e tratados internacionais, e, por vezes, agravados por eles. A inserção quase “natural” da propriedade intelectual na dinâmica do comércio internacional institucionalizou de forma significativa a proteção desse instituto, no entanto, exponenciou as peculiaridades dos direitos autorais na *internet*, destacando-se como um

regime de demandas específicas. Para compreender essa relação, uma primeira seção irá descrever a evolução histórica normativa no que tange o direito internacional da propriedade intelectual. Posteriormente, caracteriza-se os diferentes objetos unificados sob o conceito de propriedade intelectual, e como os direitos autorais destacam-se nesse sentido, demonstrando a inadequação do sistema atual para tratar de questões específicas no ciberespaço.

O terceiro capítulo descreverá, portanto, quais as alternativas existentes para lidar com a questão, como elas se relacionam, quais os pontos positivos e negativos dessas abordagens. Será ressaltada, com auxílio de algumas teorias das Relações Internacionais, as dificuldades de uma governança supranacional, para, por fim, concluir que para um Estado é mais interessante relevar questionamentos específicos dos direitos autorais em favor de uma estrutura funcional mais ampla e congruente com seus pressupostos. Nesse sentido, as alternativas sugeridas não são preteridas pelos Estados em relação à manutenção de dinâmicas ultrapassadas, mas elas se encaixam no desenho institucional como mecanismos operacionais paralelos, que mitigam os problemas levantados, evitando uma reestruturação completa dos modelo de governança atual.

CAPÍTULO I

A Tutela Insuficiente do Sistema de Proteção à Propriedade Intelectual sobre os Direitos Autorais

As teorias relativas ao direito internacional da propriedade intelectual divergem em diversos aspectos², como quanto aos fundamentos da proteção desse direito³, até quanto a sua relevância frente aos avanços tecnológicos atuais. Essas controvérsias refletem um arcabouço normativo de proteção igualmente contingente. Para uma análise coerente dos problemas acerca do sistema internacional de proteção aos direitos de propriedade intelectual – particularmente em relação aos direitos autorais – deve-se, primeiramente, abordar alguns pontos centrais para a compreensão da temática. Em outras palavras, as premissas e fatos que envolvem a construção e consolidação do regime internacional⁴ da propriedade intelectual constituem as bases das vicissitudes do sistema. Nesse sentido, descreve-se os seguintes arranjos: a relação imprecisa entre instrumentos de natureza pública e privada, e a sobreposição de conceitos como “soberania” e “territorialidade” figuram entre as principais causas das dificuldades relativas à compreensão do problema; a estrutura de proteção internacional não reserva a devida preocupação com as peculiaridade do objeto tutelado, agravando a inadequação do sistema; e, ainda, os avanços tecnológicos referentes aos meios de transferência de informação, em especial, o advento da *internet*, ampliam consideravelmente os entraves de um arcabouço jurídico questionável.

² “Interessantíssimas são as divergências doutrinárias existentes nesta matéria, não só no âmbito dos direitos internos, como também no direito internacional. Talvez não encontremos, na ciência jurídica, nenhum outro campo do Direito onde as teses sejam tão diversas, muitas vezes até mesmo opostas, e os debates mais apaixonados.” BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 22.

³ Alguns desses fundamentos foram destacados por Hugenholtz, e, guardada a devida relevância para o objeto de estudo desse trabalho, serão retomadas ao longo do texto, a saber: “Proteção da personalidade do autor: o trabalho de autoria traz consigo o cunho pessoal do autor, direito autoral é uma espécie de direito da personalidade; Do direito natural: o direito autoral reflete noções de Justiça Natural. Os direitos do autor não foram criados pela lei. Na verdade, sempre existiram na consciência legal humana; O argumento econômico: a proteção aos direitos autorais promove eficiência econômica, por meio de alocação de recursos limitados por intermédio do sistema de preços; Razões sociais e culturais: direitos autorais atuam como incentivo para criar e disseminar trabalhos que sirvam a valiosos propósitos sociais ou culturais; Liberdade de Expressão: os direitos autorais dispensam os criadores dos mecenas, Estado ou subsídios, é o verdadeiro provérbio ‘motor da livre expressão’.” HUGENHOLTZ, P. Bernt, *O Grande Roubo de Direitos Autorais: A alocação de Direitos no Ambiente Digital*. in POLIDO, Fabrício, e RODRIGUES Jr., Edson Beas (orgs.), *Propriedade Intelectual: Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 233.

⁴ O conceito de “regime” adotado neste trabalho remete à definição de Krasner, que abrange conjuntos de “princípios, normas, regras e procedimentos decisórios em torno dos quais convergem expectativas em uma dada matéria.” KRASNER Stephen D., *Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables in* KRATOCHWIL, Friedrich e MANSFIELD, Edwards D. (orgs.), *International Organization: a Reader*, New York: HarperCollins, 1993. p. 2, tradução do autor.

Frente a esse contexto, a argumentação desenvolvida abarca, a saber: a analogia equivocada entre “propriedade” e “propriedade intelectual” inserida nos fundamentos de proteção à propriedade intelectual; as especificidades do regime de proteção aos objetos intelectuais, que expõem pontualmente a fragilidade do sistema atual; e uma análise dos elementos que envolvem a desobediência ampla e freqüente dos direitos autorais na *internet*.

Para tanto, esse capítulo se dividirá em duas seções. Na primeira, serão expostos os aspectos conceituais, que envolvem a inadequação da aplicação de pressupostos tradicionais na atual conjuntura das relações internacionais, particularmente no ambiente digital, tais como “soberania” e “territorialidade”, “público” e “privado”, “internacional” e “doméstico”, propriedade “intelectual” e “real”. Esse arranjo equivocado repercute diretamente na maneira que os Estados adotam para lidar com a questão da proteção da propriedade intelectual, baseando suas estratégias e políticas em premissas sobrepostas. Na segunda seção, as questões estruturais serão abordadas no intuito de compreender, especificamente, como os avanços tecnológicos dos meios de comunicação, especialmente a *internet*, alteram significativamente o modelo das relações no âmbito global, e repercutem diretamente na proteção internacional da propriedade intelectual. Nesse sentido, destaca-se como a dificuldade do controle da informação facilita a violação das leis de propriedade intelectual, e diminui de maneira determinante os custos para o descumprimento de tais normas. Conseqüentemente, o desrespeito às leis, especialmente de direitos autorais, é um comportamento usual no ambiente digital.

Importante ressaltar que a distinção entre os aspectos conceituais e estruturais remete apenas a uma questão de enfoque, e não serão, portanto, separadas de maneira categórica. E nem poderiam ser, visto que essas duas dimensões se relacionam de forma quase circular na construção do problema. A sobreposição de conceitos é evidenciada pelas mudanças estruturais significativas da era digital, enquanto os questionamentos acerca dos entraves impostos pela *internet* são fundamentados principalmente pela aplicação distorcida de pressupostos tradicionais.

Seção I – A jurisdição territorial dos Direitos de Propriedade Intelectual – sobreposição conceitual frente aos desafios da era digital

O desenho institucional do arcabouço normativo internacional que tutela os direitos de propriedade intelectual apresenta duas características marcantes que nortearão a discussão acerca do tema: por um lado, o regime apresenta um certo grau de coordenação multilateral, institucionalizado dentro do sistema de regras do comércio internacional; por outro lado, a aplicação ainda opera dentro do conceito de jurisdição territorial, termos nos quais tais direitos foram acordados.⁵ Isso significa que os principais meios de garantia do cumprimento de determinada norma (*enforcement*)⁶, no que tange à proteção internacional da propriedade intelectual, ainda é circunscrito aos Estados domesticamente.⁷

A compreensão dessa dinâmica, que muito contribui para a ineficiência do sistema internacional de proteção à propriedade intelectual, demanda um apanhado histórico detalhado e um empenho analítico amplo. Isto porque essa estrutura de proteção com mecanismos de aplicação fundamentalmente domésticos é consequência de sobreposições e distorções de conceitos tradicionais significativos, como “soberania”, “territorialidade”, “público” e “privado”, “doméstico” e “internacional”, “propriedade” e “propriedade intelectual”.

⁵ Ver, nesse sentido, ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve*. International Journal of Law and Information Technology, v. 10, n. 1, Oxford University Press, 2002. p. 78.

⁶ Devido à dificuldade de tradução do termo *enforcement*, durante o restante do trabalho será usada apenas a expressão em inglês, que pode representar, dependendo do contexto, os mecanismos que asseguram a aplicação, coação e observância das normas, ou que garantem o emprego das sanções.

⁷ Todos os formatos de proteção à propriedade intelectual nos países são simples variações das dimensões tradicionais de patentes ou direitos autorais. Nesse sentido, a preocupação gira em torno dos “objetos protegidos, termos da proteção, escopo da proteção, criações independentes, registro e licença compulsória.” Não existe, portanto, uma alternativa concreta entre essas dimensões. KARJALA, Dennis S., *Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm*. New York: Columbia Law Review, v. 94, n. 8, 1994. p. 2595.

1. As origens dos pressupostos tradicionais aplicados à regulamentação internacional da Propriedade Intelectual

A Paz de *Westphalia*, resultante do fim da Guerra dos Trinta Anos, em 1648, é amplamente reconhecida como o marco do fim da era medieval e da origem do Estado Moderno⁸. Isto representou a segmentação do mundo em jurisdições distintas e limitadas por fronteiras territoriais definidas.⁹ O conceito tradicional de “soberania” surge neste contexto. O Estado soberano era caracterizado por uma lógica conceitual: o Estado reivindicava a jurisdição exclusiva em relação a um território específico e suas ações dentro de suas fronteiras eram, então, chamadas de domésticas. Existia um mútuo reconhecimento entre os Estados destas demarcações que constituía cada um deles, formalmente, como atores parelhos no sistema internacional. O Estado monopolizava o uso legítimo da força para sustentar sua autoridade interna e proteger de ameaças externas. O sistema internacional permanecia anárquico, sem formas legítimas de governança centralizada, autônoma em relação aos Estados.¹⁰ O poder soberano era, portanto, característica essencial desse Estado, legitimando, por meio da igualdade das unidades no plano externo, a luta do rei contra a ingerência do papado e do império, e, por meio da autonomia absoluta no plano interno, as ações contra a feudalidade.¹¹

A sociedade internacional constituía-se, nesse sentido, como uma sociedade *interestatal* - uma justaposição de entidades soberanas e iguais entre si. Esta descrição se insere em uma perspectiva que Ansell e Weber definem como “sistema fechado” de organização do mundo político.¹² Os autores analisam o surgimento dos Estados soberanos

⁸ PEREIRA, Antonio Celso A., *Soberania e Pós-Modernidade*. in BRANT, Leonardo Nemer C. (org.), *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 621.

⁹ Ver, nesse sentido, RUGGIE, John Gerard, *Continuity and Transformation in the World Polity: Towards a Neorealist Syntheses*. *World Politics*, v. 35, 1983. pp. 271-285 e ANDERSON, James, *The Modernity of States* in ANDERSON, James (ed.), *The Rise of the Modern State*. New Jersey: Humanities Press International Inc., 1986.

¹⁰ Ver CRAWFORD, James R., *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

¹¹ “Vários acontecimentos históricos contribuíram para o sucesso da empresa. Por um lado, a longa e a dura provação imposta aos franceses pela guerra dos Cem Anos fez nascer o sentimento nacional, favorecendo a sua união em volta do trono. Por outro lado, a crise, provocada pelo Grande Cisma, pela Reforma, e pelas guerras religiosas, produziu o mesmo resultado: perante as ameaças de anarquia, já não podendo contar com os grandes vassallos, empobrecidos e enfraquecidos, todos recorrem ao rei e procuram colocar-se sob sua proteção, tanto as gentes das cidades como as dos campos e até os prelados.” DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, e PELLET, Alain, *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 52.

¹² ANSELL, Christopher K. E WEBER, Steven, *Organizing International Politics: Sovereignty and Open Systems*. *International Political Science Review*, v. 20, n. 1, 1999. p. 74.

como uma questão relativa ao direito de propriedade, isto é, territórios claramente definidos por fronteiras sólidas que distingue o doméstico do internacional e autoridade da anarquia.

O século XVIII trouxe mudanças ideológicas e sociais que levaram ao colapso do modelo absolutista, sem, contudo, desconstruir as noções de soberania estatal estabelecidas. A emergência do princípio do nacionalismo na Europa difundiu as idéias de autodeterminação como direito dos povos, e comandou a passagem do Estado absolutista para a concepção do Estado nacional.¹³ A mudança, no entanto, não punha em xeque nem a soberania territorial nem o sistema interestatal. O princípio do nacionalismo questionava as origens do poder do Estado, não o poder do Estado em si, que passava então a ser compreendido como entidade a serviço dos interesses da nação, devendo satisfazer suas necessidades. Nesse sentido, a soberania mudava de titular, mas não de sentido.

O princípio das nacionalidades, como o princípio da soberania nacional, é simultaneamente revolucionário e conservador. É revolucionário enquanto se opõe à ordem europeia estabelecida pelos Estados monárquicos com base na conquista ou na sucessão. É conservador, pois ao legitimar o Estado nacional, legitima igualmente o Estado soberano tradicional.¹⁴

Com a ascensão dos Estados-nação e a reafirmação da soberania territorial, as idéias de uma esfera pública pujante se consolidam definitivamente. Em contrapartida, como reação aos protestos dos que se opunham ao poder estatal irrestrito, surgiram os esforços de compensação no sentido de destacar uma esfera privada, livre do poder “usurpador” do Estado.¹⁵ A idéia, articulada por pensadores iluministas, inspirados pela Constituição norte-americana, consistia na construção de uma esfera privada autônoma que estabelecia limites à atuação das autoridades públicas. A ascensão das esferas pública e privada foi, por um lado, motivada pelos defensores dos direitos individuais, e, por outro lado, conduzida por poderosas entidades estatais. Essa construção caminhou paralelamente à reafirmação da soberania política inserida em fronteiras territoriais. A noção difundida de um domínio exclusivo em relação a um território, protegido contra a ingerência externa, que

¹³ Ver, nesse sentido, CASSESE, Antonio, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

¹⁴ DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, e PELLET, Alain, *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 64.

¹⁵ HORWITZ, Morton J., *The History of the Public/Private Distinction*. University of Pennsylvania Law Review, v. 130, n. 6, 1982. pp. 1423-1428.

individualizava os interesses do Estado frente a uma coletividade, de certa maneira, fomentou a concepção de uma esfera privada, na qual prerrogativas eram asseguradas a um particular, contrapondo-se às demandas da sociedade como um todo. A noção de propriedade privada envolvia uma delegação de poder público aos proprietários particulares em detrimento de outros sujeitos privados, uma autonomia apoiada no direito de evocar o poder coercitivo do Estado contra aqueles que violassem as expectativas de exclusividade em relação à propriedade. Paralelamente, as fronteiras territoriais, delimitando a soberania estatal, refletiam propósitos semelhantes.¹⁶ Nesse sentido, uma forte separação entre as esferas pública e privada era necessária, em parte, para manter os conceitos de soberania interna e externa de se colidirem.¹⁷

A ascensão da soberania territorial do Estado Moderno e a consolidação dos conceitos de propriedade privada estão intimamente ligados, tanto lógica como historicamente. Ambas são premissas fundadas em construções sociais e noções contingentes de territorialidade. Com efeito, ao final do século XIX, os limites da soberania balizavam as fronteiras entre direito internacional e interno, entre público e privado, solidificando um sistema de autoridades legais estáveis e absolutas, dentro de sua jurisdição. A soberania permitiu, nesse sentido, categorizar os Estados, com territórios estabelecidos e o monopólio da força, como a unidade padrão do direito internacional.¹⁸ Os tratados que regulavam os direitos autorais, no século XIX, refletiam esse contexto. A Convenção de Berna,¹⁹ por exemplo, apoiava-se na noção de “tratamento nacional” para justificar sua institucionalização, e não em reciprocidade, que provavelmente seria visto como violação à soberania dos Estados signatários ao intervir nos assuntos internos de outra nação. O “tratamento nacional” fundamenta-se no pressuposto de que um Estado signatário de um acordo internacional de proteção à propriedade intelectual protegeria um

¹⁶ Kenneth Abbott reafirma a relação entre a propriedade privada no âmbito doméstico e a soberania estatal na esfera internacional, ao propor uma dicotomia para pensar as questões institucionais do GATT, entre instituições e procedimentos desenhados para servir aos interesses públicos e àquelas desenvolvidas para proteger os interesses privados. Ele afirma que “nesse contexto, o termo ‘público’ refere-se aos interesses comuns das nações que formam a Organização Mundial do Comércio, enquanto ‘privado’ remete aos interesses particulares dos Estados individuais, as partes contratantes do GATT.” ABBOTT, Kenneth, *GATT as a Public Institution: The Uruguay Round and Beyond*. Brooklyn Journal of International Law, v.18, n. 1, 1992. pp. 31 e 32.

¹⁷ Para uma discussão acerca da fragmentação da soberania, não mais vista por uma lógica bidimensional, ver KRASNER, Stephen D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

¹⁸ KENNEDY, *Receiving the International*. Connecticut Journal of International Law, v. 10, n. 1, 1994. pp. 8-9.

¹⁹ A Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, concluída em 1886, será estudada detalhadamente dentro do contexto do arcabouço normativo internacional que tutela os direitos de propriedade intelectual, no Capítulo II.

trabalho tutelado por direitos autorais em uma nação estrangeira da mesma maneira que protegeria o trabalho de seus próprios cidadãos. Isso se distingue da idéia de reciprocidade, que significaria, nesse caso, que um Estado protegeria um trabalho estrangeiro amparado por normas de *copyright* até o ponto em que seus trabalhos domésticos fossem protegidos no outro país.²⁰ A diferença aparentemente sutil ilustra a preocupação do direito internacional, naquele contexto histórico, em não contrapor os fundamentos nos quais as relações internacionais estavam assentadas, e os quais eram reafirmados pelo próprio direito internacional.

Tais pressupostos acerca da soberania territorial eram igualmente favoráveis às relações comerciais. O modelo possibilitou o controle dos recursos internos, que, com o tempo, levava ao desejo e à necessidade de realizar transações, trocas entre si. Hendrick Spruyt corrobora essa afirmação, descrevendo o sistema interestatal como um arranjo de atores independentes que são atraídos uns para os outros com o propósito de realizarem

²⁰ “Seu princípio básico, como na Convenção da União de Paris, é o da assimilação da unionista ao nacional – o do tratamento nacional. A Convenção de Berna aplica-se não no país do autor (de que é nacional ou residente habitual), mas à proteção dos autores de países unionistas nos demais, ou que tenham publicado pela primeira vez, sua obra num país da União. (...) De outro lado, determina-se o país de origem da obra através de uma série de critérios do art. 5, alínea 4 da Convenção de Berna. Não obstante o princípio básico da União, de tratamento nacional independentemente de reciprocidade, a CUB [Convenção da União de Berna] em vários dispositivos obriga a lei nacional a requisitos mínimos, mas limita-se em outros ao estatuto legal do país de origem.” BARBOSA, Denis Borges, *Propriedade Intelectual – A Aplicação do Acordo TRIPs*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 47. O artigo 5 da Convenção de Berna é ilustrativo nesse sentido: 1) *Os autores gozam, no que concerne às obras quanto às quais são protegidos por força da presente Convenção, nos países da União, exceto o de origem da obra, dos direitos que as respectivas leis concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, assim como dos direitos especialmente concedidos pela presente Convenção.*

2) *O gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a qualquer formalidade; esse gozo e esse exercício independem da existência da proteção no país de origem das obras. Por conseguinte, afora as estipulações da presente Convenção, a extensão da proteção e os meios processuais garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos regulam-se exclusivamente pela legislação do País onde a proteção é reclamada.*

3) *A proteção no país de origem é regulada pela legislação nacional. Entretanto, quando o autor não pertence ao país de origem da obra quanto à qual é protegido pela presente Convenção, ele terá nesse país, os mesmos direitos que os autores nacionais.*

4) *Considera-se país de origem:*

a) *quanto às obras publicadas pela primeira vez num dos países da União, este último país; entretanto, se se tratar de obras publicadas simultaneamente em vários países da União que concedam prazos de proteção diferentes, aquele dentre eles cuja lei conceda prazo de proteção menos extenso;*

b) *quanto às obras publicadas simultaneamente num país estranho à União e num país da União, este último país;*

c) *quanto às obras não publicadas ou quanto às obras publicadas pela primeira vez num país estranho à União, sem publicação simultânea num país da União, aquele a que pertence o autor; entretanto:*

i) *se se tratar de obras cinematográficas cujo produtor tenha sua sede ou sua residência habitual num país da União, o país de origem será este último; e*

ii) *se se tratar de obras de arquitetura edificadas num país da União ou de obras de artes gráficas e plásticas incorporadas num imóvel situado em um país da União, o país de origem será este último país.* Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas, 1886 (1971). Disponível em http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/cv_berna.pdf.

trocas.²¹ Os Estados modernos, apoiados no conceito de soberania, reafirmavam-se nesse contexto pois, diferentemente de formas de organizações não assentadas em territórios, essas unidades soberanas poderiam facilitar as relações comerciais,²² ou seja, destacavam-se por sua capacidade de fazer negócios uns com os outros, resultando em ganhos para todos, de maneira mais eficiente e com baixos custos de transação.²³ Com efeito, os ideais de livre comércio que predominavam no século XIX lutavam para a desregulamentação do mercado, evitando qualquer tipo de intervenção protecionista, defendendo uma distinção entre público e privado cada vez mais sedimentada. No entanto, reconhecia-se, ao mesmo tempo, os Estados como unidade fundamental das dinâmicas internacionais.

Diante do exposto, percebe-se que a consolidação dos Estados Modernos dotados de soberania territorial, ao longo dos séculos, não estabelecia apenas os limites do doméstico e do internacional, mas desenhava os contornos das esferas públicas e privadas. Na Europa do século XVI e início do século XVII, as instituições religiosas, desfavorecidas no novo sistema, eram consideradas o cerne da resistência ao controle absoluto atribuído ao governo soberano.²⁴ No entanto, no século XVIII, a oposição às prerrogativas do poder irrestrito dos Estados na ingerência interna era liderada pelos defensores dos direitos individuais privados, que reivindicavam direitos de propriedade como um escudo contra o domínio estatal absoluto.²⁵ No século XIX, o liberalismo era o pensamento dominante, tanto na Europa como nos Estados Unidos. Tal ideologia dependia de uma distinção espacial entre

²¹ SPRUYT, Hendrick, *The Sovereign State and Its Competitors: An Analysis of System Change*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

²² ANSELL, Christopher K. E WEBER, Steven, *Organizing International Politics: Sovereignty and Open Systems*. *International Political Science Review*, v. 20, n. 1, 1999. p. 75. Ver, igualmente, STRANG, David, *Anomaly and Commonplace in European Political Expansion: Realist and Institutional Accounts*. *International Organizations*, v. 45, n. 2, 1991. pp. 143-163. Strang afirma que a expansão do sistema de Estados fora da Europa foi um resultado das transações entre Estados existentes e suas antigas colônias. Onde havia competição para os benefícios de comércio, a solução foi reconhecer e “criar” um Estado.

²³ A lógica do comércio, ironicamente, é, de certa forma, ponto igualmente relevante dos argumentos sobre o processo de transformação da compreensão tradicional de “soberania”. O que, por muitas vezes, é difundido sob o conceito vago de “globalização”, são, de fato, evidências sistemáticas da descaracterização da soberania estatal clássica, que não mais descreve a realidade no século XXI. E parte deste processo se deve às transações comerciais que mitigaram os pressupostos basilares do Estado Moderno. Ver, nesse sentido, RUGGIE, John G., *Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations*. *International Organizations*, v.47, n. 2, 1993.

²⁴ Embora a soberania não fosse concebida como “pública” nos termos que compreendemos atualmente. Ver, nesse sentido, HORWITZ, Morton J., *The History of the Public/Private Distinction*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 130, n. 6, 1982. pp. 1423-1428.

²⁵ Ver, nesse sentido, ANDERSON, Benedict. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres: Verso, 1991.

as esferas público e privadas da vida econômica e social.²⁶ A propriedade, portanto, criava limites, os quais não poderiam ser cruzados pelas autoridades públicas injustificadamente. Essa autonomia privada apresentava um caráter territorial atribuído à propriedade, que excluía, igualmente, a interferência de outros sujeitos privados. Tal dinâmica representava a autonomia e liberdade do indivíduo, e acomodava perfeitamente os ideais liberais acerca do comércio internacional, cada vez mais difundidos.

No entanto, essa perspectiva incorreu em problemas que começaram a ficar claros no começo do século XX. Isso porque os pressupostos desse sistema passaram a não mais compreender de forma adequada a complexa estrutura das relações no âmbito internacional.

2. A evolução da estrutura das relações no âmbito internacional – reavaliação dos conceitos

As novas tecnologias de comunicação e transporte contribuem significativamente para as transformações no formato das relações no sistema internacional. A descaracterização do modelo clássico de relação entre Estados, no entanto, não é consequência exclusiva das mudanças provocadas pelos avanços tecnológicos da era digital. No começo do século XX criticava-se a maneira dos pensadores clássicos de distinguir público e privado, separando estritamente a esfera privada da liberdade contratual do indivíduo da esfera pública da regulação governamental.²⁷

A soberania privada dos donos das propriedades estava intimamente ligada à idéia de domínio exclusivo e controle autônomo sobre um território. Paralelamente, a soberania estatal produzia fronteiras físicas de um Estado-nação juridicamente imune a qualquer interferência de autoridades estrangeiras. Com a alteração de compreensão da territorialidade, por meio da revolução tecnológica que mitigou a importância da distância e do espaço, as idéias sobre propriedade e soberania igualmente se modificaram de forma substancial. A era digital surge, nesse sentido, quebrando paradigmas com novos modelos de troca de informação extremamente rápidos, com baixo custo, e, sobretudo, autônomos

²⁶ “O medo central da visão política liberal é que o poder estatal ilimitado irá invadir a esfera privada.” BOYLE, James, *A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Training*. California Law Review, v. 80, 1992. p. 1418, tradução do autor.

²⁷ Para mais informações acerca da crítica da escola realista à distinção tradicional de público e privado, ver SINGER, Joseph William, *Legal Realism Now*, California Law Review, v. 76, 1988. pp. 465-478.

em relação ao controle estatal. Estas estruturas modernas de comunicação criaram um ambiente de troca de informação digital – um *ciberespaço*,²⁸ que funciona como uma esfera virtual de interações e transações, e que não se inserem no conceito de territorialidade, fora, portanto, do sistema clássico de Estados soberanos. Dois aspectos principais desconectam a jurisdição geográfica e o ciberespaço. Primeiro, os mecanismos de *enforcement* baseados na jurisdição territorial podem se mostrar problemáticos no ambiente virtual. O ciberespaço não é uma fronteira sem leis, a questão não é a ausência de normas regulatórias, mas sim os problemas de *enforcement* por meio da jurisdição internacional. Segundo, e talvez o mais importante, existem sérios questionamentos se a jurisdição territorial provê uma base conceitual legítima para a governança no ciberespaço.²⁹

O problema de vincular as transações por meio da *internet* a uma localização geográfica se agrava na medida em que o número de relações que ocorrem exclusivamente nesse ambiente é cada vez maior. Como conseqüência, os Estados perdem o controle do fluxo de informação entre fronteiras. O *enforcement* se torna extremamente complicado em um cenário no qual as partes de uma relação não podem ser localizadas geograficamente de forma precisa, e as autoridades reguladoras, muitas vezes, não estão sequer cientes das interações que ocorrem. Nesse sentido, fronteiras físicas não mais cumprem o papel de sinais que informam os indivíduos de suas obrigações assumidas ao entrar em um lugar novo e legalmente independente. Isto porque os indivíduos não estão mais cientes da existência dessas fronteiras ao entrar no espaço virtual.³⁰

As incertezas em relação à concepção de “propriedade”, “soberania” e “territorialidade”, nesse contexto, estão relacionadas ao dinamismo desses fenômenos. Esses institutos não são elementos estáveis e cristalizados. Com a flexibilização dessas noções, passou-se a questionar as premissas que envolviam a distinção de doméstico e internacional, de público e privado, cuja construção fora sustentada por esses conceitos.

²⁸ Termo que tem origem na expressão inglesa “*cyberspace*”, utilizado aqui para descrever de maneira geral o espaço de comunicação virtual das redes de computadores como a *internet*.

²⁹ KOBRIAN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*. Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001. p. 690.

³⁰ “O ciberespaço mitiga radicalmente a relação entre os fenômenos *online* significantes e a locação física. A ascensão da rede de computadores global está destruindo o vínculo entre localização geográfica e: (1) o *poder* dos governos locais de controlar o comportamento *online*; (2) os *efeitos* do comportamento *online* nos indivíduos ou nas coisas; (3) a *legitimidade* dos esforços de uma soberania local de regular o fenômeno global; e (4) a habilidade da locação física de dar *notoriedade* acerca de quais conjunto de regras se aplicam. A *internet* desse modo subverte radicalmente o sistema de produção normativa baseado em fronteiras entre espaços físicos, pelo menos no que diz respeito à alegação de que o ciberespaço deveria naturalmente ser governado por regras definidas territorialmente.” JOHNSON, David R. e POST, David G., *Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace*. Stanford Law Review, v. 48, 1996. p. 1370, tradução do autor.

Phillip Cerny sumariza em três presunções básicas as características do processo de desconstrução desses paradigmas tradicionais: (i) destaca-se uma crescente predominância de estruturas e procedimentos transnacionais, que se apresentam maior em escala do que as relações estatais; (ii) essas composições terão, em breve, maior impacto na vida das pessoas do que os próprios Estados; e (iii) tais estruturas estão habilitando indivíduos, empresas, ONGs e outros grupos, para agir efetivamente, e de forma autônoma, na política mundial.³¹

A transposição desses conceitos para o regime de proteção à propriedade intelectual se mostra ainda mais frágil. Isso porque as prerrogativas do sistema internacional não acomodaram de forma eficiente as demandas específicas da tutela à propriedade intelectual do mesmo modo que o fez com o comércio internacional. A tentativa de adequação do regime aos pressupostos tradicionais, ao contrário, resultou em um modelo inconsistente de proteção aos direitos de propriedade intelectual. Os fundamentos desses direitos, por vezes, assentam-se em conceitos distorcidos que não representam de forma coerente a realidade dos objetos tutelados. A analogia desconexa entre os conceitos de propriedade como concebido à época e a propriedade intelectual elucida o argumento.

3. A transposição de conceitos tradicionais para os fundamentos da proteção dos Direitos de Propriedade Intelectual

3.1- Distinção entre “propriedade intelectual” e “propriedade real”³²

Um dos mais recorrentes problemas descritos pelos autores que criticam o formato atual de proteção aos trabalhos intelectuais é a tentativa de vincular esses objetos às concepções atribuídas ao direito de propriedade material. Isso se reflete na ineficiência dos mecanismos de *enforcement*, tão criticados no que tange a tutela desses direitos. O sistema normativo internacional relativo à propriedade intelectual visa a proteção dos direitos daqueles que detém o domínio de bens intangíveis de maneira semelhante aos direitos de propriedade de ativos físicos.

³¹ Os procedimentos aos quais Cerny se refere são, em sua maioria, econômicos, mas por vezes políticos. Ver CERNY, Philip G., *Globalization and the Changing Logic of Collective Action*. International Organization, v. 49, n. 4, 1995. pp. 41-76.

³² Adiante, neste trabalho, será adotado, por vezes, o termo “propriedade real” com o intuito de distinguir a propriedade em seu sentido clássico da propriedade intelectual. Tal terminologia foi adotada por OSTERGARD Jr., Robert, *Intellectual Property: A Universal Human Right?*. Human Rights Quarterly, v. 21, n. 1, 1999. p. 166.

Argumentos que defendem a proteção ao direito da propriedade intelectual são sustentados, muitas vezes, por justificativas análogas à teoria do trabalho de John Locke em relação à propriedade. Nesse sentido, pode-se destacar entre suas idéias, que tiveram papel fundamental na formação do direito de propriedade tradicional no mundo moderno, a noção de proteção exclusiva da posse de objetos intangíveis que adquirem seu valor principalmente por meio de esforços criativos.³³ Uma compreensão mais detalhada destes alicerces teóricos contribui significativamente para a compreensão da problemática acerca da proteção internacional à propriedade intelectual.

John Locke justificava o direito de propriedade como consequência do trabalho. Os objetos produzidos por um indivíduo como resultado de seu labor são propriedade exclusiva daquele sujeito.³⁴ A teoria de Locke se mostra problemática, contudo, quando utilizada para justificar os direitos de propriedade intelectual. Em particular, a questão de se apropriar de algo por meio do processo inventivo, de forma cumulativa, implica um sério entrave. No caso de “objetos intelectuais”, a tecnologia que é desenvolvida por uma pessoa é empregada repetidamente em novos produtos sem que os privilégios de posse sejam assegurados a seu criador. De maneira semelhante, trabalhos literários freqüentemente são construídos baseados em esforços de outras pessoas. Isso não sugere, contudo, que os autores citados em obras científicas estejam intitulados a parte da posse do objeto. A utilização por outras pessoas de uma invenção não significa necessariamente uma agressão aos direitos de propriedade do criador. Ao contrário, por vezes, o objeto utilizado está justamente servindo seu propósito. O trabalho como meio de apropriação exclusiva é, portanto, um argumento frágil.

Outras distinções importantes devem ser destacadas entre a natureza da “propriedade” e “propriedade intelectual”. Argumenta-se que a propriedade não está associada exclusivamente à posse de certo objeto. A propriedade envolve uma relação entre o dono e outros indivíduos, no que tange determinado bem; é um direito contra terceiros que pode ser exercido para proteger a propriedade. No caso da propriedade intelectual, o

³³ Ver, nesse sentido, MOORE, Adam D., *A Lockean Theory of Intellectual Property*. Hamline Law Review, v. 21, 1997. pp. 65-108.

³⁴ Para Locke, existem duas restrições para aquisição de propriedade. A primeira é em relação à quantidade de propriedade, que deve se inserir na limitação abstrata do que seja suficiente para um e que não implique em perda para o proveito dos demais. Em outras palavras, o limite quantitativo apenas existe quando ameaçar as prerrogativas do outro. A segunda limitação remete a capacidade de aproveitamento, limitando a uma dimensão que possa ser usada sem que parte se torne obsoleta. LOCKE, John, *Two Treatises on Government*, 1821, in OSTERGARD Jr., Robert L., *Intellectual Property: A Universal Human Right?*. Human Rights Quarterly, v. 21, n. 1, 1999.

Estado deve garantir posse exclusiva de uma idéia ou trabalho, criando artificialmente uma relação entre os titulares dos direitos de propriedade intelectual e os demais. “Artificialmente” porque o indivíduo não possui meios de proteger o domínio de uma idéia, uma vez que ela tenha sido divulgada. Nesse sentido, a propriedade intelectual não é inerentemente exclusiva, e a proteção exercida sobre um trabalho intelectual ocorre apenas em um plano abstrato. A propriedade real, por sua vez, pode ser materialmente defendida por seus “donos”. O direito formal não é o único meio de assegurar tal proteção.

A propriedade, no sentido clássico, e a propriedade intelectual se diferem, igualmente, no que tange a finitude de sua natureza. A materialidade de um recurso inviabiliza a utilização concomitante de uma propriedade real, sem efeitos mútuos significativos. Isto porque os objetos materiais são inerentemente finitos, o emprego individual de uma propriedade real necessariamente ocorre em detrimento do uso de outra pessoa. Ao contrastar essa situação com o caráter da propriedade intelectual, a distinção é óbvia. A reprodução de um objeto intelectual atualmente encontra poucas limitações, com custo extremamente baixo e grande facilidade de difusão. Isso significa que os trabalhos intelectuais são recursos de natureza “inesgotável”, ou seja, um objeto intelectual pode ser utilizado sem implicar o prejuízo de outra pessoa que esteja em uso do mesmo trabalho.

A propriedade intelectual e propriedade real, portanto, são essencialmente diferentes. No entanto, no arcabouço legislativo, os fundamentos são semelhantes.³⁵ As leis de propriedade privada atribuem direitos que restringem a utilização do objeto à vontade de seu dono. A proteção à propriedade intelectual cria direitos igualmente exclusivos, atribuindo ao autor ou criador o controle sobre o emprego do objeto intelectual. O que as leis de propriedade intelectual fazem, em outras palavras, é dar ao sujeito a habilidade de alterar a natureza da maioria dos objetos intelectuais, eliminando sua essência não exclusiva.³⁶ A fonte de determinado objeto é artificialmente limitada por meio da introdução do controle exclusivo sobre a distribuição. A garantia de controle exclusivo sobre objetos intelectuais é uma tentativa de alterar sua estrutura inerente. Teorias tradicionais relativas à propriedade privada refletem idéias acerca da distribuição de objetos perecíveis, escassos ou depreciáveis – características que não se aplicam a propriedade

³⁵ A conjuntura da construção do arcabouço legislativo de proteção internacional da propriedade intelectual e suas características serão retomadas no Capítulo II desse trabalho.

³⁶ É justamente a natureza não exclusiva da propriedade intelectual, ou seja, o fato de qualquer número de pessoas poder deter um objeto intelectual ao mesmo tempo, que a distingue substancialmente das propriedades tangíveis. Ver, nesse sentido, BENTLY, Lionel, e SHERMAN, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2004.

intelectual.³⁷ Atualmente, o arcabouço normativo acerca da propriedade intelectual atribui direitos de controle para certos sujeitos, impedindo determinados usos em relação às expressões de idéias mercantilizadas. Esse cenário é consequência, em parte, do argumento de que a proteção à propriedade intelectual é pressuposto fundamental para assegurar a produção científica, cultural e tecnológica.

3.2 – A lógica do “incentivo” como pressuposto para a produção intelectual

Atualmente, as justificativas mais usuais de defesa à proteção da propriedade intelectual se aproximam da doutrina “utilitarista”. Os argumentos de tal corrente giram em torno da necessidade de incentivos para a produção intelectual. Quando nos referimos aos direitos atribuídos aos autores e inventores de ativos inovadores, entende-se, de forma geral, que o titular tem resguardada a exclusividade de deliberar sobre seu uso, e nesse sentido, seus direitos de monopólio³⁸ estão assegurados legalmente nos termos da proteção à propriedade intelectual. Tal posição se justifica na idéia de que esse poder privativo estimula o progresso científico e artístico, uma vez que os criadores são titulares de um direito de exploração de seus trabalhos. Em suma, a proteção à propriedade intelectual promove um incentivo positivo ao avanço científico e artístico.³⁹ Este seria o argumento utilitarista para a proteção à propriedade intelectual.⁴⁰

Segundo essa doutrina tradicional, o direito de propriedade é fundamentado na maximização dos benefícios que a sociedade pode obter, baseando-se no provimento de incentivos para a produção de novos objetos intelectuais. Ao atribuir direitos de propriedade ao criador, um incentivo é dado às pessoas que dedicam tempo e gastos para inventar novos produtos ou desenvolver novas idéias. Sem a proteção legal à propriedade

³⁷ Ver OSTERGARD Jr., Robert L., *Intellectual Property: A Universal Human Right?*. Human Rights Quarterly, v. 21, n. 1, 1999. p. 167.

³⁸ Monopólios, no contexto da proteção à propriedade intelectual, são assegurados pelo Estado, afastando-se do caráter ilegítimo atribuído ao conceito em termos de concorrência de mercado.

³⁹ ULLRICH, Hanns. *Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: A TRIPS Perspective*. Journal of International Economic Law, Cambridge: Cambridge University Press, v. 7, n. 2, 2004. p. 407. O argumento calcado na necessidade da proteção à propriedade intelectual para o desenvolvimento de inovações é igualmente questionável. A discussão será retomada na Capítulo III desse trabalho.

⁴⁰ Para mais informações entre a relação da teoria utilitarista e a proteção à propriedade intelectual, ver HUGHES, Justin, *The Philosophy of Intellectual Property*. Georgetown Law Journal, v. 77, 1988; Para um estudo do utilitarismo como abordagem ampla no campo do Direito, ver FEINBERG, Joel. *The Forms and Limits of Utilitarianism*. Philosophical Review, 1967.

intelectual não haveria estímulo para a produção de trabalhos intelectuais pois a reprodução livre não recompensaria de forma justa seu criador. O argumento utilitarista visa os benefícios no longo prazo para a sociedade, em que pesem os inconvenientes associados ao monopólio desses direitos. Tais inconvenientes incluem problemas como a restrição da difusão de tecnologia e a dependência criada entre a produção intelectual em relação à proteção dos direitos de propriedade.⁴¹

Apesar do caráter pejorativo atribuído ao termo, um monopólio significa simplesmente a exclusividade no que tange a propriedade, posse ou controle.⁴² Deste modo, se um sujeito é titular de todos os direitos de propriedade em um hectare de terra, ele terá direitos exclusivos – ou o monopólio – para determinar quem pode entrar em suas terras, quem pode utilizar das terras e como ela pode ser usada. O ponto negativo de um direito monopolístico é que o abuso de suas prerrogativas pode prejudicar outras partes privadas ou da sociedade. Importante reafirmar que tais direitos, quando aplicados à propriedade intelectual, são essencialmente estabelecidos por lei. A extensão na qual os tribunais irão adotar para proteger os direitos da propriedade intelectual sem o requisito estatutário ou conformidade legal é bem limitada.

O instituto do “monopólio” é amplamente aceito como instrumento fundamental dentro da estrutura normativa de proteção à propriedade intelectual, principalmente nos países desenvolvidos. Com efeito, o direito ao monopólio é considerado, em termos econômicos, necessário para amenizar o problema de “falta de exclusividade e escassez inerente aos ativos intelectuais.”⁴³ Tal direito visa compensar, portanto, a “falta de exclusividade”, tendo em vista que as inovações de bens intangíveis estão mais propensas as imitações e cópias, principalmente, diante dos avanços tecnológicos dos últimos tempos.

⁴¹ Para uma discussão acerca do caráter monopolístico da propriedade intelectual, ver MEINERS, Roger e STAAF, Robert, *Patents, Copyrights, and Trademarks: Property or Monopoly*. Harvard Journal of Law and Public Policy, v. 13, 1990.

⁴² A compreensão de que os monopólios são contrários aos interesses públicos em parte contribuí para que a proteção da propriedade intelectual não seja considerada um direito individual básico. Ver, nesse sentido, SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, marks, copyrights, patentes, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p. 9 : “O que é visto pelas potências do Ocidente como uma infração desses direitos não é, de fato, um crime nos países onde as criações são consideradas como direito do povo como um todo. A legislação foi difundida em muitos desses países, mas o *enforcement* dos direitos da propriedade intelectual permanece um problema complexo por causa da visão popular contra o reconhecimento de direito de propriedade a bens intangíveis.” Tradução do autor. A discussão acerca da compreensão popular sobre os direitos de propriedade intelectual contribuindo para o amplo descumprimento das normas que regulam esses direitos será retomado na seção B (2), desse capítulo.

⁴³ ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve*. International Journal of Law and Information Technology, v. 10, n. 1, Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 122.

Com efeito, esse material figuraria no mercado com um preço mais competitivo, dado que a cópia estaria isenta dos custos de pesquisa, desenvolvimento e reprodução. Assim, as leis de propriedade intelectual têm sido usadas não como parte de um contrato social entre autores e sociedade, mas como uma ferramenta para assegurar parte do mercado em uma economia global cada vez mais competitiva.

Embora o argumento de incentivo possa ser visto com certo ceticismo, ele não deve, contudo, ser descartado. De fato, as leis de propriedade intelectual podem induzir a atividade criativa e produção de alguns objetos intelectuais, aumentando a disponibilidade imediata de produtos, particularmente nos campos que exigem longos períodos de treinamento e possuem custos de pesquisa. No entanto, isso não implica a certeza de benefícios para o progresso econômico no longo prazo.⁴⁴ O argumento utilitarista enfatiza a propriedade privada e sua importância para o desenvolvimento econômico. No entanto, o foco é mal colocado. Tal atenção devia ser direcionada para a livre troca de idéias e atividades criativas que, cabe ressaltar, tem caracterizado muito do desenvolvimento e crescimento econômico ocidental.⁴⁵

A conclusão relevante, no entanto, que deve ser aqui destacada, é que as teorias que sustentam a proteção à propriedade intelectual, quando não se perdem na distinção entre “propriedade” e “propriedade intelectual”, defendem mecanismos legais que assegurem ao último os direitos inerentes ao primeiro.

⁴⁴ Esse argumento encontra suporte histórico. A China, por exemplo, alcançou impressionantes níveis de crescimento econômico inicialmente com leis de propriedade intelectual brandas e, mais recentemente, moderadamente rígidas mas pouco aplicadas na prática. OSTERGARD Jr., Robert L., *Intellectual Property: A Universal Human Right?*. Human Rights Quarterly, v. 21, n. 1, 1999. p. 165.

⁴⁵ Essa divergência caracteriza a disputa entre os países industrializados do Norte e as nações em desenvolvimento do Sul. Os países do Norte argumentam que uma proteção à propriedade intelectual rígida irá estimular o crescimento econômico em todos os países. Os Estados do Sul geralmente resistem ao argumento, afirmando que o acesso é necessário à tecnologias específicas como ajuda ao processo de desenvolvimento. Essa discussão será retomada no Capítulo II desse trabalho, no contexto da negociação do Acordo TRIPS para a proteção internacional da propriedade intelectual. Para uma discussão detalhada do debate entre países do Norte e do Sul acerca da proteção à propriedade intelectual, veja GUTTERMAN, Alan S., *The North South Debate Regarding the Protection of Intellectual Property Rights*. Wake Forest Law Review, v. 28, 1993. Para uma perspectiva incisiva na defesa da perspectiva dos países em desenvolvimento do sul, ver STORY, Alan, *Study on Intellectual Property Rights, the Internet, and Copyright*. Report for the Intellectual Property Commission, 2001. p. 4, tradução do autor. “Copyright deve servir essencialmente a função instrumentista de satisfazer os objetivos e valores sociais: a criação, disseminação e compartilhamento do conhecimento e da informação, e de uso público e de acesso. (...) Os preconceitos e interesses dos países desenvolvidos estão monopolizando a agenda internacional de direitos autorais, os interesses dos países menos desenvolvidos têm sido ignorados e, em qualquer caso, o direito autoral, um conceito ocidental, não é um pré-requisito para a produção de obras nos países menos desenvolvidos.”

3.3 - Particularidades do regime dos direitos autorais

Dentro do escopo da proteção à propriedade intelectual, os direitos autorais (*copyright*),⁴⁶ em especial, distanciam-se ainda mais do conceito tradicional de propriedade privada. Tais direitos visam proteger a expressão de uma idéia que, como os demais objetos tutelados pelos direitos de propriedade intelectual, é uma figura abstrata. No entanto, os institutos se diferem no que tange a forma de materialização dessas idéias que, no caso dos bens protegidos pelos direitos autorais no ambiente digital, são igualmente intangíveis. Essa característica torna as normas de *copyright* particularmente frágeis frente às novas tecnologias de transferência de informação.⁴⁷ A importância dessa distinção é fundamental, e será retomada com especial atenção dentro do contexto do estudo analítico do arcabouço normativo internacional de proteção a propriedade intelectual.⁴⁸ Portanto, o que se pretende, por ora, é demonstrar como a sobreposição conceitual, abordada nessa seção, é agravada dentro do regime específico dos direitos autorais.

Copyright nunca foi um conceito absoluto, estando sempre limitado por variáveis relacionadas tanto ao tempo quanto ao propósito. Os direitos autorais surgem inseridos em um regime de regulação na Inglaterra dos séculos XVI e XVII, para o qual a visão legal do século XIX de auto-regulação privada dos mercados foi, em parte, uma resposta. Inseridos na perspectiva liberal do século XIX, todo direito de propriedade tinha as mesmas características o direito da propriedade intelectual: limitado e produzido por um sistema regulatório público. A distinção entre público e privado se tornou, portanto, “uma questão não mais relativa aos limites do poder estatal e dos direitos privados, mas sim concernente

⁴⁶ As expressões “direitos autorais” e “copyright” serão utilizadas durante todos esse trabalho como sinônimas, sendo a última apenas a expressão em inglês da primeira, amplamente reconhecida no âmbito internacional.

⁴⁷ Importante ressaltar que toda criação intelectual é essencialmente intangível. O que é protegido, nesse sentido, é a expressão da idéia inovadora e criativa, e não a forma materializada propriamente dita. Este aspecto inclusive é fundamental na distinção entre “propriedade” e “propriedade intelectual”. Nesse sentido, não há distinção quanto ao caráter tangível do objeto tutelado. No entanto, o intuito dessa caracterização é no sentido pragmático da discussão. Contrapondo-se as patentes, concebidas basicamente em formas materiais, os direitos autorais, igualmente expressados em meios tangíveis (papel, disco ou *bytes*), no *ciberespaço* se apresentam, contudo, “materializadas” em um formato abstrato, com óbvias limitações físicas para a sua proteção. É em relação aos mecanismos de *enforcement* que os diferentes formatos das expressões dos objetos tutelados se tornam relevantes. E é, portanto, nesse sentido que esta seção utiliza o critério de diferenciação entre bens tangíveis e intangíveis tutelados pelo direito da propriedade intelectual. Ver SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, marks, copyrights, patents, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001.

⁴⁸ Ver Capítulo II desse trabalho.

a quais interesses a regulação do mercado deveria proteger, e qual distribuição de poder as normas deveriam adotar.”⁴⁹

Recentemente destacaram-se alguns trabalhos que abordavam as discussões sobre o direito internacional da propriedade intelectual.⁵⁰ Esses estudos analisaram criticamente o ambiente doutrinário, social, econômico e intelectual no qual emergiu o conceito de autoria. A criação legal e literária de autor, como criador de um trabalho individual e originário, sempre foi objeto de debate, mesmo durante seu desenvolvimento histórico na Europa Ocidental.⁵¹ O conceito emergiu em diferentes épocas e de maneiras marcadamente distintas entre os países europeus dos séculos XVII e XVIII.⁵² A ascendência das idéias de indivíduos com direitos de propriedade em relação a trabalhos literários ocorreu em um contexto de crescimento da impressão literária, de respostas às relações de mercado e da formulação de um novo modelo estético de leitura e escrita.

O aumento da literatura disponível e da impressão em massa teve diversos efeitos, dentre eles, uma ampla difusão de idéias, que possibilitou, inclusive, a criação da noção contraposta de esferas públicas e privadas da vida social. Os argumentos de Adam Smith de que a soma de decisões individuais, motivada por interesses particulares, produziriam um resultado favorável, tanto para o indivíduo como para o Estado territorial, caminha em conformidade com a agenda positivista do século XVII da modernidade insurgente.⁵³ Tais idéias refletiam, igualmente, a distinção que se consolidava de uma esfera privada, contrapondo ao ambiente público do mercado e da política dos Estados. Paralelamente, o direito à propriedade privada, opondo-se ao alcance do poder estatal, era visto como a base para a liberdade pessoal.

⁴⁹ AOKI, Keith, (*Intellectual*) *Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*. Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1321, tradução do autor.

⁵⁰ Destaca-se, nesse sentido, BOYLE, James, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; MOORE, Adam D., *Intellectual Property: Moral, Legal, and International Dilemmas*. Boston: Rowman and Littlefield, 1997; BENTLY, Lionel, e SHERMAN, B., *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁵¹ A noção de *copyright* como “propriedade intelectual” é uma criação relativamente nova. No Direito Anglo-Americano, *copyright* era visto historicamente como uma forma de monopólio, e, como tal, é marcada pela sua associação com o abuso de prerrogativas de *royalties* que caracterizou a prática inglesa de garantir “*letter patent*” como recompensa, ao invés de meios de incentivar a inovação. A própria noção de *copyright* surgiu do monopólio assegurado a *Stationers’ Company*, uma instituição que controlava o mercado de publicações inglesas entre os séculos XVI e XVIII. Como monopólios, *copyright* e patentes eram vistos pelos liberais do século dezoito como mal necessário, provendo incentivo aos autores e inventores, mas ainda sim, um mal. Para mais, ver PRICE, William Hyde Price, *The English Patents of Monopoly*. Houghton Mifflin, 1906. pp.16-17

⁵² Ver COOMBE, Rosemary J., *Challenging Paternity: Histories of Copyright*. Yale Journal of Law & the Humanities, v. 6, 1994. pp. 397-398.

⁵³ AOKI, Keith, (*Intellectual*) *Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*, Stanford Law Review. v. 48, n. 5, 1996. p. 1326.

No início do século XVIII, emergia na Europa a tentativa de vincular, por analogia, os interesses do autor em relação ao seu trabalho intelectual ao recentemente consolidado direito de propriedade. No entanto, essa comparação já se mostrava distorcida e incoerente, particularmente por causa da intangibilidade dos direitos em questão. Nesse sentido, os direitos autorais insurgentes eram limitados, e vistos, pelo menos na Inglaterra, como estatutário, e não como um direito natural.⁵⁴ Inseridas nesse contexto, as normas de *copyright* não tinham como objetivo conferir propriedade como um direito do autor, mas objetivava regular a produção de cópias de “trabalhos literários”.

Ao analisar as limitações do escopo e a natureza regulatória das normas que originaram os direitos autorais é que se compreende como e por que as expressões e conhecimentos chamados de “trabalhos literários” não eram, em matéria de propriedade, destinados a serem susceptíveis de apropriação, no sentido de se tornarem objetos de posse. A expansão e generalização do escopo da proteção aos direitos autorais no mundo, principalmente nos Estados Unidos durante os séculos XIX e XX, que paulatinamente permitiu que idéias e conhecimentos fossem caracterizados como “posse” do autor, mesmo com a tecnologia provendo cada vez mais caminhos para disseminação ampla e de baixo custo.

As primeiras normas de direitos autorais enfatizavam uma “preocupação pública” que visava o “encorajamento do aprendizado”, ou seja, estimular o investimento em um livro publicado por meio de restrições às competições que um editor teria que enfrentar por um período limitado de tempo. Em outras palavras, a expressão de um trabalho intelectual estaria protegida contra as cópias ilegais, e não as idéias nele contidas. Ao contrário, o objetivo era justamente a difusão da forma mais ampla possível. O reconhecimento legal da autoria no primeiro estatuto Inglês acerca dos direitos autorais era destinado a recompensar autores como um tipo especial de direito regulatório: a prerrogativa de evitar que outros façam cópias de seus trabalhos literários sem pagar uma compensação.⁵⁵

Foi o surgimento da visão “romântica” de autoria narrada por Rosemary Coombe, concomitante à ascensão da esfera privada no mercado, que serviu de estrutura para se começar a falar de “propriedade privada” dos autores, que era caracterizada por sua

⁵⁴ PRICE, William Hyde Price, *The English Patents of Monopoly*. Houghton Mifflin, 1906. pp.16-17

⁵⁵ *Act of Encouragement of Learning* de 1709, realizado pela Rainha Ana é conhecido com a primeira lei de *copyright* moderna e endereçava somente ao direito de fazer cópias e assegurava proteção somente contra a pirataria de trabalhos impressos. Ver nesse sentido, FEATHER, John, *A History of British Publishing*. Routledge, 2006.

originalidade e protegida por meio das leis de *copyright*. A possibilidade de que uma idéia “original” de um autor pudesse ser objeto de posse, no sentido clássico de “propriedade”, impregnou os direitos autorais por meio do discurso da “autoria romântica”⁵⁶. Coombe descreveu a formação ideológica que cercava a emergência do “autor”, representado em termos “românticos” com um indivíduo autônomo que criava ficções com sua imaginação livre de qualquer restrição.

*Para tal autor, qualquer coisa no mundo deve estar disponível e acessível como um “idéia” que pode se transformar em sua “expressão” que então se torna seu “trabalho”. Por meio de seu labor, ele faz dessas “idéias” suas próprias, a posse de seu “trabalho” se justifica por sua atividade expressiva. Enquanto o autor não copiar nenhuma outra expressão, ele é livre para achar seus temas e idéias onde quer que ele deseje, e transformá-las em suas (esse é igualmente o modelo de autoria que domina as leis de copyright Anglo-Americanas). Qualquer tentativa de restringir sua habilidade de assim o fazer é vista como censura e uma restrição injustificada à liberdade de expressão. A dialética do individualismo possessivo e da democracia liberal é portanto afirmada.*⁵⁷

Atualmente, os direitos autorais são muitas vezes compreendidos como uma delegação de poder público para taxar os direitos autorais privados cujo objetivo de recompensar como uma renda futura provida pelos usuários do trabalho protegido. É com a valorização – não de todo injustificada – do trabalho criativo em relação às outras formas de labor que dá-se início a expansão dos direitos de propriedade intelectual e o esforço de sua ampliação no âmbito global. Com a expansão do escopo do direito da propriedade intelectual, disseminou-se a idéia de que a própria informação poderia ser apropriada, um resultado que seria incompreensível para uma escola jurídica do século XVIII e XIX. Ao desenhar fronteiras conceituais de propriedade autoral tão expansivamente, esses limites legais demarcam linhas entre idéias e expressões, entre bem público e propriedade privada, entre informação como *commodity* e informação como um processo constitutivo não comerciável, e como consequência emerge uma dinâmica problemática. Aspectos crescentes do imaginário cultural estão sendo cerceados por prerrogativas de propriedade

⁵⁶ Ver COOMBE, Rosemary J., *Life Out on the Information Highway*, Oregon Law Review, v. 75, 1996. p. 237-241.

⁵⁷ COOMBE, Rosemary J., *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy*. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, v. 6, n. 2, 1993. p. 249, tradução do autor.

intelectual. As leis de *copyright* focam na proteção dos interesses autorais em detrimento dos interesses do público, e a idéia passa despercebida de que os direitos autorais não são absolutos, mas conferem aos sujeitos uma importante condição de promoção do progresso da ciência e das artes.

Ironicamente, a resposta para a evolução contínua na direção de uma economia global sustentada e dependente do fluxo de informação está se apresentando na forma de legislações domésticas mais rigorosas acerca da propriedade intelectual, que se reproduzem nos diversos acordos internacionais e multilaterais. O resultado é um regime no qual suas premissas já demonstravam sinais de ruptura há mais de um século. Esses pressupostos tornam-se ainda mais inconsistentes, dadas as peculiaridades dos direitos autorais, inseridos no ambiente da *internet*.

Conclui-se, portanto, que os conceitos tratados de “público” e “privado”, “internacional” e “doméstico”, “soberania” e “territorialidade” devem ser reavaliados diante de uma realidade totalmente diversa daquela que resultou na ascensão desses institutos. Se a inadequação conceitual é evidenciada na conjuntura do ciberespaço, os problemas inerentes para a governança desse ambiente devem ser melhor compreendidos. O modelo de relação virtual constituído na era digital cria grandes entraves para qualquer tentativa de regulação desse cenário. Nesse sentido, a questão se distancia da análise conceitual do sistema internacional no qual se insere a proteção à propriedade intelectual e parte para uma perspectiva estrutural do problema. Os avanços tecnológicos da era digital não somente colocam em xeque alguns paradigmas tradicionais aplicados ao direito internacional da propriedade intelectual, mas levantam questões técnicas acerca da capacidade do modelo de governança desses direitos de regular efetivamente as relações no ciberespaço. Esse, portanto, será o tema da próxima seção.

Seção II - Problemas estruturais do sistema de proteção à Propriedade Intelectual – os Direitos Autorais na Era digital

O cenário internacional atual caracteriza-se pela condição de que a maioria das criações humanas podem ser reproduzidas e distribuídas infinitamente, praticamente sem custo algum. A experiência nos mostra que a *internet* elevou o nível de cópias exponencialmente, desde que a reprodução se tornou ainda mais fácil com os novos

instrumentos técnicos e, no mesmo sentido, as cópias se tornaram indistinguíveis. Com os avanços da tecnologia digital, a réplica pode tomar lugar de seu original de maneira quase imperceptível e sem custo para o copiadador. Anteriormente, um consumidor comum não tinha capacidade de afetar diretamente o regime de direitos autorais, pois não possuía acesso à tecnologia para reproduzir trabalhos protegidos em escala comercial significativa. Nesse sentido, os detentores dos direitos autorais não tinham motivos para se preocuparem com a ausência de reconhecimento, difusão e aceitação em larga escala das normas de *copyright*.⁵⁸ O desenvolvimento da *internet* alterou por completo essa perspectiva.⁵⁹

1. A proteção dos Direitos Autorais frente às novas tecnologias de comunicação

Muitas das contingências causadas pelos avanços tecnológicos da era da informação foram descritas como a conjuntura na qual se evidenciava a inconsistência conceitual para lidar com questões de propriedade intelectual no ciberespaço. Destaca-se, nesse sentido, a dificuldade de regulamentar as relações que não são abarcadas pela dinâmica interestatal. Isto é, o controle da transferência de um bem que desconhece qualquer tipo de fronteira territorial não é apenas conceitualmente problemático, mas tecnicamente desafiador. O dilema não remete a uma simples adequação a uma demanda supranacional, mas sim ao desenvolvimento de mecanismos que controlem, materialmente, um objeto imaterial.

Ademais, deve-se reforçar algumas diferenças relevantes entre os problemas envolvendo as normas de *copyright* na era digital, e na era analógica que a precedeu. Apesar da cópia digital não autorizada não se distinguir quanto à forma da cópia analógica, elas certamente são distintas em escala. A *internet* permite a distribuição global instantânea de músicas, filmes e trabalhos literários sem custo algum. Nesse sentido, a solução judicial não parece ser um caminho eficiente no contexto atual devido à dificuldade de processar o

⁵⁸ JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v. 56, n. 2, 2003. p. 550

⁵⁹ Dennis Karjala desenvolve o conceito de “vulnerabilidade no desvio de apropriação” (*vulnerability to misappropriation*) referindo-se aos produtos competitivos que potencialmente podem ser reproduzidos rapidamente e com baixo custo após o original aparecer no mercado mas antes que o criador original tenha a chance de recuperar seus investimentos. O autor distingue, ainda, sua definição do conceito de “falha de mercado” adotada no *Manifesto* de 1994, do Professor Reichman e outros autores, creditando ao seu conceito um maior poder analítico, isso porque ele não foca em objetos específicos de proteção, como compilações industriais, *know-how*, ou algoritmos, mas visa os métodos de obtenção de informação que, se permitido, resultaria no desincentivo para criar novos trabalhos. Ver KARJALA, Dennis S., *Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm*, Columbia Law Review, v. 94, n. 8, 1994. p. 2595.

expressivo número de usuários infringentes dentro dos limites da jurisdição de um Estado. Apesar das redes de compartilhamentos de arquivos afetarem diretamente e de forma relevante os ganhos de uma grande empresa de mídia, a ameaça de litígio legal têm se mostrado um esforço meramente simbólico.⁶⁰ Afinal, os números impressionantes de usuários que podem fazer a cópia de um mesmo material, em qualquer lugar do mundo, simultaneamente, deixam claro os limites desta alternativa.⁶¹

A velocidade do desenvolvimento da informação e das tecnologias de comunicação implica, igualmente, transformação das dinâmicas que envolvem a propriedade intelectual em diversas dimensões. Destaca-se, nesse sentido, as expectativas públicas de acesso barato ou até gratuito a qualquer tipo de material gerada pela facilidade na troca de informação. Surge, portanto, a necessidade de balancear o desejo dos detentores dos direitos e o interesse do público em geral, visto que o sistema de proteção à propriedade intelectual é dependente direto do comportamento público. Nesse sentido, o enfoque analítico não pode mais estar exclusivamente nos direitos dos produtores; o direito de propriedade intelectual deve ser examinado, igualmente, sob a perspectiva do consumidor, e do bem-estar nacional. Em outras palavras, as novas tecnologias digitais levantam questões fundamentais acerca da estrutura social e política, que demanda uma discussão mais ampla entre diversos grupos da sociedade civil, e a solução por meio de um processo democrático. Não pode ser decidida à revelia, como consequência aleatória da evolução tecnológica, e nem mesmo pode ser orientada por previsões teóricas precipitadas. “O problema que permanece envolve a governança internacional, não-geográfica e a reconciliação das diversas crenças sociais, culturais, políticas e econômicas sobre o que é certo.”⁶²

Outro agravante reside no fato da tecnologia digital ter obscurecido a distinção entre ler e copiar. A digitalização faz com que a cópia e a transferência sejam tão fáceis e de baixo custo que elas acabam se fundido em uma só atividade. Para que algo seja lido na *internet*, primeiro uma cópia é feita na memória do computador. Para se apropriar de algum

⁶⁰ Os problemas de mecanismos de *enforcement* das normas internacionais de direitos autorais apoiadas fundamentalmente em instrumentos domésticos serão retomados detalhadamente no capítulo II, como um questionamento relativo ao arcabouço normativo internacional, que institucionaliza essa dinâmica.

⁶¹ Um exemplo relevante para esse argumento é o *Napster*, programa para baixar músicas para o computador, muito popular no final dos anos 90, que registrou o expressivo número estimado de trinta e sete milhões de visitantes, em sua maioria para baixar trabalhos protegidos por *copyright* sem autorização. Outro dado interessante é que 40% dos usuários de *internet* nos Estados Unidos já baixaram arquivos de músicas em formato MP3 em seus computadores. JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v. 56, n. 2, 2003. p. 538.

⁶² KOBRIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*, Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001. p. 700, tradução do autor.

material ou “copiar” algo no sentido tradicional, o procedimento é exatamente o mesmo do realizado para leitura, nada mais. Isso dificulta a caracterização da própria conduta infringente.

Com efeito, o que se destaca é que as questões estruturais relativas à propriedade intelectual, especialmente aos direitos autorais, no ciberespaço, remetem a um desafio de caráter técnico, e não somente político. As novas tecnologias do ambiente digital colocam em xeque os mecanismos tradicionais de controle, e portanto, não podem ser reguladas senão por instrumentos igualmente inovadores. As diferenças remetem à natureza das próprias relações, e, nesse sentido, qualquer tentativa de governança por analogia a modelos já existentes está fadada ao fracasso.

Nesse sentido, Christopher Jensen argumenta que a perspectiva das indústrias de *copyright*, ao tentar abordar os direitos autorais como propriedade não somente falha em seu objetivo de aumentar a eficácia das normas de direitos autorais, como, por vezes, é contra-produtivo.⁶³ O autor descreve uma discrepância entre a visão dos trabalhos intelectuais como “propriedade privada”, difundida entre os sujeitos da proteção aos direitos autorais, e a percepção popular das normas de comportamento aceitáveis no que tange a utilização da *internet*. A tentativa de evitar o descumprimento das normas de *copyright*, aproximando estas das leis de proteção às propriedades materiais, acabou resultando em um distanciamento ainda maior entre os detentores dos direitos autorais e os usuários que desfrutam destes trabalhos por meio da *internet*.

Em outras palavras, esse afastamento polariza as partes envolvidas: de um lado, os que produzem os objetos intelectuais, e do outro, os que usufruem desses materiais. Tal polarização cria esferas completamente distintas, inclusive em relação a princípios basilares, como a noções morais de “certo” e “errado”. Isto é fundamental para a ineficiência do sistema de proteção à propriedade intelectual na era digital pelo fato das pessoas estarem mais propensas a obedecer a uma norma jurídica se ela refletir seus julgamentos morais.⁶⁴ O resultado dessa dinâmica foi uma noção difundida mais branda no que tange à ilegalidade de tais atos. A consciência de estar cometendo um crime ao

⁶³ JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v.. 56, n. 2, 2003. p. 564.

⁶⁴ Ver, nesse sentido, MOORE, Adam D., *Intellectual Property: Moral, Legal, and International Dilemmas*. Boston: Rowman and Littlefield, 1997.

reproduzir certos documentos é significativamente menor se comparado a outras condutas criminosas.⁶⁵

2. O baixo custo do descumprimento das normas de direitos autorais – a violação como prática corriqueira no ciberespaço

As novas tecnologias transformaram a capacidade de se fazer cópias. O que no passado era exclusividade de especialistas técnicos, passou a ser prerrogativa de qualquer indivíduo. O cenário que se tem, nesse sentido, é uma sociedade infringente em potencial que, em sua maioria, simplesmente ignora as leis de *copyright*. Em outras palavras, “as leis de cópia são quase a mesma categoria das leis de limite de velocidade – as pessoas esquecem que elas estão lá.”⁶⁶

Esse fenômeno pode ser compreendido como uma conseqüência do problema estrutural gerado pela dinâmica de funcionamento das relações no ciberespaço. Duas perspectivas se destacam nesse sentido. Por um lado, os avanços tecnológicos viabilizaram a reprodução de obras intelectuais em grande escala. Mecanismos de proteção e violação estão sendo reinventados constantemente, e esse processo acelerado impede qualquer solução técnica definitiva. Por outro lado, essa facilidade de violação em uma proporção nunca antes imaginada complica igualmente a tutela dos direitos autorais por mecanismos judiciais. O número de processos que resultam em punição de um infrator ou ressarcimento dos titulares de direitos autorais é irrisório se comparado com as estimativas de violações que ocorrem no mundo inteiro.⁶⁷ Mesmo que fosse viável localizar e identificar cada infração, os tribunais e cortes domésticas não suportariam, em seu formato atual, uma demanda dessa magnitude. Apesar das tentativas de se ampliar a jurisprudência nesse sentido, o esforço judiciário permanece meramente simbólico.

O que se tem, portanto, é uma grande facilidade técnica de violação paralela a uma dificuldade significativa de controle e regulação. Isso diminui substancialmente os custos do descumprimento das normas de direitos autorais. Nota-se, contudo, que diante de uma

⁶⁵ Ver WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?* International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 9, n. 2, 2001. p. 177.

⁶⁶ OETTINGER, Elmer R., *Copyright Laws and Copying Practices*, Institute of Government, University of North Carolina (Chapel Hill), 1968. p. 28.

⁶⁷ Para dados ilustrativos nesse sentido, ver nota 62.

análise mais abrangente acerca das possíveis justificativas para a desobediência generalizada das normas de direitos autorais, vários argumentos corroboram ou ampliam essa noção da infração motivada pelos baixos custos do descumprimento. Obviamente, não se pretende aqui discutir as questões relativas ao motivo que leva as pessoas a obedecerem a lei. Essa é uma discussão primária no estudo jurídico que há muito tempo incomoda os filósofos legais,⁶⁸ e seria descabida qualquer pretensão de um debate com rigor analítico nesse trabalho. O intuito, portanto, é apenas destacar alguns argumentos que elucidam esse caráter tão marcante da proteção dos direitos autorais na *internet*, qual seja, o difundido desrespeito às leis de *copyright*.

Qualquer discussão sobre os motivos pelos quais as pessoas obedecem às leis deve perpassar pelo poder coercitivo do Estado: pessoas irão para a cadeia, pagarão multas, ou perderão privilégios de cidadania se descumprirem a lei. Contudo, o medo da punição não justifica, por si só, a predisposição das pessoas para cumprir as regras legais. É nesse ponto que as visões dos filósofos do Direito são as mais variadas. Os argumentos buscam rejeitar o foco limitado na sanção legal caracterizado por Austin e Bentham⁶⁹ e procuram por explicações alternativas para o aparente “hábito” de conduta obediente à lei (*law-abiding*)⁷⁰. Por exemplo, Hart observou que as pessoas podem obedecer à lei por diversos motivos, incluindo cálculos racionais de custos e benefícios, por um interesse subjetivo em relação ao bem estar do outro, e alguns porque a obediência as regras é interpretada como respeito a si próprio.⁷¹ Em outras palavras, o medo da punição é apenas um dos vários fatores que asseguram o comprometimento às leis.

Outra abordagem, no mesmo sentido, afirma que as convenções sociais podem atuar aumentando o “custo” da violação de regras, criando constrangimentos para o não

⁶⁸ HART, H.L.A., *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997 (1961). Para uma abordagem jurisprudencial para a questão de obediência às leis, DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, argumentando que a legitimidade da ordem legal e a obediência à lei estão baseadas na aceitação de princípios comuns que definem direitos e deveres entre os membros da sociedade. Uma abordagem diferente é adotada por RAWLS, John, *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, segundo a qual os indivíduos restringem sua liberdade em maneiras necessárias para tirar vantagens de todos, e aqueles que se submeteram àquelas restrições possuem um direito de similar aquiescência em parte daqueles que se beneficiaram de suas respectivas submissões. Não podemos ganhar do trabalho de cooperação de outros sem fazer nossa parte justa.

⁶⁹ AUSTIN, John, *Lecture XXII: Duty, Injury and Sanction, in Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. Robert Campbell Ed., 1885 enfatizava o papel do medo à punição para *enforcing* os deveres legais e obrigações; BENTHAM, Jeremy, *A Fragment ON Government*. Cambridge University Press, 1988, dizia que nada, sem a noção de punição, pode se tirar a noção de direito ou dever.

⁷⁰ JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v. 56, n. 2, 2003. p. 534.

⁷¹ HART, H.L.A., *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997 (1961). p. 193.

cumprimento das normas convencionais de comportamento.⁷² Conseqüentemente, a desaprovação, ostracismo, ou culpa que resultam da não adequação aos padrões convencionais de conduta podem suprir ou até substituir completamente a ameaça de punição, como um meio de assegurar que tais regras sejam cumpridas.⁷³ Mark Tushnet faz descrição similar, observando que normas “não-legais” algumas vezes substituem as legais, como nos casos em que o sistema social utiliza de sanções, como a desaprovação, para induzir pessoas a agir como o sistema deseja.⁷⁴ Em determinadas circunstâncias, o sistema legal pode, inclusive, corroborar com as regras “não-legais” desenvolvendo, por exemplo, métodos para encorajar o emprego de tais sanções.

Um bom exemplo refere-se aos sinais de trânsito. A maioria dos cidadãos respeita os sinais de trânsito, parando o veículo quando diante da luz vermelha. Na hora de um trânsito intenso, o conteúdo normativo que induz à tal conduta é ambíguo: as pessoas podem agir dessa maneira pelo medo de serem punidas ou por preocupações pela própria segurança. No entanto, parte dos motoristas também respeita o sinal vermelho durante a madrugada, quando uma simples análise de custo e benefício poderia sugerir o desrespeito à regra. A dificuldade de explicar tal comportamento por uma visão utilitarista simples sugere que o cálculo normativo intuitivo de “certo” e “errado” leva a decisão de parar frente ao comando legal implícito na luz vermelha.⁷⁵

Enquanto a norma de obediência à lei é premissa fundamental do contrato social, a decisão do indivíduo de obedecer ou não a uma regra legal específica reflete igualmente a compreensão social associada a uma decisão particular. A compreensão social da conduta de um indivíduo pode moldar o conteúdo da própria lei positiva. Dworkin refere-se a esse processo como “atitude interpretativa”, isto é, um tentativa de tentar impor um significado a

⁷² Ver LESSING, Lawrence, *The Regulation of Social Meaning*. University of Chicago Law Review, 1995. Ele observa que o entendimento social provê uma fonte semiótica para os membros de uma sociedade ou subcultura que pode induzir outros a comportar de certa maneira. POSTNER, Eric A., *Law, Economics, and Inefficient Norms*, University of Pennsylvania Law Review, v. 144, 1996, definindo normas como uma regra que distingue comportamento desejado e o não desejado dando a terceiros a autoridade de punir pessoas que se engaja em um comportamento não desejado. SUSTEIN, Cass, *Social Norms and Social Roles*. Columbia Law Review, v. 96, 1996, definindo normas como atitudes sociais de aprovação ou desaprovação, especificando o que pode ser feita ou o que não pode ser feito.

⁷³ As normas sociais podem surgir independentemente do direito positivo. Por exemplo, o famoso caso citado por Hart da pessoa que retira o chapéu ao entrar na igreja. Contudo, neste trabalho foca-se nas normas sociais que funcionam em acordo com o direito positivo, que impõem observância das regras legais. JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v. 56, n. 2, 2003. p. 536.

⁷⁴ TUSHNET, Mark, *Everything Old is New Again: Early Reflections on the New Chicago School*. Wisconsin Law Review, v. 1998, n. 2, 1998.

⁷⁵ JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v. 56, n. 2, 2003. p. 536.

uma instituição e então reestruturar à luz daquele significado.⁷⁶ O estudo de Richard Ellickson citado por Jensen⁷⁷ relativo ao direito de propriedade entre os fazendeiros na Califórnia exemplifica o argumento. Ellickson observou que ao invés de cercar o gado em seus pastos, a convenção social imposta aos fazendeiros de respeito aos limites da propriedade era mais usual como mecanismo de proteção aos seus bens, mesmo que, em muitas circunstâncias, cercar fosse mais eficiente. Isto reflete a internalização de um conceito de direito de propriedade real que implica responsabilidade moral ao fazendeiro. A fonte desse instituto moral é pouco clara, mas é assentada em noções de respeito mútuo à propriedade privada entre vizinhos.

No entanto, independentemente de sua origem, é claro que a compreensão social de invasão a uma propriedade real não pode ser aplicada no direito da propriedade intelectual. Normas de conformidade voluntária geralmente são fundadas em expectativas de reciprocidade. As pessoas valorizam a experiência de comportamento cooperativo para seu próprio bem, no entanto, os mesmos indivíduos irão deixar de contribuir voluntariamente se perceberem que os outros estão falhando em contribuir para prover o bem comum.⁷⁸ Se, de fato, pode-se concluir a importância da compreensão social na construção e reafirmação do direito de propriedade real, a questão permanece em relação ao papel da compreensão social relativa à infração aos direitos autorais.

Como abordado em seções anteriores deste trabalho, explicações simples para o não cumprimento em relação às leis de *copyright* envolvem a natureza etérea das próprias

⁷⁶ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 47.

⁷⁷ ELLICKSON, Robert C., *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (1991) in JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v. 56, n. 2, 2003.

⁷⁸ A utilização do “dilema do prisioneiro” como metáfora aponta a deserção como estratégia dominante para realização do interesse próprio. “O dilema do prisioneiro consiste em uma situação hipotética segundo a qual dois suspeitos de um crime são interrogados em um distrito policial. Cada um dos prisioneiros encontra-se em uma cela, incomunicável. O investigador não possui provas contra os acusados; contudo, além de estarem impedidos de se comunicar, os suspeitos não sabem, com exatidão, quais são as evidências de que o investigador dispõe. O jogo apresenta então uma situação, segundo a qual a possibilidade de cooperação entre os suspeitos – ambos negando o conjunto de acusações – apresenta o melhor resultado para ambos. Nesse caso, o investigador poderia acusá-los apenas de um crime menor, que os levaria, se condenados, ao encarceramento de 30 dias. O investigador contudo oferece aos suspeitos um acordo, segundo o qual aquele que cada um que confessar – diante da negação do outro suspeito – poderá sair livre. Cria-se então uma situação em que, a despeito do melhor resultado poder ser alcançado através da cooperação o ambiente de incerteza e a ausência de informações conduz os dois prisioneiros à confissão, gerando um resultado sub-ótimo. No campo das relações internacionais a corrida armamentista é em geral o exemplo mais citado para ilustrar a dinâmica do dilema do prisioneiro. A respeito do dilema do prisioneiro e suas aplicações sobre a análise da política internacional, veja-se SNYDER, Glenn. *Prisoner's dilemma and chicken models in international politics*. International Studies Quarterly, n. 15, março de 1971.” ESTEVES, Paulo, *O regime internacional de controle do transporte transfronteiriço, armazenamento e manejo de resíduos perigosos*. Anais do II Encontro Anual da ANPPAS, 2004.

normas. Os direitos autorais protegem expressões originais e sua reprodução independe de qualquer objeto material que represente o trabalho protegido por tais normas. Ademais, diferentemente da propriedade real, os direitos autorais – e as outras formas de propriedade intelectual – não são competitivas. Isso significa que um ou mil usuários utilizando um trabalho protegido pelas normas de *copyright* não prejudica de nenhuma maneira a utilidade em relação ao próximo usuário. Nesse sentido os infratores ignoram os danos causados por suas ações.

É claro, contudo, que existem vítimas no caso de infrações a essas normas. São eles autores, compositores, e outros artistas que deveriam receber *royalties* pelo uso de seus trabalhos. No entanto, essas vítimas não vivem na vizinhança do usuário que compartilha arquivos *online*. Nesse sentido, é improvável que ofensor e ofendido se quer se conheçam. No caso estudado por Ellickson, pode-se destacar o desenvolvimento e manutenção de normas com o objetivo de maximizar o bem estar agregado aos membros envolvidos no convívio diário. As normas de *copyright* não se enquadram nessa rede de relação social que reafirma ou supre o conteúdo de uma norma jurídica.

As prerrogativas dos sujeitos protegidos pelos direitos autorais, incluídas dentro do âmbito da propriedade intelectual, se inserem em um arcabouço jurídico que Wesley Hohfeld denomina de “direitos *in rem*”⁷⁹. O autor descreve os direitos *in rem* em quatro características basilares: (i) uma classe ampla e indefinida de titulares de direitos (*dutyholders*); (ii) o fato de que os direitos são atribuídos a uma pessoa somente enquanto aquele indivíduo é identificado como “dono” de uma coisa em particular; (iii) o fato de que a todas as pessoas são atribuídos deveres em relação a uma classe igualmente ampla e indefinida de titulares de tais direitos; e (4) que tais direitos implicam deveres de abstenção, ao invés de deveres de conduta. Em síntese, os direitos autorais são válidos em relação a todas as pessoas, e aplicáveis em favor uma ampla e indefinida classe de titulares de direitos.

Contudo, o desrespeito aos direitos autorais no ambiente digital permanece amplamente difundido. Apesar da imposição desses direitos por meio de sanção legal não ser impossível, com precedentes em diversas partes do mundo, a ameaça ou o próprio litígio pouco efeito surtiu em relação à imensa quantidade de material protegido por direitos

⁷⁹ HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale University Press, 1917.

autorais disponível irregularmente na *internet*.⁸⁰ Jensen sugere que os sujeitos da proteção aos direitos autorais devem buscar traduzir a justificativa legislativa e jurisprudencial em um padrão de moralidade publicamente aceito.⁸¹

Um ponto, nesse sentido, é favorável aos titulares dos direitos autorais: diferente de tempos passados, atualmente todos estão cientes da existência de normas jurídicas de proteção à autoria. Notícias de processos contra usuários de *internet* e programadores de *softwares* de compartilhamento de arquivos estão estampados nas capas dos jornais de todo o mundo. Pode-se dizer que a noção de ilicitude da reprodução de arquivos sem autorização está inserida no senso comum. O desafio é construir um regime de direitos autorais digital que consiga vincular essa consciência à percepção comum de justiça que tanto enfraquece o escopo dos direitos autorais.

Jensen completa seu argumento afirmando que o cumprimento das leis está igualmente vinculado à percepção de legitimidade das instituições legais. Ele cita o exemplo dos procedimentos para decretar e assegurar as leis, que serão legitimados se considerados “justos” pelo público em geral.⁸² A falta de legitimidade compromete igualmente os mecanismos de *enforcement* das normas de *copyright*. Diferentemente da moralidade, sentimento que sugestiona se determinado ato é certo ou errado, a legitimidade envolve a percepção em relação à obrigação de cumprir determinada lei em geral.⁸³ Tom Tyler, no mesmo sentido, aponta que as pessoas geralmente estão dispostas a obedecer as regras legais decretadas por autoridades as quais são reconhecidas como legítimas, uma compreensão que depende se o procedimento para promulgação das normas jurídicas é visto como justo, bem como se as autoridades legais que fazem as regras são vistas como confiáveis. Tyler afirma que as pessoas estão mais sujeitas a considerar como justo, e aceitar decisões das quais eles participam. Habermas⁸⁴ corrobora, afirmando que legitimidade pode surgir do consenso coletivo, ou pelo menos majoritário no processo de

⁸⁰ “Pode-se concluir, apoiado no que se viu dos conflitos judiciais em torno do Napster, que a indústria de *copyright* pode vencer algumas batalhas e ainda assim perder a guerra contra a infração dos direitos autorais.” JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v. 56, n. 2, 2003. p. 539.

⁸¹ JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v. 56, n. 2, 2003. p. 566.

⁸² Existem autores, no entanto, que negam a existência de uma conexão causal entre legitimidade e vontade de obedecer às leis, argumentando que a obediência é produto do hábito e do interesse racional dos indivíduos. Nesse sentido, ver HYDE, Alan, *The Concept of Legitimation in the Sociology of Law*, Winsconsin Law Review, 1983.

⁸³ TYLER, Tom R., *Compliance with Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective*. NYU Journal of International Law & Politics, v. 29, 1997.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT Press, 1998.

discurso dentro da política democrática. Na seara do Direito, isso sugere a importância de envolver os cidadãos no desenvolvimento e implementação das leis de propriedade intelectual.

Os indivíduos que utilizam os trabalhos protegidos por direitos autorais estão claramente excluídos dos procedimentos que determinam o conteúdo e o limite das leis de *copyright*. Isso afeta diretamente a concepção de justiça atribuída aos direitos autorais, e reforça, para o grande público, o entendimento de que as normas de direitos autorais existem exclusivamente para os benefícios econômicos de poucos. O cumprimento voluntário às leis de propriedade intelectual em geral – e às normas de *copyright* em particular, sofrem com uma percepção generalizada de falta de justiça procedimental e desconfiança pública. Esse processo demonstra a percepção, normalmente precisa, de que as normas de *copyright* são construídas por e beneficiam um pequeno grupo de interesses investidos.

3. Entraves estruturais como parte do problema

As questões levantadas nesta seção remetem aos entraves estruturais relativos à proteção dos direitos autorais na era digital. Os desenvolvimentos tecnológicos alteraram significativamente o formato das relações internacionais nas quais se inserem predominante as transferências de objetos tutelados pelos direitos autorais. Se analisados em conjunto com os questionamentos levantados acerca dos pressupostos em que se assenta o regime de proteção à propriedade intelectual, conclui-se que o ambiente virtual sugere uma reavaliação de conceitos básicos, uma readequação técnica e uma reinvenção do modelo de governança internacional em relação à temática.

Para compreender como essas duas dimensões do problema – estrutural e conceitual – se relacionam, um exemplo prático pode ser bastante elucidativo. Nesse sentido é que se expõe, na próxima seção, o caso entre os tribunais franceses e a empresa norte-americana Yahoo.

Seção III – Exemplo prático do dilema jurisdicional envolvendo a proteção internacional da propriedade intelectual

Para a compreensão das dimensões do dilema jurisdicional que envolve a proteção internacional da propriedade intelectual, o litígio entre Yahoo e a corte francesa acerca das reminiscências nazistas é bastante ilustrativo⁸⁵. Yahoo, um portal de *internet* norte-americano, hospeda leilões de terceiros em seu *site*. Em um desses sítios virtuais, oferecia-se recordações nazistas. A venda de itens nazistas é ilegal sob as leis anti-racismo francesas mas é perfeitamente lícita nos Estados Unidos.⁸⁶ O caso levou o Yahoo a remover todo material de conteúdo nazista do seu portal em língua francesa para adequar-se à legislação do país. A corte francesa, no entanto, sustentou que cabia ao Yahoo precaver para que os usuários de computadores franceses não tivessem acesso a qualquer *site* de leilões nos quais tais itens estivessem sido oferecidos, sob pena de 100.000 francos franceses por dia.⁸⁷ No início do ano de 2001, o Yahoo, preocupado com os riscos de não bloquear por completo o acesso aos *sites* norte-americanos pelos usuários franceses, decidiu banir de seu *site* todos os itens que “promovam ou glorifiquem a violência ou o ódio”.⁸⁸

O governo da França tem o direito soberano de regular a venda de itens nazistas em seu território⁸⁹. A lei, inclusive, já se aplicava aos usuários franceses que o fizessem por meio do portal do Yahoo. Contudo, a decisão dos tribunais vai além. A corte ordenou o Yahoo, que aparentemente só tinha presença virtual na França e que estava totalmente de acordo com as leis norte-americanas, a tomar medidas, nos Estados Unidos, para evitar que usuários franceses acessassem os itens nazistas leiloados em seu *site*. Se a medida determinada pela corte era algo tecnicamente possível de ser realizada é algo a se considerar. No entanto, a questão central e legalmente complexa é se a simples presença

⁸⁵ Exemplo citado por KOBRIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*. Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001. p. 692.

⁸⁶ De fato, a venda desse tipo de material é até protegida pela *First Amendment* (Primeira Emenda) da Constituição Norte Americana que protege, entre outras coisas, a liberdade de expressão. Para mais detalhes da Primeira Emenda, acessar www.firstamendmentcenter.org/

⁸⁷ Ao tomar tal decisão, a corte apoiou-se em peritos que afirmavam que o bloqueio ao site na maioria dos computadores localizados na França era algo possível de se fazer. Ver KOBRIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*. Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 692.

⁸⁸ KOBRIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*. Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 693.

⁸⁹ É amplamente difundida a compreensão de que o princípio da territorialidade soberana provê autonomia e autoridade exclusiva para produção de leis e *enforcement* das mesmas aos Estados dentro de suas fronteiras geográficas e em relação aos seus cidadãos no estrangeiro. Para uma discussão aprofundada da aplicação do princípio da territorialidade na sociedade globalizada, ver IMMERFALL, Stefan, *Territoriality in the Globalizing Society - One Place or None?*. Springer-Verlag, 1998.

virtual dá a França o direito de regular o conteúdo em um *website* hospedado nos Estados Unidos. Em outras palavras, o que se questiona é a existência de legitimidade e de prerrogativa legal para que o governo francês possa controlar o conteúdo de um *site* em um outro país, onde este é perfeitamente lícito sob a legislação doméstica.

O que se percebe, portanto, é um resumo das dificuldades discutidas nesse capítulo. A posição do governo francês ilustra a aplicação equivocada de conceitos tradicionais na tentativa de regulamentar as relações na *internet*. Ao tratar os materiais disponíveis na *internet* de maneira semelhante a uma propriedade material, os tribunais franceses adotam uma decisão que sugere que alguns bens devem ser impedidos de transpor sua fronteira territorial. Estabelece, nesse sentido, a distinção clara entre doméstico e internacional, reafirmando sua soberania dentro de sua jurisdição. O que a justiça francesa desconsidera, no entanto, é que as medidas tomadas estão inseridas em um ambiente que não se adequa a essa lógica. Desse modo, a decisão fundamentada em pressupostos de soberania territorial evidenciam a incoerência desse modelo. O chefe do comitê do ciberespaço da *American Bar Association* é preciso ao destacar o problema de tentar impor a legislação doméstica em um ambiente inerentemente global. Ele afirma que, tendo como base o julgamento do caso do Yahoo, a conclusão lógica seria que toda jurisdição no planeta pudesse regular qualquer coisa na *internet*.⁹⁰ O que é totalmente contraditório aos fundamentos tradicionais da soberania territorial que os tribunais franceses buscaram reafirmar.

Ademais, a abordagem dos bens disponíveis na *internet* de maneira semelhante ao que seria atribuído a uma propriedade material torna a concepção da justiça francesa ainda mais inconsistente. Kobrin exemplifica claramente esse agravante. Um usuário francês pode adquirir uma cópia digital do *Mein Kampf*⁹¹ em um *site* americano e pagar com dinheiro de uma conta nas Ilhas Cayman. A pergunta que Kobrin coloca é simples: *Onde* esta transação ocorreu? A resposta, no entanto, é bastante complexa. A discussão remete à extensão da aplicabilidade de uma jurisdição territorial nacional ao ciberespaço. O argumento do autor é que esse tipo de relação virtual não é vetorial, ou seja, não pode ser localizada sem ambigüidade em um espaço geográfico bidimensional.⁹² O ciberespaço é

⁹⁰ EAGLESHAM, Jean. A Lost Connection. Financial Times, Novembro, 2000, p. 20 in KOBKIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*. Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 692.

⁹¹ *Mein Kampf*, citado no exemplo do autor, é um livro de autoria de Adolf Hitler que combina elementos autobiográficos e uma exposição de sua ideologia política.

⁹² KOBKIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*, Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 694.

inerentemente internacional, todo *website* pode ser acessado por qualquer computador conectado à *internet*. Goolsbee define bem ao afirmar que a *internet* não elimina as fronteiras, ela “cria um mundo onde todos vivem na fronteira, onde cruzar para outra jurisdição não demanda esforço nem constrangimento”.⁹³

Os problemas estruturais que envolvem a questão estão igualmente evidenciados. O Yahoo pode tomar medidas pontuais para se adequar a legislação francesa, como o fez, evitando um conflito jurídico e possibilitando a continuidade de sua atividade econômica. Contudo, a viabilidade técnica de um mecanismo que de fato impeça os milhares de usuários franceses de acessarem um determinado tipo de material na *internet* é extremamente questionável. Em outras palavras, a decisão dos tribunais franceses pode ter extinguido os leilões de itens nazistas em *sites* hospedados pelo Yahoo, mas não impossibilitou o comportamento infringente nesse sentido em seu país. O caso imaginado por Kobrin serve, novamente, como exemplo. É perfeitamente possível, e consideravelmente fácil, para um usuário de computador na França pagar para visualizar, sem baixar o arquivo, uma cópia digital do *Mein Kampf* em qualquer *site* estrangeiro, sem que o governo francês se quer saiba que essa transação ocorreu.

Conclui-se, desse modo, que a determinação de que uma infração ocorreu dentro de certa jurisdição é algo que pode se tornar bastante complicado e controverso.⁹⁴ “Uma atividade multi-jurisdicional, por definição, não pode ocorrer em um único território; a localização é simplesmente uma ficção legal necessária para selecionar uma legislação doméstica dentre duas ou mais.”⁹⁵ O resultado é o que Wendy Adams chama de “o vencedor leva tudo” (*winner-take-all*), uma vez que a legislação de um Estado prevalece em detrimento não só dos demais sistemas normativos, como dos próprios interesses dos outros Estados.⁹⁶ “A adjudicação doméstica de uma disputa multi-jurisdicional não é

⁹³ GOOLSBEE, Austan. *In a World Without Borders: The Impact of Taxes on Internet Commerce*. The Quarterly Journal of Economics, MIT Press, v. 115, n. 2, 2000, tradução do autor.

⁹⁴ Tal dificuldade é característica mesmo se tratarmos de bens tangíveis.

⁹⁵ ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve*. International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 10, n. 1, 2002. p. 86, tradução do autor.

⁹⁶ Na década de 90, os Estados Unidos insistiu que a China adotasse (e implementasse mecanismos de *enforcement*) a política norte-americana de proteção à propriedade intelectual, ameaçando, caso contrário, retaliação por meio de sanções comerciais à China. No dia 27 de Fevereiro de 1995, os Estados Unidos e a República Popular da China assinaram um Memorando de Entendimento, no qual a China se comprometia a assegurar os mecanismos de aplicação das leis de direitos autorais. AOKI, Keith, (*Intellectual*) *Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*, Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1327.

necessariamente o veículo adequado para suprir a lacuna do Direito Internacional Público.”⁹⁷

Não obstante, instituições de Direito Internacional Privado não possuem o formato necessário para o desafio de instituir regras neutras de coerção, nem de monitorar as relações em andamento de acordo com toda a extensão dos valores já difundidos e integrados ao regime de comércio global.⁹⁸ A inadequação dos mecanismos do Direito Privado para a tutela de direitos de natureza pública é, no entanto, apenas parte da questão. A relevância para a compreensão do problema desta relação instituída pelos acordos internacionais, atribuindo à esfera doméstica a principal responsabilidade de resguardar os direitos de propriedade intelectual demanda uma seção à parte. Para tanto, o próximo capítulo se dedica a um detalhamento do arcabouço normativo que tutela a temática em análise. A relação entre poderes e limites desses sistemas jurídicos, entre as esferas doméstica e internacional, evidencia as principais falhas de regulamentação da propriedade intelectual. Se o arcabouço normativo internacional não responde às demandas contemporâneas, a relevância dos acordos que regem a questão são colocados em xeque.

⁹⁷ AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*, Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1327.. Tradução do autor.

⁹⁸ O que o Adams argumenta é que os princípios que regem o Direito Internacional Privado e o Público, mesmo quando abordada a mesma temática, são significativamente distintos. Ver, nesse sentido, ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve*. International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 10, n. 1, 2002.

CAPÍTULO II

Arcabouço normativo internacional de proteção à Propriedade Intelectual

Partindo do argumento de que a relação confusa e heterogênea dos sistemas jurídicos que tutelam os direitos de propriedade intelectual é, como afirmou-se, uma das causas dos problemas de regulação existente, este capítulo irá se dedicar para a compreensão dessa dinâmica ineficiente. Nesse sentido, a seção I irá analisar o desenvolvimento histórico do direito internacional da propriedade intelectual, como esse arcabouço jurídico foi construído historicamente até culminar no Acordo TRIPS, o marco para a análise da problemática da estrutura normativa atual. Destaca-se, com efeito, como o modelo apóia-se em mecanismos domésticos de aplicação da norma, reservando seus esforços no sentido de harmonizar as diferentes legislações. Na seção II, a distinção será feita entre os diferentes objetos inseridos no conceito de propriedade intelectual, caracterizando-se, brevemente, os principais institutos, para que então, dedique-se a analisar o escopo específico dos direitos autorais, e sua fragilidade frente aos desafios da era digital.

Seção I - Desenvolvimento histórico do Direito Internacional da Propriedade Intelectual

1. Convenções de Paris e de Berna – marcos da consolidação dos direitos de propriedade intelectual

Os direitos relativos à propriedade intelectual estão vinculados, historicamente, ao direito internacional.⁹⁹ Destaca-se, nesse sentido, as Convenções da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883) e da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886). O papel desses acordos para a consolidação dos direitos de propriedade intelectual foi fundamental tanto no âmbito doméstico como no

⁹⁹ Ver, nesse sentido, BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 19-26, 107.

internacional.¹⁰⁰ Tais convenções balizaram de forma significativa a proteção da propriedade intelectual até o período pós-Segunda Guerra Mundial, quando a mudança estrutural no formato das relações internacionais influenciou todas as agendas articuladas entre Estados. O sistema instituído pela Organização das Nações Unidas viabilizou uma reestruturação no regime até então tutelado pelas Convenções de Paris e Berna, as quais não se adequavam à própria dinâmica das organizações internacionais, que se multiplicavam no pós-guerra.¹⁰¹

*A Carta das Nações Unidas trouxe importantes e inovadoras disposições relativas à cooperação econômica e social entre seus Estados-membros. As competências conferidas ao Conselho Econômico e Social da ONU puseram em xeque a sobrevivência dos organismos de coordenação então existentes, como as Uniões de Paris e de Berna e seus bureaux. Não tardou para que o Conselho Econômico e Social acenasse a possibilidade de liquidação de algumas instituições internacionais, dentre as quais os referidos bureaux.*¹⁰²

Não obstante o novo arcabouço organizacional que emergia em meados do século XX, outro fator foi fundamental para o redesenho do sistema de proteção à propriedade intelectual. A relação cada vez mais dependente dos Estados, motivada principalmente pelo comércio internacional, ampliava a importância econômica da proteção aos objetos intelectuais, sensíveis às diferenças legislativas domésticas referentes à sua tutela, já que dependia exclusivamente do Direito para assegurar suas prerrogativas. Nesse sentido, surge a demanda para uma organização que desempenhasse funções específicas de proteção à propriedade intelectual capaz de desenvolver instrumentos adequados para lidar com a temática.¹⁰³ É dentro desse contexto que surge a OMPI.

2. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) – unificação da tutela

¹⁰⁰ Os sistemas das duas Uniões, de Paris e de Berna foram reunidos oficialmente, em novembro de 1892, nos BIRPI – *Bureaux Internationaux Reunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*. Ver, nesse sentido, BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, 2003.

¹⁰¹ Para um estudo detalhado da dinâmica de ascensão das organizações internacionais nas relações internacionais, ver KRATOCHWIL, Friedrich, e RUGGIE, John Gerad, *International Organization: a state of the art or an art of the state*. International Organization, MIT Press, v. 40, n. 4, 1986.

¹⁰² BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, 2003. p. 17.

¹⁰³ “A comunidade internacional se encontrava frente a uma tarefa difícil: a reestruturação dos BIRPI, a fim de responderem às novas necessidades e enfrentar a transformações ocorridas após a Segunda Guerra Mundial.” BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, 2003. p. 20.

Em julho de 1967, instituiu-se a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), por meio da Convenção de Estocolmo, que viria mais tarde, em 1974, a ser classificada como Organismo Especializado da ONU.¹⁰⁴ Essa entidade do Direito Internacional Público, com sede em Genebra, na Suíça, foi criada com o propósito de promover a proteção da propriedade intelectual ao redor do mundo por meio da cooperação entre Estados. Atualmente, 184 Estados são membros da organização que administra 24 tratados internacionais.¹⁰⁵

A OMPI centralizou o controle em sua estrutura, extinguindo definitivamente a separação categórica entre, de um lado, direitos do autor e direitos conexos, e de outro, propriedade industrial, incluindo patentes e *trademarks*.¹⁰⁶ Unificados no conceito de propriedade intelectual, a organização destinava-se à tutela dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas; às interpretações e às execuções, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; às invenções em todos os domínios da atividade humana; às descobertas científicas; aos desenhos e modelos industriais; às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais; à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.¹⁰⁷

A OMPI se distingue dos demais organismos inseridos na estrutura das Nações Unidas pois não tem competência para dirigir resoluções diretamente aos Estados-membros. Seus poderes estão restritos aos tratados e convenções em matéria específica que constituem seu arcabouço normativo. O órgão é, portanto, fundamentalmente técnico, destinando-se a atribuir efeitos internacionais aos registros feitos em seu secretariado, ou

¹⁰⁴ O *status* de Organismo Especializado da ONU foi atribuído a OMPI por meio de emenda ao texto da Convenção em 28 de setembro de 1979.

¹⁰⁵ Todos os tratados administrados pela OMPI, bem como os países parte do acordo estão relacionados no *site* da organização: <http://www.wipo.int>

¹⁰⁶ “As duas vertentes correm em direção ao mesmo rio e podem ser integradas. Talvez a contradição seja apenas quanto à forma, não quanto ao conteúdo. O pensamento criador é um só, mas pode se manifestar de formas diferentes. Ainda que variadas, serve-se de elementos comuns, razão pela qual é fundamental que os direitos que os protegem tenham a mesma identidade terminológica e, sobretudo, gozem da mesma construção teórica.” BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 27.

¹⁰⁷ Artigo 2º, VIII, da Convenção de Estocolmo que constituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organização-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html>

realizados nas instituições administrativas domésticas.¹⁰⁸ A inexistência de mecanismos diligentes que assegurem a harmonização das normas de propriedade intelectual, e a ausência igualmente relevante de meios efetivos de resolução de controvérsias, limitavam a OMPI às atividades conjecturais.¹⁰⁹

Notava-se, contudo, o surgimento de um movimento conflitante entre as décadas de 1960 e 1970. Enquanto os países em desenvolvimento buscavam estratégias específicas para a adoção de um padrão mais brando e flexível de proteção à propriedade intelectual, tanto domesticamente como internacionalmente, uma tendência em sentido contrário ganhava força nos países mais industrializados. Deste modo, os Estados Unidos adotaram diversas estratégias para enfrentar o desrespeito internacional às normas de direitos de propriedade intelectual, como, por exemplo, a utilização da seção 337 do *US Tariff Act* de 1930 para combater as infrações de patentes norte-americanas por empresas estrangeiras.¹¹⁰ No mesmo sentido, em conjunto com a Comunidade Européia, os Estados Unidos apresentaram um projeto de acordo, na Rodada de Tóquio de negociações, inseridos no âmbito do GATT,¹¹¹ que versava sobre medidas para desencorajar a importação de mercadorias que não respeitassem as prerrogativas dos direitos de propriedade intelectual.¹¹² Tal acordo não foi firmado na Rodada de Tóquio, no entanto discussões sobre medidas para a proteção à propriedade intelectual continuaram na esfera do GATT

¹⁰⁸ Importante ressaltar que “a OMPI destaca-se até os dias atuais pelo seu trabalho científico e técnico, no sentido de melhorar o entendimento e estimular a criação de novos meios que compreendam todas as dimensões dos direitos de propriedade intelectual.” BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, 2003. p. 23.

¹⁰⁹ Ver, nesse sentido, BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, 2003. p. 24. “A OMPI reconhece essas deficiências, razão pela qual continua seus trabalhos no sentido de elaborar um tratado sobre solução de disputas, sobretudo no âmbito da propriedade industrial, o qual deverá contemplar os mecanismos tradicionais de resolução de controvérsias entre os Estados (negociação, mediação, conciliação e arbitragem), além do recurso à Corte Internacional de Justiça de Haia.”

¹¹⁰ Para uma análise detalhada, ver SELL, S. *Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion and Choice*. International Organization, v. 49, n. 2. 1995.

¹¹¹ Após a Segunda Guerra Mundial o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas convocou uma Conferência sobre o Comércio e Emprego. Nela foi apresentado o documento intitulado Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), que propunha regras para a liberalização do comércio internacional. O acordo foi assinado por 23 países, em 1947, durante a Rodada Genebra, a primeira das grandes rodadas de negociações multilaterais para tratar das relações comerciais entre os países. Tal arranjo seria provisório, até que se fosse instituída a Organização Internacional do Comércio (OIC). As negociações para tanto foram realizadas na Conferência de Havana em 1948, mas a recusa do Congresso norte-americano em ratificar o tratado inviabilizou a criação da OIC. Finalmente, em abril de 1994, ao final da Rodada do Uruguai, o acordo de Marraqueche foi assinado, e, entre outras determinações, estabeleceu-se a constituição da Organização Mundial do Comércio (OMC), que começaria a operar em janeiro de 1995. Ver, nesse sentido, THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: As Regras do Comércio Internacional e a Rodada do Milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

¹¹² CORREA, Carlos M. e YUSUF, Adbulgawi A., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International BV, 2008. p. 8.

durante o começo dos anos 1980 até a Rodada do Uruguai, que, então, trouxe para a pauta de discussão a adoção de um instrumento internacional relativo à aspectos comerciais do direito da propriedade intelectual, que viria a ser conhecido como TRIPS.¹¹³

3. O Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio - TRIPS

Embora o vínculo entre os direitos de propriedade intelectual e o GATT fosse inovador em diversos aspectos, visto que a matéria era tradicionalmente tratada dentro da estrutura especializada da OMPI, a relação do tema com o comércio era um argumento tão antigo quanto o próprio regime internacional de proteção a propriedade intelectual.¹¹⁴ A verdadeira inovação da declaração da Rodada do Uruguai acerca da temática residia na proposta de inclusão ao GATT, um instrumento de defesa do *livre* comércio, e que até então possibilitava, apenas excepcionalmente, a adoção de leis de proteção à propriedade intelectual, desde que essas normas não fossem usadas como restrições para o comércio

¹¹³ Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, reconhecido pela sigla em inglês TRIPS - *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

¹¹⁴ De fato, a promoção do comércio internacional figurou de forma proeminente na carta convite para o Primeiro Congresso Internacional para a Consideração da Proteção às Patentes, ocorrido em Viena em 1872. Em seu texto, afirmava-se que: “Nós não mais vivemos na era da ação Industrial, que está estritamente confinada e está removida da competição estrangeira, e onde a lenta comunicação prevenia ou atrasava a utilização de invenções. Nós vivemos no tempo da política aduaneira liberal; o Vapor e a Eletricidade recentemente uniram os lugares industriais antes isolados de uma maneira jamais sonhada; e a troca mútua de bens mostra hoje a magnitude na qual uma geração anterior não podia ter imaginado. Sobre tais relações modificadas, a Patente assegurada para uma invenção em um país se torna de fato uma restrição não lucrativa e obstrutiva, se a mesma invenção sem limitações ou aumento de preço, torna-se propriedade comum em um país vizinho.

O artesão que em um país deve trabalhar com material patenteado, e portanto mais caro, vai sofrer um prejuízo essencial tão logo o mesmo material seja produzido em outro país, não somente sem restrição, mas com uma concorrência prejudicial. Além disso, uma continuação das visões e medidas até então antagônicas dificilmente conduziria a harmonia geral; e se, por exemplo, a proteção à Patente fosse mantida em um país, de forma a atrair, assim, agentes especializados de outro, então o perigo de uma perturbação do equilíbrio industrial internacional poderia ser facilmente atingido.

Tais inconvenientes, e outros similares, podem somente ser enfrentados pela ação comum de todos os Estados civilizados, dispostos a manter a proteção às Patentes”. H. Kronstei and J. Till, *A Reevaluation of the International Patent Convention in (1947) XII Law and Contemporary Problems*, p. 768, citado por CORREA, Carlos M. e YUSUF, Adbulgawi A., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International BV, 2008. p. 18.

A despeito do fato de que cem anos tenham decorrido desde que essa justificativa foi dada para a elaboração das regras internacionais na proteção às patentes, a similaridade desses argumentos com aqueles feitos pelos propositores das novas regras sobre aspectos relacionais ao comércio do direito da propriedade intelectual nos anos 1980 é marcante.

internacional.¹¹⁵ A abordagem original do GATT era, nesse sentido, permissiva mas cautelosa em relação às medidas regulatórias do direito da propriedade intelectual, consideradas possivelmente nocivas ao livre mercado. Portanto, a idéia de que padrões mais elevados de proteção à propriedade intelectual fossem defendidos dentro dessa estrutura soava como um disparate.¹¹⁶

Esse arranjo era defendido pelos países desenvolvidos, não por uma convicção de que uma proteção mais rígida dos direitos de propriedade intelectual contribuiria para a liberalização do comércio internacional,¹¹⁷ mas como um mecanismo de barganha relacionado ao acesso dos produtos dos países em desenvolvimento ao mercado dos países industrializados. Presumia-se que, diferentemente das discussões no âmbito da OMPI, na qual os Estados consideravam somente os argumentos diretamente relacionados aos aspectos positivos e negativos dos padrões sugeridos para a proteção, as negociações no GATT forçariam os países em desenvolvimento a oferecerem concessões em troca de ganhos em outras searas, como agricultura e produtos têxteis.¹¹⁸ Um apelo adicional do foro do GATT, para os países desenvolvidos, consistia na oportunidade de prover mecanismos de *enforcement* efetivos para os acordos e para a solução de controvérsias, que não estavam

¹¹⁵ Artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT - *General Agreement on Tariffs and Trade*): *Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas: (d) necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo, tais como, por exemplo, as leis e regulamentos que dizem respeito à aplicação de medidas alfandegárias, à manutenção em vigor dos monopólios administrados na conformidade do § 4º do art. II e do art. XVII à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e de reprodução, e a medidas próprias a impedir as práticas de natureza a induzir em erro;*

Disponível em: http://www.cursoparaconcursos.com.br/arquivos/downloads/launa/GATT_1994.pdf

¹¹⁶ O caráter paradoxal da inserção do regime acerca da propriedade intelectual e o GATT fica claro na descrição de Reichman acerca do contexto que envolvia o debate à época: “Por um lado, os países industrializados que se vincularam aos princípios de livre comércio domesticamente querem impor uma regulação de mercado mais rígida para os bens intelectuais no resto do mundo, na qual autores e inventores possa colher os frutos onde quer que seja. Por outro lado, os países em desenvolvimento que restringem a livre competição internamente visam um mercado global totalmente desregulado para os objetos intelectuais, em um regime no qual a competição é a força vital do comércio. REICHMAN, J. H., *Intellectual Property in International Trade: Opportunities and Risks of a GATT Connection*. Vanderbilt Journal of Transnational Law, v. 22, 1989.

¹¹⁷ “O debate, nas décadas de 70 e 80, partia de duas perspectivas. Para os países em desenvolvimento, a propriedade intelectual é um bem público que deve ser usado para promover o desenvolvimento econômico; para os países desenvolvidos é um direito privado que deve ser protegido como qualquer outra propriedade tangível”. BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 148.

¹¹⁸ CORREA, Carlos M. e YUSUF, Adbulgawi A., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International BV, 2008. p. 9.

presentes nas convenções administradas pela OMPI.¹¹⁹ Nesse sentido, Maristela Basso considera duas as razões fundamentais da inclusão do TRIPS¹²⁰ no GATT, quais sejam: “o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI, e a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional.”¹²¹

São justamente essas duas justificativas que inspiram um estudo detalhado do TRIPS como foco de análise para a compreensão das vicissitudes que envolvem o regime de proteção aos direitos autorais. Parte-se, nesse sentido, para o estudo de cada uma delas.

3.1 - Os mecanismos de *enforcement* do Acordo TRIPS

O acordo que surgiu da Rodada do Uruguai da OMC foi o primeiro que estabeleceu uma tentativa consistente de instituir instrumentos determinados de aplicação e *enforcement* das normas de proteção à propriedade intelectual.¹²²

[O TRIPS] dispõe sobre a aplicabilidade dos princípios básicos do GATT e dos acordos internacionais sobre propriedade intelectual; estipula os direitos de propriedade intelectual considerados adequados; determina medidas consideradas eficazes para fazer cumprir aqueles direitos; prevê mecanismos para a solução multilateral de controvérsias; e contém

¹¹⁹ Embora a abordagem baseada no GATT tivesse encontrado resistência dos países em desenvolvimento, a convergência de vários fatores e pressões políticas levaram estes Estados a aceitarem o estabelecimento de padrões para a proteção da propriedade intelectual na estrutura do GATT. Destacam-se, nesse sentido, dois exemplos: primeiro, o governo norte-americano transformou a proteção efetiva à propriedade intelectual uma pré-condição para o acesso ao mercado dos Estados Unidos sob o Sistema de Preferências Generalizadas para os países em desenvolvimento. Segundo, ao ameaçar com retaliações comerciais a proteção inadequada da propriedade intelectual, os Estados Unidos, e depois a União Européia, foram capazes de induzir mudanças significativas nas leis de propriedade intelectual em vários países menos industrializados. CORREA, Carlos M. e YUSUF, Adbulgawi A., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International BV, 2008. p. 9.

¹²⁰ TRIPS é a sigla em inglês para *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, parte integrante do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio, figurando como o Anexo 1 (C) do Acordo de Marraqueche. O TRIPS, nos países de língua latina, é conhecido pela sigla ADIPIC – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Ver Decreto Presidencial n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

¹²¹ BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 159.

¹²² Ver, nesse sentido, ACHARYA, Raj, *Intellectual Property Rights and Information Technology: The Impact of the Uruguay Round on Developing Countries*. Information and Communications Technology Law, v. 5, n. 2, 1996

*disposições transitórias, especialmente com relação à data de implementação do acordo.*¹²³

Argumentou-se que um dos fatores que levou à inclusão da propriedade intelectual no GATT foi a insatisfação dos países desenvolvidos em conseguir junto à OMPI¹²⁴, uma efetiva proteção para a propriedade intelectual.¹²⁵

O Acordo TRIPS, por sua vez, estabelece mecanismos claros para aplicação das normas de proteção à propriedade intelectual. Maristela Basso classifica as normas do TRIPS em três categorias: as normas substantivas, que descrevem os padrões mínimos de proteção que devem ser observados pelos Estados; as normas de procedimentos, que visam efetivar as normas substantivas, prevendo os mecanismos de aplicação, sejam eles civis, administrativos, penais, bem como medidas cautelares e de fronteiras; e as normas de resultados, que complementam as normas de procedimento no sentido de determinar a dimensão do ressarcimento aplicável aos diferentes sujeitos de direitos de propriedade intelectual. Inclui-se, nessa terceira categoria os meios de prevenção e solução de conflitos.¹²⁶

Nesse sentido, as controvérsias internacionais acerca da propriedade intelectual estão inseridas na jurisdição da Organização Mundial do Comércio. Isto, por um lado, favorece o dinamismo nas soluções de conflitos, utilizando-se de um mecanismo significativamente institucionalizado e reconhecido no ambiente internacional, que é o Órgão de Solução de Controvérsia dessa organização.¹²⁷ Por outro lado, as peculiaridades

¹²³ BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, 2003. p. 23.

¹²⁴ Importante ressaltar, contudo, que o sistema normativo internacional acerca da questão não permaneceu estagnado e inerte. Destacam-se nesse sentido, dois documentos relevantes que tratam da temática, sob a égide da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), representado pela sigla em inglês WIPO: o Tratado de *Copyright* da OMPI (a) e o Tratado de Performances e Fonogramas da OMPI (b).

a) O Tratado de *Copyright* refere-se à proteção, por meio de direitos de reprodução e cópia, de programas de computador e coletâneas de dados, além de reafirmar as obrigações revisadas da Convenção de Berna.

b) O Tratado que trata das performances e fonogramas visa proteger de maneira mais objetiva artistas, como músicos, cantores, dançarinos, atores, entre outros, com exceção de trabalhos cinematográficos.

No entanto, tais instrumentos pouco alteraram o sistema instituído pelo TRIPS de proteção efetiva aos direitos de propriedade intelectual. Ver, nesse sentido, WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?* International Journal of Law and Information Technology, Oxford: Oxford University Press, v. 9, n. 2, 2001. p. 177.

¹²⁵ LAMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. *Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese*. Estudos Avançados. v.9, n. 23., 1995.

¹²⁶ BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 192.

¹²⁷ Todas as disposições do Sistema constam do DSU - Entendimento sobre Solução de Controvérsias, o qual é o Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC.

dos direitos da propriedade intelectual são subjugadas ao serem inseridas em um sistema amplo de jurisdição. Importante ressaltar que os painéis da OMC são limitados às reclamações que estão cobertas por acordos vinculados à organização. Contudo, algumas regras que não constituem o acordo da OMC podem ser explicitamente incorporadas e, nesse sentido, asseguradas por meio do painel.

O artigo 3.2 da DSU afirma que os acordos abrangidos pela OMC devem ser interpretados de acordo com regras costumeiras do direito internacional público. Nesse sentido, a ampliação da jurisdição da OMC pode se dar tanto por normas pré-existentes de Direito Internacional Geral, como por normas oriundas de tratados anteriores.¹²⁸ Esse último é o caso da incorporação de partes das convenções da OMPI pelo Acordo TRIPS. Portanto, previsões das Convenções de Berna, Paris e Roma,¹²⁹ “incorporadas” pelo Acordo TRIPS, encontram-se tuteladas pela jurisdição do Órgão de Solução de Controvérsia da OMC. Este formato corrobora a visão adotada de que o Acordo TRIPS é, de fato, o instrumento jurídico central do regime de proteção internacional à propriedade intelectual.¹³⁰

No entanto, sua inserção no arcabouço mais amplo do comércio limita esta aplicação à dinâmica já institucionalizada. O instrumento é, portanto, baseado em princípios como territorialidade, proteção dos mercados domésticos e reciprocidade, deixando em segundo plano alguns basilares fundamentais da proteção da propriedade intelectual.¹³¹ E como o próprio acordo afirma, os direitos de propriedade intelectual têm, como titulares, sujeitos privados. Dentro desse contexto, o órgão de solução de controvérsia

¹²⁸ Ver PAUWELYN, Joost, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*. The American Journal of International Law, v. 95, n. 3, 2001. p. 554

¹²⁹ O Acordo de Roma, concluído em 1961, administrado juntamente com a *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (UNESCO) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), é um dos 24 tratados inseridos no arcabouço normativo da OMPI. Apesar da relevância de cada um desses acordos, esses não serão tratados de forma detalhada nesse trabalho que adota o Acordo TRIPS como o tratado internacional central para a análise dos questionamentos sugeridos nesse estudo. Para mais informações acerca dos tratados tutelados pela OMPI, ver *International Bureau of WIPO, World Intellectual Property Organization (WIPO): General Information*, WIPO Publications. n. 400. Disponível em www.wipo.int/publications.

¹³⁰ “Tivemos que esperar a OMC-TRIPS para que a construção jurídica sobre a matéria adquirisse novos contornos e chegasse a sua maturidade científica, em uma perspectiva econômica internacional. O aumento da proteção do direito da propriedade intelectual e a certeza da proteção ensejaram o aumento do poder de mercado e o desenvolvimento do comércio internacional. Com a OMC-TRIPS, o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual encontrou seu lugar na ciência do Direito, interno e internacional, possibilitando que países com o mesmo ou similar grau de civilização possam gozar das mesmas regras, e os titulares dos mecanismos que garantam o seu reconhecimento e eficácia.” BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 125.

¹³¹ ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve*. International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 10, n. 1, 2002.

é relevante apenas no que tange à padronização das legislações domésticas, e não a aplicação direta dos direitos tutelados. As previsões encontradas no texto do Acordo TRIPS visam, expressamente, uma harmonização das legislações internas como meio principal de assegurar a aplicação dos padrões internacionalmente instituídos.

Nesse sentido, alguns autores caracterizam o TRIPS como um acordo de perspectiva reversa (*backward-looking document*).¹³² Isto significa que o instrumento foca principalmente em reforçar padrões consolidados no âmbito doméstico, e não em regular comportamentos internacionais de troca no formato contemporâneo. Desse modo, o questionamento acerca de qual patamar nacional deve se tornar o padrão internacional é inerente ao formato do acordo. Como resposta, o TRIPS adota um padrão de proteção mínimo, e, assim, viabilizou o consenso entre os Estados, sem alterar, contudo, a enorme discrepância entre as legislações domésticas.

Os dispositivos I e V do artigo 41 do Acordo TRIPS, que versam sobre as obrigações gerais acerca da aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, são, nesse sentido, bastante ilustrativos:

1 - Os Membros assegurarão que suas legislações nacionais disponham de procedimentos para a aplicação de normas de proteção como especificadas nesta Parte, de forma a permitir uma ação eficaz contra qualquer infração dos direitos de propriedade intelectual previstos neste Acordo, inclusive remédios expeditos destinados a prevenir infrações e remédios que constituam um meio de dissuasão contra infrações ulteriores. Estes procedimentos serão aplicados de maneira a evitar a criação de obstáculos ao comércio legítimo e a prover salvaguardas contra seu uso abusivo.

(...)

*5 - O disposto nesta Parte não cria qualquer obrigação de estabelecer um sistema jurídico para a aplicação de normas de proteção da propriedade intelectual distinto do já existente para aplicação da legislação em geral. Nenhuma das disposições desta Parte cria qualquer obrigação com relação à distribuição de recursos entre a aplicação de normas destinadas à proteção dos direitos de propriedade intelectual e a aplicação da legislação em geral.*¹³³

¹³² ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve*. International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 10, n. 1, 2002.

¹³³ Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS, 1994. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/programa/pasta_acordos/trips.pdf/view

Os problemas deste formato se destacam na era digital. As diferenças nos modelos domésticos de proteção tornam-se insustentáveis em um cenário em que as relações não mais se vinculam ao controle estatal. Os sistemas normativos domésticos buscam acompanhar as questões que surgem com o desenvolvimento tecnológico, como a *internet*, dentro de contexto cultural e social de cada um. No entanto, tais demandas não foram consideradas significativamente no processo de negociação do TRIPS, e, conseqüentemente, não são devidamente abordadas no texto do acordo.¹³⁴ Ao contrário, por muitas vezes, nota-se a divergência de interesses e compreensões envolvidas, traduzidas nos dispositivos do TRIPS.

3.1.1 – Assimetrias econômicas e legislativas – o conflito de interesse entre os Estados

Como se lê no Preâmbulo do acordo, as partes alcançaram o consenso acerca da necessidade de novas regras e disciplinas relativas:

a) à aplicabilidade dos princípios básicos do GATT 1994 e dos acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;

b) ao estabelecimento de padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;

c) ao estabelecimento de meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;

d) ao estabelecimento de procedimentos eficazes e expeditos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre Governos; (...)

Reconhecendo a necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio internacional de bens contrafeitos; (...)

¹³⁴ “A Seção I da Parte II do TRIPS é resultado do consenso, sobretudo entre os países anglo-saxões e os de tradição romano-germânica, em torno de padrões mínimos e universais de proteção dos direitos do autor e conexos. Não se conseguiu resolver definitivamente as divergências nem mesmo abordar temas importantes como a tecnologia digital e das indústrias de *software* e de base de dados. Porém, estes são temas que, certamente, entrarão na pauta da ‘Revisão do TRIPS’, no futuro próximo.” BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 208.

Reconhecendo os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia;

Reconhecendo igualmente as necessidades especiais dos países Membros de menor desenvolvimento relativo no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável;

*Ressaltando a importância de reduzir tensões mediante a obtenção de compromissos firmes para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais;(...)*¹³⁵

O que se nota na leitura do preâmbulo é o resumo das negociações que envolveram a inserção da proteção à propriedade intelectual no arcabouço normativo do comércio. Pressionados para a aceitação de padrões institucionalizados de proteção à propriedade intelectual, os países em desenvolvimento, representados por um “grupo de 14” Estados, apresentaram, em 1990, propostas detalhadas sobre o TRIPS, abordando não somente projeto de leis e medidas de fronteiras, mas, igualmente, padrões e princípios relativos à disponibilidade e uso do direito da propriedade intelectual.¹³⁶ A apresentação dessas propostas, que constituíram um grande avanço nas negociações do TRIPS, anunciava a aceitação pelos países em desenvolvimento de um arranjo padrão baseado no GATT relativo à proteção do direito da propriedade intelectual. O documento definiu, igualmente, as concepções e perspectivas desses países acerca do escopo e conteúdo de tal padrão.

A proposta foi dividida em duas partes. A Parte I, intitulada “Propriedade Intelectual e Comércio Internacional”, tratava principalmente das normas e princípios que deveriam ser aplicados no comércio de bens que infringiam direitos de propriedade intelectual, e defendia o estabelecimento de certos procedimentos para desencorajar esse tipo de transação. A Parte II, intitulada “Padrões e Princípios Concernentes a Disponibilidade, Escopo e Uso do Direito da Propriedade Intelectual” estabelecia os objetivos e princípios fundamentais do acordo, especificando os patamares básicos relativos às diferentes

¹³⁵ Preâmbulo do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS, 1994.

Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/programa/pasta_acordos/trips.pdf/view

¹³⁶ CORREA, Carlos M. e YUSUF, Adbulgawi A., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International BV, 2008. p. 9.

categorias de propriedade intelectual.¹³⁷ Essa separação do documento em duas partes representava a intenção dos países em desenvolvimento de destacar a necessidade de respeitar e salvaguardar os sistemas legais domésticos e tradições acerca do direito da propriedade intelectual, tendo em vista as diferentes demandas e níveis de desenvolvimento dos Estados que participavam na negociação.¹³⁸

O artigo 7º do Acordo TRIPS destaca, como objetivo da convenção, a proteção e a aplicação de normas de proteção que contribuam para a inovação, transferência e difusão de tecnologia, visando um bem-estar econômico e social.¹³⁹ O reconhecimento e a observância dos direitos de propriedade intelectual dependem de valores sociais relevantes e, em particular, do equilíbrio entre os Estados no que se refere ao conhecimento tecnológico. Destaca-se, assim, a importância da promoção da inovação e a difusão tecnológica como componentes fundamentais da política dos países partes do Acordo, refletindo a demanda pertinente dos países em desenvolvimento. Os Estados, tendo sempre em vista as disposições do Acordo, deveriam adaptar suas legislações às regras de proteção da propriedade intelectual, sem, contudo, preterir seus interesses.

O TRIPS representa, portanto, os interesses contrapostos formalizados por meio do consenso. O texto não supriu todas as demandas iniciais dos países desenvolvidos, que buscavam no GATT patamares superiores de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Por outro lado, os países em desenvolvimento, que buscavam assegurar a difusão de tecnologia, destacando as assimetrias entre os Estados, se vincularam a padrões

¹³⁷ O “Grupo dos 14”, bem como outros países em desenvolvimento participantes das negociações inicialmente rejeitaram a inclusão dos segredos industriais no Acordo TRIPS como uma categoria de direito de propriedade intelectual. CORREA, Carlos M. e YUSUF, Adbulgawi A., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International BV, 2008. p. 11.

¹³⁸ Ver CORREA, Carlos M. e YUSUF, Adbulgawi A., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International BV, 2008. p. 10. “A inclusão de disposições sobre objetivos e princípios no Acordo TRIPS foi solicitado pelos países em desenvolvimento para que se estabelecesse o vínculo entre a proteção dos direitos da propriedade intelectual e a promoção do desenvolvimento social, econômico e tecnológico. Alguns dos parágrafos do Preâmbulo, bem como o Artigo 7 (objetivos) e 8 (princípios) do acordo são na verdade baseados nas propostas encaminhadas pelo Grupo dos 14 países em desenvolvimento em maio de 1990. Deve ser ressaltado que algumas das disposições contidas nas propostas do Grupo dos 14 foram diretamente baseadas ou inspiradas por aqueles da Proposta do Código Internacional de Conduta sobre Transferência de Tecnologia negociado sob o auspício da UNCTAD, nunca foi adotado como um instrumento internacional. Nesse sentido, pode-se dizer que a linguagem utilizada no Artigo 7 e 8, bem como no Artigo 40 do Acordo TRIPS deve sua origem à alguns textos negociados no contexto do Código de Conduta sobre Transferência de Tecnologia, documento abortado que ressurgiu no âmbito do TRIPS.” Tradução livre.

¹³⁹ Artigo 7 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS, 1994: *A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.*

Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/programa/pasta_acordos/trips.pdf/view

de proteção à propriedade intelectual por vezes conflitantes com seus interesses domésticos.¹⁴⁰ “A ‘Rodada do Uruguai’ representa a busca de um denominador comum, cujo limite foi o próprio consenso.”¹⁴¹

3.1.2 - Problematização dos mecanismos de *enforcement* domésticos

O art. 69 do Acordo fixa as premissas básicas da cooperação internacional entre os Estados contratantes:

*Membros concordam em cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, deles darão notificação e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados.*¹⁴²

O dispositivo expressa o compromisso das partes, no sentido de coibir o comércio de produtos pirateados e com marcas contrafeitas, ou seja, o comércio internacional de bens que violem os direitos de propriedade intelectual.¹⁴³ O Acordo TRIPS busca o consenso,

¹⁴⁰ Ver, igualmente, KEMMERLMEIER, Carolina S., e SAKAMOTO, Priscila Y., *Transferência de Tecnologia e as Organizações Multilaterais* in BARRAL, Welber, e PIMENTEL, Luiz Otávio (org.), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 138. “Especificamente com relação ao mecanismo previsto no Art. 66 item 2 do TRIPS, o Conselho para Aspectos Comerciais Relacionados aos Direitos de Propriedade Intelectual decidiu, em 2003, que os países desenvolvidos devem apresentar a cada três anos, relatório detalhado sobre as medidas adotadas, buscando conferir maior eficácia aos compromissos em questão. Entretanto, de um modo geral é considerado que o TRIPS compreende disposições programáticas que atendem primordialmente aos interesses dos países desenvolvidos.”

¹⁴¹ BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, Brasília, 2003. p. 22.

¹⁴² Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS, 1994. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/programa/pasta_acordos/trips.pdf/view

¹⁴³ “Todas as medidas tomadas nesse sentido devem ser comunicadas à TRIPS, por meio do Conselho (Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), cujas funções são, de acordo com o seu art. 68, *supervisionar a aplicação do Acordo e, em particular, o cumprimento, por parte dos membros, das obrigações por ele estabelecidas, e lhes oferecer a oportunidade de efetuar consultas sobre questões relativas aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. O Conselho se desincumbirá de outras atribuições que lhe forem confiadas pelos Membros e, em particular, lhes prestará qualquer assistência solicitada no contexto de procedimentos de solução de controvérsias.*” BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, 2003. p. 25.

sustentado, principalmente, pela cooperação entre os Estados.¹⁴⁴ E quando necessário, os países contratantes utilizarão o Sistema de Solução de Controvérsias, disciplinado no art. 64 do TRIPS e do Anexo 2 do Acordo Final da “Rodada do Uruguai”.

A tensão entre as proteções internacionais e domésticas possui uma qualidade circular pois cada uma depende da integridade da outra. Os esforços para deslocar a responsabilidade pelo direito da propriedade intelectual da esfera nacional e local para arenas internacionais enfrentam limitações estruturais, reflexo de compreensões equivocadas acerca do tema. A dicotomia entre “internacional” e “nacional” cria uma separação distorcida entre os dois conceitos que desvirtua o papel constitutivo dos Estados na construção e participação da arena internacional. A dinâmica da relação entre os Estados é, na realidade, um processo heterogêneo, incompleto e desigual, como vários comentadores sugerem.¹⁴⁵ Nesse sentido, um formato único que visa servir a todos em busca da proteção internacional à propriedade intelectual reproduz em escala global as desigualdades de acesso à informação que caracteriza o desenvolvimento no âmbito regional e nacional.¹⁴⁶

O Acordo TRIPS, portanto, atribui à esfera doméstica a responsabilidade de assegurar o *enforcement* das normas internacionais. O artigo 41 (1) assim estabelece:

Os Membros assegurarão que suas legislações nacionais disponham de procedimentos para a aplicação de normas de proteção como especificadas nesta Parte, de forma a permitir uma ação eficaz contra qualquer infração dos direitos de propriedade intelectual previstos neste Acordo, inclusive remédios expeditos destinados a prevenir infrações e remédios que constituam um meio de dissuasão contra infrações ulteriores. Estes procedimentos serão aplicados de maneira a evitar a

¹⁴⁴ “O disposto no art. 67, referente à cooperação técnica, determina que a fim de facilitar a aplicação do Acordo, os países desenvolvidos membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordados, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento membros e de menor desenvolvimento relativo membros. Essa cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal.” BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, 2003. p. 23.

¹⁴⁵ Ver, nesse sentido, COOMBE, Rosemary J., *Life Out on the Information Highway*, Oregon Law Review, v. 75, 1996. pp. 237- 238 e KOBRIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*, Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, pp. 687-704

¹⁴⁶ AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*. Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1344.

*criação de obstáculos ao comércio legítimo e a prover salvaguardas contra seu uso abusivo.*¹⁴⁷

Esse formato pode ser favorável se considerarmos que a aplicação por cortes internas das normas estabelecidas internacionalmente é o mecanismo mais eficiente e menos custoso de implementação do Direito Internacional. A difusão do arcabouço jurídico é assegurada pelas instituições domésticas, que possuem reconhecidas vantagens para o *enforcement* de normas, com uma estrutura hierarquizada e o monopólio do uso da força. Não obstante, se limitado ao âmbito internacional, apenas os Estados poderiam recorrer a instrumentos de proteção à propriedade intelectual. Uma vez que a aplicação dessas normas é atribuição interna dos Estados, todo indivíduo se eleva ao *status* de possível titular desses direitos, podendo reivindicá-los judicialmente.

No entanto, se o Acordo internacional falha em uniformizar as legislações domésticas, as conseqüências são preocupantes. Percebe-se que, no caso em análise, apenas um padrão mínimo de proteção é obrigatório, mas nada impede que os Estados-membros estabeleçam um sistema normativo mais rígido e que vá além das condições estabelecidas no acordo. O que ele não pode, no entanto, é compelir outro Estado-membro para que também o faça.¹⁴⁸ E, provavelmente, o Estado só assim o faria se fosse economicamente vantajoso para ele. Um exame cuidadoso da implementação do TRIPS indica que o processo de harmonização, iniciado com o estabelecimento de um padrão

¹⁴⁷ Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS, 1994. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/programa/pasta_acordos/trips.pdf/view

¹⁴⁸ Mecanismos paralelos são adotados, como, por exemplo, acordos bilaterais, na tentativa de alcançar que padrões de proteção mais rígidos sejam adotados em outros Estados. Ver nesse sentido CHRISTIE, Andrew, WALLER, Sophie, e WEATHERALL, Kimberlee, *Exportando os Dispositivos da “US Digital Millennium Copyright ACT” por meio de Acordos de Livre-Comércio*. in POLIDO, Fabrício, e RODRIGUES Jr., Edson Beas (orgs.), *Propriedade Intelectual: Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. pp. 185-186, que estudam a “influência dos acordos de livre-comércio (*Free Trade Agreements*) recentemente negociados pelos Estados Unidos como relação à implementação das obrigações de proteção da propriedade intelectual a partir das estratégias de bilateralismo e regionalismo no Direito do Comércio Internacional. Os autores analisam a hipótese de exportação, pelos Estados Unidos, de normas de sua legislação doméstica (o caso da *Digital Millennium Copyright Act* de 1998) para o texto normativo dos acordos de livre-comércio negociados, tais como o Acordo com Cingapura (SUSFTA) e o Acordo com a Austrália (AUSFTA). Como tais, estes dispositivos se tornam objeto de implementação pelos países no âmbito de seus ordenamentos internos. Observa-se igualmente a abordagem da legislação norte-americana de proteção dos direitos do autor e a introdução de normas de antielisão das chamadas “medidas efetivas de caráter tecnológico” que permitem aos titulares o controle do acesso às obras autorais e cópias relacionadas – obrigação que aparece primeiramente para os Estados-membros da OMPI quanto à implementação do art. 11 do *WIPO Copyright Treaty* (WCT) e do art. 14 do *WIPO Performances and Phonogram Treaty* (WPPT), ambos de 1996. O caso analisado refere-se a uma das hipóteses de elevação dos patamares de proteção dos direitos de propriedade intelectual por meio de acordos de livre-comércio concluídos pelos Estados Unidos.”

universal mínimo de proteção à propriedade intelectual, não é necessariamente suficiente para mitigar a tensão gerada pela diversidade regulatória entre os Estados.

Os Estados-membros do Acordo TRIPS, portanto, não se vincularam à obrigação de respeitar um direito da propriedade intelectual internacional, mas sim à simples adequação de seus respectivos instrumentos de regulação doméstica aos termos gerais estabelecidos na convenção.¹⁴⁹ Pode-se inferir, desse modo, que os Estados estão livres para proteger de forma incisiva o desenvolvimento tecnológico doméstico, sem, contudo, ter assegurado a mesma proteção quando o bem cruza as fronteiras, pois os termos gerais do acordo TRIPS se traduzem de forma consideravelmente distinta nas legislações internas. Um Estado que deseje assegurar o comprometimento com as normas mais rígidas de proteção à propriedade intelectual não encontra recurso para tanto em uma jurisdição internacional.¹⁵⁰ Como alternativa, sanções de comércio poderiam ser impostas, mas tais medidas seriam, provavelmente, objetos de reclamação no próprio âmbito da OMC, e seguramente interpretadas como descabidas na conjuntura do comércio internacional. Conclui-se, portanto, que os mecanismos de aplicação e *enforcement* institucionalizados pelo Acordo TRIPS representam um modelo tradicional de governança que se apóia fundamentalmente na harmonização das estruturas legislativas domésticas.

Apesar de seus objetivos, o Acordo TRIPS não alcançou uma uniformização legislativa ampla no que concerne à proteção da propriedade intelectual. Conseqüentemente, as partes envolvidas depositam sua expectativa de resolução em mecanismos de Direito Internacional Privado. E, com a variação do grau de regulamentação entre os Estados internamente, os tribunais domésticos decidem por uma lei em detrimento de todas as demais.¹⁵¹ Conclui-se, portanto, que o TRIPS busca uma

¹⁴⁹ Ver, nesse sentido, WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?* International Journal of Law and Information Technology, Oxford: Oxford University Press, v. 9, n. 2, 2001. p. 177.

¹⁵⁰ Ver, nesse sentido, BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, Brasília, 2003. p. 25. “As disposições do TRIPS constituem padrões mínimos de proteção que devem ser adotados pelos Estados-parte, em suas legislações nacionais. Não se pode exigir dos Estados- partes proteção aos direitos de propriedade intelectual mais ampla do que aquela prevista no Acordo. Qualquer controvérsia deve ser submetida ao procedimento de solução de controvérsias da OMC. As disposições do Acordo não são autônomas e não podem ser aplicadas diretamente porque ditam os critérios mínimos de proteção e não o exato conteúdo desses direitos. Sendo assim, o TRIPS não se constitui numa lei uniforme, porque muitas áreas ficaram em aberto, por exemplo, a matéria patenteável (art. 27, 3, d)18, os períodos de transição conferidos aos países em desenvolvimento (art. 65, 2)19 e de menor desenvolvimento relativo (art. 66).”

¹⁵¹ Ao escolher um arcabouço normativo doméstico para regular a transação ou disputa, a corte está determinando que a atividade tenha ocorrido dentro daquele Estado. O princípio da igualdade soberana entre os Estados pressupõe tal ficção legal, já que a autoridade de aplicação de leis é circunscrita em sua jurisdição territorial. ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of*

harmonização rasa dos padrões nacionais de proteção à propriedade intelectual, mas não implementa, contudo, um “direito global”.¹⁵²

Tanto o Direito Internacional Público como o Privado visam facilitar a integração econômica global, mas atuando com diferentes meios de constrangimento. Ambos são sistemas normativos designados a regular relações extraterritoriais.

*A distinção relevante para essa discussão entre as duas disciplinas é que o Direito Internacional Público volta-se para o desenvolvimento de normas substantivas, enquanto o Direito Internacional Privado, em geral, não atua no sentido de desenvolver um direito global per se.*¹⁵³

Com os mecanismos de *enforcement* circunscritos essencialmente no âmbito doméstico, essa proteção é colocada em xeque no momento que o bem atravessa a fronteira do mercado doméstico.¹⁵⁴ O direito ao monopólio, por exemplo, pode não ser assegurado com o mesmo rigor em outros países nos quais a legislação acerca da proteção à propriedade intelectual seja mais flexível. Países menos desenvolvidos podem alcançar maiores vantagens, em termos econômicos, permitindo a cópia de produtos de alta

Protection Ahead of the Curve. International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press v. 10, n. 1, 2002.

¹⁵² A Professora Maristela Basso demonstra, ao citar Laboulaye, que a essência global dos direitos autorais prescinde os avanços tecnológicos da era digital. “Os direitos decorrentes da produção intelectual têm caráter imaterial e são essencialmente internacionais, cosmopolitas, como bem demonstrou Édouard Laboulaye, em trabalho precursor publicado em 1858, onde afirma que “uma de suas características principais é ser essencialmente internacional”. Para ilustrar o caráter imaterial e internacional desses direitos poderíamos citar inúmeros e expressivos autores. Contudo, dentre eles destacamos Edmond Picar, que, mesmo antes da Convenção de Berna de 1886, ensinava que ‘a produção do espírito, objeto do direito intelectual, destina-se naturalmente a expandir-se para todos os lugares onde vai a civilização. Ela é divisível ao infinito, mas permanece sempre una. O autor de um livro, o inventor de um processo industrial, aquele que produziu uma obra musical ou uma obra suscetível de ser divulgada por não importa qual arte ou desenho, certamente não trabalhou unicamente para seu pequeno mundo, no qual ele vive, nem mesmo para a nação à qual ele pertence. Seu desejo, sua esperança, é de ver seu trabalho se expandir. Sua intensidade não se perde, mas, ao se expandir, adquire um vigor novo. O que, para uma coisa material, implicaria em impossibilidade ou destruição, se torna, para uma coisa intelectual, uma oportunidade de força e de celebridade.’” BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 19

¹⁵³ ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve*. International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press v. 10, n. 1, 2002. p. 108, tradução do autor.

¹⁵⁴ “A propriedade intelectual, examinada apenas sob a ótica do direito interno (nacional), diferencia-se das demais categorias do Direito porque seu pleno reconhecimento é trabalhoso, de proteção muitas vezes insuficiente e cuja remuneração dificilmente consegue refletir seu mérito. Razão pela qual, no que diz respeito à propriedade intelectual, precisamos somar ao estudo direito interno o do direito internacional, cujas fontes revigoram constantemente a matéria. Nesse sentido, são oportunas as palavras do professor Ruffini: ‘Como escritor, artista, inventor eu não me sentiria suficientemente protegido no gozo e exercício dos meus direitos, senão por uma lei superior à lei do meu país.’” BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 22.

tecnologia e investimento em pesquisa do que teriam com uma proteção contundente aos direitos de propriedade intelectual.

Nesse ponto, alguns aspectos merecem ser retomados com certa cautela. Os padrões mínimos estabelecidos pelo Acordo TRIPS asseguram certo grau de flexibilidade na adaptação das diretrizes de proteção da propriedade intelectual. Isso significa que os Estados-membros mais avançados, econômica e tecnologicamente, poderão estabelecer padrões mais rigorosos de proteção, desde que não contrariem os termos do TRIPS.¹⁵⁵ Por outro lado, os países em desenvolvimento podem tirar proveito dessa falta de consenso existente em relação ao grau adequado de proteção à propriedade intelectual. Nesse sentido, uma legislação mais branda em relação a cópias e imitações pode ser adotada intencionalmente, já que os retornos econômicos de países menos desenvolvidos em copiar podem ser mais vantajosos do que aqueles oriundos da proteção da propriedade intelectual. Sob essa perspectiva, a falta de uniformidade pode ser uma escolha intencional, em termos de desenho institucional, e não deve ser caracterizada como uma deficiência a ser abordada por meio de mecanismos alternativos de execução. A questão política do momento da negociação dos acordos internacionais ganha significativa relevância na análise, impondo limites claros à estrutura normativa criada.

Contudo, a idéia de um sistema global unificado para a proteção à propriedade intelectual parece plausível, mesmo que não seja alcançado imediatamente. O Acordo TRIPS deve ser considerado, nesse sentido, uma conquista importante. Como a adesão a este acordo é pressuposto para ser membro da Organização Mundial do Comércio, os argumentos a favor do tratado se tornaram “persuasivos”. Não se pode negar que o Acordo representa um grande avanço em termos de proteção e aplicação dos direitos da propriedade intelectual na esfera global. A contribuição, nesse sentido, da OMPI é igualmente relevante.

No entanto, grandes obstáculos permanecem no caminho desta harmonização. O sistema atual tem suas origens em padrões de direito baseados na territorialidade e

¹⁵⁵ Essa prerrogativa é formalizada no Artigo 8 do TRIPS, acerca dos princípios do acordo: *1 - Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.*

2 - Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

soberania, e um redesenho dessa estrutura é extremamente difícil. Os diferentes sistemas domésticos adotaram abordagens filosóficas distintas em relação à propriedade intelectual. Questões relativas ao modo apropriado de proteção à propriedade intelectual são facilmente elaboradas, mas dificilmente respondidas. Se não é simples determinar o que se deve amparar, como e por que, no contexto de uma legislação doméstica, a complexidade que o problema adquire no ambiente internacional é incomensurável. O compromisso e cooperação, a princípio, são as únicas alternativas para a estagnação.¹⁵⁶

3.2 - Inserção da tutela da propriedade intelectual no regime tradicional de regulação do comércio internacional – os problemas da indistinção dos objetos tutelados

O TRIPS, como já foi trabalhado, consolidou a proteção da propriedade intelectual inserido no âmbito das regulamentações do comércio. Esse acordo é considerado a terceira parte do tripé sobre o qual se assenta a Organização Mundial do Comércio (OMC) no que diz respeito à sua base normativa.¹⁵⁷ Isso implica que sua estrutura é desenhada no intuito de coordenar ganhos mútuos e concessões recíprocas sob o auspício da OMC. Nesse sentido, o principal acordo que regulamenta a questão no âmbito internacional foi negociado e conceitualizado como um tratado de comércio.

Como já ressaltado, o reconhecimento da importância da proteção dos direitos da propriedade intelectual para o comércio multilateral não é um fato recente. O acordo do GATT, negociado em 1947, já trazia em seu texto alguns dispositivos que tratavam da temática, mesmo que de forma discreta. O Artigo IX (6) afirmava que as partes deveriam colaborar para evitar que as marcas comerciais fossem utilizadas no sentido de induzir o

¹⁵⁶ MCMAHON, Joe, e SEVILLE, Catherine, *Intellectual Property*, The International and Comparative Law Quarterly, v. 50, n. 3, 2001. p. 714

¹⁵⁷ Os outros dois são o GATT, que regula o comércio de bens, e o GATS, que é o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços. Ver o Protocolo de Marraqueche ao Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, 1994. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/omc_ata015.htm

erro quanto à verdadeira procedência do produto em detrimento da proteção atribuída a esses bens nas legislações domésticas de origem, fazendo uma alusão à proteção dos direitos de *trademark*. O Artigo XII (3) iii dispunha que as partes contratantes que aplicassem as restrições previstas nesse artigo se comprometeriam a se abster daquelas que viessem a agir como obstáculo à observância de procedimentos relativos às patentes, marcas de fábrica, direitos autorais ou de reprodução ou outros procedimentos análogos. O Artigo XVIII (10) reafirmava que os Estados, no intuito de preservar o desenvolvimento econômico interno, possuem prerrogativas para implementar certas restrições, desde que elas não fosse aplicadas de modo a criar dificuldades para o cumprimento dos processos relativos às patentes, marcas de fábrica, direitos autorais e de reprodução, entre outros. O Artigo XX (d), por sua vez, estabelecia que medidas necessárias para assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não fossem dirigidas de forma a constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificada, nem como uma restrição disfarçada do comércio internacional, poderiam ser instituídas, desde que não fossem incompatíveis com as disposições destinadas à manutenção dos monopólios administrados na conformidade do parágrafo 4º do Artigo II e do Artigo XVII no que tange à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria.

Percebe-se, nesse sentido, que, apesar da reincidência dos dispositivos que remetiam à proteção da propriedade intelectual, esses eram sempre abordados em linhas gerais, sem grandes especificidades. Isso se justifica no contexto em que o acordo se insere, no momento logo após a Segunda Guerra Mundial, quando as vantagens de uma proteção mais rígida em relação à propriedade intelectual ainda não eram, de todo, compreendidas. Apenas nas décadas de 1970 e 80 que os benefícios da tutela dos produtos intelectuais são trazidos para o centro das negociações multilaterais, e seu papel significativo para o desenvolvimento tecnológico e investimentos direitos no exterior se evidenciam. A questão passa então a ser observada como fundamental para o desenvolvimento econômico e vincula-se, nesse sentido, a proteção à propriedade intelectual ao aumento do comércio mundial. “A partir de então, expande-se a compreensão de que os bens imateriais se tornam cada vez mais importantes para a sobrevivência das indústrias, e para as estratégias que elas devem implementar nos âmbitos nacional e internacional.”¹⁵⁸

¹⁵⁸ BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, Brasília, 2003. p. 25.

A crescente valoração comercial dos bens imateriais, considerados, nesse contexto, essenciais para o desenvolvimento tecnológico, levou a conseqüente reavaliação da importância estratégica dos direitos de propriedade intelectual, tanto no âmbito doméstico, como no internacional. O antigo modelo tradicional anterior à Segunda Guerra Mundial, que atribuía aos Estados a prerrogativa de adotar ou não medidas de proteção à propriedade intelectual, passava então a ser concebido como insustentável frente aos crescentes compromissos internacionais assumidos pelos Estados, ao acirramento das relações comerciais internacionais, e às pressões dos setores privados nacionais e transnacionais.¹⁵⁹ A institucionalização internacional mais contundente, no entanto, demorou para se concretizar.

A insatisfação com o sistema de proteção à propriedade intelectual no âmbito das Nações Unidas, somada às pressões das indústrias na esfera doméstica dos países desenvolvidos, resultou na inclusão do tema na pauta de negociações do comércio multilateral. Os países em desenvolvimento, contudo, demonstravam-se resistentes a essa nova dinâmica, receosos quanto ao desenvolvimento interno, que poderia ser diretamente afetado por um controle mais rigoroso da transferência de tecnologia. Ainda assim, os Estados menos industrializados acabaram por aceitar o GATT como ambiente de discussões para a determinação dos padrões adequados de proteção à propriedade intelectual, bem como os instrumentos de *enforcement* aplicáveis.¹⁶⁰

As negociações foram marcadas pelas divergências entre os Estados mais industrializados e os em desenvolvimento, e, igualmente, pelo deslocamento da discussão do âmbito técnico para uma esfera política. Nesse sentido, as medidas adotadas para solucionar as deficiências de um sistema conjectural acabaram sendo a base da construção de um modelo no qual a exclusão do aspecto técnico contribuiu de forma central na sua incapacidade de gerir o problema. No processo de negociação, destacaram-se três

¹⁵⁹ “Vimos, assim, que a associação de fatores políticos, econômicos, sociais, culturais e jurídicos, realizou o casamento (indissolúvel) entre os direitos de propriedade intelectual e o comércio internacional.” BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, Brasília, 2003. p. 18.

¹⁶⁰ BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, Brasília, 2003. Ver, igualmente, KEMMERLMEIER, Carolina S., e SAKAMOTO, Priscila Y., *Transferência de Tecnologia e as Organizações Multilaterais in* BARRAL, Welber, e PIMENTEL, Luiz Otávio (org.), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 56 “A adoção do Acordo implicou, assim, substancial elevação internacional no patamar mínimo de proteção de direitos de propriedade intelectual, em particular nos países em desenvolvimento, cujos níveis de proteção eram, em sua grande maioria, relativamente baixos. Devido às diferentes estruturas sociais e econômicas, bem como às diferentes capacidades tecnológicas de seus membros, o padrão único trazido pela OMC não funciona da mesma forma, nem tem os mesmos efeitos e eficácia nas diferentes regiões do globo.”

concepções acerca da proteção adequada da propriedade intelectual que deveria ser adotada pelos Estados-membros.¹⁶¹

A primeira trazia a perspectiva utilitarista dos direitos de propriedade intelectual, como instrumento fundamental para a produção intelectual e o desenvolvimento tecnológico. Tendo como principal defensor os Estados Unidos, essa abordagem trazia em si a necessidade da inserção da proteção à propriedade intelectual no escopo do comércio internacional, e a harmonização das legislações domésticas, que independia do grau de desenvolvimento dos países. Esse aspecto era justamente o ponto central do argumento da segunda concepção, que ressaltava as assimetrias entre os Estados, principalmente no que se refere ao progresso tecnológico.

Sustentada pelos países em desenvolvimento, essa perspectiva apresentava as preocupações acerca do acesso às inovações tecnológicas, que deveria ser assegurado pelo sistema de proteção à propriedade intelectual. Portanto, o objeto central das negociações passou a ser, para os apoiadores dessa concepção, os mecanismos para a transferência de tecnologia que deveriam ser adotados, no intuito de equilibrar as assimetrias, sem, contudo, excluir a relevância de um sistema de proteção adequado relativo à propriedade intelectual. A busca de um equilíbrio entre as assimetrias apresentadas pelos Estados membros era, nesse sentido, tão importante quanto a proteção dos direitos de monopólio da propriedade intelectual. O desafio consistia, portanto, na construção de uma estrutura que protegesse os direitos de propriedade intelectual e viabilizasse o progresso tecnológico dos países menos desenvolvidos.

Por fim, a terceira concepção apresentava-se como uma posição intermediária. Apoiada por alguns países desenvolvidos como o Japão e membros da Comunidade Européia, ela defendia uma tutela homogênea dos direitos de propriedade intelectual, mas ressaltava os perigos de medidas exageradas de proteção que poderiam funcionar como obstáculos ao livre comércio. Nesse sentido, o objetivo era a estruturação de um modelo, o qual atendesse as demandas dos sujeitos de direitos de propriedade intelectual, evitando os abusos em seu exercício.¹⁶²

¹⁶¹ CORREA, Carlos M. e YUSUF, Adbulgawi A., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International BV, 2008. p. 13.

¹⁶² Ver BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, Brasília, 2003. p. 24. “Para esses países, as distorções no comércio podem surgir não apenas da “inadequada” proteção como também de uma “excessiva” proteção.”

Finalmente, o tratado de Marraqueche de 1994, que marcou o fim das negociações da Rodada do Uruguai,¹⁶³ trouxe em seu texto a tentativa de abarcar todas as reivindicações registradas, em um documento que destacava a importância da proteção à propriedade intelectual. Inserindo-a definitivamente no arcabouço normativo do comércio internacional, e dispondo, ao mesmo tempo, sobre alternativas para mitigar as assimetrias relativas ao desenvolvimento tecnológico, esse tratado exaltava a preocupação quanto aos abusos nocivos ao livre comércio.¹⁶⁴

Diante desse contexto, conclui-se certas conseqüências que evidenciam as limitações estruturais do Acordo TRIPS para tutelar o objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, os direitos autorais na era digital. Como exposto, esse acordo foi o resultado da tensão entre diversos grupos de pressão, domésticos e internacionais, traduzindo os principais interesses que prevaleceram por meio do consenso. Destaca-se, nesse sentido, durante todo o texto do acordo, no que tange aos mecanismos de aplicação e *enforcement* do padrão normativo adotado, a alusão às invenções tecnológicas, à transação de bens infratores entre as fronteiras e à competência das autoridades alfandegárias. Cita-se, a título de exemplo, o artigo 69, sobre cooperação entre os Estados, que destaca, em particular, a promoção do “intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados.”¹⁶⁵ No mesmo sentido, o Artigo 50 (1) “a”, sobre medidas cautelares, que enaltece a importância das autoridades judiciais para “evitar a ocorrência de uma violação

¹⁶³ Para aprofundar o estudo da história das negociações da “Rodada do Uruguai”, e seus resultados ver: LAFER, Celso, *A OMC e a regulamentação do comércio internacional - uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹⁶⁴ Ver BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, Brasília, 2003. p. 24. “Após seis anos de intensas negociações, o diretor-geral do GATT, Arthur Dunkel, apresentou, em dezembro de 1991, um projeto do acordo em todas as áreas negociadas durante a “Rodada do Uruguai”. Conhecido como “*Dunkel Draft*”, o projeto sofreu alterações até o final da “Rodada do Uruguai”, em 15 de dezembro de 1993, sendo aprovado pelos ministros do GATT, em Marraqueche, em 15 de abril de 1994. O projeto buscava um ponto de equilíbrio entre as várias posições e, ao mesmo tempo, apresentar uma resposta às preocupações dos países em desenvolvimento. São reveladoras do contexto em que as negociações se desenvolveram as afirmações do diretor-geral Dunkel, no projeto final, de dezembro de 1991: *This is not to say the agreement is without its critics. All parties “won” and lost important issues. Some industries in some countries are deeply troubled by the compromise package put forward. Nonetheless, the opportunity to obtain multilateral rules and enforcement mechanisms across so many disparate issues will likely be viewed as one of the major accomplishments in any concluded Uruguay Round.*”

¹⁶⁵ Artigo 69 - *Cooperação Internacional: Membros concordam em cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, deles darão notificação e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados.*

de qualquer direito de propriedade intelectual, em especial para evitar a entrada nos canais comerciais sob sua jurisdição de bens, inclusive de bens importados (...).”¹⁶⁶ E, por fim, uma seção inteira dedicada às exigências especiais relativas a medidas de fronteira (seção 4), que em seu artigo 51 prevê a prerrogativa, atribuída aos titulares de direitos de propriedade intelectual, de suspenderem, por meio das autoridades competentes, administrativas ou judiciárias, a liberação da importação de bens contrafeitos ou pirateados, pelas autoridades alfandegárias.¹⁶⁷

O TRIPS distingue os diferentes objetos tutelados pelo documento, caracterizando as peculiaridades de cada um, ao balizar tópicos como Direito do Autor e Direitos Conexos, Marcas, Indicações Geográficas, Desenhos Industriais, Patentes, entre outros.¹⁶⁸ Diante dessa descrição específica, torna-se nítida uma distinção entre os bens cuja expressão é concebida em objetos materiais e os ativos intangíveis tutelados. Contudo, o acordo não repete a mesma cautela ao identificar os fundamentos e os meios para assegurar a proteção destas figuras, abordando, assim, de forma generalizada os instrumentos de defesa em relação à propriedade intelectual.

Essa unificação conceitual dos diferentes objetos inseridos na ampla categoria da propriedade intelectual originou-se na criação da OMPI, que centralizava a administração dos tratados específicos acerca dos diversos tipos de produtos intelectuais no mesmo arcabouço normativo. As conseqüências dessa uniformização podem ser compreendidas sob uma dupla perspectiva. Por um lado, a centralização poderia facilitar a institucionalização de mecanismos de controle e aplicação das normas, problema sempre contundente no ambiente internacional¹⁶⁹; por outro lado, essa própria concentração de

¹⁶⁶ Seção 3: Medidas Cautelares - Artigo 50: 1 - As autoridades judiciais terão o poder de determinar medidas cautelares rápidas e eficazes: a) para evitar a ocorrência de uma violação de qualquer direito de propriedade intelectual, em especial para evitar a entrada nos canais comerciais sob sua jurisdição de bens, inclusive de bens importados, imediatamente após sua liberação alfandegária;

¹⁶⁷ Seção 4: Exigências Especiais Relativas a Medidas de Fronteira - Artigo 51 - Suspensão de Liberação pelas Autoridades Alfandegárias: Os Membros adotarão procedimentos, de acordo com as disposições abaixo, para permitir que um titular de direito, que tenha base válida para suspeitar que a importação de bens com marca contrafeita ou pirateados possa ocorrer, apresente um requerimento por escrito junto às autoridades competentes, administrativas ou judiciais, para a suspensão pelas autoridades alfandegárias da liberação desses bens. Os Membros podem permitir que um requerimento dessa natureza seja feito com relação a bens que envolvam outras violações de direitos de propriedade intelectual, desde que as exigências desta Seção sejam satisfeitas. Os Membros também podem permitir processos correspondentes, relativos à suspensão da liberação pelas autoridades alfandegárias de bens que violem direitos de propriedade intelectual destinados à exportação de seus territórios.

¹⁶⁸ Parte II do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS, 1994. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/programa/pasta_acordos/trips.pdf/view

¹⁶⁹ A Professora Maristela Basso demonstra com clareza, ao citar Ruffine, que a unificação conceitual se deu no intuito de viabilizar mecanismos de proteção aos objetos intelectuais mais eficientes. “Ruffini aponta que

atribuições no mesmo organismo leva a uma indistinção das estratégias e ferramentas de *enforcement*, que, por vezes, ignora peculiaridades fundamentais para a tutela de objetos específicos. Em termos práticos, isso quer dizer que qualquer estrutura que estabelece instrumentos únicos para assegurar os direitos de propriedade intelectual desconsidera as diferenças essenciais entre direitos autorais e propriedade industrial. Nesse sentido, a ineficiência de um arcabouço nesses moldes será conseqüência, ou de uma generalização acentuada que acaba distanciando as normas do seu objeto, ou da proeminência de aspectos específicos relativos a um dos elementos tutelados em detrimento dos demais. A proteção sob a égide da OMC incorre no mesmo equívoco.

Essa indistinção de mecanismos de aplicação e *enforcement* que o Acordo TRIPS estabelece em relação aos diversos formatos de propriedade intelectual representa um enorme agravante para a difícil tarefa de estabelecer um regime satisfatório para a regulação da propriedade intelectual na era digital. O sistema normativo internacional, nesse sentido, visa à proteção dos direitos daqueles que detém o domínio de bens intangíveis de maneira semelhante aos direitos de propriedade de ativos físicos. Detêm-se, portanto, nesse momento, a análise das diferenças dos objetos tutelados e a compreensão das peculiaridades dos bens protegidos pelos direitos autorais.

Seção II - As diferentes categorias da Propriedade Intelectual – classificação e descrição dos institutos caracterizando as peculiaridades dos Direitos Autorais

Tradicionalmente, a propriedade intelectual,¹⁷⁰ como gênero, divide-se em duas categorias amplas, a saber, a Propriedade Industrial, e o Direito Autoral e Direitos

“é somente conduzindo todas as múltiplas manifestações do direito do pensamento a um centro único e superior, que se poderá preencher as lacunas deploráveis que assinalamos e, por conseqüência, chegar à formação de um sistema racional e, portanto, científico, de todas estas manifestações esparsas, ao mesmo tempo que a uma proteção completa e verdadeiramente eficaz destes direitos, tanto no domínio do direito interno, como no do direito internacional.” RUFFINI, Francisco, *De la protection internationale des droits sur les oeuvres littéraires et artistiques*. in BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 51.

¹⁷⁰ Ver, nesse sentido, WACHOWICZ, Marcos, *Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação*. in BARRAL, Welber, e PIMENTEL, Luiz Otávio (org.), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 85: “Em relação à propriedade intelectual, tem-se a definição clássica de Ruggiero como sendo: As obras de arte, literária, musical ou dramática, a invenção científica, a descoberta industrial, em suma todo produto do engenho não protegido nem regulado com as mesmas normas que tutela a propriedade sobre coisas corpóreas e que seriam inaplicáveis. (Ruggiero, 1999, p.462). No mesmo sentido acrescenta Pimentel: As diversas produções da inteligência humana e alguns institutos afins são denominados genericamente de propriedade imaterial ou intelectual, dividida em dois grandes grupos, no

Conexo.¹⁷¹ A última abarca os direitos do autor sobre suas obras, como os trabalhos literários e artísticos, e os direitos conexos, como sendo as prerrogativas dos artistas-intérpretes, produtores de fonogramas. O Direito da Propriedade Industrial, por sua vez, protege os sinais distintivos, como as marcas e indicações geográficas, e as invenções que envolvem aplicação industrial, como patentes de invenção, modelo de utilidade e desenhos industriais.¹⁷²

1. Propriedade Industrial

Patentes, direitos autorais e *trademarks* foram os primeiros direitos de propriedade intelectual a serem reconhecidos formalmente. Devido a sua longa tradição, a maioria das pessoas associa propriedade intelectual a esses institutos.¹⁷³ Internacionalmente inserida nas grandes categorias de definição da propriedade intelectual, a propriedade industrial inclui tanto as patentes, como as *trademarks*. A definição em cada país pode apresentar algumas

domínio das artes e das ciências: a propriedade literária, científica e artística, abrangendo os direitos relativos às produções intelectuais na literatura, ciência e artes; e no campo da indústria: a propriedade industrial, abrangendo os direitos que tem por objeto as invenções e os desenhos e modelos industriais, pertencentes ao campo industrial. (Pimentel, 1999. p. 125.)”

¹⁷¹ A Professora Maristela Basso caracteriza, de forma mais ampla e metodologicamente precisa, as duas categorias, classificando-as como: (i) Propriedade Literária e Artística, que abarca o Direito do Autor, Programas de Computador e Direitos Conexos, e (ii) Propriedade Industrial, que engloba invenções, marcas, modelos de utilidades, indicações geográficas, desenhos industriais, topografia de circuitos integrados, obtenções vegetais. Ver, nesse sentido, BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 53. No entanto, dado o enfoque desse trabalho nos direitos autorais, adota-se uma caracterização simplificada, apenas no intuito de diferenciar os principais objetos tutelados pelos direitos de propriedade intelectual. A proteção dedicada à propriedade intelectual é encontrada fundamentalmente sob a forma de patentes, *trademarks* e *copyrights*. Esses institutos não são os únicos tutelados, porém constituem o cerne do regime de proteção à propriedade intelectual. Ver SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, mars, copyrights, patentes, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p. 6. Para outras caracterizações das categorias de propriedade intelectual, ver WACHOWICZ, Marcos, *Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação*. in BARRAL, Welber, e PIMENTEL, Luiz Otávio (org.), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 87: “É preciso lembrar-se que os primados clássicos da Propriedade Intelectual assentam a diferença entre Direito Autoral e a Propriedade Industrial como sendo: quanto ao primeiro, a proteção e tutela da comunicação de idéias, da beleza e dos sentimentos do gênero humano; e quanto ao segundo, o sentido prático e transformador da matéria e da tecnologia que se pretende proteger, criando-se o direito de exploração exclusiva da mesma.”

¹⁷² ZIBETTI, Fabíola Wüst, *Propriedade Intelectual e a Estandarização no Âmbito do Comércio*. in BARRAL, Welber, e PIMENTEL, Luiz Otávio (org.), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

¹⁷³ No entanto, eles não são únicos. Outras categorias, como *trade secret* (segredos relacionados à produção de produtos comerciais) e desenhos industriais apresentam importância secundária na discussão, e por não estarem diretamente vinculadas ao objeto de estudo central desse trabalho, não serão aqui estudadas. Para mais informações acerca das diversas categorias dos direitos de propriedade intelectual, ver SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, mars, copyrights, patentes, designs, and related rights world wide*. World Trade Press, 2001.

diferenças. Nesse sentido, os conceitos serão trabalhados em termos gerais, destacando os principais pontos que constituem o cerne da estrutura que os distingue.

Direitos relativos à *trademark* são institutos que protegem uma palavra, frase, sinal, símbolo, forma ou rótulo, ou seja, identificadores distintivos de um bem ou serviço do criador quando colocado no mercado. Estes são usados para distinguir um bem ou serviço de outros similares, tutelados por tempo indefinido, já que a renovação pode ser provida antes do termo expirar.¹⁷⁴ Diferentemente dos direitos autorais ou patente, um direito de *trademark* é concedido somente no que tange a uma categoria de bens ou serviços específica. Isso significa que esse direito é limitado, oponível somente a bens e serviços semelhantes ao objeto tutelado, que possam ser utilizados de má fé para alcançar vantagens econômicas. Exceções podem ser feitas para marcas famosas, mas somente se a exceção é reconhecida na legislação do país em questão.¹⁷⁵

A expressão “trademark” é composta por duas palavras em inglês, *trade* (comércio) e *mark* (marca). O conceito, portanto, remete a marcas distintivas com valores comerciais. Uma “marca” pode ser qualquer palavra, letra, símbolo ou qualquer combinação desses itens. Nesse sentido, uma *trademark* é uma marca usada no comércio para identificar um produto ou serviço como tendo sido feito ou provido por um titular específico da *trademark*, e distinguir o produto ou serviço dos de outros comerciantes. Uma vez que a *trademark* é registrada, o registro pode ser renovado periodicamente, normalmente entre 10 e 14 anos, por um número indefinido de vezes. Diversos tipos de *trademarks* são reconhecidas, dependendo das leis dos países.

A importância da proteção de uma *trademark* no comércio atual é muito significativa. Em alguns países, somente o uso da marca, sem o registro, pode criar direitos de propriedade intelectual. Nesse sentido, a primeira parte que utilizou a marca no comércio é a titular legítima do direito de propriedade intelectual, independente se a marca tiver sido usada e registrada por outro comerciante em qualquer lugar do mundo. Em alguns países, como os Estados Unidos, o registro da marca não é válido até que se prove do uso

¹⁷⁴ SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, mars, copyrights, patents, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001.

¹⁷⁵ “Deste modo, a marca adidas® como usada para tênis não seria infringida por uma empresa que usasse a mesma trademark vinculando ao tabaco, a não ser que a jurisdição reconheça a marca como famosa e atribua sua proteção independente do bem ou serviço.” SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, mars, copyrights, patents, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p. 9, tradução do autor.

no comércio. Diversos Estados¹⁷⁶ requerem que o titular da *trademark* submeta a prova de uso durante o prazo do registro ou no momento da renovação. Na maioria dos países, uma *trademark* que não está sendo usada no comércio está sujeita ao cancelamento, e um terceiro que estiver interessado em usar a mesma ou uma marca similar pode requisitar tal cancelamento.

Uma marca não é uma *trademark* a não ser que possa distinguir o bem ou o serviço de outros semelhantes. O conceito parece simples mas é tão complexo que selecionar uma marca que qualifica para registro mundial se torna uma das tarefas mais custosas e difíceis da proteção à propriedade intelectual. Em geral, direitos exclusivos em uma marca não podem ser protegidos e a marca não pode ser registrada como *trademark* se for descritiva, genérica, ou se estiver em conflito com uma marca similar ou idêntica ou comprometida com alguns tópicos proibidos, como símbolos do governo.¹⁷⁷

A proteção por legislação e tribunais domésticos às marcas distintivas parece, portanto, um mecanismo razoável. O descumprimento ou infração dessas normas implica a aplicação da marca em um produto ou serviço, geralmente materializado em formas tangíveis. A utilização ilícita, pode, nesse sentido, ser reprimida dentro de limites territoriais. Apenas quando inserido no âmbito do comércio digital, realizado principalmente por meio da *internet*, é que esses mecanismos enfrentam desafios semelhantes à proteção dos direitos autorais. Contudo, o infrator é geralmente um comerciante ou prestador de serviço que, por mais que tenha negócios exclusivamente virtuais, geralmente oferece bens ou serviços materializados de alguma forma.

As patentes, por sua vez, protegem invenções, seja a expressão ou a idéia, que representem uma inovação, materializadas em uma forma tangível, passíveis de valoração ou úteis a sociedade, e que, por fim, são concebidas ou descobertas pelo inventor, resguardadas por um limite de tempo finito. Nesse sentido, uma “patente” pode ser definida como o direito exclusivo de uso e controle assegurado por lei a uma parte que concebe ou descobre uma invenção inovadora e não-óbvia, para prevenir que outros manufaturem, vendam, ou usem a invenção, sem autorização do titular do direito. O direito das patentes é assegurado por um tempo limitado, que varia dependendo de certos fatores, como o tipo da

¹⁷⁶ A título de exemplo, Camboja, Canadá, China, Laos, Turquia e Estados Unidos, entre outros. SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, mars, copyrights, patentes, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p. 11.

¹⁷⁷ SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, mars, copyrights, patentes, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p. 14.

invenção e a jurisdição do registro. As leis de patente vigem normalmente por 14 a 20 anos e geralmente, esse prazo não pode ser estendido.¹⁷⁸

Uma invenção implica necessariamente que alguma criatividade tenha sido utilizada por parte do criador. Desta maneira, se uma pessoa “descobre” uma substancia natural pré-existente, a descoberta dificilmente será protegida por patente. No entanto, se o mesmo indivíduo inventa uma maneira criativa de empregar ou alterar a substancia natural de modo que uma aplicação nova e útil seja desenvolvida, a descoberta poderá ser patenteada. Ademais, um objeto estará sujeito à proteção das patentes somente se for considerado “inovador” e “não óbvio”. Inovador no sentido de que a invenção deve apresentar um desenvolvimento novo, enquanto “não óbvia” significa que o objeto deve ser surpreendente ou inusitado, quando considerada por uma pessoa de habilidade ordinária dentro do campo científico particular da invenção.¹⁷⁹ Em outras palavras, a invenção deve produzir um resultado tanto novo como inesperado.

Os direitos de patente devem ser concedidos nos termos da lei.¹⁸⁰ A ausência de uma legislação específica em determinado país inviabiliza a concessão de direitos naquele local. Diferentemente de *trademarks* e *copyrights*, os direitos de patente e sua proteção são totalmente dependentes da lei do país. Nesse sentido, um esforço para instituir um padrão que seja adotado pela maioria dos Estados é compreensível, especialmente se tratando da produção tecnológica, principal objeto protegido por patentes,¹⁸¹ e um dos bens mais valorizados no comércio internacional.

¹⁷⁸ No Brasil, o prazo para Pedido de Invenção é de 20 anos, para Modelo de Utilidade, 15 anos contados da data do depósito e para registro de Desenho Industrial, o prazo é de 10 anos podendo ser prorrogável por 3 períodos sucessivos de 5 anos cada. Ver Lei 9.279 de 14 de maio de 1996.

¹⁷⁹ SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, marks, copyrights, patents, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p. 14

¹⁸⁰ Uma vez que a patente é concedida, seu valor se torna aparente quando outras partes buscam permissão para licenciar sua invenção. Você detém os direitos exclusivos de uso, pelo menos pelo prazo estabelecido pela patente. Ademais, você tem o direito de fazer cumprir seus direitos contra qualquer pessoa que use sua invenção sem sua permissão. SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, marks, copyrights, patents, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p. 14.

¹⁸¹ Os seguintes tipos de patentes são comumente encontrados nos países em que a lei de patentes é mais desenvolvida:

Patente de utilidade (*utility patent*) é para uma invenção que pode ser caracterizada em uma ou mais das seguintes categorias: um processo, máquina, manufatura, ou um avanço de uma idéia já existente em uma dessas categorias.

Patente de *design* (*design patent*) é para um *design* inovador que é propriamente não funcional mas que é parte de um artigo funcional manufaturado. Por exemplo, um novo *design* de um estojo para um telefone celular que dá ao produto um visual novo mas que não aprimora sua função como telefone pode ser sujeito de patente de *design*.

O histórico do desenvolvimento do regime de proteção à propriedade intelectual mostrou a ascensão da valoração da propriedade intelectual para o comércio internacional, no contexto no qual o TRIPS foi criado. Contudo, uma análise mais cautelosa revela que os bens intelectuais que despertavam as maiores preocupações estavam relacionados à indústria tecnológica, ativo que sustentava seu alto valor agregado na proteção das inovações nele aplicada. Nesse sentido, o foco consistia na tutela das idéias expressadas em bens tangíveis, em todas as jurisdições, para que seu valor não fosse dirimido por cópias ao cruzar as fronteiras.

Se este formato é eficiente ou não para a proteção internacional das expressões materiais de produções intelectuais, essa não é uma discussão importante aqui. A questão é que esse sistema não confronta os dilemas que emergem no novo formato de relações no ciberespaço. Os direitos autorais, nesse sentido, são colocados em xeque dentro desse modelo, visto que, nos dias atuais, as expressões das idéias tuteladas por esse instituto estão, em sua maioria, disponíveis no formato digital.

2. Direitos do Autor e Direitos Conexos

Como se destacou no primeiro capítulo deste trabalho, a propriedade intelectual é um produto da mente, e, como tal, é distinta das noções usuais de “propriedade”. Uma criação intelectual, até que seja apresentada em uma forma material, não pode ser sentida por outra pessoa. É uma propriedade intangível, presente somente na mente de seu criador. Nesse sentido, o direito de propriedade, como o direito de posse, publicação, distribuição, venda, troca, em relação aos bens intangíveis teve de ser positivado para que aquelas propriedades pudessem ter valor de mercado para seus criadores. Em outras palavras, uma idéia tem valor de mercado somente se uma pessoa, e ninguém mais, puder utilizar a manifestação dessa idéia.

Quando nos referimos aos direitos atribuídos aos autores e inventores de ativos inovadores, entende-se, de forma geral, que o titular tem resguardada a exclusividade de deliberar sobre seu uso, e nesse sentido, seus direitos de monopólio estão assegurados

Patente de planta (*plant patent*) é para uma nova plante reprodutiva, quer seja reprodução sexuada ou assexuada. SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, marks, copyrights, patents, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p.15.

legalmente nos termos da proteção da propriedade intelectual. Tal posição se justifica, fundamentalmente, na idéia de que esse poder privativo estimula o progresso científico e artístico, uma vez que os criadores são titulares de um direito de exploração específico. Em outras palavras, a proteção à propriedade intelectual promove um incentivo positivo ao avanço científico e artístico.¹⁸²

Considerando a aplicação de tal conceito em relação aos ativos materiais, um controle de imitações e cópias se torna relativamente plausível pelos meios de coerção e monitoramentos existentes, seja no âmbito doméstico (polícias, órgãos fiscalizadores), seja na esfera internacional (controle de fronteiras, acordos de cooperação), sob amparo, sobretudo, estatal. Contudo, se aplicarmos esse mesmo conceito aos bens de expressões intangíveis, percebemos a problemática referente à generalização dos instrumentos protecionistas. Esses ativos estão sujeitos à apropriação e imitação em larga escala, considerando os baixos custos de reprodução e disseminação. Ademais, os novos meios de transferências de informação tornam praticamente impossível o controle entre os limites territoriais dos Estados. Para que realmente se compreenda a dimensão dos problemas de proteção aos direitos autorais faz-se necessário, portanto, a compreensão das características e origens do próprio instituto.

2.1 – Caracterização do arcabouço normativo específico

Primeiramente, uma breve explicação do que consistem os direitos conexos. Os limites dos direitos de autor são desenhados diferentemente de um sistema jurídico para outro, e os direitos que em certos arcabouços normativos são tratados como direitos de autor muitas vezes são classificados internacionalmente como "direitos conexos". No Acordo TRIPS, por exemplo, as prerrogativas relativas às obras literárias e artísticas são denominadas "Direitos do autor e direitos conexos". Os direitos conexos caracterizam-se, portanto, pela concessão de direitos autorais a interpretes e produtores fonográficos, no que couber, reconhecendo inovação e peculiaridades criativas no trabalho do intérprete e, no

¹⁸² ULLRICH, Hanns. *Expansionist Intellectual Property Protection and Reducionist Competition Rules: A TRIPS Perspective*. Journal of International Economic Law, Cambridge University Press, v. 7, n. 2, 2004. p. 407. As críticas ao argumento do incentivo como aspecto fundamental do para a produção intelectual serão retomadas no capítulo III.

caso da indústria fonográfica, atribuindo regalias que assegurem uma remuneração ao seu investimento empresarial.¹⁸³

*Como vemos, com os direitos conexos cria-se um alargamento do conceito de autoria, que era um pouco difuso, antes do culto individualista do romantismo. São reconhecidos, portanto, outros agentes na complexa estrutura de produção chamada “indústria cultural”.*¹⁸⁴

Os direitos autorais são conhecidos internacionalmente pela expressão anglofônica *copyright*, que consiste, como os demais institutos estudados, no direito exclusivo do sujeito da proteção normativa relativo a qualquer trabalho intelectual. Para tanto, a expressão deve ser original, criativa, classificada, geralmente, como um dos seguintes: literária, dramática ou performática, audiovisual, musical, gráfica ou artística.¹⁸⁵ Um direito autoral tem prazo finito no tempo, tipicamente a vida do autor mais 20 a 50 anos. O trabalho deve ser uma criação original do autor ou artista para que lhe seja atribuído o

¹⁸³ Daí o litígio judicial entre as multinacionais produtoras de fonogramas e o NAPSTER. Ver GALDEMAN, Henrique, *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 62

¹⁸⁴ GALDEMAN, Henrique, *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001 p. 62

¹⁸⁵ “Na maioria dos países, *copyright* pode ser solicitada nos seguintes tipos de trabalhos:

Trabalhos coletivos consistem em trabalhos independentes de diversos autores combinados para fazer um único trabalho, mas aos autores são dados créditos separados por suas contribuições. Os trabalhos que são incluídos podem estar dentro dos limites do domínio público. Se não, o titular do direito autoral de cada parte deve autorizar sua inclusão no trabalho coletivo. O autor de um trabalho coletivo detém o direito autoral pela apresentação – a organização, seleção, e desenho do trabalho – e não por cada trabalho separadamente. Se as contribuições individuais não são apresentadas de uma maneira inovadora, a coleção não é protegida por direitos autorais. Exemplos incluem enciclopédias e antologias.

Trabalhos compilatórios consistem em materiais preexistentes, trabalhos, e informações que são escolhidas, coletadas, e apresentadas de modo inovador. A apresentação é uma obra intelectual original, embora trabalhos compilatórios são amplos em conceito porque diferentes tipos de materiais e informações pode ser apresentadas, e não meramente os trabalhos de autores individualmente. Por exemplo, um almanaque de comércio que contenha informações factuais sobre geografia, demografia, mercados, cultura, economia, direito e história política para cada país do mundo, mais trabalhos separados de autores independentes dando dicas acerca de práticas comerciais na troca entre fronteiras, seria um trabalho compilatório.

Trabalhos derivados são novos trabalhos baseados em trabalhos antigos que era previamente protegidos por direitos autorais. Um trabalho derivado deve ter trabalho adicional original suficiente para torná-lo um novo trabalho. Exemplos incluem traduções de livros, uma peça baseada em um romance, novas reedições de músicas antigas, ou um resumo de um livro. O direito de criar e proteger um trabalho derivado está incluído dentro do direito autoral exclusivo do trabalho original, e, portanto, somente o autor original tem o direito de criar um trabalho derivado. O autor pode transferir o direito por licença ou cessão de direitos. Se diversos autores criaram trabalhos separados, eles podem decidir posteriormente combinar seus trabalhos em um único, em tal evento o trabalho derivado seria de co-autoria.

Trabalhos factuais são trabalhos que não são ficções e contêm fatos que estão no domínio público. As idéias e informações no trabalho factual não podem ser protegidas por direitos autorais, mas sua apresentação pode ser sujeita da tutela dos direitos autorais.” SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, marks, copyrights, patents, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p. 12.

direito autoral. Fatos, idéias, e trabalhos que se tornaram parte do domínio público não são “criações originais” a não ser que o autor tenha acrescentado sua própria contribuição criativa. Desse modo, o trabalho deve ser produzido com um mínimo de criatividade da parte do autor ou artista.¹⁸⁶

Em suma, as normas de *copyright* protegem expressões de idéias originais que são produzidas criativamente, e que são fixadas em um meio tangível (como papel, fita, disco, madeira, arquivos digitais) por um limite de tempo finito. Importante destacar que o direito autoral protege exclusivamente a expressão de uma idéia, não o pensamento. Isso é uma distinção importante que deve ser compreendida. O que se visa proteger é a forma criativa na qual determinada idéia foi expressa, e não o conteúdo em si. Pensamentos e idéias não podem ser objetos de direitos autorais. Isso quer dizer que diversas obras podem tratar de forma similar sobre um mesmo tema, sem contudo, que a última esteja obrigatoriamente desrespeitando direitos do autor do trabalho anterior. O que pode ser tutelado, nesse sentido, é a organização de um texto, o arranjo, o formato, ou seja a expressão característica do autor de determinada idéia. Um trabalho criativo deve ser fixado em um meio tangível para que se possa atribuir direitos autorais. O pressuposto reflete o argumento de que uma idéia não é objeto de tutela, somente a sua expressão. Assim, até que a idéia seja expressa em um meio tangível, não existe direito autoral.

O que se busca demonstrar, portanto, é que a questão relevante não reside na diferença da forma que são tutelados os bens intelectuais, mas sim na distinção da natureza dos objetos protegidos pelos direitos de propriedade intelectual. Em outras palavras, a principal diferença entre os direitos autorais e a propriedade industrial é que a expressão das idéias do primeiro é predominantemente virtual, e, portanto, igualmente intangível. Nesse sentido, não é a diferença dos institutos jurídicos que protegem a propriedade intelectual que distinguem os objetos tutelados, mas, justamente o inverso, as peculiaridades dos bens resguardados pelos direitos da propriedade intelectual que demandam regimes com características igualmente específicas.

2.2 - Particularidades históricas da construção normativa dos Direitos Autorais

¹⁸⁶ “Não é um critério rigoroso, mas um trabalho que é feito sem nenhum exercício do intelecto humano é improvável que receba o reconhecimento de direitos autorais pelas autoridades administrativas ou judiciais.” SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, marks, copyrights, patents, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001. p. 12, tradução do autor.

A unificação da tutela dos diferentes objetos intelectuais em um arranjo normativo é algo relativamente recente. Apesar dos fundamentos semelhantes que motivam a proteção dos direitos autorais bem como da propriedade industrial, a história demonstra que em sua origem, as preocupações refletiam as características específicas de cada uma dessas matérias protegidas pelos direitos de propriedade intelectual. A questão das cópias de obras literárias e artísticas tornaram-se uma questão jurídica relevante no século XV,¹⁸⁷ quando a invenção da impressão gráfica tornou-se um negócio rentável, possibilitando a reprodução em escala industrial, levantando problemas acerca da remuneração dos autores.

É inicialmente na Inglaterra que o *copyright* começa a ser reconhecido formalmente em relação às cópias impressas de determinada obra.¹⁸⁸ O *Licensing Act*, de 1662, proibia a impressão de qualquer livro que não estivesse licenciado ou devidamente registrado. Foi, no entanto, com o *Copyright Act*, atribuído a Rainha Ana, em 1709, que os direitos autorais foram amplamente difundidos. Determinava-se, nesse documento, que o prazo de proteção fosse contado da data da impressão, e as obras não impressas fossem resguardadas somente por 14 anos. Influenciado pela ascensão dos ideais da Revolução Francesa, de 1789, o conceito foi então ganhando aspectos de direitos individuais, destacando-se a primazia do autor sobre a obra.

O droit d'auteur enfoca também os aspectos morais, o direito que o autor tem ao ineditismo, à paternidade, à integridade de sua obra, que não pode ser modificada sem o seu expresso consentimento. Mesmo que um autor ceda todos os direitos patrimoniais referentes à sua obra, ele conserva em sua esfera esses direitos morais, que são inalienáveis e irrenunciáveis. A proteção se estende por toda a vida do autor, e

¹⁸⁷ “Em Roma, as obras eram reproduzidas por meio de cópias manuscritas, e apenas os copistas eram remunerados pelo seu trabalho, verdadeiras criações artísticas. Os autores nada recebiam: só lhes eram reconhecidas a glória e as honras, quando lhes respeitavam a paternidade e a fidelidade ao texto original.” GALDEMAN, Henrique, *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 29.

¹⁸⁸ “Não é somente do fim do século XVIII que data o direito de autor. A idéia surgiu já no século XV, depois da descoberta, de dimensões incalculáveis, da arte de imprimir, que é um título de glória para a Alemanha. Foram os privilégios da esplêndida Veneza que nos mostraram os primeiros traços desse direito. Depois, os privilégios concedidos na Itália, na Espanha, na França e na Alemanha e na Inglaterra reconhecem a legitimidade da proteção do autor. Assim, todas as nações que, no século do Renascimento, estiveram à frente do progresso, contribuíram para a gloriosa tarefa de criar um direito todo novo, desconhecido da antiguidade. Foi em 1709 que a Inglaterra promulgou a primeira lei moderna sobre o direito de autor.” KOHLER, Joseph, *In Arch. in BASSO, Maristela, O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 20.

*até mesmo após sua morte, transferindo-se todos os direitos patrimoniais e morais para seus herdeiros e sucessores legais.*¹⁸⁹

O arcabouço normativo de proteção aos direitos autorais então evoluiu por meio de diversos documentos e acordos internacionais. Nesse sentido, deve-se ressaltar, novamente, a Convenção da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. A relevância desse acordo para a consolidação do direito internacional da propriedade intelectual já foi mencionada, no entanto, sua importância deve ser retomada, agora no contexto específico da evolução normativa dos direitos autorais. Concluída em 1886, a convenção foi revista diversas vezes, mais recentemente, no dia 24 de julho de 1971, em Paris.¹⁹⁰ O compromisso central da Convenção de Berna era internacionalizar a tutela dos direitos autorais,¹⁹¹ exigindo dos Estados-membros a proteção de obras originárias de qualquer país signatário do acordo. O tratado institucionalizou de forma pioneira o princípio do tratamento nacional, exigindo que cada país parte do acordo concedesse aos autores estrangeiros os mesmos direitos que confere aos seus próprios nacionais. O mesmo princípio foi reafirmado no Acordo TRIPS em seu artigo 3º.¹⁹²

¹⁸⁹ GALDEMAN, Henrique, *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 32

¹⁹⁰ A Convenção da União de Berna passou por diversas revisões, ao longo dos anos, a saber: Paris, de 4 de maio de 1896; Berlim, de 13 de novembro de 1908; Berna, de 20 de março de 1914; Roma, de 2 de junho de 1928; Bruxelas, de 26 de junho de 1948; Estocolmo, de 14 de julho de 1967; Paris, de 24 de julho de 1971; e 28 de setembro de 1979 (emenda).

¹⁹¹ “O alcance objetivo da Convenção [de Berna] é o das obras literárias e artísticas, incluindo-se entre aquelas as de caráter científico – qualquer que seja seu modo de expressão. Assim, não só os livros e esculturas, objeto tradicional de proteção, mas o multimídia, produções a laser ou qualquer outra criação com auxílio em tecnologias futuras, cabe no âmbito da Convenção – desde que redutíveis à noção de artístico ou literário.” BARBOSA, Denis Borges, *Propriedade Intelectual – A Aplicação do Acordo TRIPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 45.

¹⁹² *Artigo 3 - Tratamento Nacional: 1 - Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. No que concerne a artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão, essa obrigação se aplica apenas aos direitos previstos neste Acordo. Todo Membro que faça uso das possibilidades previstas no art.6 da Convenção de Berna e no parágrafo 1.b, do art.16 da Convenção de Roma fará uma notificação, de acordo com aquelas disposições, ao Conselho para TRIPS.*

2 - Os Membros poderão fazer uso das exceções permitidas no parágrafo 1º em relação a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive a designação de um endereço de serviço ou a nomeação de um agente em sua área de jurisdição, somente quando tais exceções sejam necessárias para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo e quando tais práticas não sejam aplicadas de maneira que poderiam constituir restrição disfarçada ao comércio.

A Convenção de Berna especifica, igualmente, um prazo mínimo para a proteção de direitos autorais - geralmente o tempo de vida do autor mais 50 anos¹⁹³, e determina a remoção da maioria das formalidades para que se institua a proteção. O objetivo dessa disposição é reduzir os entraves burocráticos usados como meio para impedir ou dificultar a proteção dos direitos autorais entre os países.¹⁹⁴

¹⁹³ Utiliza-se do termo “geralmente” pois existem algumas variáveis previstas no acordo, como descrito no artigo 7: 1) *A duração da proteção concedida pela presente convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte.*

2) *Entretanto, quanto às obras cinematográficas, os países da União têm a faculdade de dispor que o prazo da proteção expira cinquenta anos depois que a obra tiver se tornado acessível ao público com o consentimento do autor, ou que, se tal acontecimento não ocorrer nos cinquenta anos a contar da realização de tal obra, a duração da proteção expira cinquenta anos depois da referida realização.*

3) *Quanto às obras anônimas ou pseudônimas, a duração da proteção concedida pela presente Convenção expira cinquenta anos após a obra ter se tornado licitamente acessível ao público. No entanto, quando o pseudônimo adotado pelo autor não deixa qualquer dúvida acerca da sua identidade, a duração da proteção é a prevista no parágrafo 1. Se o autor de uma obra anônima ou pseudônima revela a sua identidade durante o período acima indicado, o prazo de proteção aplicável é o previsto no parágrafo 1. Os países da União não estão obrigados a proteger as obras anônimas ou pseudônimas quanto às quais há razão de presumir-se que o seu autor morreu há cinquenta anos.*

4) *Os países da União reservam-se, nas suas legislações nacionais, a faculdade de regular a duração da proteção das obras fotográficas e das obras de artes aplicadas protegidas como obras artísticas; entretanto, a referida duração não poderá ser inferior a um período de vinte e cinco anos contados da realização da referida obra.*

5) *O prazo de proteção posterior à morte do autor e os prazos previstos nos parágrafos 2, 3 e 4 precedentes começam a correr da morte ou da ocorrência mencionada nos referidos parágrafos, mas a duração desses prazos não se conta senão a partir do dia 1o. de Janeiro do ano seguinte àquele em que ocorreu a morte ou a ocorrência em questão.*

6) *Os países da União têm a faculdade de conceder uma duração de proteção superior àquelas previstas nos parágrafos precedentes.*

7) *Os países da União vinculados pelo Ato de Roma da presente Convenção e que concedem, nas suas legislações nacionais em vigor no momento da assinatura do presente Ato, durações inferiores àquelas previstas nos parágrafos precedentes têm a faculdade de conservá-las ao aderir ao presente Ato ou ao ratificá-lo.*

8) *Em quaisquer casos, a duração será regulada pela lei do país em que a proteção for reclamada; entretanto, a menos que a legislação deste último país resolva de outra maneira, a referida proteção não excederá a duração fixada no país de origem da obra.*

¹⁹⁴ Como exemplo, destaca-se o artigo 15 da convenção, o qual estabelece que o nome dos autores indicados na obra pela forma usual é suficiente para que esta esteja protegida pela Convenção, até que se prove o contrário. Isso dá aos autores a prerrogativa de demandar perante os tribunais dos países da União de Berna a proceder judicialmente contra os infringentes. O texto do artigo assim dispõe: Artigo 15 - 1) *Para que os autores das obras literárias e artísticas protegidos pela presente Convenção sejam, até prova em contrário considerados como tais e admitidos em consequência, perante os tribunais dos países da União, a proceder judicialmente contra os contrafactores, basta que os seus nomes venham indicados nas obras pela forma usual. O presente parágrafo é aplicável mesmo quando os nomes são pseudônimos, desde que os pseudônimos adotados não deixem quaisquer dúvidas acerca da identidade dos autores.*

2) *Presume-se produtor da obra cinematográfica, salvo prova em contrário, a pessoa física ou jurídica cujo nome é indicado na referida obra na forma habitual.*

3) *Quanto às obras anônimas, e às pseudônimas que não sejam as mencionadas no parágrafo 1º anterior, o editor cujo nome vem indicado na obra é, sem necessidade de outra prova, considerado representante do autor; nesta qualidade tem poderes para salvaguardar e fazer valer os direitos deste. A disposição do presente parágrafo deixa de aplicar-se quando o autor revelou a sua identidade e justificou a sua qualidade.*

4) *quanto às obras não publicadas cujo autor é de identidade desconhecida, mas, segundo tudo leva a presumir, nacional de um país da União, é reservada à legislação desse país a faculdade de designar a*

Por muito tempo, os Estados Unidos não aderiram à Convenção de Berna. Contudo, o documento doméstico norte-americano conhecido como *Copyright Act*, de 1976, aproximou a legislação interna de maneira significativa aos termos estabelecidos na convenção, como, por exemplo, removendo muitas formalidades para o registro de um trabalho. Assim, em 1989, os Estados Unidos tornaram-se parte da Convenção de Berna. Algumas mudanças recentes na controversa lei de direitos autorais norte-americana foram impulsionadas, pelo menos em parte, pelos argumentos de um maior comprometimento às normas da Convenção e, posteriormente, à OMPI.¹⁹⁵

A evolução do arcabouço normativo internacional culminou, como já descrito, na constituição da Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Apesar dos questionamentos acerca da capacidade de *enforcement* da organização, que levou, em parte, a inserção da temática na esfera do comércio internacional, esse órgão especializado da ONU apresenta algumas características positivas que devem ser consideradas para a construção de qualquer modelo eficiente de governança global acerca da proteção à propriedade intelectual. O aspecto técnico da OMPI, criticado por sua falta de pragmatismo e aplicabilidade, é extremamente relevante para lidar com um problema que reflete a desatenção dada aos fatores tecnológicos que caracterizam as relações internacionais na era digital, e que expõe o descompasso da estrutura do Acordo TRIPS e os direitos autorais no ciberespaço.

A OMPI, desse modo, mantém seus esforços para desenvolver novas estratégias e arranjos que compreendam as questões levantadas na era digital.¹⁹⁶ Em 1993, a organização

autoridade competente para representar esse autor e com poderes para salvaguardar e fazer valer os direitos do mesmo nos países da União.

5) *os Países da União, que por força desta disposição, procederem a tal designação, notificá-lo-ão ao Diretor-Geral mediante uma declaração escrita em que serão indicadas todas as informações relativas à autoridade assim designada. O Diretor-Geral comunicará imediatamente a referida declaração a todos os outros países da União.* Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, 1886 (1971). Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-75699.pdf>

¹⁹⁵ Destaca-se, nesse contexto, a Convenção Universal de Direitos Autorais (*Universal Copyright Convention*), que, diferentemente da Convenção de Berna, não foi uma convenção administrada pela OMPI. Esse acordo, que entrou em vigor em 1955, foi idealizado pelos Estados Unidos quando estes ainda não figuravam como parte da Convenção de Berna. No entanto, a Convenção Universal de Direitos Autorais perdeu muito de sua importância internacional quando os Estados Unidos inseriram-se na estrutura de proteção internacional da Convenção de Berna, e posteriormente, da OMPI. Ver LEAFFER, Marshall A. (ed.), *International treaties on intellectual property*. Washington, D.C.: Bureau of National Affairs, 1997.

¹⁹⁶ Ver, nesse sentido, AREAS, Patrícia de Oliveira, *Propriedade Intelectual do Software: Direito Moral e Desenvolvimento*. in BARRAL, Welber, e PIMENTEL, Luiz Otávio (org.), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 126: “Especialistas em direito autoral e organismos internacionais dedicados ao estudo da matéria, preocupados com o que se poderia chamar de crise de identidade ou existencial do copyright, têm provocado debates e estudos, visando à eventual elaboração de

promoveu na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, um simpósio para debater “O impacto da tecnologia digital no direito autoral e direitos conexos”.¹⁹⁷ Especialistas se reuniram no intuito de discutirem as dimensões do problema e proporem possíveis soluções. O documento que serviu como base para discussão destacava pontos centrais da questão, como o contínuo desenvolvimento da tecnologia digital; o grande número de criações artísticas e literárias disponíveis no ambiente virtual, que possibilita a manipulação e troca de dados em termos imensuráveis; a exploração desregrada de obras protegidas por direitos autorais que demandam medidas legislativas apropriadas, tanto no âmbito doméstico, como no internacional, adequadas às novas situações reais; e a importância da utilização de ferramentas tecnológicas além do escopo do Direito, para a proteção dos objetos intelectuais digitais. Outros esforços importantes foram realizados pela OMPI no mesmo intuito. Em 1996, uma conferência internacional discutiu, igualmente, os problemas dos direitos autorais na era digital. Como resultado foram propostos projetos de tratados e elaboração de mecanismos com o objetivo de aperfeiçoar a proteção desses direitos, de forma atual e adaptada à difusão da informação na *internet*.¹⁹⁸ Um dos resultados desses esforços é o *WIPO Copyright Treat*, tratado da OMPI, de 1996, que aborda mais cuidadosamente as peculiaridades dos direitos autorais, sem contudo, propor uma mudança estrutural significativa.

O que deve-se ressaltar, portanto, é que o argumento do despreparo internacional para lidar com os direitos autorais frente ao rápido desenvolvimento dos meios de comunicação é, em parte, questionável. Novas possibilidades, alternativas jurídicas e tecnológicas, surgem a todo instante apresentando perspectivas no mínimo mais adequadas a realidade para tratar com o problema do que o formato adotado no Acordo TRIPS. O processo de construção normativa internacional acerca da propriedade intelectual deve envolver a utilização de regimes e outras ferramentas para criar uma previsibilidade internacional e possibilitar a tutela eficiente desses direitos. Contudo, prevalece os esforços assentados e um arcabouço legislativo internacional que interage com a legislação de cada país, buscando, tradicionalmente, harmonizar por meio de normas o formato padrão que as legislações domésticas deveriam adotar.

novas emendas aos tratados internacionais, que venham dar ao tema uma justa e mais adequada proteção jurídica, face às ameaças provocadas pela instigante tecnologia digital.”

¹⁹⁷ GALDEMAN, Henrique, *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001 p. 62

¹⁹⁸ GALDEMAN, Henrique, *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001 p. 62

A questão, portanto, envolve muito mais os esforços que os Estados estão dispostos a empenhar no intuito de desenvolver uma estrutura que acompanhe a realidade da era digital, do que a ausência de alternativas adequadas para a solução do problema. Obviamente, as possibilidades desenvolvidas no âmbito da OMPI, pela doutrina ou por Estados individualmente, não podem ser consideradas a solução perfeita para todas as atribuições relativas à proteção internacional da propriedade intelectual. Não é isso que se afirma ao mudar o foco da esfera técnica para a política. O que se pode concluir, contudo, é que essas novas propostas já existem, e são, no mínimo, mais atuais e preparadas para lidar com a problemática. Se elas serão eficientes, somente será possível responder quando essas forem colocadas à prova, adotadas de forma coordenada e institucionalizada no ambiente internacional. No entanto, o ponto importante para a discussão desse trabalho é a inércia de um sistema, que prefere acirrar a proteção normativa em cima de um modelo ultrapassado e incoerente, do que considerar novas possibilidades para administrar a questão. A incompatibilidade desse modelo pode ser melhor compreendida ao se analisar a dinâmica dessa estrutura voltada para o controle doméstico diante das peculiaridades dos direitos autorais na era digital. A lógica de proteção internacional da propriedade intelectual apoiada em instrumentos domésticos já foi problematizada em seu contexto geral. No entanto, ao se aplicar essa dinâmica aos direitos autorais específicos na era digital, a questão se agrava substancialmente.

2.3 – A inadequação da estrutura normativa frente aos desafios da era digital

Os Estados, ao reconhecer a importância dos ativos intelectuais para as transações comerciais, imaginaram que a solução lógica seria vincular os direitos de propriedade intelectual ao regime do comércio internacional. Contudo, a capacidade do modelo para tutelar bens intangíveis é colocada em xeque, principalmente frente às novas tecnologias de transferência de informação. Esse sistema, por vezes questionado, ainda se adequa aos limites de funcionalidade dentro da lógica do comércio. No entanto, o desafio que agora se enfrenta vai muito além. As fronteiras territoriais já não são tão absolutas pois sua estrutura não mais consegue controlar o fluxo de bens comerciais significativos, os produtos

intelectuais. Por outro lado, essa flexibilização das fronteiras, atribuídas ao processo acirrado de “globalização” não representou uma homegenização social, cultural ou econômica das diferentes regiões do planeta. Nesse sentido, os mecanismos de *enforcement* formalizados no Acordo TRIPS, se mostram inadequados frente às peculiaridades dos objetos que se pretende tutelar.

Conflitos jurisdicionais certamente não são recentes.¹⁹⁹ A maioria das divergências, no entanto, envolvem questões de sobreposição jurisdicional e ambigüidade, e não remetem à questão da relevância da jurisdição geográfica propriamente dita. Em outras palavras, a divergência jurisdicional no âmbito dos direitos autorais compromete o princípio fundamental da territorialidade soberana.²⁰⁰ O ciberespaço, nos termos de Post, “(...) não só meramente enfraquece o significado de localização física, como o destrói.”²⁰¹ Isto é, o ambiente digital é inerentemente não geográfico, espaços não territoriais que, em certa medida, são subjetivos. Nesse sentido, o ciberespaço obscurece a distinção entre doméstico e internacional.

A *internet* não possui um conceito preciso de localidade no sentido geopolítico. O fato do formato da *internet* prover apenas informações limitadas sobre a identidade ou procedência dos usuários cria desafios para o direito e para as práticas que são fundadas na importância da localidade das partes na relação. As trocas por meio da *internet* não são vetoriais, ou seja, elas são dificilmente demarcadas em uma noção geográfica bidimensional e implica problemas para a jurisdição territorial.²⁰²

A necessidade de uma cooperação regulatória internacional e governança global não é exclusividade do ciberespaço. No entanto, esse ambiente apresenta um arranjo único de problemas que resultam em uma diferença material, e não somente quantitativa. A *internet* é inerentemente internacional, independente de onde está localizado, todo *site* pode ser

¹⁹⁹ Um exemplo que pode ser citado, nesse sentido, é de empresas multinacionais que constantemente foram centro de disputas acerca de qual regulação e sistema de taxas iria se aplicar. Ver KOBRIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*, Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 690.

²⁰⁰ Ver, nesse sentido, KOBRIN, Stephen J., *Sovereignty@Bay: Globalization, Multinational Enterprise and the International Political System in* BREWER, Thomas e RUGMAN, Allan. *Oxford Handbook of International Business*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

²⁰¹ POST, David G. *Governing Cyberspace*. The Wayne Law Review, v. 43, n. 1, 1996. pp. 155-171

²⁰² A questão de determinação da localização dos usuários de internet com precisão é problemática. O endereço IP é uma construção organizacional da rede de computadores vagamente relacionada à localização geográfica. Existem, contudo, aqueles que afirmam que as tecnologias atuais possibilitam que a localização precisa seja determinada na maior parte das vezes. Em contrapartida, novas tecnologias surgem para mascarar a identidade do computador, dificultando a localização. Ver KOBRIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*, Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 691.

acessado instantaneamente por qualquer computador conectado. Distância e espaço se tornaram irrelevantes. A *internet* é uma das únicas instituições modernas que não é organizada geograficamente.²⁰³ Apesar do número de tentativas de impor limites geográficos e jurisdicionais, o ciberespaço existe como uma forma interligada autônoma de organização. Enquanto um país ou uma região pode se desconectar da *internet*, uma vez conectado, as fronteiras se tornam irrelevantes. É nesse sentido que se afirma que o ciberespaço virtualmente apaga a linha entre o doméstico e o internacional. “A *internet* penetra profundamente na sociedade, cultura, direito e políticas domésticas e essa profunda penetração trazem a tona as diferenças de filosofias econômicas e sociais.”²⁰⁴

A tecnologia na era da informação é algo extremamente complexo, se altera rapidamente. Essas características do ambiente digital leva a um número de suposições sobre sua governança. Primeiro, cooperações superficiais entre jurisdições, como tentativas de harmonização de políticas domésticas podem não ser suficiente.²⁰⁵ Regimes internacionais devem ser mais institucionalizados. Talvez tenham que incorporar formas não territoriais de governança. Segundo, dada a importância da questão social envolvida e da complexidade e rapidez de alteração da tecnologia, a auto-regulação pelo setor privado ou a simples regulação territorial realizada pelas autoridades públicas não serão suficientes. Se, por um lado, o resultado da lacuna de coerção criada pelo desenvolvimento do ciberespaço cria uma oportunidade para os Estados membros derogarem suas obrigações existentes, por outro, a recorrência a mecanismos privados de constrangimento mitiga a relevância e a legitimidade dos acordos internacionais vigentes. Qualquer esquema regulatório efetivo terá que envolver novas formas de cooperação governamental. Por último, o profundo alcance da *internet* abarca diversas questões delicadas como privacidade de informação, liberdade de expressão, censura e proteção do consumidor, que são caracterizadas pelo envolvimento ativo da sociedade civil.²⁰⁶ Isso certamente terá que ser considerado em qualquer modelo de governança para o ciberespaço.

²⁰³ KOBIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*, Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 696.

²⁰⁴ KOBIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*, Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 696, tradução do autor.

²⁰⁵ Um padrão internacional relativamente uniforme para a proteção à propriedade intelectual soa como uma boa idéia na teoria. Mas quando a discussão passa do abstrato para o específicos, enormes problemas surgem, inclusive acerca da definição de termos aparentemente básicos como “trabalho de autoria original” ou até mesmo, o conceito de “autor”. AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*, Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996, p. 1340.

²⁰⁶ KOBIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*, Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 696.

Apesar da revisão acerca das noções de soberania na esfera global, o direito da propriedade intelectual desde os anos 1970 parecem estar paradoxalmente se tornando mais rígidos e tradicionais. E a visão de um modelo universal único que se aplique a todos os Estados pode estar alimentando em parte esse acirramento normativo. Expectativas de um campo teórico unificado acerca da proteção internacional à propriedade intelectual não condiz com as práticas descentralizadas²⁰⁷ e culturas emergentes no ambiente digital em todo o mundo, especialmente nas áreas que o sistema “global” da *internet* é extremamente desigual. Ao mesmo tempo que o mundo está cada vez mais conectado, mais ressaltadas se mostram as diferenças ao se defrontarem culturas e vidas sociais distintas. Precisa-se de veículos de representação que nos permita continuar sensíveis as diferenças de compreensão mesmo frente a processo de globalização que se apresenta superficialmente como monolítico e homogêneo. Isso gera uma agenda de pesquisa que vai além dos argumentos estéreis sobre a erosão ou superação da soberania, no sentido de questões mais relevantes sobre a natureza das fronteiras e a emergência de novos atores os quais se relacionam sob lógicas diferentes.

Uma perspectiva protecionista exacerbada mitigaria o problema dos bens privados, mas, em contrapartida, reduziria o fluxo de informação em detrimento dos usuários e das próprias inovações. De fato, ambos estão diretamente ligados a tais fontes de informação durante o processo de pesquisa e desenvolvimento. Como bem afirma Adams, apesar da conotação pejorativa do termo “imitação”, certo grau de liberdade para arremedar contribui para o bem estar geral da sociedade, mantendo um nível saudável de competição que favorece tanto os consumidores como os criadores.²⁰⁸

O arranjo institucional atual mostra-se, portanto, inadequado para lidar com questões como o fluxo desenfreado de informação por meio da *internet*. Pode-se concluir, igualmente, que o problema não se soluciona com uma reformulação mais rígida da estrutura normativa das legislações domésticas. O fluxo de informação em dimensões globais encontra-se distante do controle limitado das jurisdições intra-estatais. Apesar de o Acordo TRIPS não abarcar as diversas demandas que surgem com a era digital da

²⁰⁷ As redes de comunicação digital, essencialmente descentralizadas, podem acabar por produzir formas políticas e econômicas igualmente descentralizadas. No ciberespaço não existe um organismo central, pode-se lutar contra diversos pólos, mas a rede continuará estabelecida. AOKI, Keith, (*Intellectual*) *Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*, Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1348.

²⁰⁸ ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve*. International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 10, n. 1, 2002.

comunicação, o seu papel de coordenar os efeitos econômicos dos produtos intangíveis não pode ser desconsiderado em favor de uma aplicação por instrumentos privados.

Tendo em vista esse cenário, pode-se concluir que questões relacionadas à proteção da propriedade intelectual frente aos avanços tecnológicos recentes são tópicos relevantes, os quais o TRIPS falha em resolver. O que se argumentou foi que o formato do Acordo TRIPS para proteção da propriedade intelectual, principalmente no que se refere aos direitos autorais, está em grande descompasso com a atual estrutura tecnológica de troca e fluxo de informação. Ao adotar princípios de comércio, como o da territorialidade, somado as próprias restrições políticas mencionadas, a estrutura jurisdicional se torna incapaz de abarcar as questões que surgem em um ambiente internacional, ao mesmo tempo, interdependente e assimétrico.²⁰⁹

Desse modo, uma harmonização seguindo concepções tradicionais de proteção à propriedade intelectual não parece suficiente para responder aos entraves emergentes da era digital. A tendência que se percebe nesse contexto delicado é a de universalização da proteção à propriedade intelectual adotando como referência um denominador comum mais baixo, e culpa-se as tecnologias de comunicação por muito do que é politicamente controverso e contraditório acerca da “economia global da informação”.²¹⁰ Essa inclinação, portanto, evita o esforço de examinar as políticas de mudança necessárias em um ambiente heterogêneo, repleto de especificidades culturais, econômicas e sociais.

Com efeito, a despeito do fato de que a assimetria de arcabouços normativos domésticos em todo o mundo transformam a aplicação de uma norma internacional algo bastante confuso, as fontes legais nacionais e internacionais não discutem de forma adequada as novas questões de proteção à propriedade intelectual na rede mundial de computadores. Isso deve ser atribuído muito mais aos riscos considerados pelos Estados, implícitos na discussão da governança do ciberespaço, de ter que reavaliar pressupostos basilares da estrutura tradicional na qual se relacionam, do que à simples incapacidade técnica de combater os novos desafios.

Conclui-se, portanto, que o sistema internacional de difusão de princípios mínimos de proteção à propriedade intelectual gera uma assimetria entre as legislações domésticas.

²⁰⁹ O conceito de assimetria e interdependência, e suas conseqüentes implicações no sistema internacional são precisamente abordados por Robert Keohane. Ver, nesse sentido, KEOHANE, Robert O. e NYE, Joseph S. *Power and Interdependence*. New York: Addison Wesley Longman, 2001.

²¹⁰ AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*, *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, 1996. p. 1345.

Isso porque estas oscilam quanto à rigidez protecionista de acordo com seus interesses e, por sua vez, desconstroem a importância do instrumento internacional na tutela de direitos atribuídos aos autores e inventores. Esse descompasso é ainda agravado frente aos avanços tecnológicos, como a *internet*, que implicam questionamentos a todos os mecanismos de *enforcement* existentes, sejam eles domésticos ou internacionais. A questão que se coloca, então, é como a proteção a propriedade intelectual deve ser discutida e reinterpretada diante do contexto atual. Esse é o assunto do próximo capítulo.

CAPÍTULO III

Alternativas para a Proteção dos Direitos Autorais do Ciberespaço – perspectivas acerca de um novo modelo de Governança Global

O regime relativo ao direito internacional da propriedade intelectual foi exposto, até aqui, destacando-se as particularidades do sistema que delimitam os contornos da problemática acerca da proteção internacional dos direitos autorais no ambiente digital. A articulação sobreposta de conceitos tradicionais na construção da tutela dos objetos intelectuais culminou na inserção definitiva da temática no âmbito do comércio internacional, por meio, especialmente, do Acordo TRIPS. Esse tratado reflete a articulação de interesses políticos distintos em seus dispositivos que visam abarcar de maneira generalizada um objeto de especificidades extremamente relevantes. Uma dessas particularidades é o ambiente não territorial em que essas relações ocorrem, o que redefiniu o formato da transferência de informação até então conhecido e agravou consideravelmente os questionamentos acerca dos pressupostos em que todo o arcabouço de proteção se sustentava. Cabe agora, portanto, a discussão acerca das alternativas para contornar as dificuldades enfrentadas por um modelo inconsistente para lidar com as particularidades do

direito autoral na era digital. Para tanto, deve-se ter em mente as diferentes dimensões do problema para que se possa compreender *o que* precisa ser alterado.

Seção I – Problematização dos paradigmas tradicionais

A fim de que se entenda quais os pontos do regime atual de proteção a propriedade intelectual necessitam ser revistos, deve-se expor categoricamente as especificidades que fragilizam o sistema. Nesse sentido, essa seção se dedica a uma retomada objetiva da caracterização do arcabouço, o acirramento do rigor normativo como solução para as dificuldades enfrentadas, e o conseqüente distanciamento das perspectivas daqueles que determinam as diretrizes da proteção dos direitos autorais em relação àquelas dos que de fato utilizam os objetos tutelados por tais normas.

1. Inadequação do arcabouço normativo

1.1- Sistema sustentado por mecanismos de *enforcement* domésticos

As normas de regulamentação da proteção à propriedade intelectual inseridas no arcabouço jurídico do comércio internacional foram resultados de um processo político que refletia a tensão entre a demanda dos países industrializados por mecanismos de implementação e *enforcement* efetivos e a viabilidade de um instrumento que, ao mesmo tempo, abarcasse os interesses dos Estados menos desenvolvidos. O modelo estabelecia, portanto, uma tentativa de harmonização das legislações domésticas, difundindo um padrão de proteção internacional tutelado pelas autoridades estatais, atentando paralelamente para as assimetrias entre os países parte. Contudo, o sistema adotado de um padrão único não evitou as discrepâncias legislativas internas, evidenciando os limites de sua abrangência e não respondendo aos interesses polarizados envolvidos. Ademais, ao apoiar-se essencialmente em mecanismos domésticos de *enforcement*, o acordo não representou um modelo de governança global acerca da questão. Apenas instituiu obrigações pontuais aos

Estados para enfrentar desafios que não se encontram dentro de suas jurisdições específicas.²¹¹

Nesse sentido, partes privadas e autoridades públicas de países industrializados freqüentemente criticam os Estados menos desenvolvidos por não assegurar a aplicação dos direitos de propriedade intelectual de forma eficaz. Conseqüentemente, eles atribuem a responsabilidade de uma proteção frágil desses direitos somente à figura dos governos dos países em desenvolvimento.²¹² A confusão se assenta na delimitação da responsabilidade exclusiva dos Estados em garantir a aplicação das normas de propriedade intelectual.²¹³ No ambiente digital, no qual emergem diversos atores não estatais com grande importância e capacidade de influenciar significativamente a dinâmica das relações, a participação dessas diferentes partes tem que ser considerada tanto no âmbito da aplicação como da própria produção normativa.

1.2 – A inconsistência da regulamentação geográfica

²¹¹ “Embora os mecanismos de *enforcement* tenham sido discutidos exaustivamente, não se destaca nenhuma teoria econômica ou análise jurídica nessa temática controversa. Ao contrário, as críticas dos países desenvolvidos geralmente simplifica a questão, enaltecendo aspectos específicos da contrafacção e pirataria, ou apresentando uma versão abreviada e distorcida dos fatos.” CORREA, Carlos, e LI, Xuan, *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 14, tradução do autor.

²¹² Por exemplo, na revisão anual das práticas de direitos de propriedade intelectual (*Special 301 Report*), a autoridade de comércio dos Estados Unidos categorizou os países que deveriam ser observados devido ao nível de *enforcement* aplicado em seus territórios, percebido pelos Estados Unidos. Eles foram classificados na chamada “priority watch list”. Diversos países em desenvolvimento como Paquistão, Índia, Venezuela e até a China, estão na lista de 2008. Em 2007, a União Européia buscou introduzir a proteção ampla da propriedade intelectual como condição para acordos de parceria econômica destinados aos países da África, Caribe e do Pacífico. Esses exemplos sugerem que a União Européia e os Estados Unidos assumem que a responsabilidade de assegurar a proteção da propriedade intelectual recai exclusivamente ao governos dos países em desenvolvimento. Algumas organizações internacionais, como a OMPI, afirmam que nos países em que existe o risco significativo de infrações a propriedade intelectual, cabe ao governo tomar as iniciativas criminais devidas e, portanto, comprometer suas autoridades no sentido de eliminar essa violação difundida. Ver CORREA, Carlos, e LI, Xuan, *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 26.

²¹³ Xuan Li destaca que o formato do Acordo TRIPS não prevê essa responsabilidade exclusiva que os países desenvolvidos buscam impor. O artigo 41, ao dispor das obrigações dos Estados, afirma que “Os Membros assegurarão que suas legislações nacionais disponham de procedimentos para a aplicação de normas de proteção como especificadas nesta Parte (...)”, indicando que responsabilidade do Estado é de garantir a disponibilidade de procedimentos de execução, e não fazer cumprir direitos de propriedade intelectual, por si só. Os países terão cumprido as suas obrigações no âmbito do TRIPS, desde que existem procedimentos de execução previstos em suas jurisdições. O que o autor ressalta aqui é a responsabilidade das partes privadas de buscarem individualmente o exercício de seus direitos. CORREA, Carlos, e LI, Xuan, *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 27.

Apesar dos nítidos problemas do emprego de pressupostos tradicionais de soberania territorial para a compreensão do fluxo de informações, este é ainda amplamente adotado nas discussões legais sobre informação digital.²¹⁴ O mapa geográfico é freqüentemente usado como equivalente da “representação” do mundo, referindo-se à gama de atividades e presunções que circundam a geração, interpretação e reprodução dessas figuras. E, como Henri Lefebvre destaca, toda representação prática contém conteúdo político.²¹⁵ Lefebvre afirma que o “espaço” não é um objeto científico isento de ideologias ou políticas; sempre foi algo político e estratégico. Se o espaço projeta uma neutralidade e indiferença no que diz respeito ao seu conteúdo e, assim, parece algo meramente formal, um “resumo da abstração racional”, é precisamente porque já foi ocupado e usado, e já foi objeto de um processo de concepção no passado. Para o autor, o espaço tem sido moldado por elementos históricos e naturais. Mas esse processo é eminentemente político. É um produto literalmente repleto de ideologias. Nos termos de Rosemary Coombe,

*Os dilemas de representação são sintomas dos desafios levantados pela globalização para toda a pesquisa contemporânea acerca das relações entre direito e sociedade. Como os geógrafos culturais têm demonstrado, lugares não são fontes de estabilidade – a fonte de identidade essencial e integrada – em torno da qual as fronteiras são desenhadas, mas são uma gama particular de relações históricas articuladas em um locus particular.*²¹⁶

Coombe, nesse sentido, coloca a seguinte questão: O que é o ciberespaço aparte do que se pode descrever por analogia?

1.2.1 – A caracterização do ciberespaço

O ciberespaço não é uma figura que pode ser compreendida inserida na concepção de *espaço* como a conhecemos, no sentido de ambiente que temos habitado. De fato, é somente um padrão de articulação eletrônica ligando uma rede de computadores, uma

²¹⁴ Ver JOHNSON, David R. e POST, David. *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*. Stanford Law Review, v. 48, 1996.

²¹⁵ LEFEBVRE, Henri, *Reflections on the Politics of Space*, Antipode 8, n. 2, 1976. pp. 30-31.

²¹⁶ COOMBE, Rosemary J, *The Cultural Life of Things: Anthropological Approaches to Law and Society in Conditions of Globalization*. American University Journal of International Law and Policy, v.10, n. 2, 1995. pp. 828-829, tradução do autor.

construção que descreve um lugar onde ocorre diversas atividades. No entanto, nos foge à compreensão de um “espaço” descrito nesses termos. “Nós entendemos somente quanto colocamos coisas nele, quando carregamos com nossa própria linguagem, quando nós colonizamos, quando nós domesticamos.”²¹⁷

Nós nos encontramos em um arranjo de espaços sobrepostos e interconectados e não mais em um mundo onde o território separa categoricamente Estados soberanos. O ciberespaço, com sua habilidade de mover informação através das fronteiras, mitigando qualquer compreensão de distância, não irá substituir as entidades políticas, nem mesmo os bens duráveis manufaturados. O que se altera, contudo, é a dinâmica das organizações políticas e econômicas, a nossa relação com elas, e a relação entre essas entidades. O impacto das novas mídias nas fronteiras de todos os tipos é uma das questões centrais do ciberespaço. As fronteiras físicas se tornaram confusas e isso ocorreu porque a comunicação não é mais dependente de transportes materiais. As autoridades dos Estados-nação perderam sua habilidade de controlar de forma exclusiva a comunicação que podia, quase literalmente, ser parada nas fronteiras.²¹⁸

1.2.2 - Descaracterização das fronteiras estatais territoriais

Com o fluxo indiscriminado de informação entre as fronteiras, jurisdições sobrepostas são estabelecidas. O uso de distinções como público e privado, estrangeiro e doméstico, externo e interno, econômico e político vai se tornando cada vez mais problemático e obscuro. “Novos espaços estão sendo criados e, com uma considerável imaginação, novos mapas serão desenhados para representar as novas esferas de autoridade e novos modelos de relações estatais e não-estatais.”²¹⁹ Implícito neste mapa estritamente territorial adotado como referencial de representação das relações internacionais está a visão do Estado como um corpo soberano representando não somente o território demarcado e a sua população, mas igualmente capaz de agregar desejos coletivos e traduzi-

²¹⁷ LESSIG, Lawrence, *The Path of Cyberlaw*. Yale Law of Journal, v. 104, 1995. p.1744, tradução do autor.

²¹⁸ Ver ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Londres: Verso, 1991. p. 4. O autor discute como as narrativas de soberania nacional se alteraram. De uma perspectiva hierárquica, vertical, unitária da soberania do Estado-nação que dominou durante dois séculos, passaram a uma visão de nacionalismos híbridos, sobrepostos e controversos no período pós Segunda Guerra Mundial.

²¹⁹ KATSH, M. Ethan, *Law in a Digital World*. Oxford: Oxford University Press, 1995. pp. 1713-1717, tradução do autor.

los em ação. Ademais, sob essa perspectiva, os Estados representam divisões “naturais” demarcadas pelas fronteiras. O conceito moderno de Estado-nação é um reflexo dessa perspectiva: o governo exerce sua soberania sobre uma comunidade naturalmente limitada – a nação – cuja vontade deve decifrar e cumprir.²²⁰

O fato de que tanto os limites da propriedade privada como as fronteiras das soberanias estatais são abstrações e ficções legais não significa, no entanto, que essas balizas sejam irrelevantes. Pelo contrário, o fato de que o sistema legal pode sustentar tais abstrações como algo real revela o caráter profundamente social e político do direito, e demonstra, igualmente, que questões distributivas envolvendo acesso e alocação de recursos não são neutras, naturais, apolíticas ou incontroversas. O que é curioso, contudo, é que na seara da propriedade intelectual, perpetua-se uma compreensão equivocada de que existe um cálculo “natural” para a compensação de um trabalho intelectual e que a propriedade intelectual possui uma essência apolítica.²²¹

Quando Ethan Katsh fala da necessidade de novos modelos que mapeiem as relações sociais em um ambiente digital, está se referindo a novas maneiras de representar e de pensar sobre os espaços real e abstrato em que existimos. O descompasso é nítido entre as fronteiras tradicionais, políticas e territoriais, que têm sido usadas para definir o escopo da proteção de patentes, *trademark* e *copyright*, e o fluxo de informação digital, que muitas vezes envolvem a transferência justamente destes trabalhos intelectuais protegidos. Ironicamente, enquanto a relativização ocorreu na maior parte das áreas do direito de propriedade, exatamente o oposto está acontecendo em relação à propriedade intelectual. Essa resposta contribui ainda mais para o desacerto entre as normas de proteção à propriedade intelectual e os objetos por elas tutelados.

2. Maior rigor normativo como reação aos entraves enfrentados

Mais de uma década após a entrada em vigor do Acordo TRIPS, o fortalecimento de mecanismos rígidos para a aplicação dos direitos de propriedade intelectual figura como

²²⁰ NIX, Crystal, MANAS, Jean e MALLEY, Robert, *Constructing the State Extraterritorially: Jurisdictional Discourse, the National Interest and Transnational Norms*, Harvard Law Review, v. 103, 1990. pp. 1285-1286.

²²¹ AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*. Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1338.

questão central na maioria das negociações internacionais, regionais e bilaterais.²²² O desenvolvimento da estrutura normativa internacional focada nos meios de coação e observância das normas, que garantam o emprego das sanções, é uma das prioridades na agenda dos países desenvolvidos, como expresso no encontro do G8 realizado em junho de 2007.²²³ Com efeito, as demandas dos países desenvolvidos no âmbito do Conselho do TRIPS demonstram que a maioria da assistência técnica dedicada prestada aos países em desenvolvimento é, agora, destinada a aprimorar a capacidade de fazer respeitar a proteção dos direitos de propriedade intelectual.²²⁴ Contudo, todos esses esforços não parecem estar alcançando resultados significativos no sentido de inibir as contínuas infrações aos direitos autorais no âmbito da *internet*.

O que se argumenta, portanto, é que o sistema internacional de proteção à propriedade intelectual não apresenta mecanismos adequados para lidar com os problemas agravados pelo progresso tecnológico.²²⁵ Diversos esforços legislativos de regular a situação se mostraram ineficazes na maioria dos casos,²²⁶ e é bastante questionável a idéia de que os problemas inerentes à propriedade intelectual em relação à *internet* possam ser superados com outras regras adicionais mais rigorosas, na medida em que são igualmente problemáticas de serem aplicadas.

²²² CORREA, Carlos, e LI, Xuan, *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 14.

²²³ Ver, nesse sentido, G8 *Summit Declaration*, Junho de 2007.

²²⁴ No mesmo sentido, Japão, a União Européia e os Estados Unidos anunciaram em outubro de 2007 seus planos para negociar um acordo de comércio anti-contrafação (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement - ACTA*). Ver CORREA, Carlos, e LI, Xuan, *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 14.

²²⁵ Para um argumento contrário, ver GINSBURG, Jane C., *Putting Cars on the "Information Superhighway": Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace*. New York: Columbia Law Review, v. 95, 1995. pp. 1476, tradução do autor: "Ao aplicar e adaptar as leis de *copyright* à questão da posse dos direitos autorais e da exploração do ciberespaço, eu acredito que as leis de *copyright* apropriadas se aplicam, ou podem ser adaptadas com sucesso, para a criação digital e comunicação de trabalhos de autoria. Assim, eu não acredito que o formato digital dos trabalhos, ou sua disseminação em rede, mine radicalmente as bases das leis de *copyright* concebidas em um mundo analógico". Pontos relevantes devem ser considerados na análise de Ginsburg. A atividade em torno de acordos internacionais multilaterais variados, como o Acordo TRIPS e a própria Convenção de Berna, e propostas de reformas dos regimes nacionais ou regionais como o "White Paper" dos Estados Unidos, relativo às normas de *copyright* e o "Green Paper", projeto europeu de proteção à base de dados, reforça o papel central dos direitos autorais exercido atualmente para proteger informação digital como *softwares*. Nesse sentido, a relevância do arcabouço normativo atual que tutela a questão não pode ser simplesmente desconsiderada.

²²⁶ Cita-se, nesse sentido, o 4º Congresso Global sobre o Combate à Pirataria e Contrafação, ocorrido em Dubai em fevereiro de 2008, que contou com a colaboração da Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL), da OMPI e da Organização Mundial das Alfândegas (OMA). Os contornos da discussão demonstraram uma perspectiva simplista adotada para lidar com a questão, ao invés de apresentar uma visão holística do problema. CORREA, Carlos, e LI, Xuan, *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 14.

*As cortes e a academia têm se refugiado em “círculos viciosos” dentro dos quais nenhum fato óbvio extra-legal é admitido. O argumento jurídico envolvendo a proteção da propriedade intelectual gira em torno da idéia de que uma pessoa, que por sua capacidade de propaganda ou qualidade de seu produto conseguiu induzir o consumidor a identificar um nome em particular, um símbolo, uma forma de embalagem etc., criou, desse modo, uma “coisa de valor”; uma coisa de valor é propriedade; o criador da propriedade está intitulado à proteção contra terceiros que desejem privá-lo de sua propriedade. O círculo vicioso inerente a essa lógica é simples. A sustentação baseia-se na proteção legal sobre um valor econômico, quando, na realidade, o valor econômico depende da proteção legal.*²²⁷

A questão envolve conceitos e suposições acerca da identidade nacional, do grupo e do indivíduo, propriedade, territorialidade, soberania e fronteiras – todos estes controversos e passando por transformações na era digital. A rápida ascensão e difusão das redes virtuais nos força a considerar de que maneira a lei caracterizará o aumento do fluxo de informação entre fronteiras e como essa caracterização legal irá, formalmente e materialmente, afetar a produção e o uso dessa informação. Em última instância, isso irá estruturar e regular as identidades dos usuários.

A tecnologia da informação digital não é, contudo, causa única dessa crise. As presunções legais pouco articuladas e profundamente influenciadas que definem os conceitos de “autoria”, “propriedade” e “globalização” criam o problema quando são desenvolvidas em qualquer situação em que suas premissas são colocadas em xeque. A ascensão e difusão das redes de informação digital são uma dessas situações. Jessica Litman descreve uma perspectiva interessante acerca dos termos nos quais a problemática é compreendida:

Comentários recentes refletem a disputa sobre a capacidade do estatuto de copyright em ajustar-se ao clima atual de rápida mudança tecnológica. Um lado argumenta que a tecnologia contemporânea difere profundamente dos desenvolvimentos anteriores e levanta questões acerca das presunções nas quais as leis de copyright são baseadas. Outro lado insiste que as leis de copyright sempre enfrentaram problemas de mudança de tecnologia e acomodou-se com um sucesso notável. O desafio atual, o argumento continua, não é diferente qualitativamente dos desafios anteriores, e o estatuto de copyright está apto ao teste. Ambos os lados fundamentam os argumentos nos conhecimentos percebidos pela história da interação entre normas de

²²⁷ AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*. Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1295, tradução do autor.

*copyright e novas tecnologias. Mas, conseqüentemente, partem do pressuposto de que as leis de copyright têm sido eficientes, até agora, em assimilar o desenvolvimento tecnológico, o que, de fato, não é verdade. Ao longo da história, os direitos autorais enfrentaram problemas em acomodar novas tecnologias.*²²⁸

O que perturba Litman, e diversos outros autores, é o padrão legislativo das normas de *copyright* na maioria dos países, que privilegia as demandas dos titulares dos direitos em detrimento dos interesses do público em geral em usar e reutilizar informação protegida por direitos autorais. Isso contribui, em grande parte, para a polarização existente entre os que visam assegurar prerrogativas autorais e aqueles que “consomem” o material produzido pelos primeiros.

3. Distanciamento da realidade das normas de direitos autorais e do objeto tutelado

O debate sobre a caracterização global dos direitos da informação digital parece ser moldado entre os defensores do “domínio público” – que acreditam na informação como algo “comum” – e os defensores dos direitos autorais rígidos – que percebem a informação como *commodities* de mercado.²²⁹ Nesse sentido, tal dicotomia pode, em importantes maneiras, trabalhar para reproduzir o círculo frustrante da distinção entre público e privado, endêmica do pensamento jurídico tradicional de proteção à propriedade intelectual.

A idéia liberal cria uma escolha paradoxal entre atender os interesses dos autores protegendo sua propriedade privada ou favorecer o domínio público de informações. Essa distinção de público e privado resulta somente em uma estrutura malograda. A fixação em proteger a autonomia da propriedade autoral ignora fatores importantes, incluído a crescente irrelevância das fronteiras territoriais para o fluxo de informação e os efeitos espaciais e econômicos do discurso da “globalização”.

As assertivas acerca da autoria e globalização privilegiam alguns pontos dominantes, ainda que contraditórios do pensamento jurídico acerca da proteção internacional à propriedade intelectual. Destacam-se, nesse sentido, a clara distinção entre

²²⁸ LITMAN, Jessica, *Revising Copyright Law for the Information Age*. Oregon Law Review, v. 75, 1996, tradução do autor. A autora compartilha, contudo, do ceticismo de Burlow sobre a justiça de um processo legislativo que repetidamente produz resultados que tendem a favorecer círculos eleitorais poderosos.

²²⁹ AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*. Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1310.

as categorias de público e privado; um modelo linear de progresso nos moldes iluministas; um profundo comprometimento com as idéias de mercado e uma crença na comensurabilidade de todas as coisas, sejam elas materiais ou virtuais.²³⁰ Tanto a Convenção de Berna como o Acordo TRIPS, por exemplo, afirmam que os *softwares* devem ser classificados como “trabalho literário”. Dessa forma, atribuem a proteção dos direitos autorais às leis de *copyright* domésticas. Essa categorização representa o fenômeno no qual o sujeito protegido pelos direitos autorais se alterou: o que antes era uma proteção ao trabalho de expressão de um autor em nome da promoção da difusão de suas idéias passou a ser tentativas de expandir a proteção à própria informação.²³¹

Diante do exposto, pode-se afirmar quais os pontos do atual arcabouço normativo internacional de direitos da propriedade intelectual devem ser revistos para que se possa construir um modelo de governança global mais eficiente e democrático. Fundamentalmente, qualquer novo modelo deve dar a devida atenção à dinâmica da *internet* para que possa compreender os dilemas práticos levantados por ela, revisando, assim, os pressupostos tradicionais inconsistentes aplicados à questão. Só então uma estrutura normativa será capaz de: reconsiderar os fundamentos da proteção à propriedade intelectual, sob uma ótica distinta da propriedade real; desenvolver ferramentas adequadas para lidar com problemas de caráter técnico e prático; desmistificar os estigmas popularmente atribuídos ao direitos autorais, diminuindo a distância entre titular e usuário da obra; e, desse modo, construir um modelo verdadeiramente supranacional que governe de maneira eficiente a questão.

O âmbito em que as negociações nesse sentido devem se dar é difícil de determinar. Contudo, a inserção definitiva da proteção à propriedade intelectual no arcabouço do comércio internacional parece ter, de fato, agravado os problemas da específicos dos direitos autorais na *internet*. Afora os problemas estruturais envolvidos, de mecanismos de controle estatais inerentes às relações comerciais, mas que não se adéquam à lógica digital, as divergências de pressupostos conceituais parecem ainda ser mais relevantes. A mercantilização exacerbada da informação não só distorce os fundamentos dos direitos autorais, como se mostra incompatível com os ideais de conhecimento como um interesse público, amplamente difundidos na era digital.

²³⁰ COOMBE, Rosemary J., *Life Out on the Information Highway*, Oregon Law Review, v. 75, 1996.

²³¹ AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*. Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1343.

O formato ideal para um arcabouço internacional eficiente é igualmente difícil de ser definido. A resposta só poderá emergir diante de esforços intensos de cooperação política e adequação técnica, ao longo do tempo. No entanto, algumas alternativas já vêm sendo citadas por diversos autores e especialistas. É, portanto, quanto as questões relativas à construção de um novo modelo de governança supranacional²³² que se dedica a próxima seção.

Seção II – Governança Global – mecanismos alternativos e a construção de novos paradigmas

Existe uma acirrada discussão política e doutrinária para determinar qual estrutura e formato do regime legal devem ser aplicados no ambiente da rede digital global. Diante desse contexto, Aoki destaca algumas considerações relevantes na construção de qualquer modelo de proteção à propriedade intelectual. Ele afirma que, independente do que a revolução tecnológica da era digital represente de fato, nossa compreensão tradicional de direitos autorais e direito da propriedade intelectual irá se tornar, em breve, obsoleta. Ele vai além, e sustenta que os direitos autorais são um sistema inerentemente fracassado e opressivo, que nunca foi particularmente capaz de se adaptar às mudanças tecnológicas. Em suas palavras, “não devemos achar que o ambiente de informação digital seja diferente, então talvez devamos aproveitar a oportunidade para realmente fazer algo a respeito.”²³³

²³² “Governança tem diferentes significados em diferentes contextos, mas o conceito geralmente relaciona-se a um arranjo de autoridades com poder de decisão, destinado a lidar com problemas compartilhados. Uma governança supranacional, nesse sentido, refere-se à instituições e processos de construção de políticas que ajudam a controlar a interdependência internacional, incluindo: negociações por Estados-nação que culminem em tratados; solução de controvérsias dentro de uma organização internacional; produção normativa por corpos internacionais apoiando a implementação dos tratados; desenvolvimento de códigos de conduta, diretrizes e normas sustentados pelo Estado; coordenação da agenda internacional para trabalhos que apoiem o tratado; estabelecimento de padrões técnicos que facilitem a troca; coordenação de políticas dos reguladores; esforços conjuntos públicos e privados na criação da norma; ambiente para troca de idéias entre os responsáveis políticos, ONGs, líderes empresariais e acadêmicos; e a participação política do setor privado.” ESTY, Daniel C., *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*. The Yale Law Journal, v. 115. 2006. p. 1497, tradução do autor. Para exemplos de modelos funcionais de governança supranacional existentes ver SANDHOLTZ, Wayne e SWEET, Alec Stone (eds.), *European Integration and Supranational Governance*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

²³³ AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*. Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996. p. 1305, tradução do autor.

Para John Barlow, a informação no século XXI está simultaneamente em todo lugar e em lugar nenhum.²³⁴ Em outras palavras, Barlow está reafirmando o fato de que os regimes legais que utilizam localização física, demarcações territoriais claras e fronteiras políticas para determinar as leis aplicáveis são questionáveis em uma atmosfera digital. Assim como Aoki, Barlow destaca a necessidade legal de reconhecer o aumento da porosidade das fronteiras geopolíticas tradicionais, particularmente em relação à informação. Para tal, ele sugere um novo “mapa” com extensão ilimitada e fronteiras imensuráveis, um espaço que permita a informação emergir em seu estado natural. Sob essa perspectiva, Barlow desconstrói a distinção entre público e privado, afirmando que a informação rompe com um aparente paradoxo, pois se encontra nas duas esferas simultaneamente.²³⁵

Em um extremo encontram-se os argumentos de Barlow e Aoki, que acreditam que as leis de *copyright* irão perecer ou, no mínimo, serão radicalmente transformadas diante do inexorável avanço que o “tecno-cultura” digital representa. No outro pólo pode-se citar autores como Jane Ginsburg, que afirma – não sem fundamento – a habilidade tanto doméstica como internacional dos regimes de propriedade intelectual e a capacidade dos tomadores de decisão de adaptarem e moldarem os conceitos legais existentes para acomodar as novas tecnologias de informação digital.²³⁶

Argumentos extremos, no entanto, sempre ignoram a importância de um contraponto. A ideia de autores como Ginsburg de que o regime atual detém todas as habilidades necessárias para regular a questão de forma eficiente é justamente o que se tentou questionar durante todo esse trabalho. Por outro lado, as previsões acerca do fim dos direitos autorais devido a sua incapacidade coercitiva na era digital soam exageradas. Com efeito, uma conscientização de que o conceito de propriedade intelectual tem perdido significativamente sua função originária poderá levar a uma revisão do seu escopo, criando

²³⁴ “Diferenças básicas e mal resolvidas entre presunções culturais do ocidente e do oriente sobre propriedade intelectual podem ser exacerbadas quando muitas das transações estão ocorrendo nos dois hemisférios, e ao mesmo tempo, em nenhum.” BARLOW, John Perry, *The Economy of Ideas: a Framework for Rethinking Patents and Copyright in the Digital Age*. Wired, 1994. pp. 84-85, tradução do autor.

²³⁵ Os Estados e suas leis, incluindo os direitos autorais, são descritas pelo autor como regulamentações públicas indesejadas na sociedade civil privada do ciberespaço. Sobre a noção de que o direito autoral cedido pelo Estado pode ser visto como a propriedade privada de um indivíduo, Barlow argumenta que as leis desenvolvidas para o consenso geralmente favorecem poucos já estabelecidos que conseguem aprovar tais normas, e não a sociedade como um todo. Ele questiona a coerência de um regime de direito de propriedade privada no ciberespaço, o qual acredita servir apenas para esconder o propósito da regulação estatal. BARLOW, John Perry, *The Economy of Ideas: a Framework for Rethinking Patents and Copyright in the Digital Age*. Wired, 1994, pp. 84-85.

²³⁶ Ver nota 135. GINSBURG, Jane C., *Putting Cars on the “Information Superhighway”*: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace. New York: Columbia Law Review, v. 95, 1995. pp. 1466-1488.

normas mais adequadas de proteção ao tema em análise, sem contudo desconstruir o sistema de *copyrights*.²³⁷

É nesse sentido que surgem diversas propostas trabalhadas por autores e especialistas, indicando novas dinâmicas que adéqüem os direitos autorais à atual conjuntura. Desse modo, os pontos positivos e negativos daquelas usualmente citadas serão aqui analisados. Cabe ressaltar que, em sua maioria, essas medidas não consistem em um novo modelo institucional de governança²³⁸ dos direitos autorais, mas sim mecanismos pontuais e estratégias alternativas para remediar a ineficiência do sistema, deslocando, por vezes, a perspectiva da esfera do direito público para a tutela privada. Contudo, essas propostas serão estudadas a fim de elucidar sua possível contribuição e limites para a construção de um novo arranjo funcional.

1. Mecanismos e estratégias alternativas

Nesse contexto, essas alternativas surgem para lidar com o descompasso entre o sistema normativo internacional de proteção à propriedade intelectual e o desenvolvimento acelerado de novas tecnologias de transferência de informação. Tanto as sanções jurídicas quanto as normas sociais falharam em deter a reprodução não autorizada e distribuição de materiais protegidos por leis de *copyright*, por meio da *internet*. Um formato defendido por diversos comentadores²³⁹ sugere que a própria *internet* permite o desenvolvimento de novas ferramentas que podem impelir o comprometimento às proibições legais contra o uso sem autorização de trabalhos intelectuais.

1.1 – Ferramentas técnicas de controle de conteúdo

²³⁷ WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?* International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 9, n. 2, 2001. p. 173.

²³⁸ "Um sistema de governança é uma instituição que se especializou em fazer escolhas coletivas sobre questões de interesse comum (...)" YOUNG, Oran R., *Rights, Rules, and Resources in World Affairs*, in YOUNG Oran R. (ed.), *Global Governance: Drawing Insights from the Environmental Experience*, Cambridge: MIT PRESS, 1997. p. 3, tradução do autor.

²³⁹ Ver, nesse sentido: LESSIG, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999; KOEPSSELL, David R., *The Ontology of Cyberspace: Philosophy, Law, and the Future of Intellectual Property*. Illinois: Open Court Publishing, 2000; BOYLE, James, *Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Yale University Press, 2008.

Se o avanço técnico desencadeou os questionamentos ao sistema normativo internacional, alguns problemas legais, em contrapartida, já foram resolvidos historicamente por progressos tecnológicos. Esse caminho é sugerido por alguns autores no campo da propriedade intelectual na era digital. Estas seriam as tendências atuais no que tange a regulamentação da propriedade intelectual, que utilizam ferramentas técnicas em detrimento dos instrumentos jurídicos tradicionais.²⁴⁰

O desenvolvimento técnico dos programas vem possibilitando os detentores dos direitos de criação distribuir a informação para o público sem perder o controle de seu trabalho. São os chamados sistemas confiáveis. Visam proteger informações com ferramentas técnicas que permitem o fluxo legal de informação, enquanto bloqueiam aquele não autorizado. O “proprietário” de tal material pode especificar quem está autorizado a visualizar, alterar ou copiar. Conseqüentemente, os sistemas confiáveis podem estabelecer direitos, em uma estrutura calculada, que automaticamente são aplicáveis por meio da tecnologia. Diante desse contexto, o autor ou criador não seria somente o titular dos direitos de propriedade intelectual, como também estabeleceria os limites desse direito, qual sua extensão, a quem se aplica, e por quanto tempo. O “proprietário” possuiria poderes quase legislativos, no sentido de que ele estabeleceria os “direitos” de utilização inerentes a sua criação. Uma dessas ferramentas é conhecida como “cifragem”.

Esse instrumento não é novo em seu fundamento, apenas em seu formato. A idéia de medidas de segurança poderem suprir os direitos legais do detentor do direito a propriedade é, de fato, antiga²⁴¹. Assim, as “cercas” digitais erguidas no formato de tecnologia cifrada não representa uma inovação significativa ou uma ruptura com o passado. Lessig, no entanto, percebe a tecnologia de cifragem digital como um tipo diferente de seus antecessores *offline*, pois permite aos detentores dos direitos autorais alcançar uma segurança praticamente perfeita com o custo mínimo.²⁴² No entanto, o autor reconhece a crítica de que a tecnologia de cifragem tem o potencial de flexibilizar os direitos relativos à propriedade intelectual, afastando-os do direito público para a tutela

²⁴⁰ WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?* International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 9, n. 2, 2001. p. 178.

²⁴¹ O autor cita o exemplo das cercas, por séculos usadas como proteção, e algumas vezes até para apropriação, dos direitos de propriedade.

²⁴² LESSIG, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999. p. 138

privada, dando aos titulares dos direitos autorais uma habilidade sem precedentes de criar “direitos de propriedade” à sua escolha.²⁴³

1.2 – O Direito Contratual *Online* como estratégia jurídica de adequação

Os detentores de direitos autorais podem utilizar, igualmente, de recursos conhecidos, por exemplo, como “clickwrap” ou “browsewrap”²⁴⁴, para tentar preencher as lacunas dos direitos exclusivos a eles atribuídos, vinculando o usuário a termos contratuais, excluindo divergências legais em relação ao rigor adotado em países distintos. Ou seja, a proteção atribuída ao trabalho de certo autor encontraria respaldo no direito contratual, e não somente nos termos gerais da proteção à propriedade intelectual. No entanto, a idéia de que esse recurso possa solucionar a questão parte da premissa de que os contratos *online* podem ser assegurados judicialmente de forma eficiente.

Ademais, existe uma idéia, que encontra defensores na academia jurídica, de que os contratos *online* irão quebrar, igualmente, o equilíbrio entre os interesses públicos e privados presentes nas normas de *copyright*. A preocupação aqui remete a essas novas ferramentas contratuais, as quais poderão ser utilizadas pelos detentores de direitos autorais para definir o escopo da proteção à informação, evitando os limites determinados pelas normas de *copyright*.²⁴⁵ É certo, contudo, que o deslocamento do escopo para o âmbito contratual privado mitiga certos problemas quanto aos estigmas atribuídos ao direito autoral, que contribuem para o comportamento infringente generalizado difundido na *internet*.

1.3 – Livre acesso ao conteúdo na *internet* - a desconstrução dos limites normativos ao fluxo de informação

²⁴³ Outro ponto importante destacado pelo autor, ainda no que se refere à tecnologia cifrada, é que a mesma tecnologia que permite os detentores dos direitos autorais erguer tais barreiras possibilita aos hackers as ferramentas para encontrar meios de superá-las. Ver, LESSIG, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999. pp. 547-548.

²⁴⁴ Tais recursos são contratos de adesão que se tornam juridicamente válidos no momento em que o usuário da internet clica em um botão da página, aceitando os termos apresentados. Para mais, ver MADISON, Michael J., *Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age*, Fordham Law Review, v. 67, 1998.

²⁴⁵ MADISON, Michael J., *Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age*, Fordham Law Review, v. 67, 1998. pp. 1142 e 1143.

No caminho oposto, surge uma tendência amplamente difundida como alternativa para os problemas envolvendo a proteção à propriedade intelectual na *internet*. Essa corrente defende o livre fluxo de informação no ambiente digital. A criação de *softwares* de computadores disponibilizados gratuitamente pode ser um bom exemplo. Programadores de computador estão constantemente trabalhando em *softwares* que possam ser usados de maneira irrestrita. A questão, nesse sentido, não remete ao preço, mas sim à possibilidade de rodar livremente um programa para qualquer propósito, adaptando às suas necessidades. O objetivo desses *softwares* gratuitos consiste na idéia de que cada usuário poderia estar em uma posição de aprimorar o programa e fazê-lo disponível para o benefício de toda a comunidade na *internet*.

Um exemplo importante é o de Richard Stallman, que desenvolveu estudos nesse sentido desde 1985, e dedicou sua vida aos *softwares* gratuitos. Em 1991, Linus Torvalds, de Helsinki, disponibilizou na *internet* o cerne de um sistema operacional, convidando o mundo a ajudá-lo tornar aquele programa um sistema aberto. Da fusão entre o programa de Torvalds e a ferramenta GNU de Stallman, emergiu o sistema operacional Linux, então o maior concorrente da Microsoft. O sucesso desse exemplo, tanto em termos econômicos como em termos técnicos, demonstra que essa possibilidade não é somente plausível, como questiona pressupostos basilares da proteção de propriedade intelectual, no que tange a necessidade dos direitos autorais como incentivo para a produção intelectual.²⁴⁶

1.4 – Críticas ao argumento do incentivo como aspecto fundamental para a produção intelectual

Desde que surgiram as primeiras regras protegendo a propriedade intelectual, discute-se a necessidade dessa proteção, por quanto tempo e em qual extensão. A corrente principal de economistas, em geral, argumenta que a eficiência econômica demanda um incentivo governamental para as inovações e atividades criativas. No entanto, uma tradição

²⁴⁶ Outros exemplos podem ser citados, como o *browser* de internet Mozilla, e o Open Office, programa que remonta os tradicionais softwares da Microsoft, como Word e Power Point. Ver, nesse sentido, WEBER, Rolf H., *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?*. International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 9, n. 2., 2001.

dissidente defende que ações por parte do governo de qualquer espécie, incluindo a adjudicação de *copyright* e patentes, são desnecessárias para estimular tais atividades.²⁴⁷

Ullrich destaca um duplo dilema acerca da proteção das propriedades intelectuais como estímulo ao investimento em novas tecnologias. Por um lado, os direitos exclusivos, que geram incentivos para inovação na busca de recompensas providas pelo mercado, podem, igualmente, inibir o desenvolvimento relacionado com o aprimoramento ou com tecnologia complementar. Como já mencionado, certa liberdade para utilizar conhecimento preexistente é fundamental no processo de criação de novas idéias e produtos. Esse cenário é o que o autor chama de dilema de inovação vertical. Por outro lado, a exclusividade pode impedir uma exploração otimizada da tecnologia protegida, já que, por definição, “exploração ótima” ocorre somente em condições de competição dentro de uma marca (*intra-brand*), pelo menos se a competição entre marcas (*inter-brand*) não for perfeita. Esse seria, segundo o autor, o dilema de difusão horizontal.²⁴⁸

Contudo, o resultado desse desenvolvimento no sentido de descaracterizar a proteção à propriedade intelectual no âmbito da *internet* ainda não é claro. A tendência, no entanto, é que esse tipo de movimento se torne cada vez mais comum, enfraquecendo, assim, a aplicação do escopo da proteção aos direitos autorais no formato em que atualmente se estrutura.²⁴⁹

2. Os problemas relativos às alternativas sugeridas

As diferentes hipóteses trabalhadas implicam, portanto, em problemas jurídicos que devem ser avaliados cuidadosamente. A crescente importância do material gratuito disponibilizado na *internet*, incluindo *softwares* de computador, leva à diminuição do escopo da proteção da propriedade intelectual e corresponde a uma descaracterização dos direitos de “domínio” no que se refere a bens intangíveis. O sistema de proteção à propriedade intelectual foi uma reação legislativa para certa demanda econômica e política que surgiu nos últimos séculos. No entanto, como afirma Weber, o direito particular de um

²⁴⁷ ULLRICH, Hanns. *Expansionist Intellectual Property Protection and Reducionist Competition Rules: A TRIPS Perspective*. Journal of International Economic Law, Cambridge: Cambridge University Press, v. 7, n. 2, 2004. p. 413.

²⁴⁸ ULLRICH, Hanns. *Expansionist Intellectual Property Protection and Reducionist Competition Rules: A TRIPS Perspective*. Journal of International Economic Law, Cambridge: Cambridge University Press, v. 7, n. 2, 2004. p. 420.

²⁴⁹ Ver, nesse sentido, WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?.* International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 9, n. 2., 2001.

indivíduo não é um direito humano em seu sentido real.²⁵⁰ É simplesmente uma posição legal adotada e totalmente determinada por leis aplicáveis. Conseqüentemente, o declínio de importância da proteção à propriedade intelectual relacionada, por exemplo, aos *softwares* de computadores, não parece ser algo trágico, mas somente uma reação sensível à luz das características da rede mundial de transferência de informação. Como bem afirma Weber, idéias e informações devem servir de fonte e como ferramenta de gerenciamento que permitem maximizar o valor dos processos e transações. Com efeito, faz mais sentido agregar valores intangíveis desenvolvidos a outras propriedades intelectuais do que “manter como ‘material’ a ser conservado e confinado.”²⁵¹ No entanto, o problema jurídico permanece, já que essa alternativa responde ao problema legal retirando a discussão do âmbito do Direito, o que, de fato, não contribui para o debate.

Por outro lado, o desenvolvimento de formatos confiáveis “privativos” permite que os “proprietários” de conjunto de dados controlem a distribuição de informação por meios técnicos de uma maneira mais eficiente do que se recorressem a dispositivos legais. Aqui, também, alguns impasses merecem destaque. Além dos questionamentos já levantados, a “privação” permite, em tese, a discriminação no que tange o acesso aos dados protegidos de forma subjetiva por aqueles que detêm tais direitos.

A liberdade de informação como direito humano garante a cada indivíduo o direito de ter acesso a informação geralmente disponível, ou, nos termos do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, todo indivíduo tem assegurada “a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.” Nesse sentido, sempre foi indiscutível que bibliotecas, por exemplo, sejam, em princípio, abertas ao público. Se um grande número de informações não mais estiver disponível em livros, mas em redes globais como a *internet*, o acesso ao conteúdo inteiramente sob controle de um provedor privado torna-se um problema relevante. As críticas ao formato em que as prerrogativas são estabelecidas pelo próprio autor se aplicam igualmente à tentativa de transferir a tutela dos direitos autorais para a esfera contratual privada. O risco consiste na descaracterização dos direitos autorais sob sua concepção de direito público, que protege direitos privados mas considerando, de alguma forma, os interesses sociais. Ademais, no

²⁵⁰ WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?* International Journal of Law and Information Technology. Vol. 9. N° 2. Oxford University Press, 2001. p. 182.

²⁵¹ WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?* International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 9, n. 2, 2001.

que se refere a alternativa dos contratos *online*, o argumento incide, nesse sentido, a mesma dependência de outros institutos legais em relação às sanções jurídicas e normas sociais. Seja para assegurar a validade dos contratos *online* ou dos direitos autorais, os mecanismos de *enforcement* e o papel das normas sociais são igualmente controversos.²⁵²

Diante desse contexto, em que os arcabouços legais visam regulamentar os avanços tecnológicos, conclui-se que o Direito possui nítidas desvantagens. Por um lado a tecnologia é um sistema que evolui rapidamente, levada pelas demandas de mercado, e não enfrenta obstáculos burocráticos que atrasam o processo legislativo, por exemplo. Por outro lado, ferramentas técnicas são aplicáveis em todo o mundo da mesma maneira, sem enfrentar limites de soberania nacional que caracterizam as estruturas legislativas. Nesse sentido, a globalização do fluxo de dados é cada vez mais difícil de ser regulada pelo sistema normativo atual, principalmente no âmbito internacional, no qual a lentidão e a dificuldade de consenso são características marcantes da estrutura.

Pode-se concluir, portanto, que as propostas levantadas como alternativas à questão da proteção aos direitos autorais são questionáveis e, em alguns casos, não são respostas relevantes dentro de uma discussão jurídica. Prover uma alternativa lícita para as redes de compartilhamento de arquivos já existentes é uma demanda fundamental para a indústria dos direitos autorais. O desafio é a construção de uma opção legal e pouco custosa que possa ofereça incentivos seletivos ao comprometimento e obediência em relação aos direitos autorais.²⁵³

3. Copyright, Copyleft e licenças públicas – o exemplo da Creative Commons

Caminhando paralelamente a tais propostas, surge o conceito de *Copyleft*, que busca arranjar os mecanismos alternativos sugeridos de maneira mais eficiente. Se, por um lado,

²⁵² De fato, é improvável que a reafirmação das normas de *copyright* em formato de contrato, que por muitas vezes não é sequer lido, possa subitamente imbuir o direito da propriedade intelectual com legitimidade ou conteúdo normativo. A reafirmação das normas de *copyright* por meios contratuais enfrenta os mesmos problemas que afronta os detentores dos direitos autorais na aplicação direta de suas prerrogativas.

²⁵³ O autor cita exemplos de medidas que poderiam ser adotadas como incentivo à obediência, como melhor qualidade de produtos e facilidade de uso. A empresa norte americana Computadores Apple lançou a loja musical *online* conhecida como *i Tunes pay-per-download*, que serve como potencial modelo destes exemplos. Os clientes do *i Tunes* podem baixar músicas para um número ilimitados de aparelhos de música digital, gravar até dez CDs com a mesma lista de músicas e tocar os arquivos em até três computadores. WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?* International Journal of Law and Information Technology, Oxford University Press, v. 9, n. 2, 2001.

copyright é uma prerrogativa do autor de limitar a utilização do seu trabalho, por meio de direitos de exclusividade, a concepção de *copyleft* remete a uma lógica inversa, facilitando o acesso à informação sem implicar necessariamente em um desrespeito às normas vigentes. O instituto consiste, portanto, em licenças concedidas pelo titular dos direitos autorais para o uso daquele material por outra pessoa, nos termos específicos que lhe foi autorizado. O objetivo é possibilitar não só o uso, como a modificação e a distribuição do conteúdo.

*Entende-se (...) que o copyleft é um mecanismo jurídico para se garantir que detentores de direitos de propriedade intelectual possam licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, ainda que amparados por esta. Por meios de licenças inspiradas no copyleft, aos licenciados seria garantido, de maneira genérica, valer-se das obras de terceiros nos termos da licença pública outorgada.*²⁵⁴

A idéia não é recente.²⁵⁵ Argumenta-se que a origem desse modelo é o próprio sistema aberto de troca de informação nos moldes dos *softwares* livres, como descrito acima.²⁵⁶ Nesse sentido, o conceito se aproxima do domínio público já que permite o uso, alteração, cópia e distribuição de um material. No entanto, são empregados mecanismos legais para que a utilização seja limitada aos termos licenciados.²⁵⁷ Em outras palavras, *copyleft* se situaria entre os defensores da informação como domínio público e as estratégias contratuais que visam aumentar a segurança jurídica do objeto tutelado.

²⁵⁴ BRANCO Jr., Sérgio Vieira, *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 153.

²⁵⁵ “O *copyleft* teve sua origem ainda em meados da década de 80 do século passado (...). Segundo Sérgio Amadeu, ex-diretor presidente do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, ‘o movimento de *software* livre é a maior expressão da imaginação dissidente de uma sociedade que busca mais do que a sua mercantilização. Trata-se de um movimento baseado no princípio de compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores’.” BRANCO Jr., Sérgio Vieira, *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 155.

²⁵⁶ O argumento é que a disponibilização de *softwares* gratuitamente para o livre uso na *internet* já representava avanços no sentido das licenças públicas, e não representava uma abdicação dos direitos autorais. Ao contrário, “o titular está se valendo dos seus direitos de autor para, através de uma licença, condicionar a fruição desses direitos por parte de terceiros (...). O *software* livre, portanto, é produto direto do direito do autor sobre o *software* e consiste em uma modalidade de exercício desse direito, através de uma licença jurídica.” FALCÃO, Joaquim, *Estudo sobre o Software Livre Comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI)*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. Prelo.

²⁵⁷ Ver, nesse sentido, CERDEIRA, Pablo de Camargo, e MONIZ, Pedro de Paranaguá, *Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela razão – Eficiências Tecnológicas, Econômica e Social – II*. Revista da ABPI, n. 72, 2004.

Nesse sentido o *copyleft* funciona como uma licença pública clássica, mas visa, por meio da prática reiterada de sua utilização, ser admitida amplamente nos tribunais domésticos e, principalmente, alterar a concepção fragilizada vinculada aos direitos autorais no âmbito da *internet*. A *Creative Commons* destaca-se aqui como um exemplo bem-sucedido da aceitação e difusão do conceito de *copyleft*.

A *Creative Commons* é uma corporação sem fins lucrativos, fundada em 2001, dedicada a facilitar o compartilhamento de obras intelectuais, de acordo com as regras de *copyright*. Para tanto, a organização fornece licenças gratuitas e outros instrumentos legais para distinguir o trabalho criativo por meio de parâmetros estabelecidos pelo autor ou criador, no intuito de possibilitar a troca, o desenvolvimento e até o uso comercial do trabalho, nos termos em que o titular do direito considerar adequados. O objetivo declarado da instituição é aumentar a produção criativa - cultural, educacional, científica e de conteúdo.²⁵⁸

A dinâmica proposta consiste, desse modo, na disponibilização de mecanismos simples e padronizados para conceder permissões autorais por um trabalho criativo. Em suma, o objetivo da instituição é mitigar o amplo desrespeito às normas internacionais que ameaça a indústria cultural e científica, oferecendo aos titulares de direitos autorais a alternativa para a premissa das normas de *copyright* – “todos os direitos reservados” – assegurando, dessa forma, “alguns direitos reservados”.²⁵⁹

Nesse sentido, o organismo define uma gama de possibilidades entre a proteção absoluta dos direitos autorais e o domínio público. A idéia é garantir, por meio da flexibilização de algumas prerrogativas por parte do titular, que os usuários respeitem certos direitos do autor. Desse modo, as licenças *Creative Commons* não são uma opção alternativa em detrimento dos direitos autorais. O funcionamento é paralelo às normas de *copyright*, possibilitando a flexibilização dos direitos do autor para melhor adequação às suas necessidades. O organismo conta com a contribuição de especialistas em propriedade intelectual de toda a parte do mundo, visando assegurar que a licença tenha efeitos jurídicos

²⁵⁸ “A idéia da adoção de licenças Creative Commons é explicitar, de forma direta, pública e juridicamente válida, as liberdades que os usuários têm ao acessar [*uma obra intelectual*], evitando que o usuário final tenha dúvidas sobre o que ele pode ou não fazer com aquele conteúdo. (...)”

O usuário será informado sobre as regras de propriedade intelectual vigentes, com mecanismos padronizados de informação dos limites de uso a ele concedidos, aumentando a segurança jurídica dos titulares de direitos autorais por meio da transparência e do comprometimento do usuário com as regras.” Ver, nesse sentido, as descrições das vantagens das licenças Creative Commons, disponíveis em <http://www.creativecommons.org.br/>

²⁵⁹ <http://creativecommons.org/about/what-is-cc>

mundiais.²⁶⁰ Para tanto, a instituição estabelece seis derivações de licenças que o autor ou artista pode adotar para publicar seu trabalho, formando um arranjo variável, adotando aquelas que considera adequadas, divididas nas seguintes categorias:

Attribution – O trabalho original e os derivados podem ser copiados, distribuídos e expostos, inclusive comercialmente, contanto que o devido crédito seja dado no formato estabelecido pelo autor.

Share Alike – Essa alternativa remete à distribuição de trabalhos derivados somente licenciados nos mesmos termos que o trabalho original.

Non-Commercial – A permissão, nesse caso, é relativa à cópia, distribuição e exposição do trabalho original, e os derivados, contanto que seja para fins não comerciais.

No Derivative Works – A autorização para cópia, distribuição e exposição é atribuída somente ao trabalho original, ou cópias literais, mas não para trabalhos derivados.²⁶¹

Esses arranjos estão submetidos a algumas condições, dentre elas, a atribuição obrigatória de créditos na reutilização do trabalho, podendo somente ser renunciada expressamente. No mesmo sentido, um trabalho que já figure no domínio público não poderá, em hipótese alguma, ser objeto de tais licenças.

A organização ainda alude, dentro dos pressupostos exigidos para a concessão de licenças, a princípios tradicionais dos direitos autorais, como o *fair use*²⁶², que consiste na permissão limitada do uso de objetos protegidos pelos direitos autorais em determinadas circunstâncias, previstas em diferentes jurisdições domésticas. Outro princípio destacado que deve ser considerado na adoção das licenças descritas é o direito moral do autor, assegurados domesticamente em diversos Estados, que prevê reparação ao titular do direito

²⁶⁰ Destacam-se nesse sentido especialistas renomados como Lawrence Lessig, idealizador e co-fundador do organismo e autor de livros importantes para a defesa do livre fluxo de informação, como *The Future of Ideas*, Vintage, 2001, e *Free Culture*, The Penguin Press, 2004; e James Boyle, professor da Duke University School of Law, autor da obra *Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Yale University Press, 2008, na qual ele argumenta que o sistema de proteção aos direitos autorais falha em alcançar seu propósito inicial, qual seja, a recompensa e o estímulo a criatividade.

²⁶¹ As informações acerca das categorias de licenças disponíveis no âmbito da Creative Commons estão disponíveis no *site* da instituição. Ver <http://creativecommons.org/about/what-is-cc>

²⁶² O *fair use*, como o uso justo ou justificável de objetos protegidos por direitos autorais, não encontra guarita na legislação brasileira. As limitações dos direitos autorais, no Brasil, são tratadas no artigo 46 da Lei 9.610/98. No entanto, se distinguem da concepção norte-americana ampla acerca da doutrina do *fair use*. Para uma compreensão mais aprofundada do princípio, ver PATTERSON, L. R., *Free Speech, Copyright, and Fair Use*. Vanderbilt Law Review, v. 40, 1987.

caso um trabalho derivado apresente algum aspecto depreciativo.²⁶³ Nesse sentido, as licenças concedidas pela *Creative Commons* não visam alterar essas prerrogativas.

O modelo sugerido pela organização ganhou respaldo internacional ao ser adotado por reconhecidas instituições, como a rede de televisão *Al Jazeera*, maior emissora jornalística do Catar, que criou uma seção em seu site para postar vídeos licenciado nos termos *Attribution license*. O mecanismo possibilitou, por exemplo, a grande difusão de imagens raras do conflito entre Israel e Palestina. Outra ocorrência é relativa ao portal de fotografias *Flickr*, que disponibiliza um espaço virtual para fotógrafos de todo o mundo divulgarem amplamente seus trabalhos na *internet*, de maneira legal nos termos por eles estabelecidos. Cita-se, igualmente, a *Google*, empresa que desenvolve serviços digitais, e utiliza dos mecanismos da *Creative Commons* em diversos deles.²⁶⁴ Trabalhando no Brasil em conjunto com a Fundação Getúlio Vargas, a *Creative Commons* já viabilizou a tutela das diferentes licenças pela jurisdição brasileira.

As estratégias apresentadas pela *Creative Commons* não são descritas aqui como a solução definitiva para os problemas de direitos autorais na *internet*, e sequer caracteriza-se como um sistema de governança supranacional. Esse exemplo é relevante, contudo, para expor perspectivas coerentes e significativas adotadas pela instituição frente aos dilemas do contexto atual que devem ser consideradas em qualquer modelo supranacional que venha a ser desenvolvido para a tutela dos direitos autorais.

Conforme descrito durante este trabalho, determinados fatores são fundamentais para a fragilidade do sistema internacional de proteção a propriedade intelectual, tais como: (i) a aproximação equivocada dos fundamentos da proteção da propriedade real e da propriedade intelectual; (ii) a imensa facilidade técnica de acesso à informação na era digital que refletiu diretamente no distanciamento das perspectivas dos titulares de direitos e dos usuários dos bens tutelados; (iii) a noção de que tais direitos existem apenas para o benefício de um pequeno grupo indefinido de titulares; (iv) a indistinção dos objetos

²⁶³ "(...) têm-se utilizado a expressão Direito Moral ou Direitos Morais para designar o aspecto pessoal do autor com relação à sua criação, ou seja, o direito ou prerrogativa que tem aquele que criou uma obra intelectual de defendê-la como atributo de sua própria personalidade (como autor), uma vez que ela é a emanção da sua mais íntima divagação, de seu pensamento manifestado e compartilhado com o mundo exterior" LANGE, Deise Fabiana, *O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos*, São Leopoldo: Editora Unisinos, 1996. pp. 23-24.

²⁶⁴ Um exemplo em que a Google utiliza das licenças da *Creative Commons* é o programa de *audio-swap* do You-Tube, portal de vídeos desenvolvido pela empresa. Outras reconhecidas instituições adotam os mecanismos oferecidos pela organização e merecem destaque, a saber: *Wikipedia*, *SciELO*, *Public Library of Science*, *MIT OpenCourseWare*, e o portal do governo norte-americano *Whitehouse.gov*. Para mais informações nesse sentido, acesse: <http://creativecommons.org/about/who-uses-cc>.

tutelados em detrimento das especificidades dos direitos autorais; e (v) a ausência de um modelo essencialmente internacional que tutele a questão. Detem-se, portanto, a análise de como cada um desses fatores são compreendidos dentro do modelo sugerido pela *Creative Commons*.

(i)

Argumentou-se nesse trabalho que a aproximação equivocada dos conceitos de “propriedade real” e “propriedade intelectual” foi fundamental para a transformação do conceito de direitos autorais, que originalmente surgiu com o intuito de estimular a criatividade e a produção de conhecimento, e passou a ser um mecanismo de mercantilização da informação, dificultando sua difusão. Os argumentos adotados pelo *Creative Commons* sustentam a reconstituição dos fundamentos originais dos direitos autorais, vistos como um investimento para o desenvolvimento da criatividade e do conhecimento, declarado em um dos motes da organização.²⁶⁵ James Boyle, membro do corpo diretor, argumenta em sua obra *Public Domain* que o sistema de proteção aos direitos autorais falha em alcançar seu propósito inicial, qual seja, recompensar e estimular a criatividade, e reafirma a importância de retomar esses pressupostos.²⁶⁶ Essa atitude é importante no sentido de descaracterizar o aspecto essencialmente comercial atribuído à proteção dos direitos autorais que, em parte, contribui para as vicissitudes do sistema atual.

(ii)

A enorme facilidade de acesso à informação da era digital deve ser vista como uma característica inerente da estrutura atual, e não como um entrave a ser superado ou mitigado. Esse aspecto marcante da *internet* foi determinante para a compreensão difundida de que o conhecimento é um bem de livre acesso. As estratégias previstas pela *Creative Commons* vão de encontro à tendência mundial de liberalização de conteúdo na *internet*, sem, contudo, desconstruir a proteção jurídica atribuída às obras intelectuais. Essa medida é de importância fundamental. Um dos maiores problemas da tutela dos direitos autorais no âmbito da *internet* é o comportamento extremamente usual de desrespeito a prerrogativas de propriedade intelectual. Isso é, em grande parte, atribuído ao distanciamento existente

²⁶⁵ Na primeira página do *site* da Creative Commons está estampada a seguinte frase: *Invest in the future of creativity and knowledge – Donate today* (“Invista no futuro da criatividade e conhecimento – Doe hoje”, visando estimular as contribuições voluntárias para a arrecadação da organização que se sustenta basicamente de doações). <http://creativecommons.org/>.

²⁶⁶ BOYLE, James, *Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Yale University Press, 2008.

entre as normas que regulam a proteção de obras intelectuais e a realidade dos usuários que utilizam desses trabalhos.

Uma abordagem mais flexível, que respeita não só os interesses dos usuários bem como a própria lógica da *internet* de facilidade para acesso à informação, pode ser benéfica para a própria concepção de legitimidade dessas normas, podendo ser compreendidas nesses novos termos como regras mais “justas”. O que é fundamental para a assimilação individual e a compreensão social de que aquele é o comportamento “certo” a se seguir.

(iii)

Por outro lado, a concepção do arranjo adequado de proteção concebida pelo próprio autor personaliza a “vítima” daquela infração, o que pode colaborar para um comportamento mais favorável ao respeito daqueles direitos. Como visto, a impessoalidade atribuída aos titulares dos direitos autorais, na qual o usuário sequer visualiza a quem ele está prejudicando com aquela ação, contribui para a indiferença dos infratores ao caráter nocivo da sua conduta. As prerrogativas não são mais atribuídas a uma classe ampla e indefinida de titulares, mas individualizada na figura do autor.

(iv)

A pouca atenção dada às peculiaridades dos direitos autorais como um regime que tutela um bem específico, diferente dos outros objetos classificados como propriedade intelectual, desconsidera o fato importante de que a expressão das obras intelectuais tuteladas pelas normas de *copyright* são igualmente intangíveis e, nesse sentido, dificilmente controladas por mecanismos de *enforcement* que se fundamentam em controle de fronteiras territoriais. Qualquer arranjo que vise abarcar as questões da proteção internacional dos direitos autorais deve dedicar-se à compreensão das particularidades dos direitos autorais, dentro do ambiente virtual. Para tanto, dois fatores são importantes. A especialização do instrumento, focado nas características distintivas do objeto, e as atribuições técnicas dos mecanismos, capazes de afastar a discussão da proteção de um âmbito exclusivamente político das relações internacionais, no qual prevalece a lógica da imposição de interesses. Nesse sentido, a *Creative Commons* apresenta progressos positivos. Por um lado, o organismo é voltado exclusivamente para a questão dos direitos autorais na *internet*, o que habilita o instituto para melhor lidar com os problemas que envolvam a questão; por outro lado, a entidade tem assegurado certo grau de independência

em relação aos interesses políticos dos países ao se desvincular de processos de negociação estatal.

(v)

A *Creative Common* sugere uma abordagem fundamentalmente internacional, qual seja, um mecanismo de licenças que é ao mesmo tempo padrão, capaz de estabelecer certa harmonia entre as diferentes legislações domésticas, e flexível, possibilitando uma melhor adequação às diferentes demandas de cada região. O mecanismo de *enforcement*, a princípio, é restrito às autoridades domésticas e, com efeito, ainda depende da conformidade das jurisdições estatais. *Enforcement* de normas internacionais permanece como questão central de qualquer arranjo normativo internacional, e a *Creative Common* reconhece a dimensão dessa problemática, não considerando qualquer iniciativa ousada nesse sentido.

No entanto, se o modelo apresentado conseguir de forma eficiente institucionalizar um novo padrão de proteção aos direitos autorais, o apoio das autoridades domésticas pode ser positivo no sentido de que a aplicação por cortes internas das normas estabelecidas internacionalmente é o mecanismo menos custoso de implementação. Ademais, uma vez que a aplicação dessas normas é atribuição interna dos Estados, todo indivíduo possui a prerrogativa desses direitos, podendo reivindicá-los judicialmente.

As estratégias sugeridas pela *Creative Common* aprimoram, portanto, as alternativas tradicionais descritas. Ao adotar como objetivo principal a produção e difusão de informação e conhecimento por meios legais, a instituição, por um lado, segue a tendência atual de liberalização do acesso à informação, evitando os riscos do abuso de direitos de monopólio. Por outro lado, oferece uma alternativa jurídica, que não desconstrói os direitos de propriedade intelectual. Um caráter contratual atribuído à relação entre autor e usuário pode contribuir, igualmente, para uma maior segurança jurídica. No âmbito do *site* da instituição, é celebrado um contrato entre o titular do direito e aqueles que solicitam autorização. Nesse sentido, os benefícios da tutela apoiada no direito contratual são aqui considerados.

As vantagens do modelo sugerido pela *Creative Commons* são, portanto, resumidas na descrição de Ronaldo Lemos:

Essas licenças são escritas em três níveis sob o projeto Creative Commons: um nível para leigos, passível de entendimento por quem não tem formação jurídica, explicando no que consiste a licença e quais os direitos que o autor está concedendo; um nível para advogados, em que a redação da licença se utiliza de termos jurídicos, tornando-a válida perante um determinado ordenamento jurídico; e um nível técnico, em que a licença é transcrita em linguagem de computador, permitindo que as obras sob elas autorizadas no formato digital sejam digitalmente “marcadas” com os termos da licença, e permitindo que um computador identifique os termos de utilização para os quais uma determinada obra for autorizada. Esta última modalidade é particularmente importante em face da crescente regulamentação arquitetônica da internet, e pode permitir no futuro que, mesmo na eventualidade do fechamento completo da rede, os trabalhos licenciados sob um tipo de licença como esta do Creative Commons possam continuar a ser interpretadas livres por um determinado computador.²⁶⁷

Importante notar, contudo, que a análise dos questionamentos levantados nesse trabalho frente ao exemplo adotado do modelo sugerido pela *Creative Commons* destacou de forma exacerbada os pontos positivos do arranjo das licenças internacionais sem, contudo, dedicar o mesmo empenho no contrapeso das deficiências desse sistema. E de fato era esse o objetivo. Não se buscou aqui colocar a prova um novo modelo insurgente como possível solução para os problemas da tutela da propriedade intelectual na era digital. O intuito era, com efeito, destacar algumas concepções positivas apresentadas pela entidade que possam servir de referência para qualquer estrutura de governança global acerca dos direitos autorais. Cabe ressaltar, igualmente, que o modelo está sujeito às mesmas críticas das alternativas anteriormente sugeridas, no que tange os mecanismos de *enforcement* e a descaracterização dos direitos autorais como instrumento de proteção dos interesses econômicos do autor ou artista.

Tal arcabouço, portanto, ainda deve ser desenvolvido, e demandará um esforço proporcional ao impacto avassalador causado pela evolução tecnológica da era digital na concepção tradicional de tutela aos direitos autorais. Contudo, qualquer arranjo nesse sentido deve manter em vista as perspectivas positivas ressaltadas do exemplo da *Creative Commons*, enfrentando, porém, os enormes desafios da construção de um regime essencialmente global eficiente na esfera da negociação estatal.

²⁶⁷ LEMOS, Ronaldo, *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 84.

4. A construção de um novo paradigma

É inquestionável que novas tecnologias desafiam os paradigmas legais.²⁶⁸ No entanto, a questão se apresenta em um formato quase retórico, pois aqueles que afirmam a transformação fundamental e irreversível ainda não foram capazes de prever que tipo de estrutura política irá suceder ao enfraquecido sistema de Estados tradicionais, assentados em princípios de “soberania” e “territorialidade”. A erosão da soberania se tornou uma discussão de “sim” ou “não”, sem muito significado para a pesquisa empírica.²⁶⁹ E enquanto alguns analistas afirmam a obsolescência funcional do Estado-nação ser um fato próximo, os líderes políticos e o público em massa em todo o mundo ainda identificam os Estados como a associação política primária e legítima.

4.1 – Perspectivas relevantes

A questão fundamental, portanto, é como a sociedade internacional então se organizará para lidar com tais problemas. Para responder a essa questão deve-se afastar o caráter de sim ou não atribuído à discussão acerca da soberania, e largar a presunção implícita de que existe uma relação de soma-zero entre os Estados e globalização. Ou seja, o que os processos globais ganham, o Estado necessariamente perde. Uma concepção mais ampla, defendida por Ansell e Weber, de quais princípios organizacionais são possíveis na política internacional, advem das teorias sobre “sistema aberto”.²⁷⁰ Segundo os autores, a maior vantagem dessas proposições é que elas tomam a “porosidade” das fronteiras como foco central de investigação. O termo “porosidade” é utilizado significando a existência de fronteiras fluídas e multidimensionais, em contraste com os limites sólidos e de dimensão única que constitui o ideal típico do Estado soberano que acomoda confortavelmente as

²⁶⁸ O autor cita o exemplo dos aviões que levantavam a questão da “propriedade” do espaço aéreo, e a própria invenção das máquinas de impressão em massa, que confrontava o que até então se entendia por propriedade intelectual.

²⁶⁹ Ver, nesse sentido, ANSELL, Christopher K. E WEBER, Steven, *Organizing International Politics: Sovereignty and Open Systems*. International Political Science Review, v. 20, n. 1, 1999. p. 75.

²⁷⁰ Para uma análise das teorias de sistema aberto como possíveis modelos de governança supranacional, ver RÉGENT, Sabrina, *The Open Method of Co-ordination: A Supranational form of governance?*. *European Law Journal*, v. 9, 2003.

teorias de “sistema fechado”.²⁷¹ As fronteiras “porosas” são determinantes para política internacional moderna, colocando em xeque a autoridade e o controle absoluto sobre as transações internacionais.

A lógica do comércio é um meio funcional para entender a organização em um mundo onde unidades separadas constitucionalmente negociam seus recursos, sem gravames, através de fronteiras sólidas e demarcadas. No entanto, se o direito envolvido é difuso e as fronteiras porosas, a lógica do comércio – mesmo entre unidades constitucionalmente independentes – falha em explicar a estrutura das relações internacionais. A pergunta que se segue, portanto, é “qual argumento pode substituir esta perspectiva?” Algumas teorias das Relações Internacionais trabalhadas por Ansell e Weber são interessantes, não como respostas categóricas à questão, mas como uma contribuição para o debate acerca do modelo adequado para lidar com as questões atuais envolvendo a proteção internacional à propriedade intelectual. Ao descrever essas teorias, o objetivo não é solucionar a polêmica relativa à soberania territorial e a relação inter-estatal, e sim apresentar algumas formas alternativas de perceber a atual conjuntura, que possam ajudar na compreensão da real dimensão do problema da propriedade intelectual na era digital.

4.1.1 – Contribuição das teorias das Relações Internacionais

A teoria chamada de Custos Econômicos de Transação (TCE- *Transaction cost economics*) adota o formato das transações em si como unidade central de análise. Isso, em certo sentido, transforma as fronteiras em variável dependente, condicionada a natureza da transação que está ocorrendo. Essas fronteiras podem, presumidamente, se reconfigurar na medida em que o caráter das relações se altera. “Presumidamente” porque a TCE não é uma teoria que trata da maneira como a mudança acontece, e sim um argumento que especifica uma configuração otimizada das fronteiras.²⁷²

Ansell e Weber apresentam, igualmente, idéias oriundas da escola conhecida como Novo Institucionalismo Sociológico (NSI - *New Sociological Institutionalism*), que tem

²⁷¹ As teorias de “sistema fechado” são ilustradas pela lógica de jurisdições territoriais soberanas, na qual a dinâmica do comércio se insere. ANSELL, Christopher K. E WEBER, Steven, *Organizing International Politics: Sovereignty and Open Systems*. *International Political Science Review* v. 20, n. 1, 1999. p. 77.

²⁷² Para um estudo detalhado da teoria, ver WILLIAMSON, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: The Free Press, 1985.

como valor essencial a mudança do foco para “campos organizacionais”, que são conjuntos de arranjos institucionais que se interagem. A legitimidade se torna, pois, a principal variável. Os modelos organizacionais e o ambiente internacional são vistos como mutuamente constitutivos. Na prática, isso significa que as fronteiras, decretadas por meio de um processo contínuo, podem ser reconstituídas de formas distintas ao longo do tempo. Diferentemente da TCE, a NSI não parte de nenhuma premissa de resultado único ou otimizado, de equilíbrio eficiente. Resultados ineficientes podem ser estáveis porque eles não serão necessariamente desafiados, já que a legitimação, e não a competição, é o instituto primário que regula a organização entre Estados.²⁷³ Uma analogia pode ser feita nesse sentido. Apesar dos claros sinais de ineficiência, o regime de proteção aos direitos autorais inserido na lógica do comércio internacional apresenta-se como uma dinâmica consolidada, em que as mudanças propostas se inserem dentro do arcabouço normativo amplo. Desse modo, as tentativas de adequação sugerem alternativas inseridas na mesma estrutura, já que essa reflete pressupostos tradicionais legitimados das relações internacionais.

As “teorias de rede” levam a perspectiva inter-organizacional a um passo além. A *ligação* entre as organizações, ao invés da própria estrutura, é agora o foco analítico central, e as relações são, pelo menos parcialmente, constitutivas dos atores participantes. Em outras palavras, teorias de rede tentam definir fronteiras não por presunções, e nem por uma análise de transações específicas, mas por um estudo das relações que são, então, assumidas como prioridade. Essas interações certamente incluem o comércio, mas vão além – para símbolos, significados, legitimidade e outros abstrações. As propriedades das redes não são reduzidas a atores ou a transações entre eles. A existência, formação e reformação das fronteiras são um resultado da ampla gama de relações dentro da rede. Ou seja, as relações internacionais moldam os Estados na mesma medida que são constituídas por eles. Quanto mais intensas são essas interações, mais interdependentes se mostram seus atores. Nesse sentido, qualquer movimento de transformação perpassa por esforço imenso de cooperação e coordenação. Isso é necessário justamente porque as mesmas dinâmicas da era digital que questionam pressupostos fundamentais dos Estados acirraram significativamente o caráter de interdependência entre eles.

²⁷³ Ver, nesse sentido, BRINTON, Mary C., e NEE, Victor (orgs.), *The New Institutionalism in Sociology*. Stanford: Stanford University Press, 2001.

4.1.2 – Interdependência e cooperação – pontos fundamentais na análise

As teorias das Relações Internacionais geralmente tratam *interdependência* como uma variável independente. Isso é, presume-se que a interdependência é uma condição do mundo e tenta explicar sua influência no comportamento.²⁷⁴ A interdependência pode surgir por meio da mudança tecnológica, da evolução gradual de estruturas políticas duradouras ou outros meios. Pode-se considerar, nesse sentido, que os avanços tecnológicos da era digital representaram um adensamento substancial desse processo, alcançando, talvez, um grau de interdependência nunca antes visto. A questão mais relevante para o presente trabalho, contudo, é como os Estados e outros atores internacionais respondem, e como lidam com a interdependência. Para tentar responder tal questionamento, os argumentos então se voltam para as estratégias e estruturas que os Estados utilizam para controlar as conseqüências dessa condição inerente ao ambiente internacional. Por essa lógica, interdependência é uma situação arriscada que os Estados preferem, no plano ideal, evitar, apesar de seu valor potencial em algumas circunstâncias.

Cooperação e conflito, terminologias da “teoria dos jogos”, que utilizam metáforas para identificar situações das Relações Internacionais, são tipos genéricos de resposta a interdependência. Partindo do pressuposto que o conflito não é uma solução ideal para problemas em nenhum contexto, fica claro a importância da cooperação como elemento fundamental para qualquer alternativa válida para a governança do ciberespaço. Se a *internet* é um ambiente essencialmente internacional, que mitiga a importância da distinção entre Estados, e leva a uma relação de interdependência inédita entre esse sujeitos, a necessidade de cooperação intensa entre os atores talvez tenha que representar um esforço igualmente sem precedentes. Os regimes, conjuntos de normas, princípios, regras e procedimentos de tomada de decisão moderadamente institucionalizados que provêm informação são, igualmente, abordados como meios de gerenciar a interdependência ao longo do tempo.

²⁷⁴ KEOHANE, Robert O. e NYE, Joseph S. *Power and Interdependence*. New York: Addison Wesley Longman, 2001.

Contudo, a dinâmica se torna ainda mais complexa se considerarmos que o Estado não representa interesses uníssomos de uma nação, mas vê-se obrigado a lidar com as pressões de grupos internos e não estatais. A metáfora do “jogo de dois níveis”²⁷⁵ captura essa perspectiva e a ilustra. Na metáfora, Estados são os principais atores em duas dinâmicas distintas. A primeira esfera remete à relação de Estados com interesses divergentes e a barganha entre eles é no sentido de alcançar “soluções” e arranjos de cooperação. O principal limite desse arranjo é um jogo de segundo nível em que cada Estado deve lidar com os interesses dos grupos políticos domésticos.²⁷⁶

A teoria da “interdependência complexa” dá um passo além ao considerar a imensa gama de relações de barganha que estão sendo negociadas ao mesmo tempo, e continuamente.²⁷⁷ Nesse sentido, o sistema internacional se torna tão complexo, multifacetado e interligado que os jogos em dois níveis mais se assemelham a uma grande teia de barganhas interligadas e sobrepostas. Essa perspectiva é importante para que se conceba a complexidade inerente às relações internacionais nos dias atuais. A era digital possibilitou a ascensão de atores relevantes não estatais no cenário internacional, dificultando a construção eficiente de um modelo organizacional assentado no conceito de soberania. Ao trazer para essa análise o fator multidimensional das relações internacionais, no qual diversos interesses se relacionam concomitantemente tratando de agendas completamente distintas e, ao mesmo tempo, relacionadas, o esforço para debater o assunto com uma noção razoável da dimensão do problema é algo notável. Diante desse contexto, é nítida a inconsistência dos esforços na busca de um padrão homogêneo de legislações domésticas para solucionar um problema que surge em um ambiente que desconhece fronteiras territoriais, negociado em um modelo que ignora a existência de interesses particulares com capacidade de interferência direta na questão.

Assim, podem não ser somente os interesses estatais que mudam como um resultado da interdependência mas, igualmente, as fronteiras funcionais que demarcam os principais atores. O próximo passo seria, portanto, abrandar as presunções sobre a equivalência básica das unidades, em favor de observar o processo de diferenciação e de desenvolvimento dos

²⁷⁵ PUTNAN, Robert D., *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*. International Organization, v. 42, 1988.

²⁷⁶ Esse modelo analítico funciona se a fronteira entre os dois jogos for estável. Se os “jogos”, doméstico e internacional, se misturarem de tal maneira que confunda não somente quais os interesses, mas precisamente quem são os atores envolvidos, então a metáfora dos jogos em dois níveis é simplesmente irrelevante.

²⁷⁷ KEOHANE, Robert O. e NYE, Joseph S. *Power and Interdependence*. New York: Addison Wesley Longman, 2001.

atores envolvidos, tanto dentro como fora dos limites estatais. No entanto, fato é que não existe maneira confortável de alterar os paradigmas e, por conseguinte, construir um diálogo realmente significativo para lidar com a temática. A visão das teorias de sistema aberto acerca da interdependência não ignora nem nega o postulado que as unidades existentes desejam reter sua autonomia. Contudo, agora a discussão torna-se bem diferente. Se o tipo ideal de fronteira está poroso ao invés de concreto, os riscos da cooperação são preocupações parciais pois não se põe em risco uma autonomia que não se possui a princípio.²⁷⁸

A contribuição das teorias das relações internacionais, portanto, é no sentido de aclarar a complexa rede que se insere qualquer tentativa de construção de um sistema de governança global. Um modelo eficiente deve superar desafios, tais quais as pressões exercidas por grupos de interesses, tanto no âmbito doméstico, como no internacional; as tentativas dos Estados de sustentarem sua autonomia, reforçando por vezes conceitos ultrapassados; e, talvez o maior deles, a complexidade de se construir um arranjo essencialmente supranacional, já que a natureza das relações digitais que visam ser tuteladas é igualmente global.

4.2 – As dificuldades de construção de um modelo global de governança dos direitos autorais na *internet* – a manutenção do desenho institucional como uma opção dos Estados

É devida a necessidade de um arranjo que abarque as dificuldades conceituais e estruturais dos direitos autorais na era digital e, ao mesmo tempo, seja capaz de articular todas as partes envolvidas na questão, respeitando ainda a dinâmica de articulação entre Estados, como principais agentes internacionais, que a construção de um modelo amplo de governança supranacional se mostra tão complexa. Se, no entanto, o esforço para a concepção de um arranjo nesse formato é tamanho que a materialização parece difícil de ser alcançada, a continuidade de um modelo ineficiente para lidar com as questões dos direitos autorais na *internet* não parece se encontrar no centro das preocupações do sistema internacional. Esse ponto é fundamental para a hipótese que se busca levantar nesse

²⁷⁸ ANSELL, Christopher K. E WEBER, Steven, *Organizing International Politics: Sovereignty and Open Systems*. International Political Science Review, v. 20, n. 1, 1999. p. 81.

trabalho. A falta de empenho dos Estados para negociar mecanismos objetivos para a questão, que implicaria uma revisão de paradigmas tradicionais – e funciona, em outras searas da agenda internacional – não parece uma simples incapacidade de lidar com os desafios emergentes da era digital. Alternativas que abordam a problemática de maneira mais consistente emergem constantemente da articulação de doutrinadores, especialistas, e sociedade civil, e poderiam ser consideradas ao menos como referência para reavaliação do modelo atual. Contudo, o que se sugere é que a manutenção do desenho institucional para a proteção da propriedade intelectual no âmbito do comércio é uma opção consciente dos Estados, como uma estratégia que melhor atende seus interesses.

Como exposto, as decisões estatais no âmbito internacional refletem uma complexa relação, na qual se destacam os grupos internos de pressão, que definem – e são definidos – pelas diferentes demandas oriundas da ampla agenda de negociação internacional. Ao se analisar a questão da propriedade intelectual, pode-se perceber que as medidas adotadas pelos Estados, ao longo do tempo, refletiu exatamente essa dinâmica. A propriedade intelectual passou a ser uma preocupação internacional na mesma medida em que os bens tutelados tornavam-se cada vez mais relevantes na esfera comercial. Nesse sentido, quando a regulamentação técnica não mais respondia às demandas das grandes empresas, nem tampouco aos interesses econômicos do Estado, o sistema internacional se mobilizou para alterar essa estrutura. Desse modo, a proteção da propriedade intelectual se vinculou definitivamente ao âmbito do comércio, sendo tutelada por um arcabouço normativo institucionalizado.

Foi, portanto, a crescente valoração comercial dos bens intelectuais, considerados essenciais para o desenvolvimento tecnológico, que levou à conseqüente reavaliação da importância estratégica dos direitos de propriedade intelectual, tanto no âmbito doméstico, como no internacional. As demandas emergiram no contexto pós-guerra, e a prerrogativa de cada Estado de adotar ou não medidas de proteção à propriedade intelectual passou a ser encarado como um comportamento inconcebível frente aos crescentes compromissos internacionais assumidos pelos Estados, ao acirramento das relações comerciais internacionais, e às pressões dos setores privados nacionais e transnacionais.²⁷⁹ Ainda assim, a institucionalização internacional mais contundente demorou para se concretizar. E quando, enfim, ocorreu, caracterizou-se por limitações consideráveis.

²⁷⁹ BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, Brasília, 2003. p. 25.

O Acordo TRIPS, nesse sentido, não supriu todas as demandas iniciais dos países desenvolvidos, que buscavam no GATT patamares superiores de proteção dos direitos de propriedade intelectual, e nem correspondeu por completo às expectativas dos países em desenvolvimento, que buscavam assegurar a difusão de tecnologia, e acabaram se vincularando a padrões de proteção à propriedade intelectual por vezes conflitantes com seus interesses domésticos.²⁸⁰ Em outras palavras, mesmo com a elevação da questão da propriedade intelectual para o centro da agenda internacional, o resultado não representou um modelo *ideal* para as demandas das partes. Assim, como todo processo de construção normativa internacional, o limite foi o próprio consenso.

O TRIPS foi o resultado, portanto, da tensão entre diversos grupos de pressão, domésticos e internacionais, traduzindo os principais interesses que prevaleceram por meio do consenso. Destaca-se, nesse sentido, durante todo o texto do acordo, no que tange os mecanismos de aplicação e *enforcement* do padrão normativo adotado, a alusão às invenções tecnológicas, a transação de bens infratores entre as fronteiras e a competência das autoridades alfandegárias. Ou seja, reafirma-se que o foco das preocupações eram os bens intelectuais expressados em formas materiais. Os mecanismos de *enforcement* adotados estavam claramente voltados para a questão da transferência de tecnologia. E isso é, em parte, justificável, visto que as inovações tecnológicas caracterizam-se como um dos bens de maior valor agregado do comércio internacional.²⁸¹ Os esforços dos Estados, principalmente aqueles mais desenvolvidos, para construir arranjos internacionais que reestruturasse a proteção da propriedade intelectual, foi motivada por interesses fundamentalmente econômicos, tanto no âmbito doméstico como no internacional. Os países do sul, por sua vez, empenharam-se em aproveitar a oportunidade para tentar diminuir as assimetrias existentes, buscando assim, o interesse primordial de desenvolvimento econômico.

Se as limitações do Acordo TRIPS representam as dificuldades da articulação internacional entre interesses conflitantes, os problemas de governança dos direitos autorais na *internet* são exponencialmente agravados. Nesse sentido, as cooperações superficiais entre jurisdições, como tentativas de harmonização de políticas domésticas, não são suficientes para regulamentar relações que não ocorrem dentro de limites territoriais. O

²⁸⁰ Ver, igualmente, KEMMERLMEIER, Carolina S., e SAKAMOTO, Priscila Y., *Transferência de Tecnologia e as Organizações Multilaterais in* BARRAL, Welber, e PIMENTEL, Luiz Otávio (org.), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 138.

²⁸¹ Ver, nesse sentido, ADLER, Paul, *Automation, skill and the future of capitalism*. Berkeley Journal of Sociology, v. 13, 1988.

ciberespaço é fundamentalmente não geográfico. Isso implica que qualquer regime para regular a questão terá que ser significativamente mais institucionalizado, e terá que incorporar formas não territoriais de governança. Ademais, dada a importância da questão social envolvida e da complexidade e rapidez de alteração da tecnologia, nem a autorregulação pelo setor privado, nem a regulação territorial realizada pelas autoridades públicas, agindo de forma independente, será suficiente.

Os custos para a construção de um modelo de governança global eficiente no âmbito do ciberespaço são consideravelmente altos. Isso porque qualquer sistema que objetive uma tutela consistente da temática terá que abarcar: acordos internacionais que reformulem o arcabouço normativo atual; um mecanismo de solução de controvérsia essencialmente global capaz de harmonizar as assimetrias legislativas, sem desconsiderar a importância das diferenças econômicas e sociais; a difusão de diretrizes, normas e códigos de conduta que visem combater objetivamente o comportamento infringente quase institucionalizado; a construção de organismos internacionais que se dediquem ao auxílio e incentivo aos Estados para que implementem as normas estabelecidas; a coordenação da agenda internacional para negociações que constantemente revisem e apoiem os tratados vigentes; o estabelecimento de padrões técnicos coerentes com a realidade; a coordenação de políticas reguladoras; um diálogo intenso e contínuo entre as esferas pública e privada, tanto para aplicação, quanto para a criação do arcabouço normativo; mecanismos que possibilitassem uma construção mais participativa e democrática, adequando o arcabouço instituído à opinião pública; e, não obstante, que constitua um ambiente de concatenação entre responsáveis políticos, ONGs, líderes empresariais, acadêmicos e especialistas.²⁸²

Se de fato os custos são multiplicados para a tutela dos direitos autorais no âmbito da *internet*, agindo como um desincentivo para uma revisão institucional, uma mobilização internacional no sentido oposto não parece ser tão incisiva. Por mais fortes economicamente que sejam as indústrias da música e das obras literárias, elas não se encontram no cerne da atividade econômica estatal. O mesmo não pode se dizer da indústria de tecnologia de ponta. Nesse sentido, as pressões internas para que medidas drásticas sejam tomadas para proteção dos direitos autorais, na mesma medida que as são no âmbito das patentes, é significativamente menor. Ademais, há de se considerar, na dinâmica da relação de interesses, a mobilização social como um grupo de pressão

²⁸² Ver descrição detalhada de um modelo amplo de governança global em ESTY, Daniel C., *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*. The Yale Law Journal, v. 115. 2006.

relevante. A opinião pública, nesse sentido, incita um menor rigor regulatório, considerando que os interesses gerais manifestados pela sociedade atualmente estão muito mais no sentido de uma liberalização completa da informação como um bem público, do que uma mercantilização e controle do conteúdo na *internet*.

Nesse contexto, as alternativas que reagem a ineficiência do modelo apresentam uma dupla importância. Por um lado, essas estratégias adotam perspectivas mais consistentes e contextualizadas para abordar a questão, se comparadas ao modelo tradicional inserido na dinâmica do comércio. Ao adotar como objetivo principal a produção e difusão de informação e conhecimento por meios legais, tais alternativas, como a *Creative Commons*, seguem a tendência de liberalização do acesso à informação, e, ao mesmo tempo, oferecem uma alternativa legal, que não desconstrói os direitos de propriedade intelectual e contribui para uma maior segurança jurídica. Ademais, essas perspectivas retomam conceitos que originalmente incitaram a proteção de direitos do autor. As leis de *copyright* focam, atualmente, na proteção dos interesses autorais em detrimento dos interesses do público em geral, e a idéia passa despercebida de que os direitos autorais não são absolutos, mas conferem aos sujeitos uma importante condição de promoção do progresso da ciência e das artes.

Por outro lado, esses mecanismos, não são concorrentes às dinâmicas internacionais. Ao contrário, aparentemente elas se adequam aos interesses do Estado. Ao mitigar problemas apresentando mecanismos paralelos, essas novas propostas acabam por retirar da figura estatal a responsabilidade exclusiva de lidar com a matéria, diminuindo assim as demandas específicas de abordar a questão de forma significativa no âmbito internacional. Nesse sentido, as alternativas sugeridas não apenas são mais consistentes na compreensão das questões envolvidas, mas, a princípio, se apresentam como as únicas vias imediatas para que se possa discutir as questões dentro de suas peculiaridade e fora das dinâmicas do comércio internacional.

As novas tecnologias do ambiente digital colocam em xeque os mecanismos tradicionais de controle, e portanto, não podem ser reguladas senão por instrumentos igualmente inovadores. As diferenças remetem à natureza das próprias relações, e, nesse sentido, qualquer tentativa de governança por analogia à modelos já existentes não parece propensa ao sucesso. Esse formato tradicional no qual se insere a tutela dos direitos autorais, no entanto, é funcional para lidar com parte da agenda internacional, e esse aspecto deve ser considerado. Os problemas da proteção internacional dos direitos autorais

não podem ser concebidos isoladamente da conjuntura em que se inserem. A lógica do comércio internacional, consolidada ao longo dos séculos, foi determinante, inclusive, para constituir os Estados como atores centrais das relações internacionais. Nesse sentido, uma nova concepção acerca da tutela dos direitos autorais não questiona apenas a capacidade do arcabouço do comércio internacional para lidar com a proteção da propriedade intelectual, mas sugere a revisão de pressupostos basilares, reavaliando, assim o papel central dos Estados soberanos na constituição de modelos de governança internacional. As dificuldades, nesse sentido, são óbvias.

É mais provável admitir que uma controvérsia pontual, como a questão dos direitos autorais, tenha que se adequar a lógica tradicional do comércio internacional, mesmo que de forma ineficiente, do que supor que o regime relativo às normas de *copyright* imponha transformações em toda a estrutura clássica das relações internacionais que constituem, e são constituídas, primordialmente pelos Estados.

Conclui-se, portanto, que o desenho institucional no qual se insere a proteção dos direitos autorais não pode ser visto apenas como consequência de um comportamento irrefletido por parte dos Estados, que se encontram encurralados frente aos avanços da era digital. O que se argumenta é que a complexidade desses novos desafios aumenta significativamente os custos para lidar com todas as dimensões da questão. Os direitos autorais na era digital são então preteridos em relação a outras temáticas da agenda internacional, e permanecem como objeto do escopo amplo do comércio. A tendência, portanto, é que ali permaneçam estáveis, mesmo que objetivamente ineficiente.

Os passos em busca de uma governança global do ciberespaço são extremamente difíceis, e qualquer mudança significativa será, nesse sentido, reacionária. Ela somente será empreendida quando os problemas chegarem ao ponto em que algum tipo de ação internacional contundente seja inevitável. A medida que o ambiente digital ganha relevância para as relações internacionais, não somente em questões pontuais, como os direitos autorais, o Estados então serão chamados a se debruçarem sobre a questão dedicando os devidos esforços, e reavaliando o arcabouço normativo do mesmo modo que fizeram na momento da construção do Acordo TRIPS.²⁸³ Só então poderá se determinar o modelo de governança global viável que deverá ser adotado.

²⁸³ A Professora Maristela Basso destaca de forma categórica a importância do Acordo TRIPS como marco de transformação da concepção da propriedade intelectual no âmbito internacional, “Há, hoje, dois modelos conceituais: o *tradicional* ou *histórico* e o *atual*, consolidado sobretudo a partir da Organização Mundial do

Qualquer que seja essa nova estrutura, ela terá que abarcar aspectos que Slaughter chamou de transgovernamentalismo, isto é, diversas partes dos Estados “trabalhando com os mesmos institutos no exterior, criando uma densa rede de relações que constitui uma nova ordem transgovernamental.”²⁸⁴ Esse formato abarcaria alianças entre agências governamentais, organizações internacionais, corporações e elementos da sociedade civil como organizações não-governamentais, associações profissionais, que se unidas poderão alcançar o que nenhum teria condições de fazê-lo individualmente. Negociações envolvendo um grande número de atores díspares são complexas e muito ainda resta para a compreensão de como a sociedade civil global pode funcionar.

Além disso, a governança do ciberespaço demandará uma nova relação entre os setores públicos e privados. A complexidade da tecnologia e o rápido avanço nas mudanças se refletem em esquemas regulatórios tradicionais extremamente problemáticos em diversas searas. As estruturas normativas do ambiente digital requerem um esforço em conjunto, esquemas híbridos de auto-regulação com supervisão de autoridades públicas e mecanismos eficientes de *enforcement*. Para tanto, deve-se destacar que o processo de globalização implica a necessidade de diálogos significativos entre os atores, e pressupõe-se de forma imperativa que esses diálogos sejam levados a sério, envolvendo comprometimento em criticar e transformar as categorias legais vigentes. Contudo, o oposto parece estar acontecendo.

Em suma, os esforços para construir normas de *copyright* digitais devem transpor as barreiras da ação coletiva. A sustentabilidade de normas de direitos autorais auto-aplicáveis vão depender, em última análise, da percepção pública da moralidade, legitimidade e reciprocidade atribuídas às normas de proteção a propriedade intelectual. A persistência do comportamento infringente de compartilhamento de arquivos na *internet* traz ao centro da questão a afirmação de Roscoe Pound: “Em todos os casos de divergência entre o padrão da lei e o padrão do povo, não é preciso dizer que o último irá prevalecer no final.”²⁸⁵ A

Comércio – OMC, mas especificamente do TRIPS.” BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 19.

²⁸⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie, *The Real New World Order*. Foreign Affairs, v.75, 1997. pp. 183-197. Um bom exemplo do que Slaughter define como transgovernamentalismo no era da internet foi coordenada pela Comissão Federal de Comércio dos Estados Unidos, no ano 2000, liderando um esforço para localizar na internet sites suspeitos de fraudes, e encontraram 1600 portais em 28 países. O trabalho abarcou agências semelhantes em outros países, como Inglaterra e Coréia, e envolveu a compilação de uma base de informação comum e esforços colaborativos de *enforcement* institucionalizados. KOBRIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*. Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001, p. 700.

²⁸⁵ POUND, Roscoe, *The Need of a Sociological Jurisprudence*, Green Bag, v. 19, 1907. p. 615, tradução do autor.

questão que fica é se, e quando as questões da governança do ciberespaço se tornarão centrais na agenda de negociação dos Estados a ponto de mobilizar os esforços necessários para lidar com a temática. Isso só o tempo poderá responder. Nesse interregno, arranjos específicos de articulação não estatais aparentemente preencherão essa lacuna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problematização da proteção dos Direitos Autorais na era digital não é uma construção inovadora, ou se quer, recente. A dificuldade de controle do fluxo de conteúdo é algo inerente à *internet*, e qualquer tipo de tentativa de regulação nesse sentido terá que perpassar por discussões tanto estruturais, relativas aos desafios técnicos evidentes, quanto conceituais, remetendo à própria natureza da “informação”. Esse trabalho, portanto, pretendeu mapear essa conjuntura, identificando pontualmente os principais entraves, no intuito de compreender a real dimensão do problema.

Pôde-se concluir que suposições acerca da incapacidade dos Estados para lidar de forma eficiente com um ambiente essencialmente não geográfico, por meio de jurisdições pré-estabelecidas, não são injustificáveis. De fato esse formato se mostra inconsistente, e cada vez mais parece seguir direções opostas às tendências socialmente difundidas de compreensões e práticas relativas à *internet*. Contudo, o comportamento dos Estados reforçam a concepção vinculada da propriedade intelectual ao comércio, não indicando, a princípio, nenhum esforço que implique uma revisão do modelo, mas apenas medidas de aprimoramento dos mecanismos de *enforcement* já instituídos.

Contudo, a manutenção do desenho institucional que trata da questão não parece ser um reflexo impensado frente à avanços tecnológicos que vão além da capacidade estatal de compreensão do sistema. Iniciativas internacionais, jurídicas, doutrinárias e institucionais, já caminham na direção de assertivas mais coerentes em relação à dinâmica dos direitos autorais na *internet*. Não obstante as dificuldades consensuais do sistema internacional para a construção de qualquer tipo de regime, a conduta dos Estados não indica algum tipo de esforço para reavaliar de forma significativa a estrutura na qual se assenta a proteção internacional dos direitos autorais.

A hipótese sugerida para justificar esse comportamento é de que os custos para a construção de um modelo de governança global eficiente para a questão no ciberespaço são extremamente altos, e as demandas dos grupos de pressão envolvidos não parecem ter sido suficientemente coordenadas ou contundentes a ponto de trazer para o centro da agenda internacional a necessidade de reconstrução institucional.

Ademais, os pressupostos questionados pelos dilemas dos direitos autorais na *internet* estão no cerne da relação estatal, tradicional e suficientemente funcional, o que

contribui significativamente para que os Estados evitem uma reavaliação nesse sentido. Com efeito, alternativas de arranjos não estatais da sociedade civil apresentam-se não somente como mais adequadas e consistentes, mas como talvez o único caminho aparente para se discutir a questão de forma imediata e significativa, desvinculada da lógica do comércio, e que alcance algum resultado no sentido de reconstrução da dinâmica internacional relativa aos direitos autorais na era digital.

Para que esse argumento fosse construído, o trabalho dividiu-se em três partes distintas. Em um primeiro momento dedicou-se a problematização da proteção da propriedade intelectual, inserida nas dinâmicas atuais de transferência de informação digital. Caracterizou-se historicamente como se deu a aplicação de pressupostos tradicionais das relações internacionais, como soberania e territorialidade, doméstico e internacional, e de que maneira que as peculiaridades da era digital levaram à uma distorção desses conceitos para que se pudesse abarcar os direitos de propriedade intelectual. Em seguida, uma análise focada essencialmente nas mudanças provocadas pelos avanços tecnológicos de transferência de informação evidenciou a inadequação conceitual e prática dos mecanismos tradicionais para lidar com a questão.

Em um segundo momento, analisou-se especificamente o arcabouço normativo internacional de proteção dos direitos de propriedade intelectual. O intuito foi demonstrar como a sobreposição conceitual foi reafirmada na construção legislativa. A institucionalização de um modelo que refletia demandas políticas específicas à época consolidaram um sistema de proteção que desconsiderava as particularidades de uma tutela eficiente dos direitos autorais na era digital. Nesse sentido, destacou-se a sustentação do formato adotado como uma opção institucional, é não um despreparo irrefletido por parte dos Estados.

Por fim, discutiu-se como a sociedade tem reagido à problemática, e quais as alternativas que emergem nesse contexto para lidar com a questão. Estas se apresentam de forma criativa e coerente, acompanhando a lógica evolutiva da informação no ciberespaço. A contribuição desses novos mecanismos, portanto, não podem ser negligenciadas.

Ao elucidar as dificuldades inerentes da construção de um modelo de governança global eficiente para o fluxo de informação digital no ciberespaço, pode-se concluir que não se deve esperar tão logo uma ruptura de paradigmas e uma reavaliação estrutural motivada por esforços estatais no âmbito do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth, *GATT as a Public Institution: The Uruguay Round and Beyond*. Brooklyn Journal of International Law, v.18, n. 1, 1992;

ACHARYA, Raj, *Intellectual Property Rights and Information Technology: The Impact of the Uruguay Round on Developing Countries*. Information and Communications Technology Law, v. 5, n. 2, 1996;

ADAMS, Wendy. *Intellectual Property Infringement in Global Networks: The Implications of Protection Ahead of the Curve*. International Journal of Law and Information Technology, v. 10, n. 1, Oxford: Oxford University Press, 2002;

ANDERSON, Benedict. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres: Verso, 1991;

ANDERSON, James, *The Modernity of States in ANDERSON, James (ed.), The Rise of the Modern State*. New Jersey: Humanities Press International Inc., 1986;

ADLER, Paul, *Automation, skill and the future of capitalism*. Berkeley Journal of Sociology, v. 13, 1988;

AOKI, Keith, *(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship*. Stanford Law Review, v. 48, n. 5, 1996;

ANSELL, Christopher K. E WEBER, Steven, *Organizing International Politics: Sovereignty and Open Systems*. International Political Science Review, v. 20, n. 1, 1999;

BAPTISTA, Luiz Olavo, HUCK, Hermes M., e CASELLA, Paulo Borba (coord.), *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas*. São Paulo: LTr, 1994;

BARBOSA, Denis Borges, *Propriedade Intelectual – A Aplicação do Acordo TRIPs*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

BARLOW, John Perry, *The Economy of Ideas: a Framework for Rethinking Patents and Copyright in the Digital Age*. Wired, 1994;

BARRAL, Welber, e PIMENTEL, Luiz Otávio (org.), *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006;

BASSO, Maristela, *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

BASSO, Maristela, *O equilíbrio sistêmico dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos autorais: os direitos exclusivos dos autores e a regra do teste dos três passos (three-step test)*. in Elizabeth Accioly. (org.), *Direito no Século XXI. Em homenagem ao Professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008;

BASSO, Maristela, *Os Fundamentos atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*, Revista CEJ, n. 21, 2003;

BASSO, Maristela, POLIDO, Fabrício, e RODRIGUES Jr., Edson Beas. *Propriedade Intelectual: Manual de Legislação e Tratados Internacionais*. São Paulo: Atlas, 2007;

BASSO, Maristela, *A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual*. Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, 2004;

BECKER, Lawrence C., *Property Rights: Philosophic Foundations*. London: Routledge and Kegan Paul, 1977;

BENTHAM, Jeremy, *A Fragment ON Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988;

BENTLY, Lionel, e SHERMAN, B., *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004;

BOYLE, James, *Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. Yale University Press, 2008;

BOYLE, James, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1996;

BOYLE, James, *A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Training*. California Law Review, v. 80, 1992;

BRANCO Jr., Sérgio Vieira, *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

BRANT, Leonardo Nemer C. (org.), *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

BREWER, Thomas e RUGMAN, Allan. *Oxford Handbook of International Business*. Oxford: Oxford University Press, 2001;

BRINTON, Mary C., e NEE, Victor (orgs.), *The New Institutionalism in Sociology*. Stanford: Stanford University Press, 2001;

CARVALHO, Patrícia Luciane de (coord.), *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. Curitiba: Juruá, 2005;

CASSESE, Antonio, *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001;

CASSESE, Antonio, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995;

CERDEIRA, Pablo de Camargo, e MONIZ, Pedro de Paranaguá, *Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela razão – Eficiências Tecnológicas, Econômica e Social – II*. Revista da ABPI, n. 72, 2004;

CERNY, Phipil G., *Globalization and the Changing Logic of Collective Action*. *International Organization*, v. 49, n. 4, 1995;

COOMBE, Rosemary J., *Challenging Paternity: Histories of Copyright*. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 6, 1994;

COOMBE, Rosemary J., *The Cultural Life of Things: Anthropological Approaches to Law and Society in Conditions of Globalization*. *American University Journal of International Law and Policy*, v.10, n. 2, 1995;

COOMBE, Rosemary J., *Life Out on the Information Highway*, *Oregon Law Review*, v. 75, 1996;

COOMBE, Rosemary J., *The Properties of Culture and the Politics of Possessing Identity: Native Claims in the Cultural Appropriation Controversy*. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 6, n. 2, 1993;

CORREA, Carlos, e LI, Xuan, *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009;

CORREA, Carlos M. e YUSUF, Adbulgawi A., *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*. Kluwer Law International BV, 2008;

CRAWFORD, James R., *The Creation of States in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006;

CRETILLA NETO, José, *Direito Processual na Organização Mundial do Comércio – OMC*. Rio de Janeiro: Forense, 2003;

CUTLER, A. Claire, HAUFFER, Virginia e PORTER, Tony (orgs.), *Private authority and international affairs*. New York: State University of New York Press, 1999;

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, e PELLET, Alain, *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003;

DORENIUS, Paul N., *The externalization of domestic regulation: intellectual property rights reform in a global era*. Science Communication, v. 17, n. 2, 1995.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986;

EASTERBROOK, Frank H., *Intellectual Property is Still Property*. Harvard Journal of Law and Public Policy, v. 13, 1990;

ESTEVEES, Paulo Luiz (org.). *Instituições Internacionais: segurança, comércio e integração*. Ed. PUC Minas. Belo Horizonte, 2003;

ESTEVEES, Paulo, *O regime internacional de controle do transporte transfronteiriço, armazenamento e manejo de resíduos perigosos*. Anais do II Encontro Anual da ANPPAS, 2004;

ESTY, Daniel C., *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*. The Yale Law Journal, v. 115. 2006;

EVANS, Malcolm D (org.), *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003;

FALCÃO, Joaquim, *Estudo sobre o Software Livre Comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI)*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006;

FATIMA, Shaheed, *Using International Law in Domestic Courts*. Oxford: Hart, 2005;

FEINBERG, Joel. *The Forms and Limits of Utilitarianism*. *Philosophical Review*, 1967;

FRANCK, Thomas M., *Fairness in International Law and Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 1995;

GALDEMAN, Henrique, *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001;

GINSBURG, Jane C., *Putting Cars on the "Informationa Superhighway": Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace*. *New York: Columbia Law Review*, v. 95, 1995;

GOOLSBEE, Austan. *In a World Without Borders: The Impact of Taxes on Internet Commerce*. *The Quarterly Journal of Economics*, MIT Press, v. 115, n. 2, 2000;

GUTTERMAN, Alan S., *The North South Debate Regarding the Protection of Intellectual Property Rights*. *Wake Forest Law Review*, v. 28, 1993;

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT Press, 1998;

HART, H.L.A., *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997 (1961);

HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale Univeristy Press, 1917;

HORWITZ, Morton J., *The History of the Public/Private Distinction*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 130, n. 6, 1982;

HOWSE, Robert. *The WTO System: Law, Politics and Legitimacy*. London: Cameron May, 2007;

HUGHES, Justin, *The Philosophy of Intellectual Property*. *Georgetown Law Journal*, v. 77, 1988;

HYDE, Alan, *The Concept of Legitimation in the Sociology of Law*. Winsconsin Law Review, 1983;

IMMERFALL, Stefan, *Territoriality in the Globalizing Society - One Place or None?*. Springer-Verlag, 1998;

JACKSON, John H., *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006;

JENSEN, Christopher, *The more things change, the more they stay the same: copyright, digital technology, and social norms*. Stanford Law Review, v. 56, n. 2, 2003;

JOHNSON, David R. e POST, David G., *Law and Borders - the Rise of Law in Cyberspace*. Stanford Law Review, v. 48, 1996;

KARJALA, Dennis S., *Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm*. New York: Columbia Law Review, v. 94, n. 8, 1994;

KATSH, M. Ethan, *Law in a Digital World*. Oxford: Oxford University Press, 1995;

KENNEDY, *Receiving the International*. Connecticut Journal of International Law, v. 10, n. 1, 1994;

KEOHANE, Robert O. e NYE, Joseph S. *Power and Interdependence*. New York: Addison Wesley Longman, 2001;

KOBRIN, Stephen J., *Territoriality and the Governance of Cyberspace*. Journal of International Business Studies, v. 32, n. 4, 2001;

KOEPSSELL, David R., *The Ontology of Cyberspace: Philosophy, Law, and the Future of Intellectual Property*. Illinois: Open Court Publishing, 2000;

KOSKENNIEMI, Martti, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Co, 1989.

KRASNER, Stephen D., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999;

KRATOCHWIL, Friedrich e MANSFIELD, Edwards D. (eds.), *International Organization: a Reader*. New York: HarperCollins, 1993;

KRATOCHWIL, Friedrich, e RUGGIE, John Gerard, *International Organization: a state of the art on an art of the state*. *International Organization*, v. 40, n. 4, 1986;

LAFER, Celso, *A OMC e a regulamentação do comércio internacional - uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998;

LAGE, Délber Andrade, *Coleção Para Entender: Para Entender a Jurisdicionalização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008;

LAMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. *Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese*. *Estudos Avançados*. v.9, n. 23., 1995;

LANGE, Deise Fabiana, *O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos*, São Leopoldo: Editora Unisinos, 1996;

LEAFFER, Marshall A. (ed.), *International treaties on intellectual property*. Washington, D.C.: Bureau of National Affairs, 1997;

LEFEBVRE, Henri, *Reflections on the Politics of Space*, *Antipode* 8, n. 2, 1976;

LEMOS, Ronaldo, *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005;

LESSIG, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999;

LESSIG, Lawrence, *The Future of Ideas: The Fate of Commons in a Connected World*. New York: Vintage, 2002;

LESSIG, Lawrence, *The Path of Cyberlaw*. *Yale Law of Journal*, v. 104, 1995;

LESSIG, Lawrence, *The Regulation of Social Meaning*. *University of Chicago Law Review*, 1995;

LITMAN, Jessica, *Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet*. New York: Prometheus Books, 2001;

LITMAN, Jessica, *Revising Copyright Law for the Information Age*. Oregon Law Review, v. 75, 1996;

MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State, and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 1999;

MAZUOLLI, Valério de Oliveira (org.). *Coletânea de Direito Internacional e Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

MAZUOLLI, Valério de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

MCMAHON, Joe, e SEVILLE, Catherine, *Intellectual Property*, The International and Comparative Law Quarterly, v. 50, n. 3, 2001;

MEINERS, Roger e STAAF, Robert, *Patents, Copyrights, and Trademarks: Property or Monopoly*. Harvard Journal of Law and Public Policy, v. 13, 1990;

MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

MOORE, Adam D., *A Lockean Theory of Intellectual Property*. Hamline Law Review, v. 21, 1997;

MOORE, Adam D., *Intellectual Property: Moral, Legal, and International Dilemmas*. Boston: Rowman and Littlefield, 1997;

NIX, Crystal, MANAS, Jean e MALLEY, Robert, *Constructing the State Extraterritorially: Jurisdictional Discourse, the National Interest and Transnational Norms*, Harvard Law Review, v. 103, 1990;

OETTINGER, Elmer R., *Copyright Laws and Copying Practices*, Institute of Government, University of North Carolina (Chapel Hill), 1968;

OSTERGARD Jr., Robert, *Intellectual Property: A Universal Human Right?*. Human Rights Quarterly, v. 21, n. 1, 1999;

PATTERSON, L. R., *Free Speech, Copyright, and Fair Use*. Vanderbilt Law Review, v. 40, 1987;

PAUWELYN, Joost, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*. The American Journal of International Law, v. 95, n. 3, 2001;

POLIDO, Fabrício, e RODRIGUES Jr., Edson Beas (orgs.), *Propriedade Intelectual: Novos Paradigmas Internacionais, Conflitos e Desafios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007;

POSTNER, Eric A., *Law, Economics, and Inefficient Norms*, University of Pennsylvania Law Review, v. 144, 1996;

POUND, Roscoe, *The Need of a Sociological Jurisprudence*, Green Bag, v. 19, 1907;

PRICE, William Hyde Price, *The English Patents of Monopoly*. Houghton Mifflin, 1906;

PUTNAN, Robert D., *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*. International Organization, v. 42, 1988;

RANGEL, Vicente Marotta, *Direito e Relações Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

RAVIDA, Frabrizio, *Influence of WTO decisions on international intellectual property*. Journal of Intellectual Property Law & Practice, v. 3, n. 5, 2008;

RAWLS, John, *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971;

RÉGENT, Sabrina, *The Open Method of Co-ordination: A Supranational form of governance?*. European Law Journal, v. 9, 2003;

REICHMAN, J. H., *Intellectual Property in International Trade: Opportunities and Risks of a GATT Connection*. Vanderbilt Journal of Transnational Law, v. 22, 1989;

REINDL, Andreas P., *Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks*. Michigan Journal of International Law, v. 19, 1998;

REZEK, José Francisco, *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. São Paulo: Saravia, 2005;

RUGGIE, John G., *Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations*. International Organizations, v.47, n. 2, 1993;

SANDHOLTZ, Wayne e SWEET, Alec Stone (eds), *European Integration and Supranational Governance*. Oxford: Oxford University Press, 1998;

SELL, S. *Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion and Choice*. International Organization, v. 49, n. 2. 1995;

SERRA, Antonio Truyol y, *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1998;

SHAW, Malcon N., *International Law*. New York: Cambridge University Press, 1991;

SHIPPEY, Karla C., *A short course in international intellectual property rights: protecting your brands, marks, copyrights, patents, designs, and related rights world wide*. Novato: World Trade Press, 2001;

SINGER, Joseph William, *Legal Realism Now*, California Law Review, v. 76, 1988;

SLAUGHTER, Anne-Marie, *The Real New World Order*. Foreign Affairs, v.75, 1997;

SPRUYT, Hendrick, *The Sovereign State and Its Competitors: An Analysis of System Change*. Princeton: Princeton University Press, 1994;

STORY, Alan, *Study on Intellectual Property Rights, the Internet, and Copyright*. Report for the Intellectual Property Commission, 2001;

SUSTEIN, Cass, *Social Norms and Social Roles*. New York: Columbia Law Review, v. 96, 1996;

TAKEYAMA, Lisa. N., *The Welfare Implications of Unauthorized Reproduction of Intellectual Property in the Presence of Demand Network Externalities*. The Journal of Industrial Economics, v. 42, n. 2, 2004;

THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: As Regras do Comércio Internacional e a Rodada do Milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 2001;

TIERNEY, Stephen e WARBRICK, Colin (eds.), *Towards an 'International Legal Community'?: The Sovereignty of States and the Sovereignty of International Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2006;

TUSHNET, Mark, *Everything Old is New Again: Early Reflections on the New Chicago School*. *Wisconsin Law Review*, v. 1998, n. 2, 1998;

TYLER, Tom R., *Compliance with Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective*. *NYU Journal of International Law & Politics*, v. 29, 1997;

ULLRICH, Hanns. *Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: A TRIPS Perspective*. *Journal of International Economic Law*, Cambridge: Cambridge University Press, v. 7, n. 2, 2004;

WEBER, Rolf H. *Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace?* *International Journal of Law and Information Technology*, Oxford University Press, v. 9, n. 2, 2001;

WILLIAMSON, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: The Free Press, 1985;

YOUNG Oran R. (ed.), *Global Governance: Drawing Insights from the Environmental Experience*, Cambridge: MIT PRESS, 1997.