

CULTURA LIVRE

Como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade

LAWRENCE LESSIG

Cultura Livre

Lawrence Lessig
Tradução por Fábio Emilio Costa



(cc) Creative Commons 1.0 — Attribution / No Commercial Use

*Para Eric Eldred — cujo trabalho inicialmente me trouxe para essa causa,
e por quem ela continua existindo.*

Sumário

Prefácio da versão Brasileira	ix
Prefácio	xiii
I Introdução	1
II “Pirataria”	15
1 Criadores	21
2 “Meros Copiadores”	29
3 Catálogos	43
4 “Piratas”	49
4.1 Filmes	49
4.2 Indústria Fonográfica	50
4.3 Rádio	53
4.4 TV à cabo	54
5 “Pirataria”	57
5.1 Pirataria — Parte I	57
5.2 Pirataria — Parte II	61
III “Propriedade”	73
6 Fundadores	77
7 Gravadores	85

8	Transformadores	89
9	Colecionadores	97
10	“Propriedade”	105
10.1	Por que Hollywood está certa	111
10.2	Começos	117
10.3	Lei: Duração	118
10.4	Lei: Escopo	121
10.5	Lei e Arquitetura: Alcance	125
10.6	Arquitetura e Lei: Força	132
10.7	Mercado: Concentração	146
10.8	Juntos	152
IV	Charadas	157
11	Quimera	159
12	Prejuízos	165
12.1	Engessamento do processo criativo	166
12.2	Engessando a inovação	169
12.3	Corrompendo os cidadãos	179
V	Saldos de Batalha	187
13	Eldred	191
14	Eldred II	221
VI	Conclusão	229
VII	Epílogo	245
A	Nós, Agora	249
A.1	Reconstruindo as antigas liberdades: exemplos	250
A.2	Reconstruindo a Cultura Livre: uma idéia	255

B	Eles, logo	259
B.1	Mais formalidades	259
B.1.1	Registro e Renovação	260
B.1.2	Marcação	261
B.2	Períodos mais curtos	263
B.3	Uso Livre <i>versus</i> Uso Justo	265
B.4	Libertem a Música — Novamente	267
B.5	Demitindo muitos advogados	274
VIII	Notas	277
IX	Reconhecimentos & Agradecimentos	311
X	Sobre o autor	315
XI	Sobre o tradutor	319

Lista de Figuras

10.1	Modalidades de Regulamentação	109
10.2	Interações entre as Modalidades de Regulamentação	112
10.3	Regulamentação do <i>copyright</i> antes da Internet	113
10.4	Modalidades de Regulamentação na Internet	114
10.5	Modalidades de Regulamentação após as mudanças na lei	119
10.6	Usos possíveis de uma obra	126
10.7	Usos não restritos por lei de uma obra	127
10.8	Usos restritos por lei de uma obra	128
10.9	“Usos justos” por lei de uma obra	129
10.10	Visão do uso de uma obra na Internet segundo a lei	130
10.11	Janela do <i>Adobe eBook Reader</i>	134
10.12	Permissões para o livro <i>Middlemarch</i>	134
10.13	A <i>Política</i> de Aristóteles	135
10.14	Permissões para o livro <i>A Política</i> de Aristóteles	136
10.15	Permissões para o livro <i>The Future of Ideas</i>	136
10.16	Permissões para o livro <i>Alice no País das Maravilhas</i>	138
10.17	Caricatura de Paul Conrad	143
10.18	Principais corporações de mídia americanas em 2003	148
13.1	Quadrinho de Ruben Bolling relativo ao caso <i>Eldred</i>	220

Prefácio da versão Brasileira

Por Fábio Emilio Costa

VIVEMOS CADA VEZ MAIS em uma era *informacional*, para utilizar a definição de Manoel Castells em sua magnífica obra *A Sociedade em Rede*, uma sociedade aonde todos os processos sócio-políticos-culturais envolvem uma gama cada vez maior e mais diversificada de informações. Entender essa sociedade e o fluxo de suas informações ainda é complexo, e mais complexa ainda é a compreensão de certas batalhas que estão surgindo nos bastidores.

O fechamento do Napster, a corrida de *lobbys* como a RIAA e a MPAA contra os ditos “piratas da Internet”, a tentativa de transformar a Rede em apenas “mais do mesmo”, uma versão sob nova roupagem do mesmo capitalismo selvagem de sempre, através do controle rígido de *quem* pode dizer *o que* sobre *quais* assuntos, estão mobilizando forças em uma batalha sem trégua.

O *copyright* é a grande força dessa batalha. De um lado, os grandes monopolistas da informação procuram utilizar-se da força do *copyright* para barrar a inovação tecnológica e a potencialidade na divulgação da bagagem cultural da humanidade promovidas pela Internet. Do outro, existem as pessoas que procuram potencializar essa transformação, cujo potencial transformador só pode ser comparado ao do período do Iluminismo.

Entender tal batalha é algo extremamente difícil, pois, em seu fundamento, *ambos os lados* possuem razões para temerem. De um lado, os artistas e criadores temem perderem sua fonte de renda. Do outro, o público teme perder os seus direitos: direito de escolha, de opinião, de crítica, de livre acesso à informação, de livre pensar. É difícil em meio a tantos argumentos, a grande maioria de certo modo válidos, conseguir realmente discernir a real batalha que está acontecendo: não a batalha franca, mas sim a batalha velada entre aqueles que possuem interesses na “mercantilização” da cultura e aqueles que desejam uma cultura cada vez mais ampla e criativa, forte e participativa.

Lawrence Lessig foi capaz de enxergar essa batalha.

“Cultura Livre” é um livro que trata exatamente disso, sobre essa batalha velada contra a monopolização final dos meios culturais. Lessig foi arrastado ao olho do furacão por vários motivos que ele citará durante o livro, e pode ver mais do que muitos puderam. Sua visão privilegiada da legislação e de seu entendimento lhe deu condições de entender a *verdadeira* batalha que está em ação nesse momento. E, dessa forma, pode também analisar alternativas.

Lessig é um grande defensor do direito autoral e do *copyright*, e ele deixa isso claro no livro. Mas ao mesmo tempo ele procura analisar e relembrar uma coisa que está sendo cada vez mais esquecida: o *copyright* *deveria* ser um mecanismo de proteção do direito do autor e um mecanismo que impedisse o perpétuo monopólio cultural de alguns poucos indivíduos e/ou entidades, ao garantir que as obras culturais e criativas, após algum período, voltassem ao domínio público, retornando benefícios à sociedade.

Esse livro deve servir de guia para um entendimento profundo dos rumos que estamos tomando e de sinal de alerta: se nada for feito, poderemos oferecer a algumas pessoas e corporações o poder de decidirem sobre a nossa cultura como um todo. “Cultura Livre” deve ser lido por qualquer um que tenha interesse no impacto das novas tecnologias na cultura e sobre a resistência dos grupos atualmente favorecidos pelo direito autoral. Não importa se o leitor é advogado, sociólogo, tecnólogo, cientista da computação, ativista de movimentos culturais, ou apenas um cidadão comum tentando entender as mudanças que o século 21 está impondo à cultura: esse livro é claro e conciso, e funciona como um guia para o caminhar em uma nova e fervilhante batalha pela liberdade de expressão.

Esse livro, acima de tudo, é um sinal de alerta, um farol que guia aqueles que desejam entender a verdadeira batalha que se passa no momento atual, essa batalha pelo direito autoral, pelo *copyright* que, na prática, é apenas uma batalha para criar um verdadeiro cyber-feudalismo, aonde “e-mecenas” controlarão todos os processos culturais.

Bem, acho que já falei demais. Deixo-lhes com Lawrence e suas palavras sobre uma cultura que não pode morrer. Uma cultura livre.

Gostaria de avisar que alguns exemplos foram alterados em relação ao original, de modo a facilitar a compreensão daqueles que não possuem conhecimentos sobre história ou mercado americano. Além disso, procurei anexar o máximo possível de Notas do Tradutor para pontos especialmente sensíveis, como termos jurídicos, palavras sem tradução possível para o português, termos que assumam contexto diferente nesse livro, práticas pouco comuns no Brasil e assim por diante. Isso é totalmente *permitido* pelo licenciamento da versão digital do “*Free Culture*” original (ele não tem ativação da cláusula do Creative Commons de *No Derivative Works* — Sem obras derivativas).

Gostaria também de agradecer ao Paulino Michelazzo, do Quilombo Di-

gital e ao Rubens Queiroz, do Rau-Tu/Nou-Rau da UniCAMP, pela disponibilização do original em inglês dessa obra; a Richard Stallman, do projeto GNU, pelo impulso ao software livre e por ter criado o maravilhoso EMACS, aonde editei tal tradução (nada contra o vi ou ao velho EDIT do DOS ou ao Bloco de Notas do Windows, mas o EMACS manda!); ao Omar Kaminski, da *Kaminski, Cerqueira e Pessler Advogados*, por me tirar dúvidas sobre conceitos jurídicos; ao pessoal da Vigilância Sanitária da Prefeitura Municipal de Ouro Fino/MG, pelas longas discussões filosóficas sobre o assunto; e a Aquele-Que-É pela vida que me deu...

Prefácio

NO FINAL de sua crítica ao meu primeiro livro, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, David Pogue, um brilhante escritor e autor de inúmeros textos técnicos e relacionados a computadores, escreveu o seguinte:

“Diferentemente da lei existente atualmente, os software da Internet não são capazes de punir ninguém. Eles não afetam pessoas que não estão *online* (e apenas uma pequena minoria da população mundial está). E se você não gosta do sistema da Internet, você sempre pode desconectar-se.” [1]

Pogue era cético quanto ao argumento principal do livro — de que o software, ou “código”, funcionava como uma espécie de lei — e sua crítica sugere o pensamento feliz de que se a vida no ciberespaço está indo mal você pode sempre se desconectar — como simplesmente virar uma chave e voltar para a casa. Desligue o modem, desconecte o computador e quaisquer problemas que existam *nesse* espaço não poderá nos “afetar” mais.

Pogue podia até estar certo em 1999 — não acredito nisso, mas talvez possa. Mas mesmo que ele estivesse certo em 1999, a verdade é que ele não o está mais atualmente: *Cultura Livre* é sobre os problemas que a Internet provoca mesmo quando o modem está desligado. Ele é um argumento que fala sobre como as batalhas que agora surgem sobre a vida *online* está fundamentalmente afetando “pessoas que não estão *online*”. Não há mais nenhuma chave que irá nos isolar dos efeitos provocados pela Internet.

Mas diferentemente de *Code*, o argumento aqui não é sobre a Internet *per se*. Ele é, de fato, sobre as conseqüências da Internet em uma parte de nossa tradição que é muito mais fundamental, e, por mais difícil que seja para os candidatos a *nerd* tenham que admitir, muito mais importante.

Essa tradição é o modo como nossa cultura foi construída. Como vou explicar nas páginas que se seguem, nos viemos de uma tradição de “cultura livre” — não “livre” como em “cerveja liberada” (para tomar emprestado uma

frase do fundador do movimento do *free-software*¹ [2]), mas “livre” como em “liberdade de expressão”, “mercados livres”, “livre comércio”, “livre iniciativa”, “liberdade de pensamento”, e “eleições livres”. Uma cultura livre apóia e protege os criadores e inovadores. Ela faz isso diretamente garantindo direitos sobre a propriedade intelectual. Mas ela o faz também indiretamente limitando o alcance de tais direitos, garantindo que os futuros criadores e inovadores mantenham-se *o mais livre possível* dos controles do passado. Uma cultura livre não é uma cultura sem propriedade, da mesma forma que um mercado livre não é um mercado aonde tudo é liberado. O oposto de uma cultura livre é uma “cultura da permissão” — uma cultura na qual os criadores podem criar apenas com a permissão dos poderosos ou dos criadores do passado.

Se entendermos essa mudança, eu acredito que poderemos resistir a ela. Não “nós” da Esquerda ou “vocês” da Direita, mas todo nós, que não temos o rabo preso com as indústrias culturais que surgiram no Século 20. Seja você da Esquerda ou da Direita, se você não está envolvido com essas indústrias, então a história que eu irei contar aqui deverá lhe preocupar. Porque as mudanças que eu descrevo aqui afetam valores que ambos os lados de nossa cultura política consideram fundamental.

Nós tivemos uma visão dessa revolta multilateral no início do verão de 2003². Quando a FCC³ considerou mudanças nas regras para a propriedade de empresas de mídia que iriam reduzir os limites na concentração de meios de comunicação, uma poderosa coalizão gerou mais de 700 mil cartas para a FCC opondo-se à mudança. William Safire descreveu, ao marchar “desconfortavelmente ao lado da *CodePink Women for Peace* e da Associação Nacional de Rifles, entre a liberal Olympia Snowe e o conservador Ted Stevens”, de forma simples contra o que eles estavam lutando: contra a concentração do poder. E ele questionou,

“Isso parece liberal? Não para mim. A concentração de poder — político, corporativo, de comunicações, cultural — deveria ser um anátema para os conservadores. A difusão de poder através do controle local, dessa forma encorajando a participação individual, é a essência do federalismo e a maior expressão da democracia.” [3]

¹NT: “Free” em inglês pode significar “livre” ou “grátis”, por isso Lawrence faz a distinção entre “cerveja liberada” (“free beer,” no original) e “liberdade de expressão” (“free speech”, no original)

²NT: Verão no hemisfério norte, portanto entre Junho e Agosto

³NT: *Federal Communications Commission* – órgão norte-americano responsável pelas telecomunicações. O equivalente norte-americano ao DENTEL

Essa idéia é um dos elementos do argumento em *Cultura Livre*, embora meu foco não esteja apenas na concentração de poder produzida pela concentração da propriedade, mas, mais importante e menos visível, na concentração do poder produzido por uma visão radical no escopo efetivo das leis. A lei está mudando; essa mudança está alterando a forma como nossa cultura está sendo feita; essa mudança deveria o preocupar — importe-se você ou não com a Internet e, não importa se você está à direita ou à esquerda de Safire.

A INSPIRAÇÃO para o título e para muito do argumento desse livro veio do trabalho de Richard Stallman e da *Free Software Foundation*. De fato, quando eu reli os trabalhos de Stallman, especialmente os artigos incluídos em *Free Software, Free Society*, eu entendi que todas as argumentações teóricas que eu desenvolvo aqui foram descritas décadas atrás por Stallman. Alguns poderiam criticar esse trabalho como “meramente derivativo”.

Eu aceito tal crítica, se de fato pode-se dizer que isso é uma crítica. O trabalho de um advogado é sempre derivativo, e eu não faço nada nesse livro a não ser relembrar a uma cultura sobre uma tradição que sempre foi sua. Como Stallman, eu defendo essa tradição por causa de seus valores. Como Stallman, eu acredito que esses são os valores da liberdade. E como Stallman, eu acredito apenas que esses são valores do nosso passado que precisarão ser defendidos no nosso futuro. Uma cultura livre foi o nosso passado, mas apenas será nosso futuro se nós mudarmos o caminho onde estamos agora.

Como nos argumentos de Stallman por um software livre, um argumento por uma cultura livre esbarra em uma confusão que é difícil de evitar, e ainda mais difícil de entender. Uma cultura livre não é uma cultura sem propriedades; não é uma cultura aonde os artistas não são pagos. Uma cultura sem propriedades, aonde os artistas não são pagos, é uma anarquia, não liberdade. Anarquia não é o que eu sugiro aqui.

De fato, a cultura livre que eu defendo nesse livro é um equilíbrio entre anarquia e controle. Uma cultura livre, como um mercado livre, é composta de propriedades. Ela é composta por regras de propriedade e contratos que são garantidos pelo estado. Porém, da mesma forma que um mercado livre é corrompido se sua propriedade se torna feudal, da mesma forma uma cultura livre pode ser deturpada pelo extremismo nos direitos à propriedade que a definem. Isso é o que eu temo sobre a nossa cultura atual. Foi por causa desse extremismo que esse livro foi escrito.

Parte I
Introdução

EM 17 DE DEZEMBRO DE 1903, em uma praia ventosa da Carolina do Norte, por apenas cem segundos, os irmãos Wright demonstraram que um veículo auto-propelido, mais pesado que o ar, poderia voar. Esse momento foi intenso e sua importância completamente entendida. De forma praticamente imediata, houve um crescente interesse nessa tecnologia recém-descoberta do voo tripulado, e uma galeria de inovadores começaram a trabalhar nela.

Na época em que os irmãos Wright inventaram o avião, a lei americana pressupunha que um dono de uma propriedade não era dono apenas da superfície de suas terras, mas de todo o chão abaixo, até o centro da terra, e todo espaço acima, por “uma extensão indefinida para cima.”[4]

Por muitos anos, os estudiosos se confundiam sobre como interpretar a idéia de quais direitos da terra subiam aos céus. Isso significava que você era dono das estrelas? Poderia você processar os gansos por sua invasão intencional e proposital?

Então vieram os aviões e, pela primeira vez, esse princípio da lei americana — enraizado profundamente em nossa tradição, e reconhecido pelos mais importantes legisladores de nosso país — passou a preocupar. Se minhas terras alcançavam o céu, o que poderia acontecer se os vôos da United Airlines passassem por ele? Eu teria o direito de bani-los? Eu poderia permitir que apenas vôos da Delta Airlines passassem pelo meu terreno? Poderíamos entrar em um acordo para decidir quais direitos eram importantes?

Em 1945, essas questões tornaram-se um caso federal. Quando os fazendeiros da Carolina do Norte Thomas Lee e Tinie Causby começaram a perder galinhas por causa da aviação militar rasante (aparentemente as galinhas ficavam assustadas, batiam contra a cerca e morriam), os Causbys processaram o governo por invasão de propriedade. Os aviões, claro, nunca tocaram o chão do terreno dos Causbys. Mas se, como Blackstone, Kent, e Coke disseram, seu terreno alcançava “uma extensão indefinida para cima”, então o governo estava invadindo seu terreno e eles queriam que isso parasse.

A Suprema Corte aceitou ouvir o caso dos Causbys. O Congresso tinha declarado as rotas aéreas como sendo públicas, mas se a propriedade de uma pessoa realmente estende-se aos céus, então a declaração do Congresso poderia muito bem ser uma “tomada” inconstitucional de propriedade sem compensação. A Corte reconheceu que “era uma doutrina antiga a lei comum a extensão da propriedade até a periferia do Universo”. Mas o Juiz Douglas não tinha paciência com a doutrina antiga. Em um único parágrafo, centenas de anos de leis de propriedades foram apagados. Como ele escreveu para a Corte,

“[A] doutrina não cabe no mundo moderno. O ar é uma via pública, como o Congresso declarou. Se assim não fosse, todo voo

transcontinental seria alvo de infinitos processos por invasão. O bom senso fica revoltado diante de tal idéia. Reconhecer tais apelos privados pelo espaço aéreo iria obstruir esses caminhos, interferindo com seu controle e desenvolvimento para o bem público, e transferindo para a propriedade privada o que apenas o público poderia ter como um direito justo”[5]

“O bom senso fica revoltado diante de tal idéia.”

Assim é como a lei normalmente funciona. Nem sempre de forma tão abrupta ou impaciente, mas eventualmente, é assim que ela funciona. Isso não tem a ver com o estilo específico de legislar do Juiz Douglas. Outros juízes poderiam ter passado por páginas para chegar à conclusão que Douglas resumiu em apenas uma linha: *“O bom senso fica revoltado diante de tal idéia”*. Mas leve isso páginas ou umas poucas palavras, é esse o gênio especial de um sistema de jurisprudência, como o nosso, que permite que a lei se ajuste às tecnologias de seu tempo. E conforme se ajusta, ela muda. Idéias que eram tão sólidas quanto rocha em um período desfazem-se em outro.

Ou, ao menos, é assim que as coisas acontecem quando não há ninguém poderoso do outro lado da mudança. Os Causbys eram apenas fazendeiros. E embora houvesse a certeza de que outros como eles estavam preocupados com o crescente fluxo de aviões nos seus terrenos (embora alguns tivessem a esperança de que as galinhas não batessem na cerca), os Causbys do mundo não podiam se unir e frear a idéia, e a tecnologia, que nasceu dos irmãos Wright. Os irmãos Wright colocaram o avião na imaginação de todos; a idéia se espalhou então como fogo em palha seca; fazendeiros como os Causbys encontraram-se cercado “pelo que parecia razoável” sendo determinado pela tecnologia criada pelos Wrights. Eles poderiam ficar em suas fazendas, segurando as galinhas mortas, e revoltarem-se o quanto quisessem contra as novas tecnologias. Eles poderiam procurar seus representantes e até mesmo abrir um processo. Mas no fim, a força do que parecia “óbvio” para qualquer outra pessoa — o poder do “bom senso” — iria prevalecer. Seu “interesse privado” não podia derrubar um ganho público óbvio.

EDWIN HOWARD ARMSTRONG é um dos gênios inventores que a América esqueceu. Ele surgiu para o grande cenário das invenções americanas pouco depois dos grandes Thomas Edison e Alexander Graham Bell. Mas seu trabalho na área da tecnologia de radiotransmissão foi talvez mais mais importante do que o de qualquer inventor específico durante os primeiros cinquenta anos de existência do rádio. Ele era mais estudado que Michael Faraday, que como aprendiz de encadernador descobriu a indução elétrica em 1831. Mas ele teve a mesma intuição sobre como o mundo da radiotransmissão e, em pelo menos três ocasiões, Armstrong inventou tecnologias muito importantes

que aumentaram sua compreensão das radiotransmissões.

Em um dia após o Natal de 1933, quatro patentes foram expedidas em nome de Armstrong para a sua descoberta mais importante — o rádio FM. Até então, o rádio de consumo era o rádio de amplitude modulada (AM). Os teóricos da época diziam que o rádio de frequência modulada (FM) jamais funcionaria. Eles estavam certos sobre um rádio FM que trabalhasse em uma faixa pequena do espectro magnético. Mas Armstrong descobriu que o rádio de frequência modulada, trabalhando em uma ampla faixa do espectro magnético, poderia oferecer uma incrível fidelidade ao som, com necessidade de potência do transmissor e estática muito menores.

Em 5 de Novembro de 1935, ele demonstrou a tecnologia durante um encontro do Instituto de Engenheiros de Rádio no Empire State Building em Nova Iorque. Ele sintonizou o seu rádio entre uma gama de estações AM, até que o rádio ficou travado em uma transmissão que ele estava fazendo de dezessete milhas⁴. O rádio silenciou completamente, como se tivesse sido desligado, e então com uma clareza que ninguém naquela sala jamais ouvira de um dispositivo elétrico, ele emitiu a voz do locutor: “*Essa é a estação amadora W2AG em Yonkers, Nova Iorque, operando em modulação de frequência de dois metros e meio.*”

A audiência ouviu coisas que ninguém jamais pensou ser possível:

“Um copo de água foi cheio diante do microfone em Yonkers, fazendo realmente o som de encher-se um copo d’água. (...) Um papel foi amassado e rasgado; o som era mesmo de papel, e não de uma floresta pegando fogo. ... Marchas de Sousa eram tocadas de discos e um solo de piano e um número de violão foram executados. (...) A música foi projetada com uma clareza raramente, se alguma vez já fora, ouvida antes de um rádio.”[6]

Como nosso bom senso nos diz, Armstrong descobriu uma tecnologia radiofônica muito superiora. Mas na época da sua invenção, Armstrong trabalhava para a RCA. A RCA era a principal empresa no então dominante mercado de rádios AM. Em 1935, existiam milhares de estações de rádio pelos EUA, mas as estações em grandes cidades eram todas propriedades de algumas poucas redes.

O presidente da RCA, David Sarnoff, um amigo de Armstrong, estava desesperado para que Armstrong descobrisse uma maneira de remover a estática dos rádios AM. Portanto Sarnoff ficou muito interessado quando Armstrong lhe disse que tinha um dispositivo que removia a estática do “rádio”. Mas quando Armstrong demonstrou sua invenção, Sarnoff não ficou satisfeito.

⁴NT: aproximadamente 27 quilômetros

“Eu pensei que Armstrong tinha inventado algum tipo de filtro para remover a estática dos nossos rádios AM. Eu não pensei que ele iria começar uma revolução — começar uma nova indústria capaz de competir com a RCA.”[7]

A invenção de Armstrong ameaçava o império da RCA nos rádios AM, portanto a companhia lançou uma campanha para sufocar o rádio FM. Embora o rádio FM fosse uma tecnologia superiora, Sarnoff era um estrategista nato. Como um autor descreveu,

“As forças pró-rádio FM, embora estivessem altamente preparadas, não conseguiram suportar o peso das estratégias desenvolvidas pelos escritórios de vendas, patentes e jurídico [da RCA] para esmagar essa ameaça para a sua posição corporativa. O rádio FM, se permitido fosse que ele se desenvolvesse livremente, ameaçava causar (...) uma completa reorganização do poder no rádio (...) e a eventual derrubada do sistema cuidadosamente restrito de rádios AM no qual a RCA cresceu em poder.”[8]

A RCA de início manteve a tecnologia dentro da empresa, insistindo na necessidade de testes adicionais. Quando, após dois anos de testes, Armstrong ficou impaciente, a RCA começou a usar seu poder no governo para dificultar a implantação de rádios FM. Em 1936, a RCA contratou o antigo diretor da FCC e deu-lhe a tarefa de garantir que a FCC liberasse o espectro de uma maneira que pudesse castrar as rádios FM — principalmente movendo as rádios FM para uma faixa diferente de espectro. Inicialmente, esses esforços falharam. Mas quando Armstrong e a nação foram distraídos pela 2ª Guerra Mundial, o trabalho da RCA começou a ser mais bem sucedido. Logo após o fim da guerra, a FCC anunciou um conjunto de medidas que tinha um objetivo claro: o rádio FM seria inutilizado. Como Lawrence Lessing descreveu.

“A série de golpes que o rádio FM recebeu logo após à guerra em uma série de normas criadas pela FCC segundo os interesses das grandes rádios, foi quase incrível em sua força e malícia.”[9]

Para liberar espaço no espectro para a mais recente aposta da RCA, a televisão, os usuários de rádios FM foram movidos para uma faixa de espectro totalmente nova. A potência das estações de rádio FM também foi reduzida, de modo que elas não pudesse mais transmitir programas por todo o país. (Essa mudança foi muito apoiada pela AT&T, porque, com a perda da habilidade de retransmissão, as estações de rádio foram obrigadas

a adquirirem meios físicos de transmissões da AT&T.) A disseminação do rádio FM foi portanto paralisada, ao menos temporariamente.

Armstrong enfrentou a RCA. Em resposta, a RCA questionou as patentes de Armstrong. Após incorporar tecnologia FM em seu padrão emergente para televisão, RCA declarou que as patentes de Armstrong eram inválidas — sem base e mais de quinze anos depois delas terem sido expedidas — portanto negando-se a pagarem-lhe *royalties*. Por seis anos, Armstrong lutou uma guerra cara nos tribunais para defender suas patentes. Finalmente, quando as patentes expiraram, a RCA ofereceu-lhe um acordo tão baixo que sequer cobria os custos de Armstrong com os advogados. Derrotado, acabado e agora falido, em 1954 Armstrong escreveu um curto bilhete para a sua mulher e se atirou para a morte, de uma janela no décimo terceiro andar do prédio onde morava.

É dessa forma que algumas vezes a lei funciona. Nem sempre de forma tão trágica, e raramente com esse drama heróico, mas algumas vezes é assim que a lei funciona. Para começar, o governo e suas agências são vítimas de cooptação. Elas normalmente são cooptadas quando um interesse poderoso é ameaçado tanto por uma mudança legal quanto técnica. Esse interesse poderoso freqüentemente exerce sua influência em um governo para que este o proteja. A retórica para essa proteção é sempre baseada, claro, no bem público, mas a verdade é muito diferente. Idéias que eram sólidas em um período, mas que, deixadas sozinhas, poderiam desfazer-se em outro, são mantidas por essa corrupção sutil de nosso processo político. A RCA tinha o que os Causbys não tinha: o poder para reduzir o impacto da mudança tecnológica.

NÃO HÁ um inventor específico da internet. Nem há qualquer data exata que pode ser considerada seu nascimento. Apesar disso levou muito pouco tempo para que a Internet se tornasse parte do cotidiano americano. De acordo com o Projeto *Pew Internet and American Life Project*, 58% dos americanos tinham acesso à Internet em 2002, partindo dos 49% que o tinham dois anos antes[10], e tal número pode exceder dois terços do país no final de 2004.

Conforma a Internet se integra à vida cotidiana, ela provoca mudanças. Algumas dessa mudanças são técnicas — a Internet tornou a comunicação mais rápida, diminuiu o custo da obtenção de informações e assim por diante. Essas mudanças técnicas não são o foco desse livro. Elas são importantes e não são muito bem compreendidas. Mas elas são o tipo de coisa que simplesmente desaparece se todos nós nos desconectarmos da Internet. Elas não afetam as pessoas que não utilizam a Internet, ou ao menos não as afetam diretamente. Elas são o assunto apropriado para um livro sobre a Internet, o que não é o caso do presente.

De fato, esse livro é sobre uma conseqüência da Internet que ultrapassa suas barreiras: uma conseqüência que afeta o modo sobre como a cultura é feita. O meu argumento é que a Internet induziu uma mudança importante e imperceptível nesse processo. Essa mudança irá transformar radicalmente uma tradição que é tão velha quanto a própria República. E, ainda, se reconhecermos tal mudança, podemos nos opor a ela. Apesar disso, muitos não vêem essa mudança que a Internet introduziu.

Nós podemos ter uma visão melhor dessa mudança se fizermos a distinção entre a cultura comercial e a cultura não-comercial e mapearmos as regulamentações legais para cada uma delas. Por “cultura comercial” entenda-se aquela parte de nossa cultura que é produzida e vendida ou, mais longe, é produzida para ser vendida. Por “cultura não-comercial” entenda-se todo o resto. Quando os velhos sentam-se nos parques ou esquinas para contar histórias aos jovens e eles as ouvem, isso é cultura não-comercial. Quando Paulo Coelho publica sua “Brida”, ou Cecília Meirelles sua poesia, isso é cultura comercial.

No começo de nossa história, e por quase toda a nossa tradição, a cultura não-comercial era basicamente desregulamentada. Claro, se as histórias eram grosseiras ou se a sua cantoria perturbava a paz, então a lei poderia intervir. Mas a lei nunca foi especialmente preocupada com a criação ou disseminação desse tipo de cultura, e deixou-a “livre”. Os meios cotidianos nos quais pessoas comuns compartilhavam e transformavam a sua cultura — contando histórias, re-encenando cenas de peças de teatro ou da TV, formando fã-clubes, compartilhando músicas, gravando fitas — eram ignoradas pela lei.

O foco da lei estava na criatividade⁵ comercial. Inicialmente de maneira sutil, depois de forma ampla, a lei dava incentivos para os criadores dando-lhe direitos exclusivos sobre seu trabalho criativo, de forma que eles poderiam vender tais direitos exclusivos em um mercado comercial.[11] Essa é também, claro, uma parte importante da criatividade e da cultura, e tornou-se uma parte cada vez mais importante de ambas na América. Mas ela nunca foi considerada dominante na nossa tradição. Ela era, de fato, apenas mais uma parte, uma parte controlada, balanceada com a parte livre.

Essa divisão simples entre o livre e o controlado agora foi rompida.[12]

A Internet criou o cenário para tal rompimento e, pressionada pelos grande meios de comunicação, a lei agora afeta a cultura não-comercial. Pela primeira vez em nossa tradição, os modos cotidianos nos quais os indivi-

⁵NT: aqui, e em muitas outras partes do livro, a palavra *criatividade* deve ser entendida como sinônimo para *obra intelectual* ou *produção cultural*, seja com objetivo comercial ou não

duos criam e compartilham cultura entraram no alcance das regulamentações legais, que foram ampliadas para levarem seu controle para uma grande quantidade de produções culturais e criativas que nunca tinham sido protegidas antes. A tecnologia que preservou o equilíbrio de nossa história — entre usos da nossa cultura que eram livres e usos da nossa cultura que exigiam permissão — foi desfeita. A consequência é que cada vez mais substituímos uma cultura livre por uma cultura de permissão.

Essa mudança é justificada como necessária para proteger a criatividade comercial. E, de fato, a sua motivação é exatamente protecionismo. Mas o protecionismo que justifica as mudanças que irei descrever abaixo não estão limitadas ou equilibradas da mesma forma como definido pela lei no passado. Tal protecionismo não tem como objetivo proteger os artistas. Na verdade, esse protecionismo visa proteger certas formas de negócio. As corporações ameaçadas pelo potencial da Internet em mudar a forma como tanto a cultura comercial quanto a não-comercial é feita e compartilhada se uniram para induzir os legisladores a usarem a lei para as protegerem. É o caso da RCA contra Armstrong; é o sonho dos Causbys.

A Internet oferece uma possibilidade incrível para muitos de participarem do processo de construção e cultivo de uma cultura que tenha um alcance maior que as fronteiras locais. Esse poder mudou o mercado ao permitir a criação e cultivo de cultura em qualquer lugar, e essa mudança ameaça as indústrias de conteúdo estabelecidas. A Internet representa para as indústrias que criavam e distribuía conteúdo no século 20 o que o rádio FM representava para o rádio AM, ou o que o caminhão representava para a indústria das ferrovias no final do século 19: o começo do fim, ou ao menos uma transformação significativa. Tecnologias digitais associadas à Internet podem vir a produzir um mercado muitíssimo mais competitivo e vibrante para criar-se e distribuir-se cultura; esse mercado poderia incluir um número muito maior e mais diversificado de criadores; esses criadores poderiam produzir e distribuir uma gama muito maior de expressões criativas; e dependendo de alguns poucos fatores importantes, esses criadores poderiam ganhar mais do que a média do que eles ganham no sistema atual — tudo isso se as RCAs de nossos tempos não estivessem usando a lei para protegerem-se contra tal competição.

De fato, como vou argumentar nas páginas que se seguem, é exatamente isso que está acontecendo em nossa cultura atualmente. Esses equivalentes modernos às rádios do início do século 20 ou às ferrovias do século 19 estão usando seu poder para conseguirem que a lei os proteja contra essa tecnologia nova, mais eficiente e mais vibrante, para criar-se cultura. Eles estão sendo bem-sucedidos em seu plano de recriarem a Internet antes que a Internet os recrie.

Isso não aparenta ser assim para muitos. As batalhas envolvendo o *copyright* e a Internet parecem remotas para muitos. Para os poucos que as acompanham, parecem ser principalmente sobre um grupo muito mais simples de questões — que tipo de “pirataria” será permitida e que tipo de “propriedade” deverá ser protegida. A “guerra” que foi levantada contra as tecnologias da Internet — o que o presidente da *Motion Picture Association of America* (MPAA)⁶ Jack Valenti chamou de “sua própria Guerra Contra o Terror”[13] — foi forjada como uma batalha pelo direito legal de respeito à propriedade. Para saber que lado assumir nessa guerra, muitos pensam que precisamos decidir apenas se somos a favor ou não da propriedade privada.

Se essas fossem realmente as únicas escolhas, então eu provavelmente estaria do lado de Jack Valenti e da indústria do conteúdo. Eu também acredito no direito à propriedade privada, e especialmente na importância ao que o Sr. Valenti carinhosamente chama de “propriedade criativa”. Eu acredito que a “pirataria” é errada, e que a lei, propriamente ajustada, deveria punir a “pirataria”, seja ela dentro ou fora da Internet.

Mas tais crenças simplistas mascaram uma questão ainda mais fundamental e uma mudança ainda mais dramática. Meu medo é que, a não ser que percebamos essa mudança, a guerra para livrar o mundo dos “piratas da Internet” irá também livrar nossa cultura de valores que são fundamentais à nossa tradição desde seu início.

Esses valores construíram uma tradição que, pelo menos durante os primeiros 180 anos de nossa República, garantiu aos criadores e inovadores, seja do controle estatal ou do controle privado. A Primeira Emenda protege os criadores contra o controle estatal. E como o Professor Neil Netanel argumenta veementemente,[14] a lei de *copyright*, propriamente balanceada, protege os criadores contra o controle privado. Nossa tradição, portanto, não é nem bolchevique nem uma tradição pratonal. Ela foi, de fato, ancorada em pressupostos que permitiram aos criadores cultivarem e aprimorarem nossa cultura.

Mesmo assim, a resposta da lei para a Internet, quando surpreendida pelas mudanças que a tecnologia da Internet provocou, foi aumentar intensamente a regulamentação efetiva da criatividade na América. Para construir ou criticar algo de nossa cultura precisaremos antes de mais nada, como descrito em *Oliver Twist*, primeiro pedir permissão. Essa permissão normalmente é dada, claro — mas dificilmente é dada para os críticos e os independentes. Nós construímos uma espécie de nobreza cultural; aqueles dentro da elite cultural vivem confortavelmente; aqueles que estão de fora sofrem. Mas tal

⁶NT: Associação Americana dos produtores de Filmes, um *lobby* que é comandado pelas principais empresas de cinema dos EUA

tipo de nobreza é estranha à nossa tradição.

A história que se segue é sobre tal batalha. Ela não é sobre a “centralização da tecnologia” na vida cotidiana. Eu não acredito em deuses, sejam eles digitais ou de qualquer outro tipo. Nem esse é um esforço para demonificar um determinado indivíduo ou grupo, porque eu também não acredito em demônios, corporativos ou de outra estirpe. Essa não é uma história com fundo moral e nem uma chamada para uma *ji*had contra a indústria.

Esse é, de fato, o resultado de um esforço para entender uma guerra totalmente destrutiva inspirada pelas tecnologias da Internet, mas que vai muito além delas. E pelo entendimento de tal guerra, podemos enforçarnos para que se crie um caminho para a paz. Não há nenhuma motivação na atual batalha contra as tecnologias da Internet que justifique sua continuação. Haverá um grande prejuízo para a nossa tradição e cultura se ela continuar a acontecer sem questionamento. Nós precisamos entender a origem de tal guerra. Precisamos resolver isso rapidamente.

COMO NA BATALHA DOS CAUSBYS, essa guerra é, em parte, sobre “propriedade”. A propriedade que está envolvida nessa guerra não é tangível como no caso dos Causbys, e nenhuma galinha inocente perdeu a sua vida por causa dela. Mesmo assim, as idéias que permeiam essa “propriedade” são tão óbvias quanto a sacralidade do direito dos Causbys à posse de sua fazenda. E nós somos os Causbys. Muitos de nós assumimos como certos os argumentos contundentes que os donos da “propriedade intelectual” nos impõe. Muitos de nós, como os Causbys, tratamos tais argumentos como óbvios. E portanto nós, como os Causbys, criticamos quando uma nova tecnologia interfere com tal propriedade. É muito claro para nós quanto é para eles que as novas tecnologias da Internet representam uma “transgressão” nos direitos legítimos à “propriedade”. É tão claro para nós quanto o é para eles que a lei deve intervir para acabar com a bagunça.

E assim, quando os *geeks* e os tecnólogos defendem as tecnologias dos novos Armstrongs ou irmãos Wright, muitos de nós nos tornamos simplesmente hostis. O bom senso não fica revoltado. Diferentemente como no caso dos coitados dos Causbys, o bom senso está do lado dos donos das propriedades nessa guerra. Diferentemente dos afortunados irmãos Wright, a Internet não inspirou uma revolução do nosso lado.

A minha esperança é trazer o bom senso de volta ao nosso lado. Estou cada vez mais impressionado com o poder de tal idéia de propriedade intelectual, e mais ainda, com seu poder dela de bloquear o pensamento crítico feito contra os poderosos. Jamais houve em nossa história um período em que tanto da nossa “cultura” tinha um “dono” como atualmente. E nunca antes houve um período aonde a concentração de poder para controlar *os usos* da cultura foi tão inquestionavelmente aceita como o é atualmente.

E o que mais me perturba é: *por que?*

Será que é porque nós entendemos uma verdade sobre o valor e a importância da propriedade absoluta sobre as idéias e a cultura? Será que é porque descobrimos que nossa tradição de negar tal poder absoluto estava errada?

Ou será que é porque a idéia de propriedade absoluta sobre as idéias e a cultura beneficia as RCAs de nosso tempo e encaixa-se em nossas intuições sem reflexão?

Essa mudança radical de nossa tradição de cultura livre é uma correção de erros do passado, como nós fizemos após uma guerra sangrenta com a escravidão, e como estamos lentamente o fazendo contra a desigualdade? Ou essa mudança radical de nossa tradição de cultura livre é, na verdade, apenas mais um exemplo de como um sistema político pode ser cooptado por alguns poucos e poderosos interesses?

O bom senso tem nos levado a extremos nessa questão porque o bom senso realmente acredita em tais extremos? Ou o bom senso nos tem feito permanecermos calados diante de tais extremos porque, como no caso de Armstrong contra a RCA, ao lado mais poderoso é sempre garantido que terá a opinião mais importante?

Eu não pretendo ser misterioso. Minhas próprias opiniões estão formadas. Eu acredito que é correto ao bom senso revoltasse contra o extremismo dos Causbys. Eu acredito que é correto ao bom senso revoltar-se contra os extremismos feitos atualmente em nome da “propriedade intelectual”. O que a lei exige hoje é quase tão tolo quanto um xerife prender um avião por invasão. Mas as conseqüências de tal tolice poderão ser ainda mais profundas.

A BATALHA que está ocorrendo atualmente centra-se em duas idéias: “pirataria” e “propriedade”. Meu objetivo nas próximas duas partes desse livro é explorar essas duas idéias.

Meu método não será o método comum de um acadêmico. Eu não pretendo mergulhar você, leitor, em uma argumentação complexa, sustentada por referências a obscuros teóricos franceses, como seria natural para o tipo estranho de pessoas que nós acadêmicos nos tornamos. Ao invés disso eu começarei cada parte com algumas histórias que apresentarão o contexto no qual idéias aparentemente simples podem se tornar mais amplamente compreendidas.

As duas seções definem a argumentação básica desse livro: de que, enquanto a Internet criou algo completamente novo e maravilhoso, nosso governo, pressionado pelos grandes meios de comunicação, reagiram dizendo que “essa coisa nova” estava destruindo algo muito velho. Ao invés de entender as mudanças que a Internet pode provocar, e ao invés de dar tempo para permitir ao “bom senso” reagir da melhor maneira possível, nós estamos

permitindo àqueles mais ameaçados por tais mudanças que utilizem sua força para mudar a lei — e mais importante, para usar essa força para mudar algo que fundamentalmente sempre fomos.

Nós estamos permitindo isso, creio eu, não porque é o mais correto, e não porque a maioria de nós realmente acredita em tais mudanças. Nós estamos permitindo isso porque os interesses mais ameaçados nessa mudança estão entre os principais jogadores em nosso processo cada vez mais comprometido de criação das leis. Esse livro é a história de mais uma consequência dessa forma de corrupção — uma consequência para a qual a maioria de nós permanecemos cegos.

Parte II
“Pirataria”

DESDE A CONCEPÇÃO das leis que regulamentaram a propriedade intelectual, sempre houve uma batalha contra a “pirataria”. Os contornos precisos desse conceito, “pirataria”, são difíceis de serem definidos, mas a injustiça desperta pelo conceito é fácil de entender. Como Lorde Mansfield escreveu sobre um caso que estendia o alcance da lei de *copyright* inglesa para incluir partituras,

“Uma pessoa pode usar a partitura para tocar a música, mas ele não tem direito de tomar do autor o seu sustento, realizando cópias desta para uso próprio.” [15]

Atualmente nós estamos no meio de outra “guerra” contra a “pirataria”. A Internet provocou essa guerra. O compartilhamento de arquivos através de sistemas *peer-to-peer* (P2P)⁷ está entre as formas mais eficientes de tecnologia permitidas pela Internet. Usando inteligência distribuída, sistemas de P2P facilitam a distribuição de conteúdo de uma maneira que à uma geração atrás era simplesmente inimaginável.

Essa eficiência não respeita as linhas tradicionais do *copyright*. A rede não faz discriminação entre o compartilhamento de conteúdo com ou sem direitos autorais. Desse modo existe uma grande quantidade de compartilhamento de conteúdo com direitos autorais. Esse compartilhamento, por sua vez, excitou a guerra, com os donos de *copyrights* temendo que o compartilhamento viesse “tomar do autor o seu sustento”.

Os ativistas do *copyright* então levaram o caso para as cortes, para as legislaturas, e aumentaram a tecnologia para defender suas “propriedades” contra essa “pirataria”. Uma geração de americanos, os combatentes alertam, estão sendo levados a acreditar que a “propriedade” deveria ser “gratuita”. Esqueça tatuagens e não se preocupe com *piercings* — nossos filhos estão se tornando ladrões!

Não há dúvidas de que a “pirataria” é errada, e que piratas deveriam ser punidos. Mas antes de chamarmos os executores, nós devemos definir o que é “pirataria”. Porque quanto mais tal conceito é utilizado, mais ele está quase completamente errado em seu cerne.

A noção que a maioria das pessoas têm assemelha-se à seguinte:

⁷NT: *Peer-to-peer* é uma tecnologia aonde dados são distribuídos sem que haja um servidor central para onde todos devem enviar seus dados e de onde os dados são obtidos, como no caso do *email* e da *WWW*. Na prática, todos os usuários de um sistema de *peer-to-peer* — que significa *ponto-a-ponto* ou *parceiro-a-parceiro* — atuam como *clientes* — receptores — e como *servidores* — transmissores — de dados. Os principais representantes de tal tecnologia são softwares como o *KaZaA*, *eDonkey/eMule*, *Soulseek* e o antigo *Napster*

“O trabalho criativo tem valor; quer eu o use, ou o venda, ou construa-o a partir do trabalho de outros, eu estou oferecendo-lhes algo de valor. Se eu pegar algo de valor de outrem, devo-lhe pedir permissão. Pegar algo de valor de alguém sem permissão é errado. É uma forma de pirataria.”

Essa opinião fundamenta os debates atuais. Essa é a perspectiva criticada pelo professor de legislação da NYU Rochelle Dreyfuss como a teoria “se tem valor, tem direito” da propriedade intelectual [16] — se algo tem valor, alguém tem que ter o direito a tal valor. Essa é a perspectiva que leva uma associação de compositores, a ASCAP, a processarem escoteiras por não pagarem pelas músicas que elas cantam quando estão acampadas. [17] Há um “valor” (as canções), portanto eles tem um “direito” sobre tal “valor” — mesmo contra escoteiras.

Essa idéia é certamente uma compreensão possível de como a propriedade intelectual deveria funcionar. Ela pode ser uma possível base para um sistema legal que proteja a propriedade intelectual. Mas a teoria “se tem valor, tem direito” da propriedade intelectual nunca foi a teoria na qual baseou-se a propriedade intelectual na América. Ela nunca foi afirmada na nossa lei.

Ao invés disso, em nossa lei, a propriedade intelectual é um instrumento. Ela define uma base para uma sociedade altamente criativa mas mantém-se subserviente ao valor da criatividade. O debate atual tem ignorado essa idéia. Estamos tão preocupados em proteger o instrumento que estamos perdendo a visão dos valores.

A fonte dessa confusão é uma distinção que a lei não se importa mais em fazer — a distinção entre, de um lado, republicar um trabalho de alguém e, do outro, construir algo em cima ou transformar o trabalho de outrem. A lei de *copyright* em seu nascimento apenas lidava com a republicação; atualmente, ela regulamenta ambos os processos.

Antes das tecnologias da Internet, essa confluência de idéias não importava tanto. As tecnologias de publicação eram caras; isso significava que a grande maioria das publicações eram comerciais. Entidades comerciais podiam suportar o fardo da lei — mesmo esse fardo sendo o de uma lei de complexidade Bizantina como a lei de *copyright* se tornou. Era apenas mais caro fazer negócios.

Mas com o nascimento da Internet, esse limite natural no alcance da lei desapareceu. A lei controla não apenas a criatividade dos criadores comerciais, mas efetivamente a de todas as pessoas. Embora tal expansão não importasse tanto se a lei de *copyright* regulamentasse apenas a “cópia”, quando a lei regulamenta tudo de forma tão ampla e obscura como o faz atualmente, essa extensão realmente importa. O peso da lei atual não com-

pensa qualquer beneficiário original — como certamente afeta a criatividade não-comercial, e como cada vez mais afeta também a criatividade comercial. Desse modo, como veremos claramente nos próximos capítulos, a função da lei é cada vez menos apoiar a criatividade e cada vez mais proteger certas indústrias da competição. Justo quando a tecnologia digital poderia oferecer uma extraordinária gama de criatividade comercial ou não, a lei impossibilita tal criatividade com regras insanamente complexas e vagas e com a ameaça de penalidades obscenamente severas. Nós estamos vendo, como Richard Florida escreveu, a “Ascensão da Classe Criativa”. [18] Infelizmente, nós estamos vendo também um aumento impressionante na regulamentação dessa classe criativa.

Esse peso não faz sentido em nossa tradição. Nós devemos começar entendendo melhor nossa tradição e colocando no seu devido contexto as atuais batalhas envolvendo o comportamento denominado “pirataria”.

Capítulo 1

Criadores

EM 1928, um personagem de desenho animado nascia. Mickey Mouse apareceu pela primeira vez em Maio daquele ano, em um desenho mudo chamado *Plane Crazy*. Em novembro, no *Colony Theater* em Nova Iorque, no primeiro desenho animado com som sincronizado amplamente distribuído, *Steamboat Willie* trouxe à vida o personagem que iríamos conhecer como Mickey Mouse.

O som sincronizado foi introduzido em um filme um ano antes com o filme *The Jazz Singer*. Esse sucesso levou Walt Disney a copiar a técnica e colocar som em seus desenhos animados. Ninguém sabia se isso iria funcionar e, se funcionasse, se iria ser aprovado pelo público. Mas quando Disney fez um teste no verão de 1928, os resultados foram indiscutíveis. Como Disney descreveu seu primeiro experimento,

“Dois de meus rapazes cantavam e um tocava uma gaita. Nós o colocamos em uma sala de onde eles não podiam ver a tela e preparamos uma forma deles mandarem o som para onde suas esposas e amigos estariam vendo o filme.

Os rapazes trabalharam em uma partitura envolvendo música e efeitos sonoros. Após várias largadas falsas, o som e a ação começaram a sair. A gaita dava o som, e os demais funcionários do departamento de som batiam frigideiras e tocavam apitos no ritmo. A sincronização estava quase perfeita.

Os efeitos em nosso pequeno público foi próximo a uma revolução. Eles responderam quase instintivamente à união entre som e movimento. Eu pensei que eles estavam brincando comigo. Então eles me colocaram no público e rodaram o filme novamente. Foi terrível, mas foi completamente maravilhoso! E foi algo completamente novo!”[19]

O parceiro de Disney na época, e um dos mais extraordinários talentos da animação, Ub Iwerks, disse de forma mais enfática:

“Eu nunca fiquei tão estarecido na minha vida. Nada se igualou a aquilo.”

Disney criou algo completamente novo, baseado em algo relativamente novo. O som sincronizado trouxe vida a uma forma de criatividade que raramente — exceto quando Disney estava no comando — era qualquer coisa além de um recheio para os filmes. Na história do início da animação, foi a invenção de Disney que definiu os padrões que os demais lutaram para alcançar. E muito freqüentemente, a grande genialidade de Disney, sua centelha de criatividade, foi construída em cima do trabalho de outras pessoas.

Isso é muito familiar. O que você talvez não saiba é que 1928 também marcou outra transição importante. Nesse ano, um gênio da comédia (em oposição ao desenho animado) criava seu último filme mudo produzido de forma independente. Esse gênio era Buster Keaton. O filme era *Steamboat Bill, Jr.*

Keaton nasceu de uma família de comediantes em 1895. Na era dos filmes mudos, ele tornou-se um mestre em como usar trejeitos cômicos como uma maneira de fazer seu público explodir em gargalhadas. *Steamboat Bill, Jr* foi um clássico desse tipo de arte, famoso entre cinéfilos pelas incríveis peripécias. Esse filme era o Keaton clássico — enormemente popular e entre os melhores do gênero.

Steamboat Bill, Jr apareceu antes do desenho animado de Disney *Steamboat Willie*. A semelhança nos títulos é intencional. *Steamboat Willie* é uma paródia direta em desenho animado de *Steamboat Bill, Jr.*[20] e ambos foram criados tendo como base uma mesma música. Não foi apenas por causa da invenção do som sincronizado em *The Jazz Singer* que conseguimos *Steamboat Willie*. Também foi graças ao filme de Buster Keaton *Steamboat Bill, Jr.*, ele próprio inspirado na canção “*Steamboat Bill*”, que ganhamos *Steamboat Willie*, e a partir de *Steamboat Willie*, Mickey Mouse.

Esse “empréstimo” não era novidade, seja para Disney ou para a indústria. Disney sempre foi uma copiadora dos recursos mais importantes dos principais filmes de seu tempo.[21] E assim ele fez muitos outros. Os primeiros desenhos animados eram cheios de plágios, de variações de temas interessantes e de novas versões de histórias antigas. A chave para o sucesso estava na magnitude das diferenças. Com Disney, era o som que dava à animação seu brilho. Mais tarde, foi a qualidade do seu trabalho comparado aos desenhos animados produzidos em massa com os quais ele competia.

Mesmo assim, essas adições foram construídas sobre uma base que foi copiada. Disney adicionou novidades ao trabalho de outros antes dele, criando algo completamente novo, de algo levemente antigo.

Algumas vezes essas cópias eram sutis. Outras eram significativas. Pense nos contos de fadas dos Irmãos Grimm. Se você é tão culturalmente cego quanto eu era, você poderia pensar que esse contos eram história alegres e doces, apropriadas para contar para as crianças na hora de dormir. Na verdade, os contos de fada dos Irmãos Grimm eram, bem, para nós, cruéis¹. Apenas pais temerários tinham coragem de ler tais histórias, moralistas e cruéis, para seus filhos, na hora de dormir ou em qualquer outro momento.

Disney pegava tais histórias e as recontava de uma maneira que as pessoas pudessem aceitá-las. Ele animava as histórias, tanto com personagens quanto com luz. Sem remover os elementos de perigo e de medo contidos nas histórias, ele tornou divertido o que era escuro e injetou uma bela dose de compaixão aonde antes havia pavor. E isso não aconteceu apenas com os Irmãos Grimm. De fato, o catálogo da Disney está lotado de obras criadas a partir de histórias dos outros: *Branca de Neve* (1937), *Fantasia* (1940), *Pinóquio* (1940), *Dumbo* (1941), *Bambi* (1942), *A Canção do Sul* (1946), *Cinderela* (1950), *Alice no País das Maravilhas* (1951), *Robin Hood* (1952), *Peter Pan* (1953), *A Dama e o Vagabundo* (1955), *Mulan* (1998), *A Bela Adormecida* (1959), *101 Dálmatas* (1961), *A Espada era a Lei* (1963), e *O Livro da Selva* (1967) — sem mencionar um exemplo recente que nós poderíamos esquecer facilmente, *O Planeta do Tesouro* (2003). Em todos esses casos, Disney (ou a empresa Disney, Inc.) pegavam a cultura que estava ao seu redor, misturavam-na com o seu próprio talento, e então colocavam essa mistura no âmago da sua cultura. Pegar, misturar e disponibilizar.

Essa é uma expressão da criatividade. Essa é uma criatividade da que devemos nos lembrar e celebrar. Existem aqueles que dizem que não existe criatividade que não seja desse tipo. Não precisamos ser tão radicais para reconhecer a sua importância. Nos podemos a chamar de “criatividade Disneyana”, mas isso poderia ser um pouco errôneo. Essa é, mais precisamente, uma “criatividade Waltdisneyana” — uma forma de expressão e genialidade que é construída sobre a cultura que existe ao nosso redor e a torna algo diferente.

Em 1928, a cultura da qual Disney podia dispor livremente era relativamente nova. O domínio público em 1928 não era muito antigo e portanto era muito vibrante. A média de duração do *copyright* era de por volta de 30 anos — para aquela minoria dos trabalhos criativos que eram sujeitos ao

¹NT: No original o autor faz um trocadilho com o nome dos Irmãos Grimm e com a palavra *grim*, que pode ser traduzida como *cruel*

copyright.^[22] Isso quer dizer que por 30 anos, em média, os autores ou donos do *copyright* de um trabalho criativo tinham um “direito exclusivo” de controle sobre certos usos do seu trabalho. Usar esse trabalho nos usos limitados exigia uma autorização do dono do *copyright*.

Ao final do período de *copyright*, uma obra passa para o domínio público. Nenhuma permissão era mais necessária para tomar partes ou usar aquela obra. Nenhuma permissão quer dizer nenhum advogado. O domínio público era então uma “zona livre de advogados”. Dessa forma, a maior parte do conteúdo do século 19 estava livre para a Disney usar e basear-se nele em 1928. Estava livre para todos — fossem ligados ou não ao autor, fossem ricos ou não, fossem aprovados ou não — para usar e ter como referência.

E assim sempre foi — até bem recentemente. Durante a maior parte de nossa história, o domínio público era o horizonte. De 1790 até 1978, a média do período de *copyright* nunca foi maior do que 32 anos, significando que a maior parte da cultura criada a até uma geração e meia atrás estava livre para qualquer um usar sem necessitar de permissão nenhuma de ninguém. O equivalente de hoje seria termos todo o trabalho criativo dos anos 60 e 70 disponíveis agora livremente para o próximo Disney usar para criar novas obras sem precisar de permissão. Porém, atualmente, o domínio público só existe presumivelmente para conteúdos de antes da Grande Depressão.

Claro que Walt Disney não detém o monopólio da “criatividade Waltdisneyana”, e tampouco a América. A norma da cultura livre era, até recentemente, e exceto em regimes totalitários, intensamente explorado e basicamente universal.

Considere, por exemplo, uma forma de criatividade que parece estranha para muitos americanos mais que é inevitável na cultura japonesa: *manga*, ou quadrinhos². Os japoneses são fanáticos por quadrinhos. Por volta de 40% de todas as publicações japonesas são quadrinhos, e 30% da renda com publicações vêm dos quadrinhos. Eles estão em todos os lugares da sociedade japonesa, em todas as bancas de jornal, e carregadas pela imensa proporção de todos que usam o extraordinário sistema de transporte público no Japão.

Os americanos tendem a menosprezar essa expressão cultural. Ela nos atrai. Nós corremos o risco de não compreendermos corretamente o *manga*, porque poucos de nós já lemos qualquer coisas que essas “*graphic novels*” contam. Para os japoneses, o *manga* cobre todos os aspectos da vida social. Para nós, quadrinhos resumem-se a “homens em *colants*”. E, de qualquer maneira, não podemos dizer que os metrô de Nova Iorque estão cheios de

²NT: É importante fazer uma distinção em geral não feita — *manga* (pronuncia-se *man-GÁ*) é relacionado apenas ao *quadrinhos* orientais. O termo correto para os *desenhos animados* orientais é *anime* (pronuncia-se *a-ni-MÊ*)

leitores de Joyce ou mesmo de Hemingway. As pessoas de diferentes culturas se distraem de maneiras diferentes, e os japoneses de uma maneira interessante e diferente.

Mas meu propósito aqui não é o de entender o *manga*, e sim o de descrever uma certa variante de *manga* que, na perspectiva de um advogado, é bastante estranha, mas na perspectiva da Disney é bastante similar.

É o fenômeno do *doujinshi*. *Doujinshi* também são quadrinhos, mas eles são como cópias de outros quadrinhos. Uma ética bastante clara governa o *doujinshi*. *Doujinshi* não é simplesmente uma cópia; o artista precisa fazer uma contribuição para a arte que ele copia, transformando-a de forma sutil ou significativa. Um gibi *doujinshi* pode então pegar um gibi de sucesso e desenvolver sua história de maneira diferente — com uma linha de história diferente. Ou então o gibi pode pegar personagem por personagem do mesmo jeito, mas mudando sua aparência levemente. Não existe fórmula para determinar o quão “diferente” é o *doujinshi*. Na realidade, existem comitês que avaliam os *doujinshi* para inclusão em eventos e rejeitam qualquer um que não passe de plágio puro.

Essas cópias formam uma fatia bem significativa do mercado de *manga*. Mais de 30 mil “círculos” de criadores *doujinshi* em todo o Japão produzem essas obras de criatividade Walt Disneyana. Mais de 450 mil japoneses se reúnem duas vezes por ano, na maior concentração pública no país, para trocar e vender tais obras. Esse mercado existe em paralelo ao mercado comercial oficial de *manga*. De certa forma, eles competem claramente com o mercado, mas não existe nenhum esforço concentrado daqueles que controlam o mercado comercial do *manga* em acabar com o mercado do *doujinshi*. Ele prospera, apesar da competição e da lei.

O fator mais perturbador no mercado do *doujinshi* — para aqueles que estudam a lei, ao menos — é o fato de que ele é autorizado a existir. Segundo a lei de *copyright* japonesa, que nesse sentido (ao menos no papel) copia a lei americana, o mercado do *doujinshi* é ilegal. *Doujinshi* são certamente “obras derivativas”. Não existe a prática dos autores de *doujinshi* em pedir uma autorização legal dos autores de *manga*. De fato, a prática é simplesmente pegar e modificar as criações de outros, como Walt Disney fez com *Steamboat Bill, Jr.* Seja na lei japonesa ou americana, essa “apropriação” sem consentimento de trabalho com *copyright* sem autorização prévia do autor é ilegal. É uma violação de *copyright* fazer uma cópia ou obra derivada sem permissão do dono do trabalho sob *copyright*.

Apesar de tudo isso, esse mercado ilegal existe e, acima de tudo, prospera no Japão, e na opinião de muitos é exatamente por causa que dele é que o mercado de *manga* no Japão prospera. Como o desenhista de quadrinhos americano Judd Winick me disse, “O começo dos quadrinhos nos Estados

Unidos foram muito parecidos com o que está acontecendo atualmente no Japão. (...) Os quadrinhos americanos nasciam da cópia uns dos outros. (...) Era assim que [os artistas] aprendem a desenhar — indo a lojas de quadrinhos e não os desenhando, mas olhando eles e os copiando” e criando a partir deles.[23]

Os quadrinhos americanos agora são bem diferentes, Winick explica, em parte por causa das dificuldades legais para adaptar quadrinhos de uma maneira similar à qual os *doujinshi* podem fazer. Falando sobre o Super-homem, Winick me disse que “existem essas regras e você tem que se apegar a elas”. Existem coisas que o Super-homem “não pode” fazer. “Como um criador, é frustrante ter que se atar a certos parâmetros de cinquenta anos atrás”.

A lei no Japão suaviza essa dificuldade legal. Alguns dizem que este é exatamente o benefício do mercado de *manga* no Japão prosperar é o que explica essa suavização. O professor de legislação da Temple University Salil Mehra, por exemplo, postula que o mercado de *manga* aceita essas violações técnicas porque elas obrigam o mercado de *manga* a ser mais vibrante e produtivo. Todos sairiam perdendo se o *doujinshi* fosse proibido, portanto a lei não proíbe o *doujinshi*. [24]

O problema com essa história, porém, como Mehra veementemente reconhece, é que o mecanismo que produz essa resposta *laissez faire* não está claro. Pode ser que para o mercado como um todo é melhor que o *doujinshi* seja permitido do que proibido, mas isso não explica porque donos de determinados *copyright* não abrem processos contra os artistas *doujinshi* mesmo assim. Se a lei não possui uma exceção geral ao *doujinshi*, e de fato em alguns casos alguns artistas de *manga* originais processaram artistas de *doujinshi*, porque não existe um padrão mais generalizado para proibir a cultura do *doujinshi*?

Eu passei quatro maravilhosos meses no Japão, e eu fiz essa pergunta o máximo que eu pude. Possivelmente, a melhor resposta me foi dada por um amigo de um importante escritório de advocacia do Japão. “Não temos advogados suficientes”, ele me disse uma tarde. Simplesmente “não havia recursos suficientes para perseguir casos como esses”.

Esse é um tema ao qual nós voltaremos: que a regulamentação pela lei é uma função tanto das palavras nos livros e dos custos de fazer tais palavras fazerem efeito. Por agora, vamos focar na questão óbvia que precisamos responder: seria melhor ao Japão ter mais advogados? Poderiam os artistas de *manga* serem mais ricos se os artistas de *doujinshi* fossem perseguidos? Poderiam os japoneses obterem algum ganho importante se eles acabassem com essa prática de compartilhamento não compensado? A pirataria nesse caso fere ou ajuda as suas vítimas? Os advogados, ao lutarem contra tal

pirataria, ajudariam ou prejudicariam os seus clientes?

Vamos fazer uma pausa para refletir.

Se você estiver pensando como eu estava a uma década atrás, ou como muitas pessoas estão pensando atualmente, sobre esses assuntos, então justamente aqui é que você deverá estar estupefocado com algo sobre o que não pensou antes.

Vivemos em um mundo que celebra a “propriedade”. Eu sou um desses celebradores. Eu acredito em um mundo de propriedades em geral, e eu também acredito no valor dessa forma estranha de propriedade que os advogados chamam de “propriedade intelectual”.^[25] Uma sociedade grande e diversificada não pode sobreviver sem propriedades. Uma sociedade grande, diversificada e moderna não pode florescer sem propriedade intelectual.

Mas basta refletir um pouco mais para entender que existe muito valor aonde a “propriedade” não pode ser definida. Eu não quero dizer que “*dinheiro não traz felicidade*”, mas o valor é claramente parte de um processo de produção, seja ele comercial ou não. Se os animadores da Disney tivessem roubado um conjunto de lápis para desenhar *Steamboat Willie*, nós poderíamos dizer sem hesitar que isso é errado, mesmo sendo isso trivial e mesmo que passasse despercebido. Mas não há nada de errado, ao menos nos tempos atuais, no fato de Disney ter pegado idéias de Buster Keaton ou dos irmãos Grimm. Não há nada errado em pegar idéias de Keaton pois o uso que Disney fez de suas idéias pode ser considerado “justo”.³ E não há nada de errado quanto a pegar idéias das obras os irmãos Grimm já que as mesmas estavam no domínio público.

Desse modo, mesmo sabendo que as ideias que Disney pegou — ou generalizando, as ideias pegadas por qualquer um exercitando a criatividade Walt-disneyana — têm valor, nossa tradição não considera tais tomadas como erradas. Algumas coisas permanecem livres para serem pegadas por qualquer um em uma cultura livre, e essa liberdade é boa.

O mesmo vale na cultura do *doujinshi*. Se um artista *doujinshi* invade o escritório de uma editora e foge com mil cópias do mais recente trabalho de tal editora — ou mesmo com uma cópia — sem pagar, nós iremos sem hesitar dizer que isso é errado. Além de ter cometido uma transgressão, ele roubou algo de valor. A lei proíbe o roubo em todas as suas formas, sejam grandes ou pequenas.

No entanto há uma óbvia relutância, mesmo entre os advogados japone-

³NT: Aqui o autor menciona o *fair use*, uma doutrina jurídica — basicamente americana — sobre a qual ele comentará mais adiante, mas que, de forma bem resumida, está relacionado com a questão de comentários, paródias e para estudos. Agradeço ao advogado Omar Kaminski, da *Kaminski, Cerqueira e Pessler Advogados* pela explicação sobre o assunto

ses, em dizer que os artistas de *doujinshi* estão “roubando”. Essa forma de criatividade Waltdisneyana é vista como justa e legal, mesmo sem os advogados em particular saberem dizer o porquê.

É a mesma coisa com milhares de exemplos que irão aparecer em todos os lugares para onde você olhar. Os cientistas constroem seus trabalhos sobre o trabalho de outros sem pedir ou pagar pelo privilégio. (“*Perdoe-me, Professor Einstein, mas posso usar sua Teoria da Relatividade para mostrar que o senhor está errado quanto à física quântica?*”) Companhias de teatro encenam adaptações da obra de Shakespeare sem precisar pedir a ninguém. (Será que existe *alguém* que *realmente* acredita que Shakespeare poderia ter sido melhor divulgado em nossa cultura se houvesse um mantenedor do espólio de Shakespeare a quem as montagens deveriam pedir permissão antes?) E Hollywood move-se em ciclos de um certo tipo de filme: cinco filmes de asteróides no fim dos anos 90; dois filmes de desastres de vulcões em 1997.

Os criadores aqui e em todo lugar estão sempre e o tempo todo construindo em cima da criatividade daqueles que vieram antes e que os cerca atualmente. Essa construção é sempre e em todo lugar parcialmente feita sem compensação ou autorização do criador original. Nenhuma sociedade, livre ou controlada, jamais obrigou qualquer forma de pagamento ou exigiu permissão para todos os usos de criatividade Waltdisneyana que aconteceu.

De fato, todas as sociedades tem uma certa parcela de sua cultura livre para ser usada — sociedades livres mais que outras menos livres, talvez, mas todas as sociedades possuem essa liberdade em algum grau.

A questão difícil é então não *se* uma cultura deve ser livre. Todas a são em algum nível. A pergunta difícil é “*O quão* livre deve ser essa cultura?” O quão livre e o quão amplamente é livre essa cultura para outros poderem aproveitar e criar em cima dela? Essa liberdade é limitada a membros do partido? Da realeza? Para as dez corporações mais valorizadas da Bolsa de Nova Iorque? Ou essa liberdade deve ser disseminada amplamente? Para artistas em geral, afiliados ao Louvre ou não? Para músicos em geral, brancos ou não? Para diretores de cinema em geral, sejam eles afiliados à Academia de Hollywood ou não?

Culturas livres são culturas que deixam uma grande parcela de si aberta para outros poderem trabalhar em cima; conteúdo controlado, ou que exige permissão, representa muito menos da cultura. A nossa cultura era uma cultura livre, mas está ficando cada vez menos livre.

Capítulo 2

“Meros Copiadores”

EM 1839, Louis Daguerre inventou a primeira tecnologia prática para produzir o que poderíamos chamar “fotografia”. De forma suficientemente apropriada, elas eram chamadas de “Daguerreótipos”. Esse processo era caro e complexo, e seu campo era limitado aos profissionais e a alguns poucos ricos entusiastas. (Havia até mesmo uma Associação Americana de Daguerreotipistas que ajudava a manter os negócios, de forma similar a todas as demais associações, mantendo a competição fora e os preços altos.)

Apesar dos altos preços, a demanda pelos daguerreótipos era enorme. Isso forçou os inventores a procurarem por meios mais simples e mais baratos de se produzir “figuras automáticas”. William Talbot logo descobriu um processo para a geração de “negativos”. Mas como os negativos eram feitos em vidro e precisavam serem mantidos úmidos, o processo continuou sendo caro e pouco prático. Por volta de 1870, as placas secas foram criadas, tornando mais fácil separar o ato de tirar uma foto de sua revelação. Esse processo ainda envolvia placas de vidro, e portanto ainda não era um processo ao alcance da maioria dos amadores.

A mudança tecnológica que permitiria a fotografia em massa não aconteceu até 1888, e foi criação de apenas um homem. George Eastman, ele próprio um fotógrafo amador, estava decepcionado com a tecnologia de fotografias feitas com placas. Em um lampejo de inspiração (por assim dizer), Eastman viu que se o filme fosse feito de um material flexível, ele poderia ser fixado a um carretel. Esse rolo poderia então ser enviado as um revelador, reduzindo substancialmente os custos da fotografia. Pela redução de custos, Eastman esperada ser capaz de popularizar a fotografia.

Eastman desenvolveu um filme flexível feito de papel cobertos com uma emulsão e colocou rolos dele em máquinas pequenas e simples: surgia então a Kodak. O dispositivo foi divulgado com base em sua simplicidade. “Você aperta o botão e nós fazemos o resto”. [26] Como ele descrevia no *Manual de*

Instruções da Kodak:

“O princípio do sistema Kodak é a separação do trabalho que qualquer um de nós pode fazer ao tirar fotos do trabalho que apenas um especialista pode fazer. (...) Estamos oferecendo a qualquer um, homem, mulher ou criança, que seja suficientemente inteligente para apontar uma caixa e apertar um botão, um instrumento que irá remover da prática da fotografia a necessidade de habilidades excepcionais, ou ainda, de qualquer conhecimento especial na arte. Ela pode ser feita sem nenhum estudo preliminar, sem ter-se uma sala escura e sem se envolver com química”.[27]

Por 25 dólares, qualquer um podia tirar retratos. A câmera era pré-carregada com o filme, e quando ele acabava de ser usado, a câmera era devolvida a uma loja de Eastman, aonde o filme era revelado. Com o tempo, claro, o custo da câmera e a facilidade com que ela poderia ser usada foi sendo melhorada. O filme em rolo tornou-se então a base para o crescimento explosivo da fotografia popular. A câmera de Eastman começou a ser vendida em 1888; um ano depois, a Kodak estava revelando mais de seis mil negativos por dia. De 1888 a 1909, enquanto a produção industrial aumentou a uma taxa de 4,7%, as vendas de equipamento e material fotográfico aumentou em 11%. [28] As vendas da Eastman Kodak durante o mesmo período experimentavam um aumento anual médio de mais de 17%. [29]

O real significado da invenção de Eastman, porém, não foi econômico, e sim social. A fotografia profissional dava às pessoas uma visão de lugares que de outra forma eles jamais veriam. A fotografia amadora deu-lhes a habilidade de registrar suas próprias vidas de uma forma que eles nunca foram capazes de fazer antes. Como nota o autor Brian Coe, “Pela primeira vez o álbum de fotografias de ao homem cotidiano um registro permanente da sua família e de suas atividades. (...) Pela primeira vez na história havia um registro visual autêntico da aparência e atividades do homem cotidiano sem nenhum tipo de inclinação do autor”. [30]

Dessa maneira, a câmera e o filme Kodak eram tecnologias de expressão. Claro que o pincel e o lápis também eram tecnologias de expressão, mas levava anos de treinamento antes que elas pudessem ser usada por amadores de uma maneira útil ou efetiva. Com a Kodak, a expressão era possível de forma muito mais rápida e simples. A barreira para a expressão foi reduzida. Pessoas esnobes podiam desprezar pela sua “qualidade” e os profissionais podiam desconsiderá-la como irrelevante. Mas veja uma criança tentar entender como realizar o melhor enquadramento de uma foto e você terá uma

idéia da experiência de criatividade que a Kodak permitiu. Ferramentas democráticas dão à pessoa comum um meio de se expressarem de maneira mais simples do que com as ferramentas que existiam antes.

O que foi necessário para que essa tecnologia florescesse? Obviamente, o gênio de Eastman foi uma parte importante. Mas tão importante foi o ambiente legal no qual a invenção de Eastman cresceu. No começo da história da fotografia, houve uma série de decisões judiciais que poderiam muito bem ter alterado a história da fotografia totalmente. As Cortes foram questionadas se o fotógrafo, amador ou profissional, deveria pedir permissão antes de tirar e revelar qualquer imagem que ele desejasse. A sua resposta foi não.[31]

Os argumentos em favor do requerimento de permissão irão soar incrivelmente familiares. O fotógrafo estava “tomando” alguma coisa da pessoa ou construção que ele estava fotografando — pirateando algo de valor. Alguns acreditavam que ele estava tomando a própria alma do alvo. Da mesma forma que Disney não está livre para pegar os lápis que seus animadores usaram para desenhar Mickey, também esses fotógrafos não poderiam ser livres para pegarem imagens de algo que eles imaginavam ter valor.

O argumento do outro lado também irá lhe ser familiar. Claro, algo de valor estava sendo usado, mas os cidadãos deveriam ter o direito de capturar pelo menos aquelas imagens que estavam no espaço público. (Louis Brandeis, que viria a se tornar um Juiz da Suprema Corte, pensou que a regra poderia ser diferente para os espaços privados.[32]) Isso significava que o fotógrafo está obtendo algo por nada. Da mesma forma que Disney podia obter inspiração de *Steamboat Bill, Jr* ou dos irmãos Grimm, o fotógrafo deveria ser livre para capturar uma imagem sem compensar a fonte.

Felizmente para o Sr. Eastman, e para a fotografia como um todo, essas primeiras decisões foram favoráveis aos piratas. Em geral, nenhuma permissão deveria ser requerida antes que uma foto fosse tirada e compartilhada com outros. Na prática, a permissão é presumida, e liberdade é o padrão. (A lei eventualmente criou uma exceção para pessoas famosas: fotógrafos comerciais que tiram fotos de pessoas famosas para objetivos pessoais possuem muitas restrições que o resto de nós não possuem. Mas na maioria dos casos, as fotos podem ser tiradas sem precisar de permissão.[33])

Nós podemos apenas especular sobre como a fotografia iria se desenvolver se a lei tivesse ido pelo outro caminho. Se a presunção fosse contra o fotógrafo, então o fotógrafo teria então de pedir permissão ao fotografar, e provavelmente a Eastman Kodak também teria que pedir permissão antes de revelar o filme no qual as fotos foram capturadas. Além disso, se a permissão não fosse dada, então a Eastman Kodak estaria se beneficiando do “roubo” cometido pelo fotógrafo. Da mesma forma que o Napster beneficiou-se das infrações ao *copyright* cometidas pelos seus usuários, a Kodak iria se beneficiar das

infrações ao “direto de imagem”¹ dos fotógrafos. Nós podemos imaginar uma lei que exigia que alguma forma de autorização fosse apresentada antes que uma loja revelasse as fotos. Nós podemos imaginar um sistema que seria desenvolvido para apresentar tais autorizações.

Mas embora nós possamos imaginar esse sistema de permissão, é muito difícil imaginar como a fotografia teria se desenvolvido como se desenvolveu se os requerimentos para permissão fossem parte de suas regras. A fotografia poderia existir. Ela poderia crescer em importância com o tempo. Os profissionais poderiam continuar usando a tecnologia como eles usam — pois profissionais poderiam mais facilmente lidarem com o peso do sistema de permissões. Mas a disseminação da fotografia entre as pessoas comuns não ocorreria. Não veríamos o crescimento que ele provocou. É certamente esse crescimento que vemos nessa tecnologia de expressão democrática não aconteceria.

Se você passar dirigir pelo bairro “Presidio” de San Francisco, você poderá ver dois ônibus amarelos berrantes pintados com imagens psicodélicas e com o logo “*Just Think!*” (Apenas Pense!) no lugar do nome da escola. Mas existe muito pouco desse “apenas”² nos projetos que esses ônibus permitem. Esses ônibus estão cheio de tecnologias que ensinam as crianças a trabalharem com filmes. Não os filmes de Eastman. Nem mesmo os filmes de seu videocassete. Mas sim com os “filmes” das câmeras digitais. *Just Think!* é um projeto que permite que crianças produzam filmes, de forma que eles consigam entender e ter opinião crítica com relação à cultura da imagem que está ao seu redor. Todos os anos, esses ônibus passam por mais de 30 escolas e permitem que de 300 a 500 crianças aprendam sobre os meios de comunicação trabalhando com os meios de comunicação. Fazendo, elas pensam. Pensando, elas aprendem.

Os ônibus não são baratos, mas a tecnologia que eles carregam está cada vez mais barata. O custo de um sistema de produção de vídeo digital de alta qualidade está caindo drasticamente. Como um analista disse, “há cinco anos atrás, um bom sistema de edição de vídeo digital em tempo real custava 25 mil dólares. Atualmente, você pode comprar um sistema de qualidade profissional por 595 dólares”.^[34] Esses ônibus estão cheios de tecnologia que até poucos dez anos atrás custavam centenas de milhares de dólares. E agora é possível imaginar não apenas ônibus como esses, mas salas de aula em todo o país aonde crianças poderiam cada vez mais serem educadas em algo que os professores chamam de “alfabetização midiática”.

“Alfabetização midiática”, como Dave Yanofsky, o diretor executivo do projeto *Just Think!*, define, “é a habilidade (...) de entender, analisar e

¹NT: o autor usa no original o termo “*image-right*”, em um trocadilho com “image” — imagem — e *copyright*

²NT: *Just*, em inglês, significa *apenas*

desconstruir as imagens dos meios de comunicação. Ela visa torná-lo [as crianças] entendidas em como os meios de comunicação funcionam, como eles são criados, distribuídos, e como as pessoas têm acesso a eles”.

Essa pode ser uma forma estranha de se pensar sobre “alfabetização”. Para muito de nós, alfabetização é sobre ler e escrever. Ler Faulkner e Hemingway e saber gramática são coisas que pessoas “alfabetizadas” sabem fazer.

Talvez. Mas em um mundo aonde as crianças vêem uma média de 390 horas de comerciais na televisão por ano, ou algo em torno de 20 a 45 mil comerciais em geral,[35] é cada vez mais importante entender-se a “gramática” dos meios de comunicação. Porque, da mesma forma que existe uma gramática para a palavra escrita, existe também uma para os meios de comunicação. E da mesma forma que as crianças aprendem a escrever escrevendo toneladas de redações ruins, as crianças só aprenderão a criarem conteúdo construindo toneladas de (ao menos de início) conteúdo ruim.

Um crescente grupo de acadêmicos e ativistas vêem essa forma de alfabetização como primordial para a próxima geração de cultura. Porque embora qualquer um que já tenha escrito sabe o quão difícil é escrever — manter uma seqüência lógica na estória, manter a atenção do leitor, usar-se de uma linguagem compreensível — poucos de nós fazem a menor idéia de quão difícil é criar-se conteúdo para os meios de comunicação. Ou mais fundamentalmente, poucos de nós fazem a menor idéia de como os meios de comunicação funcionam, como eles mantêm o público interessado, como eles lidam com as estórias, criam o suspense ou disparam as emoções.

Levou uma geração para que a filmagem alcançasse a qualidade que possui hoje. Mesmo então, o conhecimento estava na filmagem, e não em escrever sobre a filmagem. A perícia vinha da experiência de fazer um filme, não de ler um livro sobre o assunto. A pessoa aprende a escrever escrevendo e refletindo sobre o que escreveu. Uma pessoa aprende a escrever com imagens fazendo-o e refletindo sobre o que ele criou.

Essa gramática muda conforme a mídia muda. Quando existia apenas o filme, como Elizabeth Daley, diretora executiva do Centro Annenberg para Comunicações da Universidade do Sul da Califórnia e reitora da Escola de Cinema e Televisão da USC, me explicou, essa gramática era sobre “a colocação dos objetos, cores, (...) ritmo, deslocamento e textura”.[36] Mas com os computadores abrindo um espaço interativo aonde a história é “contada” tanto quanto experienciada, a gramática muda. O simples controle da narrativa é perdido, e então fazem-se necessárias outras técnicas. O escritor Michael Crichton se especializou na narrativa de ficção científica. Mas quando ele tentou criar um jogo de computador baseado em uma de suas obras, ele teve que aprender toda uma nova forma de fazer as coisas. Como guiar as pessoas através de um jogo sem a sensação de que elas estão sendo guiadas não

é uma coisa óbvia, mesmo para um escritor extremamente bem sucedido.[37]

Essas são exatamente as perícias que um autor de cinema deve aprender. Como Daley descreve, “as pessoas são sempre surpreendidas em como elas são guiadas em um filme. Ele é perfeitamente construído para manter você o assistindo sem que você tenha a menor idéia disso. Se um cineasta é bem-sucedido você não sabe como ele o guiou”. Se você souber que foi guiado através de um filme, o filme foi um fracasso.

Porém, o objetivo para uma alfabetização expandida - uma que o leve além do texto e que inclua elementos de áudio e vídeo - não é o de criar melhores diretores de filmes. O objetivo não de modo algum melhorar a profissão de cineasta. De fato, como Daley explicou,

“Do meu ponto de vista, provavelmente a parte mais importante da exclusão digital não está relacionado ao acesso ao sistema, e sim à habilidade com a linguagem na qual o sistema trabalha. Isso pode fazer com que apenas umas poucas pessoas possam criar nessa linguagem, e o resto de nós sejamos reduzidos apenas a receptores”.

“Receptores”. Receptores passivos de cultura produzida em algum outro lugar. Viciados em TV. Consumidores. Esse é o mundo da mídia do século 20.

O século 21 pode ser diferente. Esse é o ponto crucial: ele pode ser um século de trocas. Ou ao menos de uma melhor compreensão de como essa nova linguagem funciona. Ou melhor, de entender as ferramentas que podem ser usadas para nos guiar ou desviar. O objetivo de qualquer alfabetização, e o dessa em especial, é “dar poder para que as pessoas escolham a linguagem apropriada nas quais elas irão criar ou se expressar”. [38] É permitir que estudantes “se comuniquem na linguagem do século 21”. [39]

Como em qualquer linguagem, alguns a compreende melhor que outros. Ela não é necessariamente mais fácil para aqueles que são ótimos na linguagem escrita. Daley e Stephanie Barish, diretora do Instituto para a Alfabetização em Multimídia do Centro Annenberg, descreve um exemplo particularmente especial de um projeto que elas desenvolveram em uma escola de segundo grau que se localizava em uma parte muito pobre dos subúrbios de Los Angeles. Em todas as medidas de sucesso convencionais, essa escola era um completo fracasso. Mas Daley e Barish criaram um programa que dava às crianças a oportunidade para usar filmes para se expressarem sobre um assunto que elas conheciam bem — violência urbana.

As aulas aconteciam nas tardes de Sexta-Feira, e elas criaram um problema relativamente novo para a escola. Enquanto o desafio para a maioria

das matérias era fazer as crianças as assistirem, o desafio dessa matéria era fazer eles irem embora. “As crianças chegavam às 6 da manhã e iam embora às 5 da tarde”, disse Barish. Elas estavam se empenhando mais do que em outras matérias para aprenderem a fazer o que a educação supostamente deveria as ensinar — a se expressarem por si próprias.

Usando “qualquer coisa que encontraram livremente na Web”, e ferramentas relativamente simples para permitir às crianças misturar “som, imagem e texto”, Barish disse que a classe produziu uma série de projetos que mostravam coisas sobre a violência urbana que poucos poderiam imaginar. O projeto “deu-lhes uma ferramenta e poder para que elas pudessem entender o assunto e falar sobre ele”, explicou Barish. Essa ferramenta foi bem sucedida em criar expressão — muito mais bem sucedida e poderosa do que seria se eles tivessem apenas usando texto. “Se você dissesse a esses estudantes, ‘você *tem* que me escrever isso’, eles poderiam muito bem ir embora e fazer alguma outra coisa”, descreveu Barish, em parte, sem dúvida, porque expressarem-se em texto é algo que estudantes não costumam fazer muito bem. Nem é o texto uma boa forma de expressar-se *essas* idéias. O poder dessa mensagem depende de sua conexão com essa forma de expressão.

“Mas a educação não está relacionada a ensinar crianças a escrever?”, perguntei. Em parte, é claro. Mas porque nós estamos ensinando as crianças a escreverem? A educação, Daley me explicou, é sobre dar aos estudantes uma forma de “criarem significado”. Dizer que isso quer dizer apenas saber escrever é como dizer que ensinar a escrever é apenas ensinar as crianças a soletrarem. Texto é apenas uma parte — e cada vez mais não é a mais importante — do processo de criação de significado. Como Daley me explicou na parte mais movimentada de nossa entrevista,

“O que você precisa é dar aos estudantes meios para criação de significado. Se tudo o que você lhes oferece é texto, eles não vão fazer isso. Porque eles não conseguirão. Você sabe, você tem o Joãozinho que sabe assistir a um vídeo, jogar videogames, fazer *graffiti* nas paredes, desmontar seu carro e fazer outras tantas coisas. Ele apenas não sabe ler o seu texto. Então o Joãozinho vai para a escola e você diz: ‘*Joãozinho, você é burro. Nada do que você faz importa*’. Então ele tem duas escolhas: ou ele deixa a escola ou deixa de ser ele mesmo. Se o seu psicológico estiver saudável, ele deixa a escola. Mas se você diz, ‘*Bem, já que você sabe fazer tudo isso, vamos então falar sobre o seguinte assunto. Cante-me uma música que você acredita que reflete isso, ou me mostre imagens que você imagina falarem sobre isso, ou desenhe algo que fale sobre isso*’. Não estamos simplesmente dando uma

câmera de vídeo para uma criança e (...) dizendo ‘Vamos nos divertir com essa câmera e fazemos um filme’. Ao invés disso, realmente ajudamos ela a colocar os elementos que ela entende, que são sua linguagem, de uma maneira que você construa significado sobre o assunto. (...)

Isso oferece muito poder. E quando isso acontece, claro, eventualmente, e isso sempre acontece em todas as classe, eles são confrontados com o fato de que ‘eu preciso explicar isso e realmente preciso escrever sobre isso’. E como um dos professores disse a Stephanie, eles acabam reescrevendo um parágrafo 5, 6, 7, 8 vezes até que eles esteja correto.

Porque eles precisam disso, existe uma razão para fazer isso. Eles precisam dizer algo, ao invés de simplesmente fazerem cópias. Eles realmente precisam usar uma linguagem na qual eles nunca foram muito bons. Mas então eles entendem que eles podem ter muito poder com essa linguagem”.

QUANDO DOIS AVIÕES se chocaram contra o World Trade Center, outro no Pentágono e outro em um campo na Pensilvânia, todos os meios de comunicação de todo o mundo cobriam essa matéria. O tempo todo de praticamente toda aquela semana, e das semanas seguintes, a televisão em particular, e os meios de comunicação em geral, contavam novamente a história dos eventos que nós presenciamos. Na verdade eles estavam recontando, porque nós vimos os eventos que eles descreviam. A genialidade desse grotesco ato de terrorismo foi que o segundo ataque foi perfeitamente cronometrado para garantir que o mundo inteiro estaria vendo.

Esse recontar tinha uma expressão muito familiar. Tinha música tocada nos intervalos e gráficos bonitos que corriam na tela. Havia uma forma de fazer-se as entrevistas. Havia “equilíbrio”, e credibilidade. Havia notícias coreografadas de uma maneira que cada vez mais esperávamos por ela, “jornalismo de entretenimento”, mesmo quando esse entretenimento tinha mais a ver com uma tragédia.

Mas além dessas notícias produzidas sobre a “tragédia de 11 de Setembro”, aqueles de nós conectados à Internet pudemos também ver notícias muito diferentes. A Internet estava carregada de descrições dos mesmos eventos, porém cada uma delas sob óticas diferentes. Algumas pessoas construíram páginas de fotos que capturavam imagens de todo o mundo e as apresentavam como slides com texto. Algumas ofereciam cartas abertas. Havia gravações de áudio, frustração, raiva. Havia aqueles que tentavam explicar o acontecido. Havia, para resumir, um grande celeiro de informações mundial sendo criado, no sentido definido por Mike Godwin em seu livro *Cyber Rights*, ao

redor de um evento jornalístico que capturou a atenção do mundo. Havia a ABC e a CBS, mas havia também a Internet.

Eu não quero definitivamente divinificar a Internet — embora eu acredite que as pessoas que participaram dessa forma de discussão deveriam ser homenageadas. Pois, como no caso da Kodak, a Internet permite às pessoas capturarem imagens. E, como no caso dos filmes criados pelos estudantes do “*Just Think!*”, as imagens poderiam ser mixadas a sons ou textos.

Mas diferentemente de qualquer tecnologia que apenas capture imagens, a Internet permite que tais criações sejam compartilhadas com um incrível número de pessoas, de forma praticamente instantânea. Isso é algo novo em nossa tradição — não apenas o fato de que a cultura possa ser capturada mecanicamente, e obviamente não que ela possa ser criticada e comentada, mas que essa mistura de imagens, sons e comentários possam ser rapidamente distribuída de forma praticamente instantânea.

O 11 de Setembro não foi uma aberração, e sim um começo. Ao mesmo tempo, uma forma de comunicação cresceu rapidamente enquanto surgia para a consciência das pessoas: o *Web-log*, ou *blog*. O *blog* é uma espécie de diário público, e em algumas culturas, como a japonesa, ele funciona de forma muito semelhante a um diário. Nessas culturas, eles registram fatos pessoais de maneira pública — como em uma versão eletrônica do *Programa do Jô* ou do *De Frente com Gabi*, disponível em qualquer lugar do mundo.

Porém, nos Estados Unidos os *blogs* têm tomado uma outra forma. Há aqueles que os usam como forma de falar de sua vida particular. Mas há muitos que usam-os para se envolverem na discussão pública. Discutindo assuntos de interesse público, criticando aqueles que estão enganados em sua visão, criticando políticos sobre as decisões tomadas por eles, oferecendo soluções para problemas que todos enxergam: os *blogs* criam uma idéia de uma grande convenção pública, mas uma na qual não precisamos estar todos ao mesmo tempo e nas quais as conversas não precisam estar exatamente relacionadas. As melhores entradas em um *blog* são relativamente pequenas; elas apontam para as palavras usadas por outros, criticando-as ou corroborando com elas. Eles são possivelmente a mais importante forma de discurso público não ensaiado que temos.

Essa é uma opinião bastante polêmica. Mas ela tem a ver tanto sobre a nossa democracia quanto sobre *blogs*. Essa é a verdade sobre a América que é mais difícil de ser aceita por aqueles de nós que amam a América: nossa democracia está sendo sufocada. Claro que temos eleições, e na maior parte do tempo as cortes permitem que tais eleições realmente valham. Mas apenas um número de pessoas relativamente pequeno votam nessas eleições. O ciclo dessas eleições acabou se tornando totalmente profissionalizado e rotineirizado. E muitos de nós imaginamos que isso é uma democracia.

Mas apenas eleições não fazem uma democracia. Democracia quer dizer poder para o povo, mas poder quer dizer algo mais que apenas eleições. Em nossa tradição isso também significa controle através de críticas racionais. Essa foi a idéia que fomentou a imaginação de Alexis de Tocqueville, o advogado francês do século 19 que escreveu o mais importante registro da recém-nascida “Democracia na América”. Não eram as eleições populares que o fascinavam, e sim o júri, uma instituição que dava a pessoas comuns o direito de escolher entre a vida e a morte de outras pessoas. E mais fascinante para ele era que o júri não envolvia apenas votar por qual decisão eles deveriam tomar. Eles deliberavam. Os membros do júri argumentavam sobre o resultado “justo”; eles tentavam convencer uns aos outros quanto ao resultado justo, e ao menos nos casos criminais, eles deveriam obter um resultado unânime para que o processo acabasse.[40]

Mas mesmo esta instituição vem sendo enfraquecida na vida americana atual. Em seu lugar, não está havendo nenhum esforço sistemático para permitir a deliberação cidadã. Alguns estão pressionando para que seja criada uma instituição desse porte.[41] E em algumas cidades da Nova Inglaterra, alguma coisa próxima da deliberação ainda existe. Mas para o resto de nós na maior parte do tempo, não há tempo ou lugar em nossa vida para que a “deliberação democrática” aconteça.

De forma ainda mais bizarra, nem mesmo há permissão para que isso aconteça na maior parte do tempo. Nós, a mais poderosa democracia do mundo, criamos normas rígidas contra a discussão política. É OK falar de política com pessoas que concordam com você. Mas é grosseiro falar de política com pessoas que discordam de você. O discurso político tornou-se isolado, e o discurso isolado torna-se mais radical.[42] Nós falamos o que nossos amigos esperam ouvir, e ouvimos muito pouco além do que eles falam.

E então entra em cena o *blog*. A própria arquitetura dos *blogs* resolve uma parte desse problema. As pessoas postam o que desejam postar, e as pessoas lêem o que desejam ler. O tempo mais difícil de obter é o tempo sincronizado. As tecnologias que permitem comunicação assíncrona, como o *email*, aumentam as oportunidades de comunicação. Os *blogs* permitem o discurso público sem que as pessoas precisem se encontrar em um determinado local público.

Mas além da arquitetura, os *blogs* também resolveram o problema das regras. Não existe (ainda) nenhuma regra no meio dos *blogs* que diga que não deve-se falar de política. Na verdade, o meio está repleto de discussões políticas, de direita e de esquerda. Alguns dos mais populares *blogs* são conservadores, outros liberais, mas há *blogs* de todas as tendências políticas, e mesmo *blogs* em que não-políticos falam de política quando a situação torna interessante.

O impacto dos *blogs* atualmente é muito pequeno, mas não tanto quanto

aparenta. O nome Howard Dean poderia ter passado em branco na corrida presidencial para 2004 se não fossem os *blogs*. Mesmo sendo o número de leitores pequeno, eles já estão fazendo a diferença.

Um dos impactos diretos é que as histórias tem um ciclo de vida diferente do que o dos meios de comunicação de massa. O caso de Trent Lott é um exemplo. Quando Lott “disse bobagens” em uma festa para o Senador Strom Thurmond, basicamente elogiando as políticas segregacionistas de Thurmond, ele calculou corretamente que a história sumiria dos principais meios de comunicação em 48 horas. E isso aconteceu. Mas ele não considerou o ciclo de vida no meio dos *blogs*. Os *bloggers* continuaram pesquisando sobre a notícia. Com o tempo, mais e mais “bobagens” semelhantes surgiram. Finalmente, a história acabou vazando de volta aos principais meios de comunicação. No fim das contas, Lott foi obrigado a abdicar da liderança da maioria do congresso.[43]

Esse ciclo diferenciado é possível porque as pressões comerciais que existem em outros meios não existem nos *blogs*. A televisão e os jornais são entidades comerciais. Elas precisam trabalhar para manter a atenção. Se perdem leitores, perdem faturamento. Como tubarões, precisam nadar atrás da próxima “notícia quente”.

Mas os *bloggers* não possuem amarras semelhantes. Eles podem molestar, eles podem se focar, eles podem ficar sérios. Se um *blogger* específico escreve algo realmente interessante, mais e mais pessoas irão criar *links* àquela história. E quando o número de *links* para uma certa história aumentar, ela sobe no ranking das histórias. As pessoas lêem o que é popular, e o que é popular é selecionado por um processo bastante democrático de rankings gerados por parceiros.

Existe um outro motivo para o fato dos *blogs* terem um ciclo de vida diferente dos principais meios de comunicação. Como Dave Winer, um dos pais desse movimento e um desenvolvedor de software por várias décadas, me disse, uma outra diferença é a ausência de “conflitos de interesses” provocados por motivos financeiros. “Eu penso que você tem que remover esse conflito de interesses” do jornalismo, Winer me disse. “Um jornalista amador simplesmente não tem tal conflito de interesses, ou o conflito de interesses é tão facilmente detectável que você pode o remover do caminho facilmente”.

Esses conflitos passam a se tornarem mais importantes conforme os meios de comunicação vão se concentrando (mais sobre isso adiante). Meios de comunicação concentrados pode esconder mais informações do que meios não-concentrados — como a CNN admitiu ter feito durante a Guerra do Iraque por medo das conseqüências aos seus empregados.[44] Eles também precisam manter uma cobertura mais coerente. (No meio da Guerra do Iraque, li um *post* na Internet de alguém que estava naquele momento acompanhando um

link de satélite de um repórter no Iraque. A central em Nova Iorque estava dizendo ao repórter repetidamente que a sua cobertura da guerra era muito fria: eles precisavam de algo mais otimista para veicular. Quando o repórter disse à central em Nova Iorque que ele não se importava, eles lhe disseram que *eles* estavam construindo “a história”.)

O ambiente dos *blogs* dá aos amadores — no sentido de amar o que faz, não no de inexperiência, significando que ele não precisa ser pago para escrever suas histórias — um caminho para entrarem no debate. Ele permite uma gama muito mais ampla de informações serem adicionadas à notícia, como no caso do desastre com a espaçonave Columbia, quando centenas de pessoas no sudeste dos Estados Unidos conectaram-se à Internet para contarem o que tinham visto.[45] E ele permite aos leitores “esquadrinharem a verdade”, como Winer definiu. Os *blogs*, Winer afirma, são “uma comunicação direta do constituinte, sem interferências de intermediários” — com todos os benefícios e custos envolvidos.

Winer é otimista quanto ao futuro do jornalismo com o surgimento dos *blogs*. “Essa será uma habilidade essencial”, prediz Winer, tanto para figuras públicas como, cada vez mais, para pessoas comuns. Não está claro se o “jornalismo” vai ficar contente com isso — alguns jornalistas estão sendo proibidos de usar *blogs*.[46] Mas está claro que ainda estamos em uma transição. “A maior parte do que estamos fazendo atualmente é apenas um aperitivo do que virá”, me disse Winer. O meio dos *blogs* ainda precisa amadurecer para que ele possa causar um impacto mais profundo. E conforme a inclusão de conteúdo dessa forma é o uso com menor violação de leis na Internet (no tocante às leis de *copyright*), Winer disse que “seremos os últimos a serem retirados de circulação”.

Essa forma de expressão afeta a democracia. Winer acredita que isso deve-se pelo fato de “você não precisar trabalhar para alguém que detém o controle do meio, [para alguém] que vá lhe abrir as portas”. Isso é verdade. Mas isso afeta também de outra maneira. Quanto mais e mais pessoas expressarem o que elas pensam, e defender seus pontos de vista escrevendo sobre eles, isso irá mudar o modo como as pessoas entendem os assuntos públicos. É fácil estar errado e enganado aceitando sem refletir, mas isso fica mais difícil quando algo que você pensou é criticado por outros. Claro. É cada vez mais raro alguém admitir que acreditava em algo errado. Mas é ainda mais raro para as pessoas ignorarem quando fica provado que elas estão erradas. A defesa de idéias, a argumentação e a crítica melhoram a democracia. Atualmente deve haver alguns milhões de *blogs* aonde essa defesa acontece. Quando houver dez milhões deles, isso será algo extraordinário a ser registrado.

John Seely Brown é o cientista chefe da Xerox Corporation. Seu trabalho, como ele o descreve em seu Web site, envolve “o aprendizado humano e (...)

a criação de ecologias de conhecimento para a criação de (...) inovação”. Portanto Brown vê essas tecnologias de criatividade digital de forma um pouco diferente da perspectiva que eu rascunhei anteriormente. Estou certo de que ele ficaria interessado em qualquer tecnologia que pudesse melhorar a democracia. Mas sua excitação legítima vêm de como tais tecnologias afetam o aprendizado.

Segundo as idéias de Brown, nós aprendemos fazendo. Quando “muitos de nós crescem”, ele explica, essa atividade de fazer é focada em “motores de motocicletas, cortadores de grama, automóveis, rádios e assim por diante”. Mas as tecnologias digitais permitem um tipo diferente de criação — uma que envolve idéias abstratas que são “materializadas”. Os garotos do *Just Think!* não estão apenas entendendo como um comercial pode pintar um político; usando tecnologia digital, eles podem pegar o comercial e o manipular, criando em cima dele para entenderem como eles fazem o que eles fazem. As tecnologias digitais criam o ambiente propício para uma nova forma de bricolagem, ou “colagem livre”, como Brown chama-a. Muitos podem adicionar ou transformar as criações de outros.

O melhor exemplo de larga escala desse tipo de criação até agora é o software livre ou software de código aberto (*free software/open-source software* — FS/OSS). O FS/OSS é um tipo de software no qual o código fonte³ é compartilhado. Qualquer um pode obter uma cópia da tecnologia que permite que os programas FS/OSS funcionem. E qualquer um que tenha interesse em aprender como uma certa tecnologia FS/OSS funciona pode brincar com o código.

Essa oportunidade cria uma “plataforma de aprendizado completamente nova”, como descreve Brown. “Assim que você começa a trabalhar nela, você (...) libera uma colagem livre na comunidade, de forma que outras pessoas possam olhar no seu código, brincar com ele, testá-lo, verem o que podem fazer para o melhorar”. Cada atividade dessas é uma forma de aprendizado. “O código aberto tornou-se uma plataforma importante de aprendizado”.

Nesse processo, “as coisas concretas com as quais você trabalha são abstratas. São códigos”. As crianças estão “passando a ter a habilidade de manipular o abstrato, e essa manipulação não é mais uma atividade isolada que você faz na sua garagem. Você está participando de uma plataforma comunitária. (...) Você está brincando com o trabalho de outros. Quanto mais você fuça, mais você melhora-a”. Quanto mais você a melhora, mais você aprende.

³NT: Os códigos do programa antes de serem traduzidos, ou *compilados* para a linguagem do computador. Normalmente são facilmente legíveis por uma pessoa com os devidos conhecimentos de programação

A mesma coisa acontece também com o conteúdo. E ela acontece da mesma forma colaborativa quando o conteúdo é parte da Web. Como Brown definiu, “a Web [é] o primeiro meio que realmente respeita várias formas de inteligência”. tecnologias antecessoras, como a máquina de escrever ou os processadores de texto, ajudavam a amplificar o texto. Mas a Web amplifica muito mais que o texto. “A Web (...) afirma que se você for musical, for artístico, for visual, for interessado em filmes (...) [então] sempre haverá muito com o que trabalhar nesse meio. [Ele] pode amplificar e respeitar essas várias formas de inteligência”.

Brown está se referindo ao que Elizabeth Daley, Stephanie Barish e o *Just Think!* ensina: que essa manipulação com cultura ensina tanto quanto cria. Ela desenvolve talentos de maneira diferente, e desenvolve um tipo diferente de reconhecimento.

Porém a liberdade para trabalhar esses objetos não está garantida. De fato, conforme veremos no decorrer desse livro, essa liberdade está sendo cada vez mais questionada. Enquanto não há dúvidas de que seu pai tem o direito de mexer no motor do seu carro, existem dúvidas de se seu filho tem o direito de mexer com as imagens que ele encontra espalhadas por aí. A lei e, cada vez mais, a tecnologia interfere na liberdade que a tecnologia, e a curiosidade, deveriam assegurar.

Essas restrições tornaram-se o foco de pesquisadores e estudiosos. O Professor Ed Felten de Princeton (sobre o qual falaremos mais no capítulo 10) desenvolveu um argumento poderoso a favor do “direito à criação” na ciência da computação e no conhecimento em geral.[47] Mas a preocupação de Brown é mais recente, ou mais fundamental. É sobre o tipo de aprendizado que as crianças poderão ter ou não por causa das leis.

“Esse é o caminho que a educação no século 21 irá seguir”, Brown explica. Nós devemos “entender como as crianças que crescem no ambiente digital pensam e o que elas querem aprender”.

“Porém”, Brown continuou, e iremos evidenciar no balanço final deste livro, “estamos criando um sistema legal que suprime completamente a tendência natural das crianças digitais de hoje em dia. (...) Nós construímos uma arquitetura que libera 60% do nosso cérebro [e] um sistema legal que fecha exatamente essa parte do cérebro”.

Nós criamos uma tecnologia que pega a mágica da Kodak, a combina com imagens em movimento e sons, e adicionamos a ela um espaço para comentários e para divulgar essa criatividade em todo lugar. Mas estamos construindo a lei de modo a barrar tal tecnologia.

“Desse modo a cultura não vingará”, satirizou Brewster Kahle, sobre quem iremos falar no capítulo 9, em um raro momento de desânimo.

Capítulo 3

Catálogos

NO FINAL DE 2002, Jesse Jordan, de Oceanside, Nova Iorque, matriculou-se como um novato no Instituto Politécnico Rensselaer, em Troy, Nova Iorque. Seu maior interesse na RPI era tecnologia da informação. Embora ele não fosse um programador, em Outubro Jesse decidiu começar a trabalhar com a tecnologia de sistemas de busca que estava disponível na rede da RPI.

A RPI é uma das instituições de pesquisa tecnológica mais respeitadas da América. ela oferece graduações em campos que variam de arquitetura e engenharia até ciências da informação. Mais de 65% de seus cinco mil graduandos terminaram seus cursos de segundo grau entre os 10% melhores. A escola é portanto uma mistura perfeita entre talento e experiência para imaginar, e então construir, uma geração de pessoas preparadas para a era das redes.

A rede de computadores da RPI liga estudantes, professores, e a administração uns com os outros. Ela também liga a RPI à Internet. Nem tudo que está disponível na rede da RPI está disponível na Internet. Mas a rede foi desenvolvida para dar acesso aos estudantes para a Internet, assim como um acesso mais direto a outros membros da comunidade da RPI.

Sistemas de busca são uma medida da acessibilidade de uma rede. O Google trouxe a Internet mais para perto de nós pois melhorou de maneira fantástica a qualidade da pesquisa na rede. Sistemas de busca especializados podem fazer isso ainda melhor. A idéia dos sistemas de busca para “intranets”¹, sistemas de busca que pesquisam dentro da rede de uma instituição específica, é oferecer aos usuários um acesso facilitado ao material disponível

¹**NT:** o autor não clarifica completamente o conceito de “intranet”. Essas redes são redes internas a uma instituição que utilizam-se dos mesmos sistemas, clientes, servidores, tecnologia e infra-estrutura da Internet. Pode-se afirmar que as “intranets” são Internets em miniatura e exclusivas para os integrantes de uma certa instituição ou, ocasionalmente, para parceiros da mesma.

na instituição. Empresas fazem isso o tempo todo, permitindo que os funcionários tenham acesso a materiais que pessoas de fora não podem acessar. As Universidades o fazem também.

Esses sistemas são disponibilizados pela própria tecnologia de redes. A Microsoft, por exemplo, tem um sistema de arquivos em rede que torna muito fácil para sistemas de buscas requisitarem informação disponibilizada de forma pública (dentro da rede). O sistema de busca de Jesse foi construído para usar-se de tal tecnologia. Ele usava o sistema de arquivos em rede da Microsoft para construir um índice de todos os arquivos disponibilizados dentro da rede da RPI.

O sistema de busca de Jesse não foi o primeiro construído para a rede da RPI. De fato, seu sistema era apenas uma modificação simples dos sistemas que outros haviam construído anteriormente. A mais importante melhoria individual a esses sistemas foi a correção de um *bug*² dentro do sistema de compartilhamento de arquivos da Microsoft que poderia travar o computador do usuário. Com os sistemas anteriores, se você tentasse acessar um arquivo através do Windows Explorer que estivesse em um computador que naquele momento estivesse desconectado, o seu computador poderia travar. Jesse modificou o sistema para corrigir esse erro, adicionando um botão que o usuário poderia clicar para ver se a máquina que disponibilizava o arquivo ainda estava online.

O sistema de Jesse entrou em operação no fim de Outubro. Nos seis meses seguintes, ele continuou ajustando-o para melhorar sua funcionalidade. Em Março, o sistema estava funcionando muito bem. Jesse tinha mais de um milhão de arquivos no seu diretório, incluindo todo o tipo de conteúdo que pudesse existir nos computadores dos usuários.

Desse modo, o índice que esse sistema de busca produzia incluía imagens que os estudantes poderiam usar em seus *sites* na Web; cópias de notas de aula ou de pesquisas; panfletos informativos; clipes de vídeo que os estudantes criaram; brochuras da universidade — basicamente tudo que os usuários da rede da RPI disponibilizaram nas pastas públicas de seus computadores.

Mas o índice também incluía arquivos de música. De fato, um quarto de todos os arquivos listados pelo sistema de arquivos de Jesse eram arquivos de música. Mas isso queria dizer, claro, que três quartos dos arquivos disponíveis não eram de música, e — é importante que isso fique bem claro — Jesse não estava induzindo os outros a colocarem arquivos de música nas suas pastas públicas. Ele não visou especificamente esses arquivos com seu sistema de busca. Ele era um garoto brincando com uma tecnologia similar à do Google em uma universidade onde ele estava estudando tecnologia

²NT: erros de programação em um programa de computador

da informação, e desse modo, construir coisas assim era o objetivo. Diferentemente do Google, ou da Microsoft, no caso, ele não tinha dinheiro para financiar esse desenvolvimento; ele não estava ligado a nenhuma empresa que fosse ganhar dinheiro com esse experimento. Ele era um garoto trabalhando com uma tecnologia em um ambiente aonde trabalhar com tecnologia era exatamente o que se esperava dele.

Em 3 de Abril de 2003, Jesse foi contactado pelo reitor da RPI. Ele informou a Jesse que a Associação da Indústria Musical da América, a RIAA³ iria processá-los e a três outras universidades. Algumas horas mais tarde, Jesse teve acesso aos textos do caso. Conforme ele lia os textos e via as notícias sobre eles, ele ficou cada vez mais surpreso.

“Era absurdo”, disse-me ele. “Eu não imaginava que tivesse feito nada errado. (...) Eu não imaginava que havia qualquer coisa errada com o sistema de busca que eu criei ou (...) com o que eu fazia com ele. Quero dizer, eu não tinha o modificado para promover ou favorecer a pirataria. Eu apenas modifiquei o sistema de busca de uma forma que o tornasse mais simples de usar” — novamente, um *sistema de busca* que Jesse não construiu sozinho e que usava o sistema de compartilhamento de arquivos do Windows, que Jesse não construiu, para permitir que membros da comunidade da RPI tivessem acesso a conteúdo que Jesse não tinha criado ou disponibilizado, e cuja grande maioria nada tinha a ver com músicas.

Mas a RIAA disse que Jesse era um pirata, afirmando que ele operava uma rede de troca de arquivos e dessa forma “intencionalmente” violava as leis de *copyright*. Eles exigiram que ele pagasse-os pelos prejuízos que ele provocou. Para casos de “violação intencional”, o *Copyright Act*⁴ especifica algo que os advogados chamam de “multa estabelecida”. Essas multas permitem que os donos do *copyright* obtenham 150 mil dólares por violação. Como a RIAA alegava pelo menos cem violações específicas do *copyright*, eles então exigiam que Jesse lhes pagasse pelo menos 15 milhões de dólares.

Processos similares foram abertos contra outros três estudantes: um outro estudante da RPI, um da Universidade Técnica de Michigan, e outro de Princeton. Suas situações eram semelhantes às de Jesse. Embora cada caso fosse diferente nos detalhes, a idéia básica de cada um deles era exatamente a mesma: exigências enormes por “restituições” que a RIAA alegava ter o direito. Se você somar todos os quatro processos, eles poderiam ser obrigados pelas cortes dos Estados Unidos a pagarem aos requerentes algo em torno de 100 *bilhões* de dólares - o que representa seis vezes mais que *todo o faturamento* da indústria cinematográfica em 2001.[48]

³NT: sigla de *Recording Industry Association of America*

⁴NT: Lei norte-americana de direitos autorais

Jesse procurou os seus pais. Eles o apoiavam, embora estivessem assustados. Um de seus tios era um advogado. Ele começou a negociar com a RIAA. Eles exigiram saber o quanto de dinheiro Jesse tinha. Jesse tinha economizado 12 mil dólares de empregos temporários. Eles exigiram 12 mil dólares para retirar a queixa.

A RIAA queria que Jesse admitisse que fez algo errado. Ele negou-se a fazê-lo. Eles queriam que ele aceitasse uma ordem judicial que basicamente o impediria de trabalhar em vários ramos de tecnologia pelo resto da sua vida. Ele negou-se à aceitar tal ordem. Eles queriam que ele entendesse que o processo que eles iriam lhe impor não ia ser agradável. (Como o pai de Jesse me contou, o advogado-chefe do caso, Matt Oppenheimer, disse a Jesse: “Você não vai querer fazer outra visita a um dentista como eu”.) E cada vez mais a RIAA insistia que eles não iam desistir do caso enquanto eles não tomassem cada centavo que Jesse tinha economizado.

A família de Jesse ficou escandalizada com tais exigências. Eles queriam lutar. Mas o tio de Jesse trabalhou para educar a família na natureza do sistema legal americana, Jesse poderia brigar. Ele poderia até ganhar, mas o custo de ir-se aos tribunais em um caso desse porte, Jesse descobriu, ia ser de pelo menos 250 mil dólares, e que mesmo que ele vencesse ele não iria recuperar esse dinheiro. Se ele ganhasse, eles teriam um pedaço de papel dizendo que eles tinham vencido, mas que tinham quebrado no processo.

Então Jesse viu-se diante de uma escolha quase mafiosa: 250 mil por uma chance de vencer, ou 12 mil por um acordo.

A indústria fonográfica insiste que isso é uma questão de lei e moral. Vamos deixar de lado a lei umn pouco e pensarmos na moral. Qual a moral de um processo como esse? Qual a virtude de pegar alguém como bode expiatório? A RIAA é um *lobby* altamente poderoso. O presidente da RIAA recebe, segundo notícias, mais de 1 milhão de dólares por ano. Os artistas, no entanto, não são tão bem pagos. O pagamento médio para um artista gira em torno de 45 mil e novecentos dólares.[49] Existe uma multitude de formas pelas quais a RIAA pode afetar e direcionar políticas. Então onde está a moral de tomar todo o dinheiro de um estudante por este ter criado um sistema de busca?[50]

Em 23 de Junho, Jesse entregou todas as suas economias a um advogado da RIAA. O caso então foi retirado. E a partir daí, esse garoto que transformou um sistema de busca em um processo de 15 milhões de dólares tornou-se um ativista.

“Eu não era um ativista [antes]. Eu não fazia a menor questão de ser um ativista. (...) [Mas] eu acabei sendo forçado a isso. De maneira alguma eu poderia prever que isso ia acontecer, mas

acredito que foi completamente absurdo o que a RIAA fez”.

Os pais de Jesse demonstraram um certo orgulho em seu ativista relutante. Como seu pai me disse, Jesse “se considerava bastante conservador, assim como eu. (...) Ele não era um desses amantes das árvores. (...) Eu penso que foi bizarro o que eles lhe fizeram. Mas ele agora deseja fazer as pessoas entenderem que eles estão ouvindo a mensagem errada. E ele deseja corrigir essa mensagem”.

Capítulo 4

“Piratas”

SE PODEMOS ENTENDER “PIRATARIA” como o uso de propriedade intelectual dos outros sem permissão — ainda mais se o princípio “se tem valor, tem direito” estiver correto — então a história da indústria cultural é uma história de pirataria. Todos os setores importantes da “grande mídia” da atualidade — filmes, música, rádio e TV à cabo — nasceram de um tipo de pirataria bem definida. A história recorrente é como os piratas da geração passada se uniram ao *country club* dessa geração — até agora.

4.1 Filmes

A indústria cinematográfica de Hollywood foi construída por piratas fugitivos.[51] Os criadores e diretores migraram da Costa Leste para a Califórnia no começo do século 20 em parte para escaparem do controle que as patentes ofereciam ao inventor do cinema, Thomas Edison. Esses controles eram exercidos através de um “truste” monopolizador, a Companhia de Patentes da Indústria Cinematográfica, e eram baseadas na propriedade intelectual de Thomas Edison — patentes. Edison formou a MPPC¹ para exercer os direitos que a sua propriedade intelectual lhe dava, e a MPPC era bem séria sobre o controle que ela exigia. Como um comentarista cita em uma situação dessa história,

“Foi estabelecido que todas as companhias poderiam reclamar da licença até Janeiro de 1909. Em Fevereiro, os renegados não-licenciados, que referiam-se a si próprios como independentes, protestaram contra o truste e tocaram os negócios sem se submeterem ao monopólio imposto por Edison. No verão de 1909 o

¹NT: sigla de *Motion Pictures Patents Company*

movimento independente estava no seu ápice, com produtores e donos de teatros usando equipamentos ilegais e suprimentos para filmagem importados para criarem seu próprio mercado ‘alternativo’.

Com o país experimentando uma expansão incrível no número de cinemas baratos, a Companhia de Patentes reagiu ao movimento independente criando uma subsidiária com braço de ferro chamada Companhia Geral de Filmes como forma de bloquear os independentes não-licenciados. Com táticas coercivas que tornaram-se lendárias, a Companhia Geral de Filmes confiscou equipamento não-licenciado, descontinuou o fornecimento de produtos a teatros que exibiam filmes não-licenciados, e efetivamente monopolizou a distribuição com a aquisição de todas as distribuidores de filmes dos EUA, exceto uma cujo dono era o independente Willian Fox, que desafiou o Truste antes mesmo após sua licença ser anulada”.[52]

Os Napsters daquele período, os “independentes”, eram companhias como a Fox. E de forma semelhante ao que acontece atualmente, esses independentes foram duramente enfrentados. “As filmagens eram paralisadas pelo roubo de equipamentos, e ‘acidentes’ resultavam na perda de negativos, equipamento, prédios e algumas vezes até mesmo de vidas”.[53] Isso levou os independentes a fugir da Costa Leste. A Califórnia era remota o suficiente do alcance de Edison para que esses cineastas pirateassem suas invenções sem medo da lei. E os líderes do cinema de Hollywood, Fox entre eles, fizeram exatamente isso.

Claro que a Califórnia cresceu rapidamente, e logo a proteção às leis federais acabou chegando ao oeste. Mas como as patentes davam ao dono das patentes um monopólio *realmente* limitado (apenas dezessete anos naquela época), quando suficientes agentes federais apareceram, as patentes haviam expirados. Uma nova indústria nasceu, em parte por causa da pirataria da propriedade intelectual de Edison.

4.2 Indústria Fonográfica

A indústria fonográfica nasceu de um outro tipo de pirataria, embora essa nos force a entender um pouco sobre os detalhes de como a lei regulamenta a música.

Na época em que Edison e Henri Fourneaux inventaram máquinas para reprodução de música (Edison o fonógrafo e Forneaux a pianola), a lei dava

aos compositores direitos exclusivos para controle de cópias de suas músicas e direitos exclusivos para controlar a reprodução pública de suas músicas. Em outras palavras, se, em 1900, eu quisesse uma cópia do *hit* de Phil Russel em 1899 “Happy Mose”, a lei determinada que eu teria que pagar pelo direito de ter uma cópia da partitura, e que eu também teria de pagar pelo direito de apresentá-la em público.

Mas e se eu quisesse reproduzir “Happy Mose” usando ou o fonógrafo de Edison ou a pianola de Fourneaux? Aqui a lei tropeçava. Era suficientemente claro que eu deveria comprar uma cópia da partitura que eu toquei para essa gravação. E também é suficientemente claro que eu deveria pagar por qualquer apresentação pública do trabalho que eu gravei. Mas o que não é totalmente claro era se eu deveria pagar por uma “apresentação pública” se eu gravei a canção em minha casa (mesmo atualmente, você não deve nada à Legião Urbana por cantar suas músicas no chuveiro), ou se eu reproduzisse a música de cabeça (cópias na sua memória não são — ainda — regulamentadas pelas leis de direitos autorais). Então se eu simplesmente tocasse a música em um dispositivo de gravação na privacidade do meu lar, não era claro se eu devia algo para o compositor. E mais importante, não era claro se eu devia ao compositor alguma coisa se eu fizesse cópias dessas músicas. Por causa dessa brecha na lei, então, eu poderia efetivamente piratear a canção de alguma outra pessoa sem lhe pagar absolutamente nada.

Os compositores (e os distribuidores) não ficaram nada felizes com essa capacidade de pirataria. Como o senador por Dakota do Sul Alfred Kittredge afirmou,

“Imagine a injustiça da coisa. Um compositor escreve uma música ou uma ópera. Um distribuidor compra os direitos da mesma por uma grande soma e obtém direitos sobre eles. Então vêm as companhias fonográficas e aquelas que fazem a produção e deliberadamente roubam o trabalho da mente do compositor e distribuidor sem se preocupar em nada com os [seus] direitos.”[54]

Os inovadores que desenvolveram a tecnologia para gravar os trabalhos de outras pessoas estavam “vivendo às custas do suor, do trabalho, do talento e da genialidade de compositores americanos”,[55] e a “indústria de distribuição de música” estava de fato “a completa mercê desses piratas”.[56] Como John Philip Souza define, da forma mais direta possível, “quando eles ganham dinheiro com as minhas músicas, eu quero uma parte dele”.[57]

Esses argumentos possuem ecos familiares nas guerras da atualidade. E o mesmo acontece com os argumentos daqueles que estão do outro lado. Os inovadores que desenvolveram a pianola argumentaram que “é perfeitamente demonstrável que a introdução das pianolas automáticas não privaram

qualquer compositor de nada que eles tinham antes de sua introdução”. Ao contrário, as máquinas aumentaram as vendas de partituras.[58] De qualquer forma, os inovadores argumentavam, o trabalho do Congresso era “considerar primeiro o interesse [do público], a quem representavam, e a quem deveriam servir”. “Toda essa história de ‘roubo’”, o conselho da Companhia Americana de Gramofones escreveu, “é uma mera história da carochinha, pois não existe propriedades sobre idéias, sejam elas musicais, literárias ou artísticas, exceto quando definido pela legislação”. [59]

A lei rapidamente decidiu essa batalha em favor do compositor e do artista que gravou a música. O Congresso modificou a lei para garantir que os compositores seriam pagos pelas “reproduções mecânicas” de suas músicas. Mas ao invés de simplesmente dar ao compositor controle total sobre os direitos de criação de reproduções mecânicas, o Congresso deu aos músicos o direito de gravarem um a música, a um preço definido pelo Congresso, uma vez que o compositor tenha permitido ao menos uma gravação da música. Essa é a parte da lei de direitos autorais que permite a existência dos *covers* musicais. Uma vez que o compositor autorize uma gravação de sua música, outros eram livres para gravarem a mesma canção, desde que pagassem ao compositor uma taxa estipulada pela lei.

A legislação Americana chama a isso de “licença compulsória”, mas eu irei me referir a ela “licença legal”. Uma licença legal é uma licença cujos termos são definidos pela lei. Após a correção do *Copyright Act* feita pelo Congresso em 1909, as gravadoras estavam livres para distribuírem as cópias das gravações enquanto pagassem ao compositor (ou ao detentor dos direitos autorais) a taxa estabelecida pela lei.

Essa é uma exceção dentro da lei de direitos autorais. Quando Paulo Coelho escreve um livro, um distribuidor pode publicar esse livro apenas se ele der permissão. Paulo Coelho, por sua vez, é livre para cobrar o que ele quiser pela permissão. O preço para publicar-se um livro de Paulo Coelho é definido, portanto, por Paulo Coelho, e a lei de direitos autorais basicamente afirma que você não tem permissão para usar um trabalho de Paulo Coelho a não ser com sua permissão.

Mas a lei que rege a música dá aos músicos menos direitos. E, na prática, a lei *subsidia* a indústria musical através de um tipo de pirataria — dando aos músicos direitos menores do que daria para outros artistas. A Legião Urbana possui menos controle sobre seu trabalho criativo do que Paulo Coelho. E os beneficiários de tal redução no controle são a indústria fonográfica e o público. A indústria fonográfica obtém algo de valor por menos do que normalmente teria que pagar e o público passa a ter acesso a uma gama muito mais ampla de criatividade musical. De fato, o Congresso foi bem explícito sobre as razões para darem tal direito. Havia o medo de que os detentores de direitos

autorais formassem monopólios que viessem a sufocar o trabalho criativo no futuro.[60]

Apesar de atualmente a indústria fonográfica estar muito discreta quanto a esse assunto atualmente, historicamente ela foi um grande simpatizante da licença legal para as músicas. Como nos relata um relatório de 1967 do Comitê da Câmara no Judiciário,

“a indústria fonográfica argumenta fortemente que a licença compulsória deve ser mantida. Eles afirmam que a indústria fonográfica é um negócio de meio bilhão de dólares, de grande importância para os Estados Unidos e para o mundo; atualmente as gravações são o meio principal para a disseminação de música, e isso cria problemas especiais, já que os artistas precisam de acesso fácil ao material musical, e acesso sob termos não-discriminatórios. Historicamente, a indústria fonográfica apontamos, não haviam direitos de gravação antes de 1909 e o estatuto de 1909 adotou a licença compulsória como uma condição deliberadamente anti-monopolista de garantir tais direitos. Eles argumentam que o resultado foi uma grande expansão nas gravações musicais, com o público tendo acesso a preços mais baixos, maior qualidade e a mais opções”.[61]

Pela limitação dos direitos que os músicos tinham, por parcialmente autorizarem a pirataria de seus trabalhos criativos, a indústria fonográfica e o público acabaram sendo beneficiados.

4.3 Rádio

O Rádio também nasceu da pirataria.

Quando uma estação de rádio toca uma música no ar, isso constitui uma “apresentação pública” do trabalho do compositor.[62] Como eu descrevi anteriormente, a lei dá ao compositor (ou ao detentor do *copyright*) um direito exclusivo sobre as apresentações públicas de seu trabalho. Desse modo, a estação de rádio deve dinheiro ao compositor por tal apresentação.

Mas quando uma estação de rádio toca uma música, ela não está apenas executando uma cópia do trabalho *do compositor*, mas também do trabalho *do artista que gravou a música*. Uma coisa é você levar uma gravação de “Feliz Aniversário” cantada pelo coral de crianças da cidade; outra completamente diferente é levar uma executada pelo Skank ou por Rita Lee. O artista está adicionando seu valor à música executada pela estação de rádio. E se a lei fosse perfeitamente consistente, as estações de rádio deveriam pagar ao

artista por seu trabalho, da mesma forma que eles pagam ao compositor da música por seu trabalho.

Mas elas não fazem isso. Pela lei que rege a radiodifusão, as estações de rádio não precisam pagar ao artista, só ao compositor. Dessa forma, elas conseguem uma parte da música de graça. Elas conseguem o trabalho do artista de graça, mesmo tendo que pagar ao compositor alguma coisa pelo direito de tocaram a música.

A diferença pode ser monstruosa. Imagine que você compôs uma música. Imagine que ela é a sua primeira. Você detém o direito exclusivo de autorizar as execuções públicas dela. Portanto, se Rita Lee quiser cantar sua música em público, ela precisa de sua permissão.

Agora imagine que ela cantou sua música e gostou muito dela. Ela então decide gravar sua canção e ela se torna um sucesso. Segundo nossas leis, cada vez que uma estação de rádio toca sua música, você ganha algum dinheiro. Mas Rita Lee não ganha nada, exceto talvez o efeito indireto nas vendas de seus CDs. A apresentação pública da sua gravação não é um direito “protegido”. As estações de rádio então acabam *pirateando* o valor do trabalho de Rita Lee sem lhe dar nada em troca.

Sem sombra de dúvidas alguém irá afirmar que, em compensação, o artista se beneficia da promoção que ele recebe, que normalmente vale mais do que qualquer retorno que os direitos de performance poderiam lhe dar. Talvez isso seja verdade, mas mesmo assim, a lei em princípio dá ao criador o direito de fazer sua escolha. Fazendo uma escolha por eles, a lei dá às estações de rádio o direito pegarem algo de graça.

4.4 TV à cabo

A TV a cabo também nasceu de uma forma de pirataria.

Quando os empreendedores do cabo começaram a fornecer às comunidades com TV a cabo em 1948, muitos deles negaram-se a pagar às redes de TV pelo conteúdo que eles redistribuíam aos seus consumidores. Mesmo quando as companhias de cabo começaram a vender acesso às redes de TV, eles negavam-se a pagar pelo que elas vendiam. As companhias do cabo estavam, na prática, Napsterizando o conteúdo das redes de TV, mas de forma pior do que qualquer coisa que o Napster tenha feito — o Napster jamais cobrou pelo conteúdo que ele permitia que os outros dessem.

As redes de TV e os donos de *copyright* foram rápidos em atacar esse roubo. Rosel Hyde, presidente da FCC, via essa prática como uma forma de “competição desleal e potencialmente destrutiva”.^[63] Podia até existir um “interesse público” em ampliar-se a disseminação da TV a cabo, mas como

Douglas Anello, advogado geral da Associação Nacional das redes de TV, perguntou ao Senador Quentin Burdick durante um testemunho. “Pode o interesse público ditar como você deve usar a propriedade de outra pessoa?”[64] Como outro dono de rede de TV disse,

“A coisa incrível sobre o negócio de CATV² é que ele é o único negócio que eu conheço no qual o produto que está sendo vendido não foi comprado”.[65]

Novamente, a exigência dos donos de *copyright* parecia suficientemente razoável:

“O que queremos é bem simples: que as pessoas que estão pegando nossa propriedade de graça paguem por ela. Estamos tentando parar a pirataria e não acredito haver uma forma mais branda de definir-se isso. Eu penso que existam até palavras mais duras que poderiam ser apropriadas”.[66]

Eles eram “parasitas”, conforme o presidente do Sindicato dos Atores de Cinema Charlton Heston disse, que estão “negando aos artistas a compensação por seu trabalho”.[67]

Mas novamente, havia um outro lado no debate. Conforme definido pelo assistente do procurador geral de Justiça Edwin Zimmerman,

“Nossa posição aqui é que diferentemente da questão de se você terá qualquer proteção por *copyright* de fato, o problema é se os detentores do *copyright* serão compensados, e se já havendo um monopólio, deveria ser permitido que tal monopólio seja estendido. (...) A questão aqui é quão grande deveria ser essa compensação e quão longe esse direito de compensação deveria ser levado”.[68]

Os detentores de *copyright* levaram as companhias de cabo à justiça. Duas vezes a Suprema Corte definiu que as companhias de cabo não deviam nada aos detentores de *copyright*.

Levou quase trinta anos para o Congresso decidir-se sobre a questão de se as companhias de cabo deveriam pagar algo pelo conteúdo que eles “piratearam”. No fim, o Congresso decidiu essa questão da mesma maneira que decidiu quanto ao caso dos gramofones e pianolas. Sim, as companhias de cabo deveriam pagar pelo conteúdo que eles distribuía, mas que o preço

²NT: sigla de *Cable TV* — TV a cabo

que eles deveriam pagar não deveria ser definido pelo detentor do *copyright*. O preço era definido pela lei, de forma que os donos de redes de TV não poderiam exercer poder de veto sobre a emergente tecnologia do cabo. As companhias de cabo dessa forma construíram seus impérios em parte porque “piratearam” o valor criado pelas redes de TV.

Todas essas histórias possuem temas comuns. Se “pirataria” significa usar o valor da propriedade intelectual de alguém sem sua permissão — como tal conceito é descrito cada vez mais atualmente[69] — então TODAS as indústrias afetadas pelo *copyright* atualmente são produtos e se beneficiaram de alguma forma de pirataria. Filme, música, rádio, TV a cabo... A lista é grande e poderia ainda assim ser expandida. Todas as gerações davam boas-vindas aos piratas do passado — até agora.

Capítulo 5

“Pirataria”

Existe sim a pirataria de material sob *copyright*. Uma grande quantidade dela e de várias formas, sendo a mais significativa a pirataria comercial, o uso não-autorizado de conteúdo de outras pessoas em um contexto comercial. Apesar das muitas justificativas que são oferecidas em sua defesa, essa tomada é errada. Ninguém deveria ser condescendente com ela, e a lei deveria parar tal pirataria.

Junto com esse tipo de pirataria existe uma outra forma de “uso” que está mais diretamente relacionado com a Internet. Essa uso também parece errado para muitos, e realmente está errado na maior parte do tempo. Porém, antes de acusarmos isso como “pirataria”, devemos entender sua natureza melhor. Porque o prejuízo provocado por esse uso é significativamente mais ambíguo que a cópia descarada, e a lei deveria levar essa ambigüidade em conta, com freqüentemente fez no passado.

5.1 Pirataria — Parte I

Ao redor do mundo, mas especialmente na Ásia e no Leste Europeu, existem empresas que não fazem nada além de pegar o conteúdo sob *copyright* de outras pessoas, copiá-lo e vendê-lo — e tudo isso sem a permissão do dono do *copyright*. A indústria fonográfica estima que perde por volta de 4,6 bilhões de dólares todo ano com a pirataria física[70] (que representa um em cada três CDs vendidos atualmente em todo o mundo). A MPAA estima que perde 3 bilhões de dólares anualmente em todo o mundo por causa da pirataria.

Isso é pirataria pura e simples. Nada nos argumentos usados nesse livro, ou nos argumentos que a maioria das pessoas usam quando falam sobre o assunto desse livro, pode negar esse fato simples: A pirataria é errada.

O que não quer dizer que desculpas e justificativas não podem ser feitas quanto a isso. Nós deveríamos nos lembrar, por exemplo, que nos primeiros cem anos da República Americana, a América *nunca* honrou os *copyright* estrangeiros. Nós nascemos, de certo modo, como uma nação de piratas. Nós estaríamos sendo hipócritas, desse modo, em insistir com tanta força de que o que as nações em desenvolvimento estão fazendo atualmente é errado quando, durante os primeiros cem anos de nossa existência, tratamos isso como certo.

Essa desculpa não é tão forte assim. Tecnicamente, nossa legislação não proibia o uso de criações estrangeiras. Ela era explicitamente limitada à trabalhos americanos. Desse modo, os distribuidores Americanos que publicavam trabalhos estrangeiros sem permissão de seus autores não estavam violando a lei. Os copiadores na Ásia, porém, estão violando as leis asiáticas. As leis asiáticas protegem o *copyright* estrangeiro, e as ações de tais copiadores viola a lei. Portanto o erro da pirataria na qual eles se envolvem não é apenas moral, e sim legal, e não apenas internacionalmente falando, mas localmente falando também.

Claro que essas leis foram, em geral, impostas a tais países. Nenhum país pode fazer parte da economia mundial e optar por não proteger o *copyright* de outros países. Nós nascemos como um país de piratas, mas não estamos dando a qualquer outro país a chance de uma infância similar.

Se um país deve ser tratado como soberano, porém, então suas leis são suas leis, independente da sua fonte. A lei internacional sob a qual esses países vivem lhes dão algumas chances de escaparem das leis de propriedade intelectual.[71] No meu ponto de vista, cada vez mais os países em desenvolvimento irão tirar proveito de tais oportunidades, mas quando eles não o fizerem, então suas leis deverão ser respeitadas. E segundo as leis dessas nações, essa pirataria é errada.

Alternativamente, nós poderíamos tentar argumentar que essa pirataria em geral não causa prejuízo à indústria. Os chineses que possuem acesso à CDs americanos à 50 centavos de dólar cada não são pessoas que iriam comprar esses mesmos CDs a 15 dólares cada. Dessa forma ninguém realmente tem menos dinheiro do que normalmente teria.[72]

Isso em geral é verdadeiro (embora eu tenha amigos que compraram milhares de DVDs piratas e que certamente teriam dinheiro suficiente para pagar pelo conteúdo que usam ilegalmente), e isso pode suavizar de alguma forma o prejuízo causado por essa pirataria. Extremistas desse debate adoraram dizer “você não vai até a livraria Saraiva¹, pega um livro das instantes

¹NT: no original, a citação está relacionada à livraria Barnes & Noble. O tradutor de forma nenhuma está recebendo qualquer valor por usar a livraria Saraiva no exemplo. O

e simplesmente sai sem pagar; porque deveria ser diferente com a música *online*?” A diferença, claro, é que quando você pega um livro na Saraiva, é um livro a menos disponível para venda. Já quando você copia um arquivo MP3 de uma rede de computadores, não trata-se de um CD a menos que possa ser vendido. As idiossincrasias da pirataria do intangível é diferente das idiossincrasias da pirataria do tangível.

Esse argumento também é bem fraco. Porém, embora o *copyright* defina direitos de uma propriedade de um tipo bem especial, ainda assim ele é um direito de propriedade. Como em todos os direitos de propriedade, o *copyright* dá ao dono o direito de decidir os termos segundo os quais o conteúdo pode ser compartilhado. Se o dono do *copyright* não quiser vender o conteúdo, ele não precisa. Existem exceções: licenças legais importantes que se aplicam a conteúdo sob *copyright* independentemente do desejo do dono do *copyright*. Essas licenças dão às pessoas o direito de “tomarem” conteúdo sob *copyright* queira o dono do *copyright* vendê-lo ou não. Mas onde a lei não dá às pessoas o direito de pegarem conteúdo, é errado o fazer mesmo que esse erro não cause prejuízo. Se nós temos um sistema de propriedades, e esse sistema é apropriadamente equilibrado com a tecnologia do seu período, então é errado tomar propriedades de outros sem sua permissão. É exatamente isso o que significa “propriedade”.

Finalmente podemos argumentar que esse tipo de pirataria na verdade ajuda o dono do *copyright*. Quando os chineses “pirateiam” o Windows, isso torna a China dependente da Microsoft. A Microsoft perde o valor do software tomado. Mas ele ganha usuários que estarão acostumados a viverem no mundo da Microsoft. Com o tempo, conforme as nações ficarem mais ricas, mais e mais pessoas irão comprar software ao invés de o piratear. E com tempo, já que tais compras beneficiarão a Microsoft, a Microsoft irá se beneficiar da pirataria. Se ao invés de piratearem o Microsoft Windows os chineses estivessem usando o sistema operacional livre GNU/Linux, então esses usuários chineses não iriam comprar eventualmente produtos Microsoft. Sem pirataria, portanto, a Microsoft iria perder dinheiro.

Esse argumento também é de certa forma válido. A estratégia do vício é boa. Muitas empresas a praticam e muitas foram bem sucedidas graças a ela. Os estudantes de direito, por exemplo, possuem acesso gratuito às duas maiores bases de dados jurídicas. O marketing das companhias de ambas esperam que eles se tornem tão acostumados com seus serviços que eles queiram usar os delas em detrimento aos do concorrente quando tornarem-se advogados (quando então serão obrigados a pagarem valores altos a título de

objetivo é apenas tornar o exemplo compreensível em relação ao mercado e para o público brasileiro

assinatura do serviço).

Novamente, esse argumento não é tão persuasivo assim. Nós não justificamos o alcoólatra quando ele rouba sua primeira cerveja meramente porque isso irá garantir que ele compre as próximas três. De fato, normalmente deixamos que as empresas decidam por si próprias quando devem dar de graça seus produtos. Se a Microsoft teme a competição do GNU/Linux, então a Microsoft pode dar seus produtos, como ela fez, por exemplo, com o Internet Explorer para combater o Netscape. Um direito de propriedade significa dar ao proprietário o direito de dizer quem tem acesso ao que — ao menos normalmente. E se a lei equilibrar os direitos do dono do *copyright* com os direitos de acesso, então violar a lei ainda é errado.

Assim, embora eu compreenda as causas das justificativas para a pirataria, e embora eu certamente veja a motivação, no meu ponto de vista, no fim, esses esforços para justificarem a pirataria comercial simplesmente não vingam. Esse tipo de pirataria é crassa e simplesmente errada. Ela não modifica o conteúdo roubado e nem o mercado com o qual ela compete. Ela simplesmente dá às pessoas acesso a algo que a lei não permite o acesso. Nada pode ser feito para negar a lei. Essa forma de pirataria é simplesmente errada.

Mas como os exemplos dos três capítulos que introduziram essa parte sugerem, mesmo que algumas formas de pirataria sejam simplesmente erradas, não significa que toda a “pirataria” o seja. Ou, ao menos, nem toda a “pirataria” é errada se esse termo for entendido como ele é cada vez mais entendido atualmente. Muitas formas de “pirataria” são úteis e produtivas, seja para produzirem conteúdo novo ou para criarem novas formas de negócios. Nada na nossa tradição ou em qualquer outra jamais negou toda a pirataria nesse sentido da palavra.

Isso não significa que não existam perguntas levantadas pela mais recente preocupação de pirataria, que é o compartilhamento de arquivos via *peer-to-peer*. Mas isso quer dizer que devemos entender os prejuízos provocados na troca de arquivos via *peer-to-peer* melhor antes de a condenarmos como pirataria.

Pois (1) como na Hollywood original, o compartilhamento via P2P escapa de uma indústria extremamente controladora, e (2) como as gravadoras em seu princípio, ela simplesmente explora uma nova forma de distribuir-se conteúdo. Porém (3) diferentemente da TV a cabo, ninguém está vendendo o conteúdo que está sendo compartilhado por serviços de P2P.

Essas são as diferenças que distinguem o compartilhamento em P2P da pirataria pura e simples. Elas podem nos ajudar a encontrar uma forma de proteger os artistas ao mesmo tempo em que permitamos que esse compartilhamento sobreviva.

5.2 Pirataria — Parte II

A chave para a “pirataria” que a lei quer reprimir é o uso que “prive do autor a sua renda”. [73] Isso quer dizer que devemos determinar se e quanto o compartilhamento em P2P causa de prejuízo antes de determinarmos o quão fortemente a lei deverá procurar prevenir tal prejuízo ou encontrar alternativas para garantir ao autor a sua renda.

O compartilhamento P2P tornou-se famoso com o Napster. Mas os inventores do Napster não criaram nenhuma grande inovação tecnológica. Como todos os avanços nas inovações na Internet (e, podemos dizer, fora da Internet também [74]), Shawn Fanning e companhia simplesmente agruparam componentes que já estavam tinham sido desenvolvidos de forma independente.

O resultado foi nitroglicerina pura. Lançado em Julho de 1999, o Napster alcançou 10 milhões de usuários em apenas nove meses. Após 18 meses, haviam cerca de 80 milhões de usuários registrados do sistema. [75] As cortes rapidamente tiraram o Napster do ar, mas outros serviços surgiram para ocuparem o vácuo formado. (O KaZaA é atualmente o serviço de P2P mais popular, com mais de 100 milhões de membros).² Esses sistemas são arquiteturalmente diferentes, embora não o sejam em funcionalidades: Cada um deles permitem que usuários disponibilizem conteúdo para todos os outros usuários. Com os sistemas de P2P você pode compartilhar suas músicas favoritas com seu melhor amigo — ou com os seus 20 mil melhores amigos.

De acordo com várias estimativas, uma grande quantidade de americanos já experimentaram tecnologias de troca de arquivos. Um estudo da Ipsos-Insight em Setembro de 2002 estimou que 60 milhões de americanos baixaram música — 28% dos americanos maiores de 12 anos. [76] Uma pesquisa do grupo NPD citada no *The New York Times* estimou que 43 milhões de pessoas usavam redes de compartilhamento de arquivos para trocarem conteúdo em Maio de 2003. [77] A grande maioria dessas pessoas não eram crianças. Não importa o que imagine-se atualmente, uma grande quantidade de conteúdo está sendo “obtido” por essas redes. A facilidade e o baixo custo das redes de compartilhamento de arquivos inspirou milhões a apreciarem música de uma forma como jamais fizeram antes.

Uma parte desse prazer envolve violações de *copyright*, mas outra não. E mesmo naquela parte em que tecnicamente existe a violação de *copyright*,

²Esses valores são da época na qual o livro “Free Culture” original foi escrito. Atualmente, o sistema P2P mais usado é o eMule, com cerca de 80 milhões de usuários, tendo como rivais o próprio KaZaA, sistemas da rede GNUTella — Morpheus, Shareaza, BearShare e LimeWire — e os sistemas BitTorrent — como o próprio BitTorrent puro, o supracitado Shareaza e o Azureus

calcular o prejuízo real provocado aos donos do *copyright* é muito mais complicado do que se pode imaginar. Considere — de forma um pouco mais cuidadosa do que as vozes polarizadas ao redor desse debate costumam fazer — os tipos de compartilhamento que o compartilhamento de arquivos permite e os prejuízos que ele provoca, por exemplo.

Os participantes das redes de compartilhamento de arquivos compartilham diferentes tipos de conteúdos. Podemos dividi-los em quatro tipos.

- A – Esses são aqueles que usam as redes P2P como substitutos para a compra de conteúdo. Dessa forma, quando um novo CD da Rita Lee é lançado, ao invés de comprar o CD, eles simplesmente o copiam. Podemos argumentar se todos os que copiaram as músicas poderiam comprá-las caso o compartilhamento não permitisse baixá-las de graça. Muitos provavelmente não poderiam, mas claramente alguns poderiam. Os últimos são os alvos da categoria A: usuários que baixam conteúdo ao invés de comprá-lo.
- B – Há alguns que usam as redes de compartilhamento de arquivos para experimentarem música antes de a comprar. Dessa forma, um amigo manda para outro um MP3 de um artista do qual ele nunca ouviu falar. Esse outro amigo então compra CDs desse artistas. Isso é uma forma de publicidade direcionada, e que tem grandes chances de sucesso. Se o amigo que está recomendando a música não ganha nada recomendando porcarias, então pode-se imaginar que suas recomendações sejam realmente boas. O saldo final desse compartilhamento pode aumentar as compras de música.
- C – Há muitos que usam as redes de compartilhamento de arquivos para conseguirem materiais sob *copyright* que não são mais vendidos ou que não podem ser comprados ou cujos custos da compra fora da Net seriam muito grandes. Esse uso da rede de compartilhamento de arquivos está entre os mais recompensadores para a maioria. Canções que eram parte de nossa infância mas que desapareceram há muito tempo atrás do mercado ressurgem magicamente na rede. (Um amigo meu me disse que quando ele descobriu o Napster, ele passou um fim de semana inteiro “relembrando” músicas antigas. Ele estava surpreso com a gama e diversidade do conteúdo disponibilizado.) Para conteúdo não vendido, isso ainda é tecnicamente uma violação de *copyright*, embora já que o dono do *copyright* não está mais vendendo esse conteúdo, o prejuízo econômico é zero — o mesmo prejuízo que ocorre quando eu vendo minha coleção de discos de 45 RPMs dos anos 60 para um colecionador local.

D – Finalmente, há muitos que usam as redes de compartilhamento de arquivos para terem acesso a conteúdos que não estão sob *copyright* ou cujo dono do *copyright* os disponibilizou gratuitamente.

Como esses tipos diferentes de compartilhamento se equilibram?

Vamos começar de alguns pontos simples mas importantes. Do ponto de vista legal, apenas o tipo D de compartilhamento é claramente legal. Do ponto de vista econômico, apenas o tipo A de compartilhamento é claramente prejudicial.[78] O tipo B de compartilhamento é ilegal mas claramente benéfico. O tipo C também é ilegal, mas é bom para a sociedade (já que maior exposição à música é bom) e não causa prejuízos aos artistas (já que esse trabalho já não está mais disponível). Portanto, como os tipos de compartilhamento se equilibram é uma pergunta bem difícil de responder — e certamente mais difícil do que a retórica envolvida atualmente no assunto sugere.

Se o compartilhamento equilibrado resulta em prejuízos depende do quão prejudicial é o tipo A de compartilhamento. Da mesma forma que Edison reclamou de Hollywood, os compositores reclamaram das pianolas, os músicos reclamaram do rádio, e as redes de TV reclamaram da TV a cabo, a indústria musical reclama que o tipo A de compartilhamento é um tipo de “roubo” que está “devastando” a indústria.

Embora os números sugiram que o compartilhamento é prejudicial, *o quão prejudicial* ele é torna-se algo mais difícil de definir. Não é de hoje que a indústria fonográfica culpa a tecnologia por qualquer queda nas vendas. O caso das fitas cassete é um bom exemplo. Como um estudo de Cap Gemini da Ernst & Young afirmava, “ao invés de explorarem essa nova e popular tecnologia, os selos [musicais] preferem lutar contra ela”.[79] Os selos reclamavam que cada álbum gravado em fita era um álbum que deixava de ser vendido, e quando as vendas caíram em 111,4% em 1981, a indústria reclamava que seu ponto de vista estava provado. A tecnologia era o problema, e banir ou regulamentar a tecnologia era a solução.

E desde então, e antes mesmo que o Congresso precisasse criar alguma regulamentação, a MTV surgiu, e a indústria teve uma recuperação fantástica. “No fim das contas”, conclui Cap Gemini, “a ‘crise’ (...) não era gerada pelas pessoas que gravam fitas cassete — que não pararam [de gravá-las após o surgimento da MTV] — mas sim em grande parte da estagnação da inovação na música por parte dos grandes selos”.[80]

Mas apenas porque a indústria estava errada antes não quer dizer que esteja errada agora. Para avaliar a real ameaça representada pelo compartilhamento em P2P à indústria em particular, e à sociedade em geral — ao menos uma sociedade que herdou a tradição que nos deu a indústria cine-

matográfica, fonográfica, radiofônica, de TV a cabo, e o videocassete — a questão não é simplesmente *se* o tipo A de compartilhamento é prejudicial, mas sim de *o quão* prejudicial ele é, e o quão benéfico os demais tipos de compartilhamento são.

Vamos começar a responder essa questão focando-nos no prejuízo médio, do ponto de vista da indústria como um todo, que as redes de compartilhamento causam. O “prejuízo médio” da indústria é o quanto o tipo A de compartilhamento supera o tipo B. Se as gravadoras venderem mais CDs pela experimentação do que elas perdem pela substituição, então na prática as redes de compartilhamento beneficiam a indústria musical no saldo final. Elas podem então ter menos razões *estáticas* para resistirem a elas.

Isso pode ser verdade? A indústria como um todo pode estar ganhando mais por causa do compartilhamento de arquivos? Por mais estranho que isso possa parecer, os dados sobre as vendas de CD atualmente sugerem que isso possa estar acontecendo.

Em 2002, a RIAA relatou que as vendas de CD caíram em 8,9%, de 882 milhões para 803 milhões de unidades; o faturamento caiu em 6,7%.^[81] Isso confirma uma tendência dos últimos anos. A RIAA culpa a pirataria na Internet pela tendência, embora haja muitas outras causas que poderiam ser consideradas para essa queda. A SoundScan, por exemplo, relata uma queda de mais de 20% no número de CDs lançados desde 1999. Não há dúvida que isso conta para uma parte das perdas em vendas. Os aumentos de preços também contam como parte dessa perda. “De 1999 a 2001, o preço médio do CD subiu em 7,2%, de 13,04 dólares para 14,19 dólares”.^[82] A competição com outras formas de mídia também conta como parte dessas perdas. Como Jane Black do *BusinessWeek* comenta, “A trilha sonora do filme *Alta Fidelidade* tem um preço de tabela de 18,98 dólares. Você pode comprar o filme todo [em DVD] por 19,99 dólares”.^[83]

Vamos imaginar, porém, que a RIAA esteja certa e que todas as perdas nas vendas de CD resultem de pirataria na Internet. Aqui está o fato intrigante: no mesmo período em que a RIAA estimou que 803 milhões de CDs foram vendidos, a própria RIAA estimou que 2,1 *bilhões* de CDs foram copiados de graça na Internet. Dessa forma, embora 2,6 vezes o total de CDs vendidos foram copiados da Internet, as quedas em faturamento foram de apenas 6,7%.

Existem muitas coisas diferentes acontecendo ao mesmo tempo para explicarem esses números de forma definitiva, mas uma conclusão é inevitável: embora a indústria fonográfica pergunte incessantemente “*Qual a diferença entre copiar uma música da Internet e roubar um CD?*” —, seus próprios números revelam tal diferença. Se eu roubo um CD, então é um CD a menos para venda. Qualquer roubo é perda de venda. Mas se nos basearmos nos

números que a RIAA oferece, veremos claramente que isso não funciona com os *downloads*. Se cada *download* fosse uma venda perdida — se cada uso do KaZaA “rouba[sse] do autor [sua] renda” — então a indústria deveria ter sofrido uma queda de 100% nas vendas no ano passado, não de apenas 7%. Se 2,6 vezes os números de CDs foram copiados da Internet, e ainda assim as vendas caíram em apenas 6,7%, então existe uma grande diferença entre “copiar uma música da Internet e roubar um CD”.

Esses são os prejuízos — alegados e provavelmente exagerados mas, devemos assumir, existentes. Quais são os benefícios? O compartilhamento de arquivos pode aumentar os custos da indústria fonográfica? Que valor ela pode produzir junto com esses custos?

Um dos benefícios é o compartilhamento de tipo C — disponibilização de conteúdo tecnicamente ainda sob *copyright* mas que já não mais está disponível comercialmente. E essa não é uma parte pequena do conteúdo disponível. Existem milhões de faixas que não estão mais disponíveis comercialmente.[84] E enquanto é concebível que uma parte desse conteúdo não esteja mais disponível porque o artista produtor do conteúdo não deseja assim, a imensa maioria dele não o está apenas porque o distribuidor decidiu que *não faz mais sentido econômico para a companhia* mantê-lo disponível.

No espaço físico — muito antes da Internet — o mercado deu uma resposta simples a esse problema: os sebos, aonde se compram e vendem livros e discos usados. Existem milhares de sebos atualmente nos Estados Unidos.[85] E pela lei norte-americana de *copyright*, quando eles compram e vendem esse conteúdo, *mesmo tal conteúdo ainda estando sob copyright*, o dono do *copyright* não tem direito a um centavo. Sebos são entidades comerciais; seus donos fazem dinheiro do conteúdo que vendem; mas como no caso das empresas de cabo antes da licença legal, eles não têm que pagar ao dono do *copyright* do conteúdo que eles vendem.

O compartilhamento de tipo C, portanto, é muito semelhante ao caso dos sebos. É diferente, claro, porque a pessoa que está disponibilizando o conteúdo não está ganhando dinheiro ao tornar disponível o conteúdo. É diferente também porque no espaço físico, quando eu vendo um disco, eu não o tenho mais, enquanto no ciberespaço, quando alguém copia minha cópia de *Two Love Songs*, de Bernstein, eu ainda tenho ela. A diferença poderia atuar economicamente se o dono do *copyright* de 1949 estivesse vendendo o disco em competição com o meu compartilhamento. Mas estamos falando de um tipo de conteúdo que não está mais disponível comercialmente. A Internet está o disponibilizando, através de compartilhamento cooperativo, sem compensação ao mercado.

Você pode estar pensando, ao considerar tudo isso, que seria melhor se o dono do *copyright* fizesse as vendas. Mas pensando dessa forma, não se-

ria interessante proibir os sebos? Ou, colocando de outra maneira, se você imagina que o tipo C de compartilhamento deveria ser proibido, porque não proibir também os sebos e bibliotecas?

Finalmente, e talvez mais importante, as redes de compartilhamento de arquivos permitem que o tipo D de compartilhamento aconteça — o compartilhamento de conteúdo cujos donos do *copyright* desejam que seja compartilhado ou para os quais já não exista mais *copyright*. Esse compartilhamento claramente beneficia o autor e a sociedade. O autor de ficção científica Cory Doctorow, por exemplo, lançou seu primeiro livro, *Down and Out in the Magic Kingdom*, no mesmo dia tanto online quanto nas livrarias; Ele (e seus distribuidores) imaginaram que a distribuição online poderia ser uma grande publicidade para o livro “de verdade”. As pessoas poderiam ler uma parte online e então se decidirem se gostaram ou não do livro. Se gostaram, eles poderiam simplesmente comprá-lo. O conteúdo de Doctorow é um do tipo D. Se as redes de compartilhamento de arquivos permitirem que esse trabalho seja divulgado, então tanto a sociedade quanto ele saem ganhando. (Na verdade, ganhando muito: é um grande livro!)

O mesmo vale para as obras em domínio público: esse compartilhamento beneficia a sociedade sem prejuízos reais aos autores. Se resolvendo o problema do compartilhamento de tipo A destruirmos a oportunidade do compartilhamento de tipo D, então nós perderemos algo muito importante protegendo o conteúdo de tipo A.

Na realidade a questão toda é a seguinte: Enquanto a indústria fonográfica compreensivelmente diz, “*Nós perdemos esse valor*”, nós temos que nos questionar, “*Quanto a sociedade ganha com o uso de redes P2P? Quais são os resultados? Que tipo de conteúdo é esse que de outra forma não estaria disponível?*”

Por pior que eu tenha descrito a pirataria na primeira seção desse capítulo, muito da “pirataria” que o compartilhamento de arquivo permite é claramente legal e boa. E de forma semelhante à pirataria que descrevi no capítulo 4, muito dessa pirataria está sendo motivada por uma nova forma de divulgar-se conteúdos causada por mudanças na tecnologia de distribuição. Dessa forma, de forma consistente com a tradição que nos deu Hollywood, o rádio, a indústria fonográfica e a TV a cabo, a questão que deveríamos fazer sobre o compartilhamento de arquivos é qual a melhor forma de preservar os seus benefícios e, ao mesmo tempo, minimizar (e exterminar, se possível) o prejuízo causado aos artistas. Essa questão é uma sobre equilíbrio. A lei pode deveria procurar esse equilíbrio, e ele só poderá ser encontrado com o tempo.

“*Mas essa guerra não é apenas contra o compartilhamento ilegal? Seu alvo não apenas o que definimos como compartilhamento de tipo A?*”

Você deve estar pensando assim, e esperamos que seja assim. Mas até

agora, não está sendo assim. O efeito da guerra aparentemente contra o tipo A de compartilhamento está sendo levada além desse tipo de compartilhamento. Quando o Napster disse à corte regional que havia desenvolvido uma tecnologia que bloqueava a transferência de 99,4% do material identificadamente ilegal, a corte do distrito disse ao advogado do Napster que 99,4% não era suficiente. O Napster deveria “eliminar totalmente” as violações de *copyright*. [86]

Se 99,4% não é o suficiente, então essa é uma guerra contra as tecnologias de compartilhamento de arquivos, não uma guerra contra violações de *copyright*. Não há como garantir que um sistema de P2P vá ser usado o tempo todo dentro da lei, da mesma forma como é impossível garantir que 100% dos videocassetes ou 100% das máquinas Xerox ou 100% das armas de fogo serão usadas dentro da lei. Tolerância zero quer dizer que não teremos P2P. A decisão da corte define que nós como uma sociedade devemos perder os benefícios do P2P, mesmo para os usos totalmente legais e benéficos que ele pode representar, se isso for necessário para garantir que não haverá violações de *copyright* causadas pelo P2P.

A tolerância zero nunca foi uma característica de nossa história. Ela não produziu a indústria de conteúdo que temos atualmente. A história da lei americana sempre foi um processo de equilíbrio. Conforme as novas tecnologias mudaram a maneira como o conteúdo era distribuído, a lei se ajustava, após algum tempo, às novas tecnologias. Nesse ajuste, a lei procurava garantir os direitos legítimos dos criadores enquanto protegia a inovação. Algumas vezes isso significou mais direitos para os criadores, outras menos.

Tanto assim que, como podemos ver, quando “a reprodução mecânica” ameaçou os interesses dos compositores, o Congresso equilibrou os direitos dos compositores contra a vontade da indústria fonográfica. Ele garantiu direitos aos compositores, mas também aos artistas: os compositores eram pagos, mas segundo preços determinados pelo Congresso. Mas quando as rádios começaram a reproduzir as gravações feitas por esses artistas, e quando eles reclamaram ao Congresso que sua “propriedade intelectual” não estava sendo respeitada (pois as estações de rádio não estavam os pagando pela criatividade que eles difundiam), o Congresso rejeitou tal apelo. Um benefício indireto foi considerado suficiente.

A TV a Cabo seguiu o exemplo dos discos. Quando as cortes rejeitaram o apelo de que as empresas de cabo tinham que pagar pelo conteúdo que elas retransmitiam, o Congresso respondeu dando às redes de TV um direito de compensação, mas definido pela lei. Ele também deu às companhias de cabo o direito ao conteúdo, enquanto eles pagassem as licenças legais.

Esse acordo, como o acordo afetando discos e pianolas, tinha como objetivos dois grandes objetivos — na verdade, os dois objetivos centrais de

qualquer legislação de direitos autorais. Primeiro, a lei garantia que os inovadores teriam a liberdade de desenvolverem novas formas de divulgar conteúdo. Segundo, a lei garantia que os detentores do *copyright* seriam pagos pelo conteúdo que foi distribuído. Um dos temores envolvidos era que, se o Congresso simplesmente determinasse que as empresas de TV a Cabo pagassem o que os detentores de *copyright* desejassem pelo conteúdo, então os detentores de *copyright*, associados às redes de TV, poderiam utilizar seu poder para sufocar essa mesma tecnologia, a do cabo. Mas se o Congresso tivesse permitido às empresas de cabo utilizarem-se do conteúdo das redes de TV de graça, então ele estaria subsidiando de forma injusta o cabo. Desse modo o Congresso escolheu um caminho que poderia garantir a *compensação* sem dar ao passado (redes de TV) controle sobre o futuro (TV a cabo).

No mesmo ano que o Congresso atingiu esse equilíbrio, dois grandes produtores e distribuidores de filmes abriram um processo contra outra tecnologia, o gravador de fitas de vídeo (*video tape recorder* — VTR, ou como chamamos atualmente, videocassetes — *video cassette recorder* — VCRs) que a Sony havia produzido, o Betamax. Os apelos da Disney e da Universal contra a Sony eram relativamente simples: a Sony produzira um dispositivo, no entender da Disney e da Universal, que permitia aos consumidores se envolverem em violações de *copyright*. Como o dispositivo da Sony fora construído com um botão “gravar”, o dispositivo poderia ser usado para gravar filmes e show sob *copyright*. A Sony estaria portanto se beneficiando das violações de *copyright* de seus consumidores. Ela deveria ser, na opinião da Disney e da Universal, parcialmente responsabilizada por tais violações.

Havia certa razão no apelo da Disney e da Universal. A Sony decidira criar sua máquina como uma forma de tornar simples a gravação de shows de TV. Ele poderia ter sido construído o equipamento de forma a bloquear ou impedir qualquer cópia direta de conteúdo televisionado. Ou possivelmente, ele poderia ter sido construído de forma que apenas seria liberada a gravação de programas que tivessem um sinal especial “copie-me” neles. Estava claro que muitos show de TV não iriam dar a qualquer um permissão para a gravação. De fato, se alguém tivesse perguntado, sem dúvida a grande maioria dos programas não iriam autorizar a gravação. E ao perceber essa óbvia preferência, a Sony poderia minimizar a oportunidade para a violações de direitos autorais. Mas ela não o fez, e por isso a Disney e a Universal desejam responsabilizá-la por sua escolha de arquitetura.

Jack Valenti, presidente da MPAA, tornou-se o mais ativo porta-voz dos estúdios. Eles chamou os videocassetes de “devoradores de fitas”. Ele alertou, “Quando houverem 20, 30, 40 milhões desses videocassetes no país, nós seremos invadidos por milhões de ‘devoradores de fitas’ que devorarão a própria essência da mais importante fonte de renda do detentor do *copyright*, seu

copyright”.[87] “Ninguém precisa ser treinado em marketing ou possuir julgamento criativo”, disse ele ao Congresso, “para entender a devastação do mercado causado pelas centenas de milhões de gravações que irão causar um impacto adverso no futuro da comunidade criativa de nosso país. É simplesmente uma questão de economia e bom senso”.[88] De fato, como pesquisas iriam mostrar mais adiante, 45% dos donos de videocassetes iriam possuir bibliotecas de dez filmes ou mais.[89] — um uso que a Corte depois iria definir como não sendo “justo”. Por “permitir que os donos de videocassetes copiassem livremente, causando assim uma violação de *copyright*, sem criação de um mecanismo para a compensação do detentor do *copyright*”, Valenti disse em testemunho, o Congresso iria “tomar dos donos a própria essência de sua propriedade: o direito exclusivo para controlar quem pode usar seus trabalhos, quem pode copiá-los e, assim, obterem retorno de tal cópia”.[90]

Levou oito anos para esse caso ser resolvido pela Suprema Corte. Nesse interim, a Nona Corte Distrital de Apelações, que inclui Hollywood em sua jurisdição — sendo que o Juiz principal Alex Kozinski, que atua nessa corte, refere-se a ele como o “Distrito de Hollywood” — decidiu que a Sony deveria ser responsabilizada pela violações de *copyright* tornadas possíveis por suas máquinas. Segundo a decisão da Nona Corte, essa tecnologia totalmente familiar — que Jack Valenti chamou de “o Estrangulador de Boston da indústria americana de filmes” (e pior, “o *Japonês* Estrangulador de Boston da indústria americana de filmes”) — era uma tecnologia ilegal.[91]

Mas a Suprema Corte reverteu a decisão da Nona Corte. E na sua reversão, a Corte claramente articulou sua compreensão de quando e se as cortes deveriam intervir em tais disputas. Como a Corte escreveu,

“As políticas justas, assim como nossa história, apóiam nossa consistente deferência ao Congresso quando inovações tecnológicas importantes alteram o mercado de materiais sob *copyright*. O Congresso tem a autoridade constitucional e a habilidade institucional para acomodar completamente todas as variadas permutações de interesses antagônicos que estão inevitavelmente envolvidos em tal tecnologia nova”.[92]

O Congresso foi inquirido a opinar quanto à decisão da Suprema Corte. Mas quando houve o apelo dos artistas sobre a radiodifusão, o Congresso ignorou o apelo. O Congresso estava convencido de que as empresas de cinema Americanas estavam pedindo demais, apesar de tal “tomada”.

Se colocarmos todos esses casos juntos, teremos um padrão claro:

Caso	Quem estava perdendo?	Resposta das Cortes	Resposta do Congresso
Gravações	Compositores	Sem proteção	Licenças Legais
Rádio	Artistas	N/A	Nada
TV a Cabo	Redes de TV	Sem proteção	Licenças Legais
Videocassete	Empresas de cinema	Sem proteção	Nada

Em cada caso ao longo de nossa história, uma nova tecnologia mudou a forma de distribuir-se conteúdo.[93] Em cada caso, ao longo de nossa história, essa mudança significou que alguém estava ganhando um “passe livre” no trabalho de alguém.

Em *nenhum* desses casos as cortes ou o Congresso conseguiram eliminar todos os abusos. Em *nenhum* desses casos as cortes ou o Congresso insistiram que a lei deveria assegurar que o detentor do *copyright* tivesse retorno total sob seu *copyright*. Em todos os casos, os detentores de *copyright* reclamavam de “pirataria”. Em todos os casos, o Congresso atuou reconhecendo alguns direitos aos “piratas”. Em todos os casos, o Congresso permitiu à uma nova tecnologia beneficiar-se do conteúdo criado anteriormente a ele. Ele equilibrou os interesses envolvidos.

Quando você pensa nesses exemplos, e em todos os outros que citamos nos quatro primeiros capítulos dessa seção, esse equilíbrio faz sentido. Walt Disney não era um pirata? Seria melhor ao *doujinshi* se os seus artistas obtivessem permissão prévia dos artistas de *manga*? Deveríamos regulamentar as ferramentas que permitissem às pessoas capturarem e divulgarem imagens ou que permitissem às pessoas criticarem à nossa cultura? É realmente justo expor alguém a multas de 15 milhões de dólares por dano apenas por ter construído um sistema de busca? Teria sido melhor se Edison controlasse o cinema? Será que todas as bandas *cover* deveriam contratar advogados para pedirem permissão ao gravarem músicas?

Nós podemos responder “sim” para todas essas perguntas, mas nossa tradição diz que “não”. Em nossa tradição, como disse a Suprema Corte, o *copyright* “nunca deu ao detentor do *copyright* controle completo sobre todos os usos possíveis de seu trabalho”. [94] De fato, os usos específicos que a lei regulamentou foram definidos para equilibrarem o bem que vem de dar um direito exclusivo a alguém e os prejuízos que tal direito exclusivo pode causar. E esse equilíbrio tem sido historicamente sido feito *após* uma tecnologia ter amadurecido, ou ajustado em meio a um conjunto de tecnologias que facilitam a distribuição do conteúdo.

Nós deveríamos estar fazendo isso atualmente. A tecnologia da Internet está mudando muito rapidamente. O modo como as pessoas se conectam à Internet está mudando muito rapidamente (de com para sem cabos). Sem

sombra de dúvidas a rede não deveria tornar-se uma ferramenta para “roubar” conteúdo de artistas. Mas também a lei não deveria tornar-se uma ferramenta para entrincheirar-se uma forma específica pela qual os artistas (ou mais precisamente) deverão ser pagos. Como eu irei descrever com detalhes no último capítulo desse livro, deveríamos estar garantindo retorno aos artistas ao mesmo tempo em que garantiríamos ao mercado acesso ao modo mais eficiente de promoção e distribuição de conteúdo. Isso irá exigir mudanças na lei, ao menos no interim de tais mudanças. Essas mudanças deveriam ser criadas para equilibrar a proteção da lei e o interesse público na continuação da inovação.

Isso é especialmente verdadeiro quando uma nova tecnologia disponibiliza uma forma muito superiora de distribuição, como no caso do P2P. As tecnologias P2P podem ser idealmente eficientes para mover-se conteúdo através de uma rede extremamente diversificada. Se deixarmos que ela se desenvolva, ela pode tornar a rede extremamente mais eficiente. Mas os “potenciais benefícios públicos”, como John Schwarts escreveu no *The New York Times*, “podem ser obstruídos pela luta contra o P2P”. [95]

Porém, quando alguém começa a falar em “equilíbrio”, os ativistas do *copyright* surgem com um argumento diferente. “*Toda essa balela sobre equilíbrio e incentivos*”, dizem eles, “*esquece-se de um ponto fundamental: nosso conteúdo*”, eles insistem, “*é propriedade **nossa**. Por que deveríamos esperar que o Congresso ‘reequilibrasse’ nossos direitos de propriedade? Deveríamos esperar antes de chamarmos a polícia quando nosso carro foi roubado? E porque o Congresso deveria deliberar sobre todos os méritos envolvidos nesse roubo? Deveríamos nos perguntar se o ladrão de carro teve um bom uso do carro antes de o prendermos?*”

“*Essa é a **nossa** propriedade*”, eles insistem, “*e ela deveria ser protegida da mesma forma como qualquer outra propriedade*”.

Parte III
“Propriedade”

Os defensores do *copyright* estão certos: um *copyright* é uma espécie de propriedade, que possui um dono, pode ser vendida, e que é protegida por lei contra roubo. Normalmente, o dono do *copyright* pode pedir o que ele quiser pelo *copyright*. Os mercados regulam parcialmente tal preço pelas leis de oferta e demanda.

Mas de certa forma, falar que *copyright* é um direito à propriedade é um pouco errôneo, já que o *copyright* é um tipo diferente de propriedade. De fato, a própria noção de propriedade sobre uma idéia ou sobre uma expressão de uma idéia é muito estranha. Eu entendo que eu roubo algo quando pego, por exemplo, a mesa de piquenique que você instalou em seu quintal. Estou pegando algo, a mesa de piquenique, e após eu fazer isso, você não a tem mais. Mas o que eu roubo quando pego a *boa idéia* que você teve de colocar uma mesa de piquenique no seu quintal — por exemplo, indo nas Casas Bahia, comprando uma mesa e colocando-a no meu quintal? O que é que eu estou tomando?

A questão não é relacionada apenas com a existência das mesas de piquenique contra as das idéias, embora isso envolva uma diferença importante. O ponto porém é que no caso comum — de fato, em praticamente todas as situações exceto por uma curtíssima faixa de exceções — as idéias que são divulgadas ao mundo são livres. Eu não roubo nada de você quando eu copio o seu jeito de se vestir — embora isso possa parecer bizarro, ainda mais se você for uma mulher. De fato, como Thomas Jefferson disse (e isso parece ser especialmente verdadeiro quando copio o jeito que os outros se vestem) — “Aqueles que recebem uma idéia minha, recebem eles próprios informações sem me prejudicarem em nada; aqueles sobre quem as luzes que eu criei brilham, recebem luz sem me obscurecer.” [96]

As exceções ao uso livre são idéias e expressões que estão ao alcance das leis de patentes e de direitos autorais, e alguns outros domínios sobre os quais não tratarei aqui. Aqui a lei afirma que você não pode tomar minha idéia ou expressão sem permissão: a lei transforma o intangível em propriedade.

Mas como, e até que ponto, e de que forma — os detalhes, em outras palavras — isso acontece? Para ter-se uma boa noção de como essa prática de tornar o intangível em propriedade surgiu, precisamos colocar essa “propriedade” em seu contexto adequado. [97] Minha estratégia para fazer isso será a mesma da parte anterior. Eu vou oferecer quatro histórias que ajudarão a situar o contexto da idéia de que “material sob *copyright* é propriedade”. Como surgiu essa idéia? Quais são seus limites? Como ela funciona na prática? Após essas histórias, a significância dessa idéia de que “material sob *copyright* é propriedade” — ficará um pouco mais clara, e suas implicações irão revelar-se um tanto diferentes das implicações nas quais os ativistas do *copyright* nos querem fazer acreditar.

Capítulo 6

Fundadores

WILLIAM SHAKESPEARE escreveu *Romeu e Julieta* em 1595. A peça foi publicada pela primeira vez em 1597. Ela foi sua décima primeira grande peça. Ele continuou a escrever peças até 1613, e as peças que ele escreveu continuamente definiram a cultura Anglo-Americana desde então. As obras desse autor do século 16 marcaram tão profundamente nossa cultura que algumas vezes nós não somos capazes de reconhecer suas fontes. Uma vez ouviu alguém comentando sobre a adaptação de Kenneth Branagh de Henrique V: “Eu gostei dela, mas Shakespeare é cheio de clichês”.

Em 1774, quase 180 anos após *Romeu e Julieta* ter sido escrito, muitos acreditavam que o “*copy-right*”¹ do trabalho ainda era direitos exclusivo de um único distribuidor, Jacob Tonson.[98] Tonson era o distribuidor mais proeminente de um pequeno grupo de distribuidores conhecidos como Conger[99], que controlava a venda de livros na Inglaterra durante o século 18. O Conger exigiu um direito perpétuo de controle sobre as cópias de livros que eles adquiriram dos autores. Esse direito perpétuo significava que ninguém mais poderia publicar cópias de um livro sobre os quais eles tinham o *copyright*. Os preços dos clássicos eram assim mantidos altos e a competição que produzia edições melhores ou mais baratas era eliminada.

Agora, havia algo confuso no ano de 1774 para qualquer um que conheça um pouco mais sobre as leis de direitos autorais. O ano no qual se tem a primeira notícia de uma lei de *copyright* é o de 1710, o ano em que o Parlamento Britânico adotou sua primeira lei de “*copyright*”. Conhecida como o Estatuto de Anne, a lei determinada que todas as obras publicadas a partir desse momento teriam um período de *copyright* de 14 anos, renovável apenas uma vez e apenas se o autor estivesse vivo, e todas as obras publicada até aquele momento teriam um período único de *copyright* de 21 anos a

¹NT: direito de cópia, ao pé da letra

mais.[100] Segundo essa lei, *Romeu e Julieta* estaria livre em 1731. Então por que ela ainda estava sobre controle de Tonson em 1774?

A razão é que os ingleses ainda não tinham chegado a uma conclusão do que significava o “*copy-right*” — de fato, ninguém ainda tinha chegado a tal conclusão. Na época em que os ingleses implantaram o Estatuto de Anne, não existiam outras legislações que regulamentassem o *copyright*. A última lei que regulamentava os distribuidores, o *Licensing Act* de 1662, expirou em 1695. A lei dava aos distribuidores um monopólio sobre as publicações, como uma forma de facilitar para a Coroa o controle sobre o que era publicado. Mas após esse período, não houve mais nenhuma lei verdadeira que diziam aos distribuidores, ou “livrarias”, que eles detinham direitos exclusivos para imprimirem livros.

Mas o fato de não haver nenhuma lei *verdadeira* não queria dizer a ausência total de leis. A tradição jurídica Anglo-Americana leva em consideração tanto as palavras dos legisladores quanto as dos juizes para definirem as normas que governam o modo como as pessoas deveriam se comportar. Nós chamamos as palavras dos legisladores de “leis” e as palavras dos juizes de “jurisprudência”. A jurisprudência definia o cenário no qual os legisladores legislavam; os legisladores, normalmente só podiam superar esse cenário se conseguissem passar uma lei que contornasse a jurisprudência. E portanto a real questão após os estatutos de licenciamento terem expirado era se a jurisprudência iria proteger o copyright, independentemente das leis.

Essa questão era importante para os distribuidores, ou “livreiros” como eles eram chamados, por causa da competição estrangeira. Os escoceses, em especial, estavam cada vez mais publicando e exportando livros para a Inglaterra. Essa competição reduzia os ganhos do Conger, que reagiu pressionando o Parlamento para que ele passasse uma lei para dar novamente um controle exclusivo sobre a publicação. Essa exigência veio no fim das contas a dar origem ao Estatuto de Anne.

O Estatuto de Anne dava ao autor ou “proprietário” de um livro um direito exclusivo de publicar aquele livro. Uma limitação importante, porém, para horror dos livreiros, era que a lei dava ao livreiro o direito apenas por um certo período. No final desse período, o *copyright* “expirava” e a obra então era livre e poderia ser publicada por qualquer um. Ou assim acredita-se que os legisladores imaginaram.

Agora, a coisa que nos confunde um pouco é a seguinte: porque o Parlamento deveria limitar os direitos exclusivos? Porque eles não limitaram os poderes mas sim a duração?

Para os livreiros, e os autores que eles representavam, esse era um apelo muito forte. Tome como exemplo *Romeu e Julieta*: essa peça foi escrita por Shakespeare. Foi sua genialidade que trouxe-a para o mundo. Ele não tomou

propriedades de ninguém ao criar essa obra (há controvérsias sobre isso, mas não importa agora), e tendo ele criado essa peça, ele não tornou mais difícil a outros montarem a peça. Então porque a lei deveria permitir que outras pessoas viessem e tomassem a peça de Shakespeare sem sua autorização, ou dos detentores de seu espólio? Que razão havia para permitir que outras pessoas “roubassem” o trabalho de Shakespeare?

A resposta vem em duas partes. Primeiro temos que entender algo importante sobre a noção de “*copyright*” que existia no tempo do Estatuto de Anne. Segundo, temos que entender algo importante sobre os “livreiros”.

Primeiro tratemos do *copyright*: nos últimos 300 anos, nós fomos assumindo o conceito de “*copyright*” de forma cada vez mais ampla. Mas em 1710, esse conceito não era tão amplo assim. O *copyright* surgiu com uma série bem específica de restrições: ele proibía a outros de reeditar um livro. Em 1710, o “*copyright*” era um direito para usar uma máquina específica para reproduzir uma certa obra. Ela não ia além disso. Ela não controla de maneira mais geral como a obra era usada. Atualmente o *copyright* inclui uma grande gama de restrições às liberdades dos outros: ele dá ao autor o direito exclusivo para cópia, distribuição, apresentação e assim por diante.

Dessa forma, por exemplo, mesmo se o *copyright* às obras de Shakespeare fosse perpétuo, tudo o que isso significaria no conceito original do termo é que ninguém poderia reimprimir o trabalho de Shakespeare sem o consentimento do espólio de Shakespeare. Ele não iria controlar nada, por exemplo, sobre como a obra deveria ser encenada, se poderia ser traduzida, ou se Kenneth Branagh poderia fazer seu filmes. O “*copyright*” era apenas um direito exclusivo para cópias — nada mais, nada menos.

Mesmo esse direito limitado era visto com ceticismo pelos britânicos. Eles tinham tido uma experiência longa e ruim com “direitos exclusivos”, especialmente aqueles garantidos pela Coroa. Os ingleses tinham lutado uma guerra civil em parte pelas práticas da Coroa em sustentar monopólios — especialmente sobre obras que já existiam. O Rei Henrique VIII deu uma patente para a impressão da Bíblia e um monopólio para a Darcy imprimir baralhos. O Parlamento Inglês começou a lutar contra esses abusos da Coroa. Em 1656, ele passou o Estatuto dos Monopólios, limitando monopólios para patentes em novas invenções. E em 1710, o Parlamento estava preocupado em lidar com o crescente monopólio da publicação de livros.

Desse modo o “*copyright*”, quando visto como um direito de monopólio, era claramente visto como um direito que deveria ser limitado. (Por mais convincente que o apelo de que “*é minha propriedade, e eu devo ter ela para sempre*” pareça nesse caso, ele é tão convincente quanto “*é o meu monopólio e deveria ser assim para sempre*”.) O Estado deveria proteger o direito exclusivo, mas só enquanto ele beneficiasse a sociedade. Os ingleses viram os

problemas provocados por favores para interesses específicos; eles passaram uma lei contra eles.

Agora tratemos dos livreiros: o fato era que o *copyright* não era apenas um monopólio, e sim um monopólio detido pelos livreiros. Os livreiros parecem-nos estranhos e inofensivos, mas não eram vistos de forma tão inofensiva na Inglaterra do século 17, Os membros do Conger eram cada vez mais vistos como monopolistas do pior cacife — ferramentas da repressão da Coroa, vendendo a liberdade da Inglaterra para garantirem seus ganhos com os monopólios. Os ataques contra tais monopolistas eram duros: Milton descrevia-os como “monopolizadores do negócio de venda de livros”; eles eram “homens que nunca tinham trabalhado em profissões honestas e para os quais o aprendizado era desprezado”. [101]

Muitos acreditavam que o poder que os livreiros exerciam sobre a disseminação do conhecimento estava prejudicando-a, justo na época em que o Iluminismo estava ensinando-os a importância da educação e da divulgação do conhecimento. A idéia de que o conhecimento deveria ser livre era uma marca desse período, e esses interesses comerciais estavam interferindo na idéia.

Para equilibrar tal poder, o Parlamento decidiu aumentar a competição entre as distribuidores, e a forma mais simples era espalhar a riqueza de livros valiosos. O Parlamento portanto limitou o período do *copyright* e assim garantiu que livros valiosos iriam tornar-se abertos para qualquer distribuidor os publicar após um certo tempo. Dessa forma a definição de um tempo para as obras existentes de apenas 21 anos era uma forma de lutar contra o poder dos livreiros. A limitação dos períodos era uma forma indireta de garantir a competição entre os distribuidores e portanto a construção e ampliação da cultura.

Quando chegou o ano de 1731 (1710 + 21), porém, os livreiros ficaram preocupados. Eles viam as conseqüências de uma maior competição, e como todo competidor, não gostaram delas. De início, os livreiros simplesmente ignoraram o Estatuto de Anne, continuando a insistir no direito perpétuo de controlar a publicação. Mas entre 1735 e 1737, eles tentaram persuadir o Parlamento a estenderem os períodos. Vinte e um anos não eram suficiente, eles diziam. Eles precisavam de mais tempo.

O Parlamento rejeitou esses pedidos. Como um panfleto colocou, em palavras que ecoam até hoje,

“Não há Motivo para dar agora um Período maior, de modo a nos obrigarmos a dá-lo novamente sucessivamente, conforme os Anteriores forem Expirando; se esse Projeto passar, ele irá em suma criar um Monopólio perpétuo, uma Coisa extrema-

mente odiosa aos Olhos da Lei; ele será uma grande Obstrução para os Negócios, uma Barreira para o Aprendizado, que não retornará nenhum Benefício aos Autores, mas sim uma Taxa pesada ao Público, apenas para aumentar os Ganhos privados dos Livreiros”.[102]

Tendo falhado no Parlamento, os distribuidores partiram para as cortes em uma série de casos. Seu argumento era simples e direto: o Estatuto de Anne dava aos autores certas proteções pela lei, mas tais proteções não tinham como objetivo sobrepor a jurisprudência. Na verdade, eles deveriam simplesmente complementarem a jurisprudência. Segundo a jurisprudência, já era considerado errado tomar a “propriedade” criativa de alguém e a usar sem permissão. O Estatuto de Anne não mudava isso, os livreiros argumentavam. Desse modo, só porque as proteções definidas no Estatuto de Anne tinham expirado, não queria dizer que as proteções da jurisprudência o tinham também. E pela jurisprudência eles tinham o direito de proibir a publicação de um livro, mesmo se o Estatuto de Anne afirmasse que o *copyright* tinha expirado. Essa, eles argumentavam, era a única forma de proteger os autores.

Esse era um argumento inteligente, e que teria o apoio de vários dos principais juristas da atualidade. Ele também demonstra uma grande ousadia. Até então, como o professor de legislação Raymond Patterson define, “Os livreiros (...) se preocupavam tanto com os artistas quanto os donos de rebanho com o rebanho”.[103] O livreiro não se preocupava em grilar os direitos do autor. Sua preocupação era a renda que o monopólio sobre os trabalhos do autor lhe dava.

O argumento dos livreiros não foi aceito sem luta. O herói dessa luta era um publicador escocês chamado Alexander Donaldson.[104]

Donaldson não estava envolvido com o Conger londrino. Ele começou sua carreira em Edimburgo em 1750. O foco de seu negócio eram reimpressões baratas “de obras comuns cujo período do *copyright* tivesse expirado,” ao menos segundo o Estatuto de Anne.[105] A empresa de publicações de Donaldson prosperou e tornou-se uma “espécie de centro para escoceses letrados”. “Entre eles,” relata-nos o Professor Mark Rose, estava “o jovem James Boswell que, junto com seu amigo Andrew Erskine, publicou uma antologia de poemas escoceses contemporâneos para Donaldson”.[106]

Quando os livreiros londrinos tentaram fechar o negócio de Donaldson na Escócia, ele respondeu abrindo o seu negócio em Londres, aonde ele vendia edições baratas “dos mais populares livros ingleses, em desafio ao suposto direito de jurisprudência da Propriedade Literária”.[107] Seus livros eram de 30 a 50% mais baratos que os do Conger, e ele defendia seu direito de

competir baseado no fato de que, pelo Estatuto de Anne, os livros que ele estava vendendo já não estavam mais sob proteção.

Os livreiros londrinos rapidamente abriram processos para bloquearem “piratas” como Donaldson. Um número dessas ações foram bem sucedidas, sendo a mais importante vitória inicial vindo do caso *Millar v. Taylor*.

Millar era um livreiro que em 1729 comprou os direitos para o poema de James Thomson “As Estações”. Millar cumpriu com os requerimentos do Estatuto de Anne, e portanto recebeu total proteção do estatuto. Após o término do período de *copyright*, Robert Taylor começou a imprimir um volume que competia com Millar, que o processou, clamando o direito perpétuo segundo a jurisprudência, ignorando o Estatuto de Anne.[108]

Surpreendentemente para a maioria dos advogados da atualidade, um dos maiores juízes da história inglesa, Lorde Mansfield, deu ganho de causa aos livreiros. Qualquer proteção dada pelo Estatuto de Anne aos livreiros não anulava, em seu entender, os direitos de jurisprudência. A questão era se a jurisprudência poderia proteger o autor contra futuros “piratas”. A resposta de Mansfield foi sim: a jurisprudência podia impedir que Taylor republicasse o poema de Thomson sem a permissão de Millar. Essa regra da jurisprudência então efetivamente dava aos livreiros um direito perpétuo de controlar a publicação de todos os livros cujos quais detivessem os *copyrights*.

Considerando como um assunto de justiça abstrata — raciocínio no qual a justiça não passa de dedução lógica de princípios básicos — a conclusão de Mansfield faz algum sentido. Mas o que foi ignorado foi o motivo principal pelo qual o Parlamento lutou em 1710: qual a melhor forma de limitar o poder de monopólio dos distribuidores? A estratégia do Parlamento era oferecer um período para obras existentes que fosse suficientemente longo para conseguir a paz em 1710, mas suficientemente curto para garantir que a cultura deveria passar para a competição dentro de um período racional de tempo. Em vinte e um anos, o Parlamento pensou, a Inglaterra iria amadurecer da cultura controlada que a Coroa desejava para a cultura livre que nós herdamos.

A luta para defender os limites definidos pelo Estatuto de Anne não acabou aí, porém, e é aqui que entra Donaldson.

Millar morreu pouco depois de sua vitória, portanto não houve apelação no caso. Seu espólio vendeu os poemas de Thomson para um sindicato de distribuidores que incluía Thomas Beckett.[109] Donaldson então lançou uma edição não-autorizada dos trabalhos de Thomson. Beckett, baseando-se na decisão de *Millar*, obteve um mandato judicial contra Donaldson. Donaldson apelou do caso para a Câmara dos Lordes, que funcionava de forma similar à nossa Suprema Corte. Em Fevereiro de 1774, essa instituição teve a chance de entender o objetivo dos limites impostos pelo Parlamento sessenta anos antes.

Como poucos casos jurídicos jamais conseguiram, *Donaldson versus Beckett* causou uma grande comoção ao redor da Inglaterra. Os advogados de Donaldson argumentaram que quaisquer direitos que tenham existido segundo a jurisprudência tinham sido terminados com o Estatuto de Anne. Após a aprovação do Estatuto de Anne, a única proteção jurídica para um direito exclusivo de controle de publicação vinham dele. Dessa forma, eles argumentaram, após o período definido pelo Estatuto de Anne ter expirado, os trabalhos que estavam originalmente protegidos pelo estatuto perdiam tal proteção.

A Câmara dos Lordes era uma instituição esquisita. Questões jurídicas eram apresentada à Câmara e votadas primeiro pelos “lordes da lei”, membros de uma distinção jurídica especial que atuava como os Juizes de nossa Suprema Corte. Então, após os lordes da lei terem votado, a Câmara dos Lordes geralmente votava.

Os relatos sobre os votos dos lordes da lei eram confusos. Em algumas contagens, parecia que o *copyright* perpétuo iria prevalecer. Mas não havia nenhuma ambigüidade sobre como a Câmara dos Lordes votaria como um todo. Por uma maioria de dois-para-um (22 a 11) eles votaram contra a idéia de *copyrights* perpétuos. Para qualquer um que entenda de jurisprudência, agora um *copyright* era fixado por um limite definido, após o qual a obra sob *copyright* passava para o domínio público.

“O domínio público”. Antes do caso *Donaldson versus Beckett*, não havia uma idéia clara de um domínio público na Inglaterra. Antes de 1774, havia um argumento bastante forte de que os *copyrights* segundo a jurisprudência eram eternos. Após 1774, o domínio público surgiu. Pela primeira vez na história Anglo-Americana, o controle legal sobre trabalho criativo expirava, e as grandes obras da história inglesa — incluindo as de Shakespeare, Bacon, Milton, Johnson e Bunyan — estavam livres das amarras jurídicas.

É difícil para nós imaginarmos, mas essa decisão da Câmara dos Lordes energizou uma reação popular e política extraordinária. Na Escócia, aonde a maior parte dos “distribuidores piratas” faziam seu trabalho, as pessoas celebraram a decisão nas ruas. Como o *Edinburgh Advertiser* relatou, “nenhuma causa privada chamou anteriormente tamanha atenção do público, e nenhuma causa levada anteriormente à Câmara dos Lordes fez com que as pessoas ficassem tão interessadas”. “Grande júbilo em Edimburgo após vitória sobre a propriedade literária: fogueiras e fogos de artifício”. [110]

Em Londres, porém, ao menos entre os distribuidores, a reação foi igualmente pungente, mas na direção oposta. O *Morning Chronicle* relatou:

“Pela decisão acima (...) quase 200 mil libras esterlinas de coisas adquiridas publicamente e às quais até ontem eram con-

sideradas propriedades foram reduzidas a nada. Os Livreiros de Londres e de Westminster, muitos dos quais venderam posses e casas para comprarem ‘*Copy-rights*’, estão de certa forma arruinados, e aqueles que durante muitos anos de desenvolvimento desenvolveram competências para darem a essas famílias agora estão sem um *shilling* para deixar de herança a seus sucessores”. [111]

Dizer que eles estava “arruinados” era um pouco de exagero. Mas não é um exagero dizer que a mudança foi profunda. A decisão da Câmara dos Lordes significava que os livreiros não poderiam mais controlar como a cultura na Inglaterra iria crescer e se desenvolver. A cultura inglesa tornou-se então *livre*. Mas não livre no sentido de que os *copyrights* não seriam mais respeitados, claro, durante o período que o livreiro teria um direito exclusivo de controle sobre a publicação desse livro. E também não no sentido de que os livros poderiam ser roubados, pois mesmo após a expiração do período de proteção de *copyright* você ainda teria que comprar o livro de alguém. Mas sim *livre* no sentido de que a cultura e seu crescimento não mais iriam ser controlados por um pequeno grupo de distribuidores. Como no caso de qualquer mercado livre, esse mercado livre de cultura livre iria crescer conforme os consumidores e produtores decidissem. A cultura inglesa iria se desenvolver conforme a maioria dos leitores ingleses decidissem que ela deveria se desenvolver — escolhendo que livros deveriam ser comprados e escritos; escolhendo os temas que eles repetiriam e dariam crédito. Escolha em um *contexto competitivo*, não em um contexto aonde as escolhas sobre como a cultura estará disponível para as pessoas e como elas terão acesso à mesma são feitas por alguns poucos, em detrimento dos desejos da maioria.

Ao menos essa era a regra no mundo aonde o Parlamento era anti-monopolista, resistente aos apelos protecionistas dos distribuidores. Em um mundo aonde o Parlamento fosse mais maleável, a cultura livre estaria menos protegida.

Capítulo 7

Gravadores

JON ELSE é um cineasta muito conhecido por seus documentários e muito bem sucedido em disseminar seu trabalho. Ele também é professor, e como um professor injejo a lealdade e admiração que seus estudantes sentem por ele. (Encontrei dois de seus estudantes por um acaso durante um jantar de gala e para eles ele era um deus.)

Else estava trabalhando em um documentário que me envolvia. Durante um intervalo ele me contou uma história sobre a liberdade de criação cinematográfica na América atualmente.

Em 1990, Else estava trabalhando em um documentário sobre o Ciclo de Peças de Wagner. O foco eram os contra-regras na Ópera de São Francisco. Os contra-regras são uma parte divertida e colorida de uma ópera. Durante uma apresentação, eles ficam nos bastidores e na sala da iluminação. Eles fazem um contraste perfeito com a arte em cena.

Durante uma das apresentações, Else estava filmando alguns contra-regras jogando damas. Em um canto da sala estava uma televisão que, no momento em que os contra-regras jogavam damas e a companhia de ópera encenava Wagner, estava exibindo *Os Simpsons*. Else então imaginou que esse desenho animado ajudava a obter o sabor do que havia de especial nos bastidores do teatro.

Anos mais tarde, quando ele finalmente conseguiu terminar o filme, Else decidiu pagar os direitos por aqueles poucos segundos de *Os Simpsons*, pois, logicamente, aqueles poucos segundos eram material sob *copyright*; e claro que para usar material sob *copyright* você precisa de permissão do detentor do *copyright*, a não ser que o uso justo ou outros privilégios sejam aplicáveis.

Então Else foi ao escritório do criador dos *Simpsons*, Matt Groening, pedir autorização. A tomada teve quatro segundos e meio de duração, de uma imagem de uma pequena televisão no canto da sala. O quanto poderia doer? Groening ficou feliz em ver tal trecho no filme, mas disse a Else que

ele deveria contactar a Gracie Films, a companhia que produzia o programa.

A Gracie Films também foi solícita, mas eles, como Groening, queriam ser cuidadosos. Então eles disseram para Else procurar a Fox, a empresa-mãe da Gracie Films. Else procurou a Fox e lhes disse sobre o trecho de imagens no canto de uma sala de uma tomada de seu filme. Matt Groening já tinha autorizado, Else afirmou. Ele apenas queria confirmar a permissão junto à Fox.

Então, como Else me disse, “duas coisas aconteceram. Primeiro descobrimos (...) que Matt Groening não era dono de sua própria criação — ou ao menos alguém [na Fox] acreditava que ele não era dono de sua própria criação”. E segundo, a Fox “exigiu dez mil dólares como taxa de licenciamento de nós para usarmos aqueles quatro vírgula cinco segundos de (...) exibição totalmente não solicitada de *Os Simpsons* que aparecia no canto da imagem”.

Else estava certo de que havia um engano. Ele se informou de como ele poderia entrar em contato com alguém, e contactou a vice-presidente de licenciamento, Rebecca Herrera. Ele explicou para ela, “Deve haver algum engano aqui. (...) Estamos pedindo as taxas educacionais para isso”. *Essa* era a taxa educacional, Herrera disse a Else. Um dia ou dois depois, Else ligou novamente para confirmar se ele tinha ouvido direito.

“Eu queria ter certeza que os fatos eram esses mesmos”, ele me disse. “Sim, esses são os fatos”, ela disse. Custava 10 mil dólares usar um trecho de *Os Simpsons* no canto de uma tomada em um filme documental sobre o Ciclo de Peças de Wagner. E então, surpreendentemente, Herrera disse a Else, “E se você me mencionar, eu vou ser obrigada a procurar meus advogados”. Como um assistente de Herrera disse a Else posteriormente, “Eles não estão nem aí com nada. Eles só pensam na grana”.

Else não tinha o dinheiro para comprar os direitos de reprodução do que estava sendo exibido na televisão dos bastidores da Ópera de São Francisco. Reproduzir essa realidade estava além dos recursos do documentarista. No último minuto, Else digitalmente substituiu a tomada, colocando um trecho de outro filme no qual ele trabalhara dez anos antes, *The Day After Trinity*.

Não há dúvidas de que alguém, seja Matt Groening ou a Fox, detêm o *copyright* de *Os Simpsons*. Esse *copyright* é propriedade sua. Usar esse material sob *copyright* requer muitas vezes, portanto, permissão do detentor do *copyright*. Se o uso que Else desejasse fazer para o trecho de *Os Simpsons* era um restrito pela lei, então ele deveria obter autorização do detentor do *copyright* antes de poder utilizar-se do trecho. E em um mercado livre, é o detentor do *copyright* quem define o preço para qualquer uso que a lei determina sobre o qual ele tem controle.

Por exemplo, “apresentações públicas” é um uso de *Os Simpsons* sob o qual o detentor de *copyright* possui o controle. Se você monta uma coletânea

de seus episódios favoritos, aluga um cinema, e cobra ingressos para aos outros assistirem “O melhor de *Os Simpsons*”, então você precisa ter permissão do detentor do *copyright*, que poderá-lhe (segundo o meu ponto de vista) cobrar o quanto quiser — dez dólares ou um milhão de dólares. É um direito dele definido por lei.

Mas quando advogados ouvem essa história sobre Jon Else e a Fox, seu primeiro pensamento é relacionado ao uso justo.[112] O uso de Else para apenas 4,5 segundos de uma tomada indireta envolvendo um episódio de *Os Simpsons* era claramente uso justo dos *Simpsons* — e uso justo não requer a permissão de ninguém.

Então eu perguntei a Else porque ele simplesmente não contou com a possibilidade do uso justo. Essa foi a sua resposta:

“O desastre envolvendo *Os Simpsons* para mim foi uma grande lição sobre o abismo entre o que os advogados imaginam ser irrelevante no sentido abstrato, e o que é incrivelmente relevante na prática para aqueles de nós que atualmente tentam criar e divulgar documentários. Eu nunca tive dúvidas de que esse era um caso claro de uso justo no sentido legal do termo. Mas eu não podia contar com o conceito de modo concreto pelos seguintes motivos:

1. Antes que nossos filmes possam ser exibidos, as redes de TV exigem de nós um Seguro Contra Erros e Omissões. As transmissoras exigem uma “folha de informações visuais” detalhada, com as fontes e situações de licenciamento de cada tomada do filme. Elas não apoiam o uso justo e um apelo de uso justo pode paralizar todo o processo de exibição.
2. Talvez eu nem devesse ter entrado em contato com Matt Groening para começar. Mas eu sabia (ao menos pelas lendas urbanas) que a Fox tinha um grande retrospecto de busca e interrupção de qualquer uso não-licenciado de *Os Simpsons*, da mesma forma que George Lucas é conhecido por processar qualquer uso não-autorizado de *Guerra nas Estrelas*. Como um documentarista trabalhando duro com pouco dinheiro, a última coisa que eu queria ter era problemas legais, mesmo de pequeno porte, e mesmo para defender um ideal.
3. De fato, perguntei a alguns colegas da Escola de Direito de Stanford (...) que me confirmaram que isso era uso justo. Eles também me confirmaram que a Fox iria ‘ir aos tribunais

e litigar contra você até te arrasar’, não importando os méritos do meu apelo. Eles me deixaram claro que a coisa toda ia ficar reduzida a quem tem mais poder de fogo financeiro e jurídico, eu ou eles.

4. A questão sobre uso justo em geral aparece no fim de um projeto, quando nossos prazos já estão apertados e nossos recursos no fim”.

Em teoria, o uso justo significa que você não precisa de permissão. A teoria portanto apóia a cultura livre e vai contra uma cultura de permissão. Mas na prática o uso justo funciona de forma completamente diferente. As linhas difusas da lei, combinadas com as penalidade à qual se está sujeito quando se cruza elas, significa que o efetivo nível de uso justo para a maioria dos criadores é modesto. A lei é o seu braço direito, mas a prática inutilizou esse braço.

Essa prática mostra-nos o quão longe a lei afastou-se de suas origens no século 18. A lei nasceu como um escudo para proteger os rendimentos de um distribuidor contra a competição desleal da pirataria, mas transformou-se em uma espada para podar qualquer uso dos materiais sob *copyright*, transformadores ou não.

Capítulo 8

Transformadores

EM 1993, Alex Alben era um advogado trabalhando para a Starwave, Inc., uma empresa inovadora fundada pelo co-fundador da Microsoft Paul Allen para desenvolver entretenimento digital. Muito antes da Internet tornar-se popular, a Starwave começou a investir em novas tecnologias para distribuição de entretenimento, antecipando-se ao poder das redes.

Alben tinha um interesse especial por novas tecnologias. Ele estava fascinado pelo mercado emergente para a tecnologia do CD-ROM — não apenas para a distribuição de filme, mas para fazer coisas com os filmes que de outra maneira seria muito difícil. Em 1993, ele lançou uma iniciativa para desenvolver um produto que iria apresentar retrospectivas dos trabalhos de diversos atores. O primeiro escolhido foi Clint Eastwood. A idéia era fazer um resumo da carreira de Eastwood, com trechos de seus filmes e entrevistas com figuras importantes de sua carreira.

Na época, Eastwood tinha participado de mais de cinquenta filmes, tanto como ator quanto como diretor. Alben começou com uma série de entrevistas sobre sua carreira. Como a própria Starwave produziu essas entrevistas, ela era livre para incluí-las no CD.

Somente isso não iria criar um produto interessante, portanto a Starwave procurou adicionar conteúdo dos filmes na carreira de Eastwood: postêres, roteiros e outros materiais relacionados. A maior parte de sua carreira foi feita na Warner Brothers, e portanto foi razoavelmente fácil conseguir permissão para o conteúdo envolvido.

Então Alben e sua equipe decidiu incluir trechos de filmes. “Nosso objetivo era que nós iríamos ter um trecho de cada filme de Eastwood incluído no CD”, disse-me Alben. E foi quando o problema surgiu: “Ninguém tinha tentado isso antes”, ele me explicou. “Ninguém jamais tinha tentado dar esse enfoque no contexto de uma visão artística da carreira de um ator”.

Alben levou a idéia para Michael Slade, o CEO da Starwave. Slade per-

guntou, “Bem, qual é o problema?”

Alben respondeu, “Bem, temos que cobrir os direitos de todos os que apareceram nesses filmes, e a música e tudo o mais que quisermos usar nesses cliques”. Slade respondeu, “OK! Vão em frente”. [113]

O problema é que nem Alben nem Slade tinham a menor idéia de como iriam cobrir todos esses direitos. Cada ator em cada um dos filmes poderia reclamar *royalties* por reutilização do filme. Mas CD-ROMs não estavam especificados claramente nos contratos dos atores, portanto não havia uma forma certa de saber o que a Starwave deveria fazer.

Foi quando eu perguntei a Alben como ele lidou com o problema. Com um orgulho óbvio em seus recursos que obscureciam a bizarrice completa da sua história, ele me contou como ele lidou com esse problema:

“Nós fomos então cuidando mecanicamente dos trechos dos filmes. Fizemos algumas decisões artísticas sobre que trechos iríamos incluir em cada filme — claro que nós iríamos incluir a cena de ‘Me deixe feliz’ de *Duro de Matar*. Mas então você precisa saber qual o cara no chão que se debatia diante da arma e você precisa obter sua permissão. E então você tem que decidir o quanto você deseja pagar a ele.

Dicidimos que seria justo se oferecêssemos o valor de um dia de trabalho em filmagens como o valor para a cessão de imagens. Estamos falando de trechos com menos de um minuto, mas imaginamos que o valor justo para usarmos tais performances em nosso CD-ROM seria por volta de 600 dólares.

Então tivemos que identificar as pessoas. Em alguns casos isso foi bem difícil, pois nos filmes de Eastwood você nunca sabe quem é o cara que está se arrebentando contra o vidro, se é o ator ou o dublê. E então juntamos uma equipe coposta por mim, meu assistente e alguns outros, e começamos a chamar as pessoas”.

Alguns atores foram gentis em ajudar — Donald Sutherland, por exemplo, procurou ele próprio Alben para garantir que estava tudo OK. Outros ficaram espantados com sua sorte. Alben poderia dizer, “Ei, posso lhe pagar 600 dólares ou, já que você apareceu em dois filmes, 1200 dólares?” E então eles diziam, “tá falando sério? Cara, adoraria receber esses 1200 dólares”. E alguns, claro, foram bem complicados (divorciados em particular). Mas eventualmente, Alben e sua equipe cobriram todos os direitos para o seu CD-ROM de retrospectiva da carreira de Clint Eastwood.

Isso levou *um ano inteiro* — “e mesmo assim não estávamos certos se estava tudo de acordo”.

Alben estava orgulhoso com seu trabalho. O projeto foi o primeiro de seu tipo e a única vez que ele viu uma equipe ter passado por um projeto tão pesado para fins de lançar uma retrospectiva.

“Todo mundo pensa que é muito difícil. Qualquer um teria erguido suas mãos aos céus e dito, ‘Deus, estamos falando de um filme, tem tantos direitos envolvidos, tem a música, a cenografia, o diretor, os atores...’ Mas nós simplesmente demolimos isso. Nós fomos trabalhando em partes consistentes e pensando, ‘Bem, temos tantos atores, tantos diretores, (...) tantos músicos’, e assim fomos até eles sistematicamente e cobrindo os seus direitos”.

E sem sombra de dúvidas o resultado foi incrivelmente bom. Eastwood amou-o e ele vendeu muito bem.

Mas eu questionei Alben sobre o quão estranho era para ele ter gastado um ano todo simplesmente para cobrir direitos. Sem sombra de dúvidas ele havia feito aquilo eficientemente, mas como Peter Drucker satirizou, “Não há nada mais inútil do que fazer de forma eficiente o que simplesmente não deveria ser feito”.^[114] Fazia sentido, eu perguntei a Alben, ter todo esse trabalho para criar algo novo?

Pois, como ele próprio reconheceu, “muito poucas pessoas (...) tem o tempo e os recursos e a vontade para fazer isso,” e, portanto, muito poucas obras assim poderiam ser feitas. Fazia sentido, lhe perguntei, do ponto de vista de que qualquer um realmente imaginava que eles tinham dado seus direitos, que ele teria todo esse trabalho para cobrir os direitos para aqueles clipes?

“Não acho que faça. Quando um ator participa de uma cena em um filme, ele ou ela é bem pago por isso. (...) E então quando 30 segundos daquela participação é usada em um novo produto que é uma retrospectiva da carreira de alguém, eu não acredito que essa pessoa (...) deveria ser compensada por isso”.

Ou, ao menos, deveria ser *esse* o modo pelo qual os artistas deveriam ser compensados? Perguntei-lhe então se ele achava que fazia sentido a existência de uma licença jurídica que alguém pagaria e então ficaria livre para fazer uso derivativo de clipes como esse? Fazia sentido um criador em potencial ser obrigado a rastrear cada artista, ator, diretor, músico, e obter permissão explícita de cada um deles em um caso assim? Não seria criado muito mais se toda essa parte legal do processo criativo fosse feita de forma mais limpa?

“Absolutamente. Eu acredito que se houvessem alguns mecanismos justos de licenciamento — aonde você não estivesse sujeito a amarras legais ou a esposas divorciadas — você veria muito mais trabalhos como esses, porque não seria tão assombroso tentar criar uma retrospectiva da carreira de alguém e ilustrá-la com uma grande quantidade de mídia da carreira dessa pessoa. Você precisa definir um custo quando você produz coisas como essa. Você poderia basear-se em um custo de x dólares para os talentos envolvidos. Mas esse seria um custo conhecido. O modo atual atrapalha todo mundo e torna esse tipo de produto difícil de se materializar. Se você soubesse que usar cem minutos de filmes em um produto assim custaria-lhe x , então você poderia definir seus gastos em cima desse x , e você poderia procurar os investimentos e tudo o mais que você precisaria para produzir esse produto. Mas se você diz, ‘ah, eu quero usar cem minutos de alguma coisa e não faço a menor idéia de quanto isso vai me custar, e algumas pessoas estão me amarrando por causa da grana’, então fica muito difícil ajuntar essas coisas”.

Alben trabalhava para uma grande companhia. Sua companhia era apoiada por alguns dos mais ricos investidores do mundo. Ele então tinha uma autoridade e acessibilidade que o criador de páginas da Web comum não tem. Então, se para ele levou *um ano* fazer algo assim, quanto tempo levaria para outras pessoas? E quanta criatividade nunca foi feita apenas porque o custo de cobrir-se os direitos eram grandes demais?

Esses custos são o peso de um tipo de regulamentação. Solte seu lado Republicano por um momento, e fique revoltado com isso. O governo define o escopo desses direitos, e esse escopo define o quanto irá custar para negociar tais direitos (lembre-se da idéia que o terreno sobe aos seus, e imagine um piloto sendo obrigado a adquirir direitos de passagem aérea ao voar de Los Angeles para San Francisco.) Esses direitos podem já ter feito sentido, mas como as circunstâncias mudaram, eles já não fazem mais nenhum sentido. Ou ao menos um Republicano bem doitrinado, minimizador de regulamentações poderia olhar para isso e dizer, “Será que isso ainda faz sentido?”

Eu já vi que as pessoas parecem entender as coisas quando elas chegam nesse momento, mas apenas poucas vezes. A primeira delas foi em uma conferência de juízes federais na Califórnia. Os juízes estavam agrupados para discutirem o tema emergente do cyber-jurismo. Eu fui convidado a participar do painel. Harvey Saferstein, um advogado muito respeitado de uma firma de Los Angeles, abriram o painel com um vídeo que ele e um amigo, Robert Fairbank, produziram.

O vídeo era uma colagem impressionante de trecho de imagens de cada período do século 20, todos montados em cima da idéia de um episódio de *60 Minutos*. A execução era perfeita, até o cronômetro marcando os sessenta minutos. Os juízes adoaram cada segundo dele.

Quando as luzes se acenderam, eu olhei para o meu co-palestrante, David Nimmer, provavelmente o maior advogado e estudioso do direito autoral no país. Ele tinha uma expressão de surpresa na face, conforme ele olhava para a sala cheia com 250 juízes entretidos. Com um tom de voz ameaçador, ele começou sua explanação com uma pergunta: “Vocês fazem idéia de quantas leis federais acabaram de ser violadas nessa sala?”

Porque, claro, os dois criadores brilhantemente talentosos que criaram esse filme não fizeram o que Alben fez. Eles não gastaram um ano cobrindo direitos sobre aqueles cliques; tecnicamente, o que eles fizeram violava a lei. Claro, isso não significava que eles iam ser processados por tais violações (apesar da presença de 250 juízes e de uma boa quantidade de agentes federais). Mas Nimmer tocou em um ponto importante: um ano antes, todos ouviram falar no Napster, e dois anos antes, quando um outro membro de nosso painel, David Boies, tinha defendido o Napster diante da Nona Corte Distrital de Apelações, Nimmer mostrou aos juízes como a lei não poderia ser amigável com as capacidades que essa nova tecnologia poderia oferecer. Tecnologia significa fazer coisas incríveis de maneira simples; mas você não as podia fazer facilmente de maneira legal.

Nós vivemos em uma cultura de “copiar e colar” possibilitada pela tecnologia. Qualquer um que tenha criado uma apresentação sabe aproveitar a liberdade extraordinária que a arquitetura “copiar e colar” da Internet criou — em um segundo você pode localizar qualquer imagem que você desejar, e no segundo seguinte você pode implantá-la em sua apresentação.

Mas apresentações são apenas o começo. Usando a Internet e seus arquivos, músicos podem agrupar trechos de sons que eles nunca imaginaram; cineastas podem construir filmes apenas de trechos de vídeos obtidos em computadores em todo o mundo. Um site incrível da Suécia obtém imagens de políticos e as mistura com música para criar alguns comentários políticos pesados. Um site chamado *Camp Chaos* produziu algumas das críticas mais virulentas contra a indústria fonográfica através da mistura de arquivos Flash e de músicas.

Todas essas criações são tecnicamente ilegais. Mesmo se os criadores quisessem as “legalizar”, o custo de permanecer dentro da lei é inacreditavelmente alto. Então, como a obediência à lei acaba obrigando, uma grande quantidade de criatividade não é produzida. E na maior parte do tempo, se não estiver dentro das regras, não pode ser disponibilizado.

Para alguns, essas histórias oferecem uma solução: vamos modificar con-

junto dos direitos de modo que as pessoas fiquem livres para criarem em cima de nossa cultura. Livres para adicionar ou misturar como desejarem. Nós podemos até mesmo ocasionar essa mudança sem precisarmos tornar o uso “livre”, como o livre de “cerveja liberada”. Ao invés disso, o sistema poderia simplesmente tornar fácil a um criador em potencial compensar os artistas sem que para isso seja necessário contratar-se uma horda hunca de advogados: uma regra, por exemplo, poderia determinar que “o *royalty* a ser pago ao detentor de uma obra sob *copyright* não-registrada para uso derivativo de tal obra será de 1% dos rendimentos médios gerados pela mesma, para ser pago em títulos ao detentor do *copyright*”. Segundo essa regra, o dono do *copyright* teria benefícios de alguns royalties, mas ele não teria direito total de propriedade (no sentido de que determinaria o preço da obra) a não ser que ele registrasse seu trabalho.

Como poderíamos opor-se a isso? E qual razão haveria-se para tal objeção? Nós estamos falando sobre trabalhos que não estão sendo criados; que se feitos, segundo essas regras, poderiam gerar mais recursos aos artistas. Qual a razão para qualquer um ser contra isso?

Em fevereiro de 2003, os estúdios DreamWorks anunciaram um acordo com Mike Myers, o gênio da comédia por trás de *Saturday Night Live* e *Austin Powers*. Segundo esse acordo, Myers e a DreamWorks iriam trabalhar juntos em um “pacto de filmagem único”. Segundo esse acordo, a DreamWorks “iria adquirir os direitos para grandes sucessos e clássicos do cinema, escrever novos roteiros e — usando tecnologia digital de ponta — inserir Myers e outros atores no filme, criando assim um conteúdo de entretenimento totalmente novo”.

Esse anúncio chamava a isso de “sampleamento de filmes”. Como Myers explicou, “o sampleamento de filmes é uma forma excitante de colocar uma idéia original em filmes existente e permitir ao público assistam filmes antigos sob uma nova ótica. Os artistas do rap fazem isso a anos com a música e agora seremos capazes de aplicar o mesmo conceito ao cinema”. Diz-se que Steven Spielberg disse que “se alguém pode criar uma forma de trazer filmes antigos para novas platéias, esse alguém é Mike”.

Spielberg está correto. O sampleamento de filmes por Myers poderá ser brilhante. Mas se você ainda não pensou sobre isso, você pode acabar deixando passar o ponto surpreendente desse anúncio. Já que a grande maioria da herança cinematográfica da atualidade está ainda sob *copyright*, o significado real do anúncio da DreamWorks é esse: é Mike Myers, e apenas Mike Myers, que estará livre para samplear filmes. Qualquer liberdade que tivéssemos de criar em cima do arquivo cinematográfico de nossa cultura, uma liberdade que sob outros contextos seria presumivelmente para todos, é agora um privilégio para os engraçados e famosos — e presumivelmente

ricos.

Esse privilégio tornou-se reservado por dois motivos. O primeiro continua a idéia do capítulo anterior e está relacionado à imprecisão do uso justo. Muito do ‘sampleamento’ deveria ser considerado uso justo. Mas poucos podem se basear em uma doutrina tão fraca para criar. Isso leva-nos ao segundo motivo no qual o privilégio está reservado para poucos: os custos de negociar-se os direitos legais para a reutilização criativa de conteúdo são astronomicamente altos. Esses custos espelham os custos com o uso justo: Você paga seja para um advogado defender seus direitos de uso justo ou seja para um advogado investigar direitos de forma que você não tenha que se basear em direitos de uso justo. De qualquer modo, o processo criativo acaba tornando-se um processo de pagar-se advogados — novamente um privilégio, ou maldição talvez, reservado para poucos.

Capítulo 9

Colecionadores

EM ABRIL DE 1996, milhões de *bots* — códigos computadorizados para buscar e copiar conteúdo automaticamente na Internet — começaram a circular pela Net. Página por página, esses *bots* copiaram informação baseada na Internet para um pequeno conjunto de computadores localizados em um porão no bairro “Presidio” de San Francisco. Uma vez que os *bots* terminaram de copiar o conteúdo da Internet, eles começaram novamente. E de novo, e de novo, desde então, uma vez a cada dois meses, esses códigos copiam a Internet e a armazenaram.

Em Outubro de 2001, os *bots* tinham coletado mais de cinco anos de cópias. E com um pequeno anúncio em Berkeley, Califórnia, o arquivo que essas cópias criaram, o *Internet Archive*, foi aberto ao mundo. Usando uma tecnologia chamada “Máquina do Retrocesso”, você poderia entrar em uma página da Web e ver todas as suas cópias até 1996, da mesma forma que poderia ver suas mudanças.

Essa é uma característica da Internet que George Orwell teria apreciado. Na distopia¹ descrita em *1984*, os jornais velhos são constantemente atualizados para garantir que a visão de mundo atual, aprovada pelo governo, jamais fosse contradita pelas notícias anteriores. Milhares de pessoas reeditavam o passado, o que significava que não havia como saber se a história que você estava lendo hoje era a mesma história que foi impressa na data marcada no jornal.

O mesmo funciona na Internet. Se você for a uma página Web hoje, não há como você afirmar que o conteúdo que você está lendo agora é o mesmo que você leu anteriormente. A página pode ser a mesma, mas o conteúdo pode facilmente ser outro. A Internet é a biblioteca de Orwell — constantemente atualizada, sem nenhuma memória confiável. . .

¹NT: distopia é uma utopia ao contrário

...até o surgimento da Máquina do Retrocesso, ao menos. Com ela, e com o *Internet Archive* a sustentando, você pode ver como era a Internet. Você tem o poder de ver o que você lembra. Mais importante, talvez, você também tem o poder de encontrar o que você não lembra e que os outros podem preferir que você continue não se lembrando.[115]

Nós admitimos como certo que sempre podemos pesquisar em coisas que já passaram e que nos lembramos de ter lido. Pense nos jornais. Se você quer estudar a reação de seu jornal local aos “cara-pintadas” de 1992 ou ao retorno dos exilados políticos entre 1978 e 1980, você pode ir até à biblioteca mais próxima e pesquisar os jornais. Esses jornais provavelmente existem em microfilme. Com sorte, existem em papel, também. De qualquer forma você é livre a, usando uma biblioteca, ir e se lembrar desses fatos — não apenas lembrar-se do que é conveniente, mas lembrar-se de algo bem próximo à verdade.

É dito que aqueles que se esquecem da história estão fadados a repetí-la. Isso não é tão correto, já que *todos nós* acabamos nos esquecendo da história. A chave é se nós temos uma forma de voltarmos e relembrarmos do que nos esquecemos. Mais diretamente, a chave é se um passado objetivo pode nos manter honestos. As bibliotecas auxiliam nisso, coletando e mantendo conhecimento, para crianças, para pesquisadores, para a vovó. Uma sociedade livre assume a existência de tal conhecimento.

A Internet é uma exceção à essa regra. Até o surgimento do *Internet Archive* não havia como voltar atrás. A Internet é quitessencialmente um meio transitório. E, claro, conforme ele se torna mais importante na formação e reforma da sociedade, se torna mais e mais importante manter alguma forma de histórico do mesmo. É simplesmente bizarro pensarmos que temos toneladas de arquivos de jornais em qualquer pequena cidade de qualquer lugar do mundo, mas temos apenas uma cópia da Internet — a mantida pelo *Internet Archive*.

Brewster Kahle é o fundador do *Internet Archive*. Ele era um empreendedor de Internet muito bem sucedido, e antes disso foi um bem-sucedido pesquisador da informática. Na década de 1990, Kahle decidiu que já tinha tido o suficiente de sucesso financeiro. Ele queria uma nova forma de sucesso. Então ele lançou uma série de projetos desenvolvidos para arquivar o conhecimento da humanidade. O *Internet Archive* foi apenas o primeiro dos projetos desse Assis Chateaubriand da Internet. Em Dezembro de 2002, esse arquivo tinha mais de 10 bilhões de páginas e estava crescendo a um ritmo de um bilhão de páginas por mês.

A Máquina do Retrocesso é o maior arquivo de conhecimento da humanidade durante toda a sua história. No final de 2002 ela armazenava

“duzentos e trinta terabytes² de dados” — e era “dez vezes maior que a Biblioteca do Congresso”. E esse era apenas o primeiro dos arquivos que Kahle construiu. Junto com o *Internet Archive*, Kahle construiu o *Television Archive*. A televisão, ele ressaltou, é ainda mais efêmera que a Internet. Enquanto a maior parte da cultura do século 20 foi construída com base na televisão, apenas uma proporção minúscula dessa cultura está disponível para as pessoas verem hoje. Três horas de noticiário são gravadas pela *Vanderbilt University* todas as noites — graças a uma exceção específica das leis de *copyright*. Esse conteúdo é indexado, e disponibilizado a estudiosos a uma taxa muito pequena. “Mas para outros além deles, [o arquivo televisivo da Vanderbilt] é praticamente inacessível”, me disse Kahle. “Se você fosse Barbara Walters você poderia ter acesso [ao arquivo], mas e se você for um mero aluno de graduação?” Como Kahle definiu,

“Você se lembra de quando Dan Quayle estava interagindo com Murphy Brown? Lembra-se daquela experiência surreal de um político que interagia com um personagem fictício da TV? Se você fosse um graduando tentando estudar esse evento, e você tentasse conseguir acesso aos originais das trocas entre os dois, o episódio de *60 minutos* que veio logo em seguida (...) seria praticamente impossível já que (...) esses materiais já não estão disponíveis na prática. (...)”

Por que isso? Por que a parte da nossa cultura armazenada em jornais permanece eternamente disponível, enquanto a parte que foi gravada em fita de vídeo não? Como é que podemos criar um mundo aonde pesquisadores que tentem entender o efeito da mídia na América do século 19 vão ter mais facilidades do que aqueles que tentem entender o efeito da mídia na América do século 20?

De certa forma, isso aconteceu por causa da lei. No início da lei de *copyright* na América, os detentores de *copyright* eram obrigados a depositar cópias de suas obras em bibliotecas. Essas cópias tinham como objetivo tanto facilitar a divulgação do conhecimento e garantir que uma cópia daquela obra ficaria disponível assim que o *copyright* expirasse, de modo que outros tivessem acesso e pudessem copiar a obra.

Essas regras se aplicavam aos filmes também, mas em 1915, a Biblioteca do Congresso fez uma exceção aos filmes. Os filmes poderiam ser colocados em *copyright* enquanto as cópias fossem depositadas. Mas o produtor então

²NT: Isso equivale a 230 trilhões de bytes, o que equivale a 5888 discos rígidos dos mais comuns na época da tradução, capazes de armazenar 40 Gigabytes — 40 bilhões de bytes

era autorizado a tomar emprestadas as cópias — por um período indefinido e sem custos. Apenas em 1915 mais de 5475 filmes foram depositados e “pegos emprestados” de volta. Dessa forma, quando o *copyright* expirava, não haviam cópias deles em nenhuma biblioteca. A cópia existia — se existia — na biblioteca de acervo particular da companhia cinematográfica.[116]

O mesmo em geral é verdadeiro quando o assunto é televisão. As transmissões televisivas não eram originalmente alvo de *copyright* — não havia formas de copiar-se as transmissões, portanto não havia o medo do “roubo”. Mas conforme a tecnologia foi permitindo a captura, as redes de TV começaram a contar com a lei. A lei exigia que eles fizessem uma cópia de todas as transmissões para o trabalho ser sujeito ao *copyright*. Mas essas cópias simplesmente eram mantidas com as redes de TV. Nenhuma biblioteca tinha qualquer direito sobre elas; o governo não as exigia. O conteúdo dessa parte da cultura americana é praticamente invisível para quem quer a ver.

Kahle estava ansioso para corrigir isso. Antes de 11 de Setembro de 2001, ele e seus aliados começaram a capturar a TV. Eles escolheram 20 canais de todo o mundo e apertaram o botão “Gravar”. Após o 11 de Setembro, Kahle, junto com vários outros, selecionaram vinte outras estações ao redor do mundo e, começando em 11 de Outubro de 2001, liberaram suas coberturas da semana do 11 de Setembro livremente na Internet. Qualquer um poderia ver como as empresas jornalísticas por todo o mundo cobriram os eventos daquele dia.

Kahle teve a mesma idéia com os filmes. Trabalhando com Rick Prelinger, cujo arquivo de filmes incluía quase 45 mil “filmes efêmeros” (filmes que não sejam de Hollywood, e que nunca foram sujeitos a *copyright*), Kahle criou o *Movie Archive*. Prelinger deixou Kahle digitalizar 1300 filmes de seu arquivo e disponibilizar tais filmes livremente. A companhia de Prelinger é uma organização comercial. Ela vende cópias desses filmes como metragem extra. O que ele descobriu que após ele tornar uma boa parte dele disponível livremente, suas vendas aumentaram significativamente. As pessoas podiam facilmente encontrar o material que desejavam. Alguns baixavam tais materiais e faziam filmes em cima deles. Outros compravam cópias que permitiam que outros filmes fossem feitos. De qualquer modo, o arquivo permitiu acesso a uma parte significativa de nossa cultura. Deseja ver uma cópia do filme “*Duck and Cover*” que instrua as crianças sobre como se salvarem em meio a um ataque nuclear? Vá ao *archive.org*, e você poderá copiar tal filme em alguns minutos — de graça e livremente.

Aqui novamente, Kahle está disponibilizando acesso a uma parte de nossa cultura que de outra maneira não estaria disponível facilmente, se estivesse disponível. Ela é outra parte do que define a cultura do século vinte e que foi perdida pela história. A lei não exige que tais cópias sejam mantidas por

qualquer um ou sejam depositadas em um arquivo por qualquer um. Desse modo, não há uma forma simples de encontrá-las.

A questão aqui é sobre acesso, não sobre custo. Kahle deseja disponibilizar conteúdo livre a esse conteúdo, mas deseja permitir que outros vendam acesso a ela. Seu desejo é garantir competição no acesso a essa parte importante de nossa cultura. Não durante a vida comercial de um pedaço de propriedade intelectual, mas durante a segunda vida que toda propriedade intelectual possui — uma vida não-comercial.

Pois aqui está uma idéia que temos que entender de forma bem clara. Toda propriedade intelectual passa por várias “vidas”. Em sua primeira vida, se o criador tiver sorte, o conteúdo é vendido. Nesses casos, o mercado comercial é bem-sucedido para o criador. A vasta maioria da propriedade intelectual não tem esse sucesso, mas algumas claramente têm. Para esse conteúdo, a vida comercial é extremamente importante. Sem esse mercado comercial, muitos argumentam que haveria muito menos criatividade.

Após o fim da vida comercial de uma propriedade intelectual, nossa tradição sempre apoiou uma segunda vida. Um jornal leva notícias todo dia às varandas da América. No dia seguinte, ele será usado para embrulhar peixe ou para encher caixas com produtos frágeis ou para construir um arquivo de conhecimento sobre a nossa história. Nessa segunda vida, o conteúdo continua a informar mesmo que não esteja mais a venda.

O mesmo é verdadeiro quando o assunto é livros. Um livro sai das prateleiras muito rapidamente (a média atualmente é de pouco mais de um ano). Quando ele sai de circulação, ele pode ser vendido para sebos sem o dono do *copyright* ter direito a qualquer coisa, e ele também pode ser doado para bibliotecas, aonde muitos podem ler o livro, gratuitamente. Sebos e bibliotecas estão então dando uma segunda vida ao livro. Essa segunda vida é extremamente importante para a disseminação e estabilidade da cultura.[117]

Mas cada vez mais, qualquer suposição de uma segunda vida estável para a propriedade intelectual não pode ser assumida para os principais componentes da cultura popular dos séculos 20 e 21. Para esses meios — televisão, filmes, música, rádio e Internet — não há qualquer garantia de uma segunda vida. Para esses tipos de cultura, é como se nós tivéssemos substituído as bibliotecas pelas superlojas da Saraiva. Com essa cultura, o que está disponível não é nada exceto uma faixa limitada de demandas de mercado. Além daí, a cultura desaparece.

Durante a maior parte do século 20, foram motivos econômicos que causaram isso. Seria insanamente caro coletar e tornar disponível toda a TV, música e filmes: o custo de cópias analógicas é extraordinariamente caro. Então mesmo imaginando que a lei em princípio é que tornaria a prática de Brewster Kahle de copiar cultura em geral restrita, a restrição real se-

ria econômica. O mercado tornaria impossível fazer algo com essa cultura efêmera, tendo a lei pouco efeito prático.

Talvez a mais importante capacidade da revolução digital é que pela primeira vez desde a Biblioteca de Alexandria, é possível imaginar a construção de arquivos com toda a cultura produzida ou distribuída publicamente. A tecnologia torna possível imaginar um arquivo com todos os livros publicados, e cada vez mais torna possível imaginar um arquivo com todos os filmes e sons produzidos.

A escala desse arquivo potencial é algo que nós nunca pudemos imaginar antes. Os Brewster Kahles de nossa história sonharam com isso, mas nós podemos pela primeira vez tornar tal sonho real. Como Kahle descreve,

“Acredita-se que exista algo em torno de dois ou três milhões de gravações musicais já feitas. Há em torno de cem mil lançamentos cinematográficos, (...) e entre um a dois milhões de filmes que foram [distribuídos] durante o século 20. Há por volta de 26 milhões de títulos diferentes em livros. Tudo isso pode ser armazenado em computadores que cabem nessa sala e disponibilizado por uma pequena empresa. Portanto estamos em um ponto de mudança na nossa história. O acesso universal é o objetivo. E a oportunidade de levarmos uma vida diferente baseando-se nisso, é (...) incrível. Pode ser uma das coisas das quais a humanidade poderá se orgulhar no futuro. Junto com a Biblioteca de Alexandria, a ida do homem à lua, e a invenção da imprensa”.

Kahle não é o único bibliotecário, nem o *Internet Archive* é o único arquivo. Mas Kahle e o *Internet Archive* sugerem como será o futuro das bibliotecas e arquivos. *Quando* a vida comercial de uma propriedade intelectual acaba eu não sei. Mas isso ocorre, e não importa quando isso ocorre, Kahle e seu arquivo dão pistas de um mundo onde tal conhecimento e cultura, estarão disponíveis para sempre. Alguns poderão usar-se dele para o entender, e outros para o criticar. Muitos irão o usar, como Walt Disney fez, para re-criar o passado para o futuro. Essas tecnologias prometem algo que nunca se tornou inimaginável durante a maior parte do nosso passado — um futuro *para* o nosso passado. A tecnologia digital pode tornar o sonho da Biblioteca de Alexandria real novamente.

Os tecnólogos estão removendo portanto o custo econômico de construir tais arquivos. Mas os custos jurídicos permanecem. Pois tanto quanto desejamos ter tais “arquivos”, e tão boa quanto a idéia de uma “biblioteca” possa parecer, o “conteúdo” que é coletado nesses espaços digitais também

são “propriedade” de alguém. E a lei de propriedades restringe as liberdades que Kahle e outros desejam exercitar.

Capítulo 10

“Propriedade”

JACK VALENTI é o presidente da Associação Cinematográfica da América (*Motion Picture Association of America*, MPAA) desde 1966. Ele inicialmente veio para Washington, D.C., com a administração de Lyndon Johnson — literalmente. A famosa foto de Johnson realizando o seu juramento no *Air Force One*¹ após o assassinato do Presidente Kennedy, tem Valenti ao fundo. Nos seus quase quarenta anos no comando da MPAA, Valenti tornou-se talvez o mais proeminente e efetivo lobista em Washington.

A MPAA é o braço americano da Associação Cinematográfica (*Motion Picture Association*) internacional. Ela foi formada em 1922 como uma associação de comércio visando defender os filmes americanos contra a crescente crítica doméstica. A organização agora reapresenta não apenas os cineastas, mas também os produtores e distribuidores para a TV, vídeo e cabo. Seu conselho é composto pelos presidentes das sete maiores produtoras e distribuidoras de filmes e programas de TV nos Estados Unidos: Walt Disney, Sony Pictures Entertainment, MGM, Paramount Pictures, Twentieth Century Fox, Universal Studios e Warner Brothers.

Valenti é apenas o terceiro presidente da MPAA. Nenhum outro antes dele teve tamanha influência sobre a organização, ou sobre Washington. Sendo Texano, Valenti tornou-se um mestre na habilidade política mais importante dos sulistas — a habilidade de ser simples e devagar, mas tendo um intelecto rápido no gatilho. Atualmente, Valenti posa como uma pessoa simples e humilde. Mas seu MBA², e o fato ser autor de quatro livros, ter terminado o Segundo Grau aos 15 anos e ter participado de mais de 50 combates durante a Segunda Guerra Mundial, ele não é nenhum Zé Ninguém. Quando Valenti chegou a Washington, ele dominou a cidade em uma maneira quintessencial-

¹NT: Principal avião do governo americano, pode ser considerado, para título de compreensão, como uma espécie de Casa Branca voadora

²NT: *Master of Business Administration*, Mestrado em Administração de Empresas

mente de Washington.

Ao defender a liberdade artística e de expressão da qual nossa cultura depende, a MPAA fez algo realmente importante. Ao criar o sistema de classificação etária da MPAA, ela provavelmente evitou muitos problemas de regulamentação da expressão. Mas há um aspecto da missão da organização que é tanto o mais radical quanto o mais importante: é a sua busca, epitomizada em cada ato de Valenti, para redefinir o que é “propriedade intelectual”.

Em 1982, o testemunho de Valenti diante do Congresso deixou transparecer perfeitamente sua estratégia:

“Não importa as longas argumentações, as voltas e reviravoltas, os tumultos e a baderna, as pessoas racionais irão sempre voltar ao argumento fundamental, o tema central que anima esse debate como um todo: *os donos de propriedade intelectual precisam ter os mesmos direitos e proteções de todos os demais proprietários de bens do país*. Esse é o assunto. Essa é a questão. E essa é a raiz da qual todos os debates devem derivar”. [118]

A estratégia dessa retórica, como a da maioria da retórica de Valenti, é simples e brilhante, e brilhante em sua simplicidade. O “tema central” ao qual “pessoas racionais” se voltam é: “os donos de propriedade intelectual precisam ter os mesmos direitos e proteções de todos os demais proprietários de bens do país”. Assim como não há cidadãos de segunda classe, ele poderia ter continuado, não deveriam haver proprietários de segunda classe.

Esse argumento possui um poderoso e óbvio fator indutivo. Ele é dotado de uma tal clareza que torna a idéia tão óbvia quanto a noção de usar-se eleições para escolher-se presidentes. Mas na verdade, não há apelo tão extremo feito de forma séria por *qualquer um* nesse debate quanto o apelo de Valenti. Jack Valenti, embora suave e brilhante, é talvez o maior extremista da nação quanto à natureza e escopo da “propriedade intelectual”. Suas idéias *não possuem* conexão racional em nossa tradição legal atual, mesmo que o impulso sutil de seu charme texano esteja lentamente redefinindo essa tradição, ao menos em Washington.

Embora a “propriedade intelectual” é certamente “propriedade” no sentido preciso e complexo no qual os advogados são treinados para entender, [119] isso não significa que os “donos de propriedade intelectual” possuem, ou deveriam possuir “os mesmos direitos e proteções de todos os demais proprietários de bens do país”. De fato, se os donos de propriedades intelectuais receberem os mesmo direitos dos demais donos de propriedades, isso irá causar uma mudança radical e altamente indesejável nas nossas tradições.

Ele sabe disso, mas ele fala por uma indústria que deseja esmagar nossa tradição e os valores associados a ela. Ele fala de por uma indústria que procura restaurar a tradição que os britânicos sobrepujaram em 1710. No mundo que as mudanças que Valenti sugerem pode provocar, alguns poucos poderosos irão exercer um controle poderoso sobre como nossa cultura criativa irá se desenvolver.

Tenho dois objetivos nesse capítulo. O primeiro é convencer você que, historicamente, o apelo de Valenti é absolutamente errado. O segundo é convencer você de que pode ser terrivelmente errado de nossa parte rejeitar nossa história. Nós sempre tratamos os direitos sobre a propriedade intelectual de forma diferente dos direitos de todos os outros tipos de propriedade. E eles nunca deveriam ser os mesmos, porque, por mais não-intuitivo que isso possa parecer, fazer isso iria fundamentalmente enfraquecer as oportunidades de novos criadores criarem. A criatividade depende dos donos de criatividade terem menor controle sobre suas obras.

Organizações como a MPAA, cuja diretoria inclui as mais poderosas organizações da velha guarda, possuem pouco interesse em garantir que o novo possa os substituir, não importa o quanto sua retórica tente provar o contrário. Nenhuma organização possui tal interesse. Ninguém possui. (Me pergunte por exemplo sobre cargos vitalícios) Mas o que é bom para a MPAA não precisa ser necessariamente bom para a América. Uma sociedade que defende os ideais da cultura livre precisa preservar precisamente a oportunidade de que novas formas de criatividade ameacem as velhas.

Para termos apenas uma pista de que existe algo fundamentalmente errado no argumento de Valenti, não precisamos ir além da própria Constituição dos Estados Unidos.

Os criadores de nossa Constituição amavam a “propriedade”. De fato, amavam tão fortemente a propriedade que construíram a Constituição de forma que essa fosse um importante requisito. Se o governo toma sua propriedade — condenando sua casa ou adquirindo um trecho de terra de sua fazenda — é exigido pela “Cláusula de Tomada” da Quinta Emenda que ele pague “justa compensação” pela tomada. A Constituição então garante que a propriedade seja, de certa forma, sagrada. Ela *já* pode ser tomada do dono da propriedade a não ser que o governo pague pelo privilégio.

Mas essa mesma Constituição fala de maneira bem diferente sobre o que Valenti chama de “propriedade intelectual”. Na cláusula que garante ao Congresso o poder de criar a “propriedade intelectual”, a Constituição *exige* que, após um “tempo limitado”, o Congresso recupere os direitos que foram dados e libere a “propriedade intelectual” livremente para o domínio público. Mas quando o Congresso faz isso, quando a expiração do período do *copyright* “toma” seu *copyright* e torna-o em domínio público, o Congresso não

tem nenhuma obrigação de pagar “compensação justa” por essa “tomada”. De fato, a mesma Constituição que exige compensação por seu terreno exige que você perca seus direitos sobre “propriedade intelectual” sem nenhuma compensação.

A Constituição portanto determina que essas duas formas de propriedade não devem ter os mesmos direitos. Elas foram definidas para serem tratadas diferentemente. Valenti, portanto, não pede apenas que nossa tradição seja mudada, ao argumentar que os donos de propriedade intelectuais devem ter os mesmos direitos de qualquer outro proprietário de bens. Ele está efetivamente cobrando uma mudança na própria Constituição.

Cobrar por mudanças na Constituição não é necessariamente errado. Existe muita coisa errada na nossa Constituição em sua origem. A Constituição de 1789 defendia a escravidão; permitia que os senadores fossem apontados, não eleitos; tornava possível ao colégio eleitoral gerar um empate entre o presidente e seu próprio vice-presidente (como aconteceu em 1800). Os criadores dela foram sem sombra de dúvidas extraordinários, mas eu serei o primeiro a afirmar que eles cometeram grandes erros. Nós então fomos rejeitando alguns desses erros; sem dúvida que há outros que devem ser rejeitados. Portanto o meu argumento não é tão simples quanto aparenta, já que porque Jefferson fez assim, nós também poderíamos fazer.

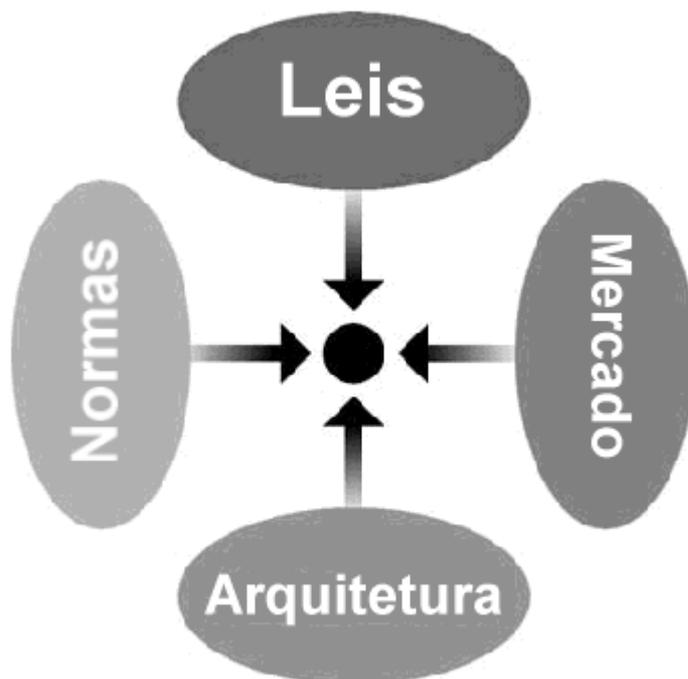
De fato, meu argumento é de que já que Jefferson conseguiu fazer assim, deveríamos ao menos tentar entender o *porquê*. Por que os criadores da Constituição, fanáticos como eram pelo conceito de propriedade, rejeitaram a idéia de que deveria ser dada à propriedade intelectual os mesmos direitos de quaisquer outras? Por que eles exigiam que para a propriedade intelectual deveria ter um domínio público?

Para responder essa questão, precisamos ter alguma perspectiva da história desses direitos de “propriedade intelectual”, e o controle que eles permitem. Uma vez que tenhamos visto claramente como esses direitos foram diferentemente definidos, estaremos em uma melhor situação para nos questionarmos da questão que deveria ser o centro das atenções nessa disputa: NÃO *se* a propriedade intelectual deve ser defendida, mas sim *como*. Não se nós deveríamos garantir os direitos legais dados aos proprietários de propriedade intelectual, mas sim como esse conjunto de direitos deveria ser composto. Não *se* os artistas devem ser pagos, mas se as instituições criadas para assegurar que os artistas serão pagos precisam realmente controlar como nossa cultura se desenvolve.

Para respondermos essas perguntas, precisamos de uma forma mais geral de falar sobre como a propriedade é protegida. Mais precisamente, precisamos de uma forma mais geral do que a linguagem restrita da lei permite. Em *Code and Other Laws of Cyberspace*, eu usei um modelo simples para cap-

turar essa perspectiva mais geral. Para qualquer direito ou regulamentação, esse modelo pergunta como quatro diferentes modalidades de regulamentação interagem para apoiar ou enfraquecer o direito ou regulamentação. Eu representei-o com o diagrama apresentado na Figura 10.1, na Página 109.

Figura 10.1: Modalidades de Regulamentação



No meio desse desenho está o ponto regulado: o indivíduo ou grupo que é alvo da regulamentação, ou o detentor do direito. (Em cada caso que veremos, nós iremos descrever esse diagrama tanto como regulamentação ou como direito. Para simplificar, eu vou falar apenas de regulamentação.) As elipses representam quatro modos pelos quais o indivíduo ou grupo pode ser regulado — tanto restringido quanto, alternativamente, liberado. A lei é a restrição mais importante (ao menos para os advogados). Ele restringe através da ameaça de punições posteriores caso as regras definidas tenham sido violadas. Então se, por exemplo, você premeditadamente viola os direitos de *copyright* de Rita Lee copiando uma música de seu novo CD e o postando na Web, você pode ser punido com uma multa de 150 mil dólares. Essa multa é uma punição *ex post* por violar uma regra *ex ante*. Ela é imposta pelo estado.

Normas são uma maneira diferente de restrição. Elas também punem um indivíduo por violar uma regra. Mas a punição de uma norma é imposta

pela comunidade, não (ou pelo menos não apenas) pelo estado. Não existem leis contra cuspir no chão, mas isso não significa que você não será punido se você cuspir no chão enquanto estiver esperando para ver um filme. A punição pode não ser dura, mas como isso é definido pela comunidade, ela pode ser muito bem mais dura do que a maioria das punições estabelecidas pela lei. A diferença, porém, não está relacionada com a firmeza da regra, mas com a fonte da garantia de cumprimento da mesma.

O mercado é um terceiro tipo de restrição. Suas restrições são realizadas por condições: Você pode fazer X se você pagar Y; você receberá M se fizer N. Essas restrições não são, claro, independentes da lei — é a lei de propriedade que define o que pode ser legalmente comprado e vendido e como; são as normas que definem o quando é justo ser pago. Mas dado um determinado conjunto de normas, e um retrospecto de leis de contrato e de propriedade, o mercado impõe uma restrição simultânea sobre como um indivíduo ou um grupo deve se comportar.

Finalmente, e no momento, talvez, mais misteriosamente, “arquitetura” — o mundo real aonde as pessoas se encontram — é uma restrição ao comportamento. Uma ponte caída pode restringir sua habilidade de atravessar um rio. Estradas de ferro podem restringir a capacidade de uma comunidade de integrar-se socialmente. Como no caso do mercado, a arquitetura não provoca suas restrições através de punições *ex post*. De fato, também como no caso do mercado, a arquitetura provoca suas restrições através de condições simultâneas. Essas condições não são impostas por cortes que garantem contratos ou pela polícia punindo roubos, mas pela natureza, pela “arquitetura”. Se uma pedra de 250 quilos bloqueia seu caminho, é a lei da gravidade que garante esse impedimento. Se uma passagem aérea de 500 dólares está entre você e um voo para Nova Iorque, é o mercado que garante essa restrição.

Portanto o primeiro ponto sobre essas quatro modalidades de regulamentação é óbvio: elas interagem entre si. Restrições impostas por uma podem ser reforçadas ou minadas por outra.

O segundo ponto aparece logo em seguida: se desejarmos entender a liberdade efetiva que alguém tem a um certo momento para fazer uma certa coisa qualquer, precisamos considerar como essas quatro modalidades interagem entre si. Haja ou não outras restrições (podem haver; não acredito que essas esteja completa), essas quatro estão entre as mais significativas, e qualquer regulador (quer esteja aumentando ou reduzindo o controle) precisa considerar como essas quatro restrições em particular interagem.

Portanto, por exemplo, consideremos a “liberdade” de dirigir um carro em alta velocidade. Essa liberdade é em parte restringida pelas leis: limites de velocidade que dizem o quão rápido você pode guiar em certos locais em

certos momentos. Ela também pode ser restringida em parte pela arquitetura: quebra-molas, por exemplo, freiam a maioria dos motoristas racionais; tacógrafos nos ônibus, como outro exemplo, definem a velocidade máxima na qual o motorista pode guiar. A liberdade é em parte restrita pelo mercado: a eficiência do combustível diminui conforme a velocidade aumenta, portanto o preço da gasolina indiretamente afeta a velocidade. E finalmente, as normas da sociedade podem ou não restringir a liberdade de velocidade. Dirija a 80 quilômetros por hora perto de uma escola na sua vizinhança e você com certeza será punido pelos vizinhos. A mesma norma pode não ser tão efetiva em uma outra cidade, ou à noite.

O ponto final sobre esse modelo simples deve também ter ficado claro: apesar dessas quatro modalidades serem analiticamente independentes, a lei tem um papel especial para afetar as outras três.[120] A lei, em outras palavras, algumas vezes trabalha para aumentar ou diminuir as restrições em uma determinada modalidade. Portanto, a lei pode ser usada para aumentar os impostos sobre a gasolina, aumentando os incentivos para dirigir-se devagar. A lei pode ser usada para obrigar maior uso de lombadas, aumentando a dificuldade de dirigir-se rapidamente. A lei pode ser usada para custear anúncios contra a direção perigosa. Ou a lei pode exigir que outras leis sejam mais estritas — um requerimento federal de que os estados diminuam os limites de velocidade, por exemplo — de forma a diminuir a atratividade em dirigir-se em alta velocidade. A Figura 10.2, na Página 112 mostra tais interações.

Essas restrições podem portanto mudar, e elas podem ser mudadas. Para entender a proteção efetiva à liberdade ou proteção da propriedade em um certo momento, precisamos rastrear tais mudanças através do tempo. Uma restrição imposta por uma modalidade pode ser apagada por outra. Uma liberdade garantida por uma modalidade pode ser tomada por outra.[121]

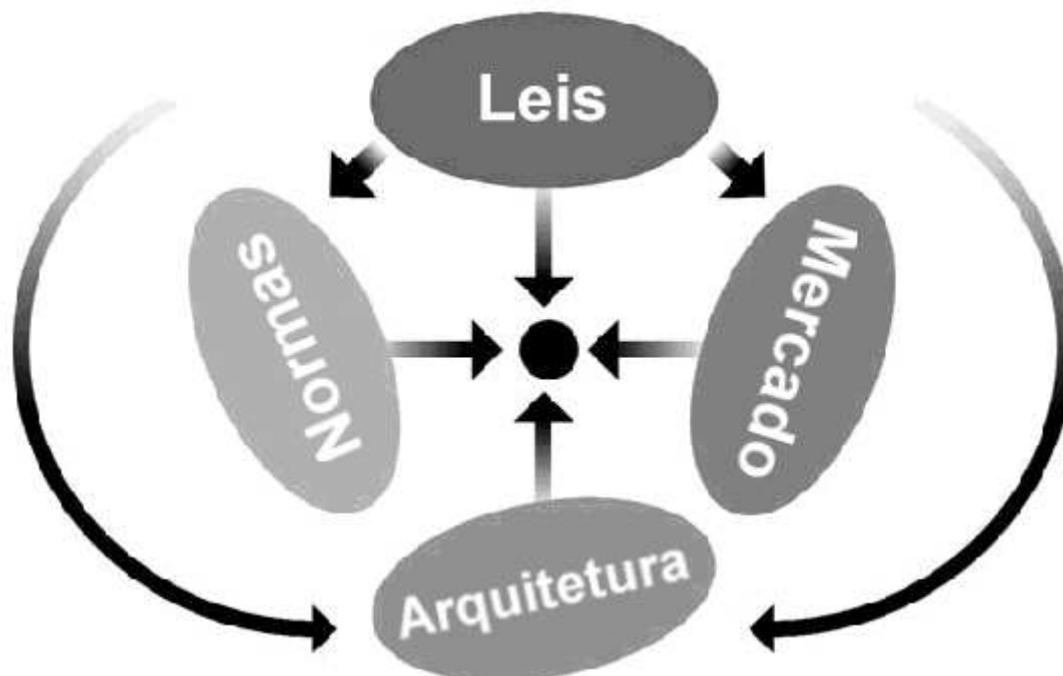
10.1 Por que Hollywood está certa

A idéia mais óbvia que esse modelo revela é apenas por que, ou como, Hollywood está certa. Os ativistas do *copyright* estão unindo forças no Congresso e nas cortes para defenderem o *copyright*. Esse modelo ajuda-nos a entender por que essa união de forças faz sentido.

Imaginemos que esse seja o gráfico da regulamentação de *copyright* antes da Internet. A Figura 10.3, na Página 113 apresenta tal idéia.

Há um equilíbrio entre a lei, as normas, o mercado e a arquitetura. A lei limita a habilidade de copiar-se e compartilhar-se conteúdo, impondo penalidades sobre quem copia e compartilha conteúdo. Essas penalidades são re-

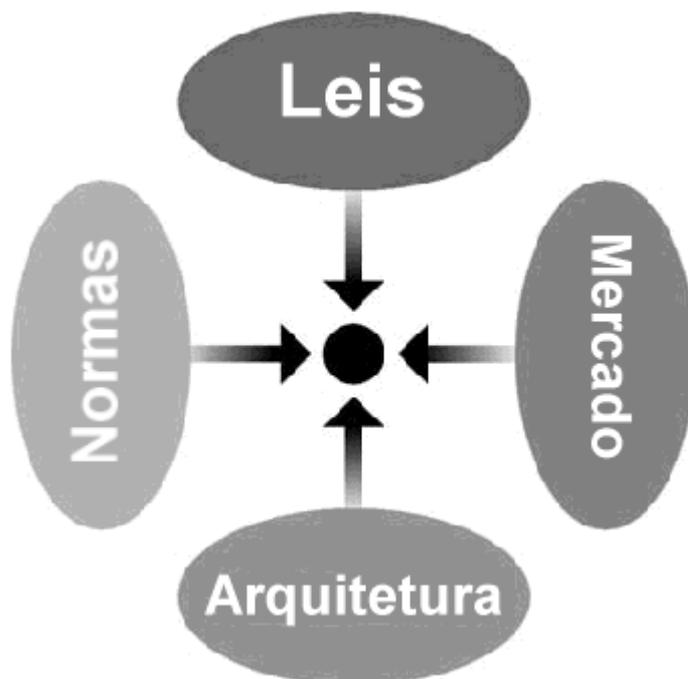
Figura 10.2: Interações entre as Modalidades de Regulamentação



forçadas pelas tecnologias, que tornam difícil (arquitetura) e caro (mercado) copiar e compartilhar conteúdo. Finalmente, essas penalidades são amenizadas por normas conhecidas por todos — crianças, por exemplo, copiando as músicas de outras crianças. Esses usos de material sob *copyright* podem ser realmente uma infração, mas as normas de nossa sociedade, ao menos antes da Internet, não vêm problema com esse tipo de cópia.

Então surge a Internet, ou, mais precisamente, tecnologias como o MP3 e o compartilhamento P2P. Agora a restrição da arquitetura muda dramaticamente, assim como a restrição do mercado. E como tanto o mercado quanto à arquitetura afrouxaram a regulamentação do *copyright*, as normas também foram na mesma balada. O feliz equilíbrio (ao menos para os ativistas do *copyright*) da vida antes da Internet torna-se um estado efetivo de anarquia após a Internet.

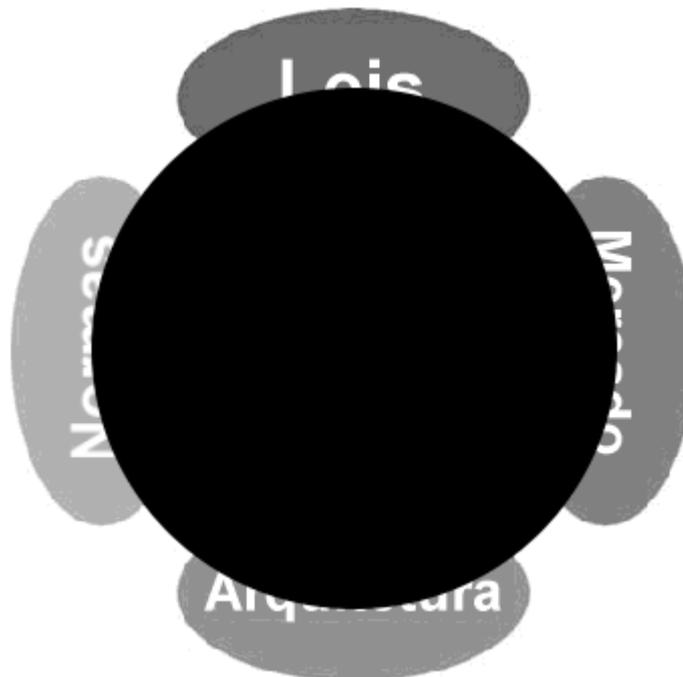
Esse é o sentido da, e a justificção para, a resposta dos ativistas do *copyright*. A tecnologia mudou, dizem eles, e os efeitos dessa mudança, quando ramificados pelos mercados e normas, é que o equilíbrio que protegia os donos dos *copyright* foi perdido. Esse é o Iraque após a queda de Saddam Hussein, mas dessa vez a falta de governo justifica o saque resultante. A Figura 10.4, na Página 114, mostra bem tal situação.

Figura 10.3: Regulamentação do *copyright* antes da Internet

Nem essa análise e nem as conclusões que se seguem são novas para os ativistas. De fato, em um *White Paper* preparado pelo Departamento de Comércio (e profundamente influenciado pelos ativistas do *copyright*) em 1995, essa mistura de modalidades reguladoras já havia sido identificada e a estratégia para a resposta preparada. Em resposta as mudanças que a Internet provocara, o *White Paper* dizia que (1) o Congresso deveria reforçar a lei de propriedade intelectual, (2) as empresas deveriam adotar técnicas de marketing inovadoras, (3) os tecnólogos deveriam ser pressionados a desenvolverem códigos para proteção do material sob *copyright* e (4) os educadores deveriam educar crianças para melhor protegerem o *copyright*.

Essa estratégia mista é tudo o que o *copyright* precisaria — se fosse apenas voltada para o equilíbrio particular que existia antes da mudança provocada pela Internet. E é o que se esperaria que a indústria de conteúdo buscaria. E tão americano quanto a torta de maçã considerar a vida feliz que você tem graças a um direito, e forçar a lei a proteger você quando alguma coisa pode mudar essa vida feliz. Donas de casa vivendo em uma planície vítima de inundações não hesitam em apelar ao governo para reconstruir (e reconstruir novamente) suas propriedades (leis) quando essas são destruídas por uma inundação (arquitetura). Fazendeiros não hesitam em apelar ao governo

Figura 10.4: Modalidades de Regulamentação na Internet



que os proteja quando uma doença (arquitetura) devasta suas plantações. Sindicatos não hesitam em apelar ao governo para os proteger quando as importações (mercados) dizimam a indústria siderúrgica norte-americana.

Portanto, não há nada errado ou surpreendente na campanha da indústria do conteúdo para se proteger das conseqüências prejudiciais da inovação tecnológica. E eu seria a última pessoa a argumentar que a tecnologia inovadora da Internet não causou um impacto profundo no modo da indústria de conteúdo fazer negócios, ou como John Seely Brown descreveu, sua “arquitetura de renda”.

Mas apenas porque um interesse particular pede apoio governamental, isso não quer dizer que esse apoio deva ser garantido. E apenas porque a tecnologia enfraqueceu uma forma específica de fazer-se negócios, isso não significa que o governo deveria intervir para apoiar o modo antigo de fazer-se negócios. A Kodak, por exemplo, perdeu talvez por volta de 20% de seu mercado tradicional de filmes para as tecnologias emergentes de câmeras digitais.[122] Alguém consegue imaginar que o governo deveria proibir as câmeras digitais para apoiar a Kodak? As estradas enfraqueceram o negócio do transporte de cargas por ferrovias. Alguém acredita que deveríamos proibir caminhões nas estradas *com o objetivo de proteger as ferrovias?* De

modo mais próximo do assunto desse livro, os controles remotos enfraqueceram a “presença” da publicidade pela TV (se um comercial chato aparece na TV, o controle remoto torna simples trocar de canal), e pode muito bem ter enfraquecido o mercado de publicidade na TV. Mas alguém acredita que deveríamos regulamentar o uso dos controles remotos para proteger os comerciais de TV? (Talvez limitando-os para que funcionem uma vez por segundo, ou troquem dez vezes de canal por hora?)

A resposta óbvia para essas questões obviamente retóricas é não. Em uma sociedade livre, com um mercado livre, apoiado pela livre iniciativa e pelo livre comércio, o papel do governo não é de proteger uma forma de negócio contra as demais. Seu papel não é o de pegar vencedores e os proteger contra as perdas. Se o mercado fizer isso de modo geral, jamais haveria progresso. Conforme o presidente da Microsoft Bill Gates escreveu em 1991, em um memorando criticando patentes de software, “as companhias estabelecidas possuem um interesse em excluir futuros competidores”.^[123] E de forma relativa ao de uma *startup*³, as empresas estabelecidas possuem o meio de o fazer. (Pense no caso da RCA e do rádio FM.) Um mundo no qual os competidores com novas idéias precisam lutar não apenas contra o mercado mas também contra o governo é um mundo no qual os competidores com novas idéias nunca serão bem-sucedidos. É um mundo de paralisia e estagnação cada vez mais concentrada. É a União Soviética de Brezhnev.

Portanto, embora seja compreensível que as indústrias ameaçadas pelas novas tecnologias que mudam a maneira de fazer-se negócios procurem proteção governamental, é função dos legisladores garantir que tal proteção não venha em detrimento ao progresso. É função dos legisladores, em outras palavras, garantir que as mudanças que eles criaram, em resposta à requisição daqueles prejudicados pela tecnologia em mudança, são mudanças que preservem os incentivos e oportunidades para inovação e mudança.

No contexto das leis que regulamentam a expressão — que incluem, obviamente, a legislação do direito autoral — essa responsabilidade é ainda maior. Quando a indústria que está reclamando da tecnologia em mudança pressiona o Congresso a responder de uma maneira que restrinja a expressão e a criatividade, os legisladores deveriam ficar especialmente preocupados com essa requisição. É sempre um mal negócio para o governo envolver-se na regulamentação de mercados de expressão. Os riscos e perigos envolvidos com esse jogo são o motivo exato pelo qual os criadores da Constituição colocaram a Primeira Emenda: “O Congresso não deverá passar nenhuma lei (...) que restrinja a liberdade de expressão”. Portanto quando o Congresso é pressionado para passar leis que possam “restringir” a liberdade de

³NT: Empresa recém-fundada

expressão, ele deveria perguntar — cuidadosamente — se tal regulamentação é justificável.

Meu argumento agora, porém não tem nada a ver com se as mudanças que são exigidas pelos ativistas do *copyright* são “justificáveis”. Meu argumento está relacionado com seus efeitos. Pois antes que nos envolvamos com a questão da justificativa, uma questão difícil que dependem de uma grande parte de nossos valores, deveríamos primeiro perguntar se realmente entendemos as mudanças que a indústria do conteúdo deseja.

Segue-se uma metáfora pela qual irá ser entendido o argumento a seguir.

Em 1873, o DDT foi sintetizado pela primeira vez. Em 1948, o químico suíço Paul Hermann Müller ganhou o Prêmio Nobel por seu trabalho demonstrando as propriedades inseticidas do DDT. Na década de 1950, o inseticida foi amplamente usado ao redor do mundo para matar insetos causadores de doenças. Ele também foi usado para ampliar a produção agrícola.

Ninguém duvida que matar insetos causadores de doenças ou aumentar a produção agrícola seja uma boa coisa. Ninguém duvida que o trabalho de Müller foi importante e valioso e provavelmente tenha salvado vidas, possivelmente milhões delas.

Mas em 1962, Rachel Carson publicou *Silent Spring*, que argumentava que o DDT, qualquer que fossem seus benefícios primários, também tinha consequências ambientais não calculadas. Pássaros estavam perdendo a habilidade de se reproduzirem. Várias cadeias ecológica estavam sendo destruídas.

Ninguém estava planejando destruir a natureza. Paul Müller certamente não estava objetivando prejudicar os pássaros. Mas o esforço para se resolver uma parte dos problemas causou outros problemas, que, no frígido dos ovos, eram muito piores do que os problemas que eram originalmente enfrentados. Ou mais precisamente, os problemas que o DDT causou eram piores que os problemas que ele solucionava, ao menos quando considerados com as outras maneiras mais ecologicamente corretas de resolverem o problema que o DDT deveria resolver.

É exatamente dessa imagem que o professor de direito da Duke University James Boyle faz idéia quando argumenta que precisamos de um “ambientalismo cultural”.^[124] Esse ponto, e o ponto que irei desenvolver no balanço desse capítulo, não é que os objetivos das leis de *copyright* estejam erradas. Ou que os autores não deveriam ser pagos pelo seu trabalho. Ou que a música deveria ser dada “de graça”. O ponto é que algumas dessas formas com as quais pretendemos proteger o autor poderão ter consequências não imaginadas no ambiente cultural, da mesma forma que o DDT causou problemas no ambiente natural. E do mesmo modo que uma crítica ao DDT não é uma aceitação da malária ou um ataque aos fazendeiros, criticar um conjunto particular de regulamentações que protegem os direitos autorais não é uma

aceitação da anarquia ou um ataque aos autores. É um ambiente criativo o que procuramos, e deveríamos estar cientes dos efeitos de nossas ações sobre esse ambiente.

Meu argumento, no balanço desse capítulo, tentará mapear exatamente esse efeito. Sem dúvida a tecnologia da Internet causou um efeito dramático na habilidade dos donos do *copyright* de protegerem seus conteúdos. Mas também não há dúvida de que quando você adiciona junto as mudanças na lei de *copyright* com o tempo, mais as mudanças na tecnologia que a Internet está experimentando agora, o resultado final dessas mudanças não será apenas a proteção mais efetiva do conteúdo sob *copyright*. Também, e normalmente isso é esquecido, o efeito resultantes desse aumento massivo na proteção será devastador para o ambiente cultural.

Em uma linha: para matar um inseto, nós estaremos usando um DDT com conseqüências para a cultura livre que serão ainda mais devastadores do que o que seria perdido com esse inseto.

10.2 Começos

A América copiou a lei de direitos autorais inglesas. Na realidade, nós copiamos *melhoramos* a lei de direitos autorais inglesas. Nossa constituição deixa claro o objetivo dos direitos sobre “propriedades intelectuais”; suas limitações expressas reforçam o objetivo inglês de evitar editores extremamente poderosos.

O poder para estabelecer direitos de “propriedade intelectual” é dado ao Congresso de uma forma que, para a nossa Constituição, ao menos, é muito estranha. O Artigo I, seção 8, cláusula 8 de nossa Constituição afirma que:

“O Congresso tem o poder de promover o Progresso da Ciência e Artes úteis, garantindo por Períodos limitados aos Autores e Inventores o Direito exclusivo sobre suas Obras e Descobertas.”

Podemos chamar isso de a “Cláusula do Progresso”, se notarmos que essa cláusula não diz como ele deve fazer. Ela não diz que o Congresso tem o poder de conceder “direitos à propriedade intelectual”. Ela diz que o Congresso tem o poder *de promover progresso*. A garantia de poder é baseada nesse propósito, e esse é um propósito público, não o de enriquecer os editores, nem mesmo o de recompensar os autores.

A Cláusula do Progresso expressamente limita os períodos de *copyright*. Como vimos no Capítulo 6, os ingleses limitaram o período de *copyright* para

garantir que algumas poucas pessoas não seriam capazes de exercerem controle desproporcional sobre a cultura exercendo controle desproporcional sobre a publicação de livros. Nós podemos assumir que os criadores da Constituição seguiram os ingleses em um propósito similar. De fato, diferentemente dos ingleses, os criadores da Constituição reforçaram esse objetivo exigindo que os *copyrights* deveriam ser válidos apenas “para os Autores”.

O desenvolvimento da Cláusula do Progresso reflete algo sobre o próprio desenvolvimento da Constituição como um todo. Para evitar um problema, os criadores construíram uma estrutura. Para evitar o poder centralizado na mão dos editores, eles construíram uma estrutura que mantinha os *copyrights* longe dos editores e os mantinha fracos. Para prevenir o poder concentrado em uma igreja, eles proibiram o apoio do governo a uma igreja específica. Para prevenir a concentração de poder nas mãos do governo federal, eles construíram estruturas para reforçar o poder dos estados — incluindo o Senado, cujos membros eram, em certa época, escolhidos pelos estados, e um colégio eleitoral, também escolhido pelos estados, para escolherem o presidente. Em cada caso, uma *estrutura* construída checa e equilibra o sistema constitucional, estruturado para prevenir concentrações de poder inevitáveis de outras maneiras

Eu duvido que os criadores da Constituição iriam reconhecer a regulamentação que chamamos atualmente de “*copyright*”. O escopo dessa regulamentação está muito longe de qualquer coisa que eles tenham considerado. Para começarmos a entender o que eles queriam, precisamos colocar nosso “*copyright*” no contexto: precisamos ver como ele mudou nos 210 anos desde que ele foi primeiramente desenvolvido.

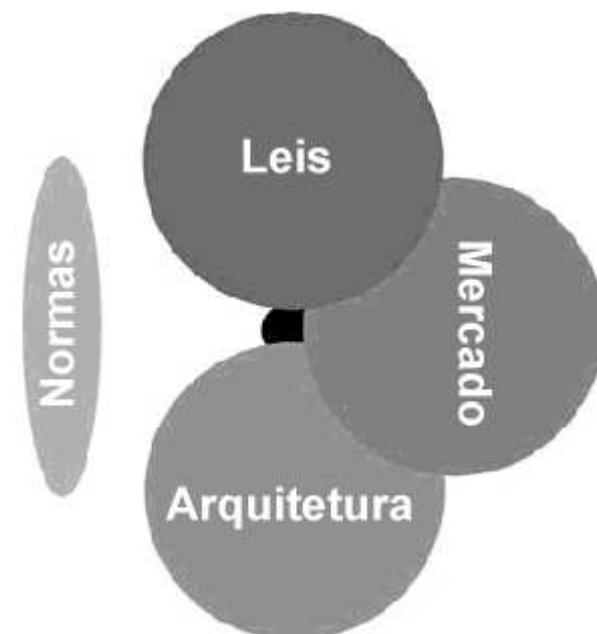
Muitas dessas mudanças vieram da lei: algumas na luz das mudanças da tecnologia e outras na mudança da tecnologia dada a uma concentração de poder de mercado específica. Nos termos do nosso modelo, começamos como mostrado na Figura 10.1, Página 109 e poderemos terminar como demonstrado na Figura 10.5, Página 119.

Deixe-me explicar como.

10.3 Lei: Duração

Quando o primeiro Congresso criou as leis para proteger a propriedade intelectual, ele foi colocado diante da mesma incerteza sobre o status da propriedade intelectual que os ingleses confrontaram em 1774. Muitos estados passaram leis protegendo a propriedade intelectual, e alguns acreditaram que essas leis simplesmente suplementariam os direitos de jurisprudência que já protegiam o direito autoral.[125] Isso significava que não havia nenhum

Figura 10.5: Modalidades de Regulamentação após as mudanças na lei



domínio público garantido nos Estados Unidos em 1790. Se os *copyrights* eram protegidos pela jurisprudência, então não havia nenhuma maneira simples de saber se uma obra publicada nos Estados Unidos era controlada ou livre. Da mesma forma que na Inglaterra, essa incerteza permanente poderia tornar complicado aos distribuidores se apoiar em um domínio público para reimprimir e distribuir obras.

Essa incerteza terminou quando o Congresso passou legislação garantindo os direitos autorais. Como a lei federal sobrepõe qualquer lei estadual contrária, as proteções federais para obras sob *copyright* inutilizaram quaisquer proteções dadas por leis estaduais. Da mesma forma que, na Inglaterra, o Estatuto de Anne garantia que o *copyright* sobre qualquer obra britânica expiraria depois de certo tempo, uma lei federal significava que quaisquer *copyright* dados pelos estados iriam expirar também.

Em 1790, o Congresso passou a primeira lei do *copyright*. Ele criou um *copyright* federal e garantiu esse *copyright* por catorze anos. Se o autor ainda estivesse vivo no fim desse período, ele poderia optar pela renovação do *copyright* por mais catorze anos. Se ele não renovasse o *copyright*, a obra passa então para o domínio público.

Embora houvessem muitas obras criadas nos Estados Unidos nos primeiros dez anos da República, apenas 5% delas foram realmente registradas

no regime federal do *copyright*. De todas as obras que foram criadas antes de 1790 e entre 1790 e 1800, 95% passaram imediatamente para o domínio público; o equilíbrio poderia chegar ao domínio público em 28 anos no máximo, e normalmente chegava em catorze anos.[126]

Esse sistema de renovação era parte importante do sistema de *copyright* americano. Ele garantia que os períodos máximos de *copyright* só seriam dados para os trabalhos que fossem interessantes. Após o período inicial de catorze anos, se não valesse a pena para um autor renovar seu *copyright*, então também não valia a pena para a sociedade insistir no *copyright*.

Catorze anos pode não parecer um período muito longo para nós, mas para a grande maioria dos donos de *copyright* daquele período, eram períodos bem longos: apenas uma pequena minoria desses renovava os seus *copyrights* após os catorze anos; o equilíbrio permitia que suas obras passassem para o domínio público.[127]

Mesmo atualmente, essa estrutura faria sentido. Muitas obras criativas tem uma vida comercial real de apenas alguns anos. Muitos livros saem das prateleiras em um ano.[128] Quando isso ocorre, os livros usados são comercializados livres da regulamentação do *copyright*. Portanto os livros não são mais *efetivamente* controlados pelo *copyright*. O único uso comercial prático dos livros nesse período é vender os livros como livros usados; esse uso — porque não envolve a publicação — é efetivamente livre.

Nos primeiros cem anos da República, o período de *copyright* mudou apenas uma vez. Em 1831, o período foi aumentado de um máximo de 28 anos para um máximo de 42 anos ao elevar-se o período inicial de catorze para vinte e oito anos. Nos cinquenta anos seguintes, o período aumentaria mais uma vez. Em 1909, o Congresso ampliou o período de renovação de catorze para vinte e oito anos, efetivamente configurando um período máximo de 56 anos.

Então, começando em 1962, o Congresso começaria uma prática que definiu a lei de *copyright* desde então. Por onze vezes nos últimos quarenta anos, o Congresso ampliou o período dos *copyright* futuros. Inicialmente, as extensões ao *copyright* eram curtas, apenas um ou dois anos. Em 1976, o Congresso ampliou todos os *copyrights* existentes em dezenove anos. E em 1998, na Lei de Extensão do Período de *Copyright* Sonny Bono (*Sonny Bono copyright Term Extension Act*), o Congresso ampliou os períodos dos *copyrights* existentes e futuros em vinte anos.

O efeito dessas extensões é simplesmente de impedir ou atrasar a passagem de obras para o domínio público. Essa última extensão significa que o domínio público será tolhido por trinta e nove a até cinquenta e cinco anos, ou 70% do período desde 1962. Portanto, durante os vinte anos após a Lei Sonny Bono, enquanto um milhão de patentes passarão para o domínio

público, zero obras sobre *copyright* irão passar para o domínio público graças à extensão do período de *copyright*.

Os efeitos dessas extensões tornam-se ainda mais danosos por outra mudança, essa pouco notada, na lei do *copyright*. Vocês devem se lembrar que eu disse que os criadores da Constituição estabeleceram um regime de *copyright* em duas partes, exigindo do detentor do *copyright* a renovação do seu *copyright* após um período inicial. A exigência de uma renovação significa que obras que não precisam mais de proteção de *copyright* deveriam passar mais rapidamente para o domínio público. As obras que permaneceriam sobre proteção seriam aquelas que tivessem ainda algum valor comercial.

Os Estados Unidos abandonaram esse sistema sensato em 1976. Para todas as obras criadas após 1978, haveria apenas um período de *copyright* — o máximo. Para autores “naturais”, esse período seria o de sua vida mais cinquenta anos. Para corporações, o período seria de setenta e cinco anos. Então, em 1992, o Congresso abandonou a exigência de renovação para todas as obras criadas antes de 1978. Todas as obras ainda sob *copyright* receberiam o período máximo disponível. Após a Lei Sonny Bono, esse período era de noventa e cinco anos.

Essa mudança significa que a lei americana não possui mais um mecanismo automático que garanta que obras que não são mais exploradas passem para o domínio público. E de fato, após essa mudança, deixou de ser claro se sequer é possível passar obras para o domínio público. O domínio público está órfão graças a tais mudanças na legislação do direito autoral. Apesar da exigência de que os períodos sejam “limitados”, não há evidências de que haja algo limitando-os.

O efeito nessas mudanças na duração média do *copyright* é dramático. Em 1973, mais de 85% dos donos do *copyright* falharam em renovar seus *copyright*. Isso significava que o período médio de *copyright* em 1973 era de apenas 32,2 anos. Por causa da eliminação da exigência de renovação, o período médio de *copyright* é agora o período máximo. Em 30 anos, então, o período médio foi triplicado, de 32,2 anos para 95 anos.[129]

10.4 Lei: Escopo

O “escopo” de um *copyright* é composto pela gama de direitos a ele garantidos por lei. O escopo do *copyright* americano mudou dramaticamente. Essas mudanças não são necessariamente ruins. Mas devemos entender a extensão das mudanças se queremos manter esse debate no contexto.

Em 1790, o escopo era muito restrito. O *copyright* cobria apenas “mapas, gráficos e livros”. Isso quer dizer que ele não cobria, por exemplo, música ou

arquitetura. De forma mais significativa, o direito garantido por um *copyright* dava ao autor o direito exclusivo de “publicar” trabalhos sob *copyright*. Isso significava que uma pessoa violava os direitos de outra apenas se ele republicasse a obra sem permissão do detentor do *copyright*. Finalmente, o direito garantido pelo *copyright* era um direito exclusivo sobre aquele livro específico. O direito não se estendia ao que os advogados chamam “obras derivativas”. Ele, portanto, não interferia com o direito de alguém além do autor realizar a tradução de um livro, ou adaptar a história para uma forma diferente de expressão (como, por exemplo, uma peça baseada em um livro).

Isso também mudou dramaticamente. Embora seja extremamente difícil explicar os contornos do *copyright* de maneira simples, de modo geral, os direitos cobrem atualmente praticamente todos os trabalhos criativos que podem ser reduzidos a um resultado tangível, cobrindo igualmente de música a arquitetura, de peças teatrais a programas de computador. Ela dá ao detentor do *copyright* vários direitos sobre o trabalho criativo: não apenas o direito exclusivo de “publicar” a obra, mas também de controle sobre qualquer “cópia” do trabalho. E mais significativamente para os nossos propósitos aqui, é dado direito ao detentor do *copyright* não apenas sobre a obra, mas também sobre qualquer “obra derivativa” que venha a surgir do trabalho original. Desse modo, o direito cobre mais trabalhos criativos, protege tais obras de maneira mais ampla, e protege trabalhos que sejam significativamente baseados no trabalho original.

Ao mesmo tempo em que o escopo do *copyright* foi expandido, as limitações procedurais sobre os direitos foram relaxadas. Eu já descrevi anteriormente a completa remoção do requerimento de renovação em 1992. Somando-se ao requerimento de renovação, na maior parte da história da legislação de *copyright* da América, havia a exigência de que as obras fossem registradas antes de poderem receber a proteção do *copyright*. Também era obrigatório que qualquer obra sob *copyright* fosse marcada ou com o famoso símbolo *copyright* ou com a palavra *copyright*. E durante a maior parte da história da legislação do *copyright* na América, havia a exigência de que as obras fossem arquivadas junto ao governo antes que um *copyright* fosse garantido.

A razão para a obrigatoriedade do registro era o entendimento sensato de que para a maioria das obras, não havia a necessidade de *copyright*. Novamente, nos primeiros dez anos da República, 95% de todas as obras que podiam ser colocadas sob *copyright* não o foram. Portanto, essa regra refletia a norma: muitos trabalhos não precisavam de *copyright*, portanto o registro restringiu a regulamentação da lei para aquelas poucas que exigiam o *copyright*. O mesmo raciocínio justificava a obrigatoriedade da identificação da obra como sob *copyright* — desse modo era mais fácil saber se uma obra tinha seu *copyright* requerido pelo autor. A obrigatoriedade do depósito das

obras garantia que após o final do período do *copyright*, haveria uma cópia do trabalho em algum lugar de modo que ela pudesse ser copiada por outros sem localizar o seu autor original.

Todas essas “formalidades” foram abolidas do sistema americano quando decidimos seguir o modelo de lei de direito autoral Europeu. Não havia exigência de que você registrasse um trabalho para conseguir o *copyright*; o *copyright* agora é automático; o *copyright* existe independentemente de você marcar ou não a sua obra com o ©; e o *copyright* existe independentemente de você tornar ou não uma cópia sua disponível para outros copiarem.

Considere um exemplo prático para entender o escopo dessas diferenças.

Se, em 1790, você escrevesse um livro e você fosse um dos 5% que realmente colocaram seu trabalho sob *copyright*, então a lei do *copyright* protegia-o contra qualquer tentativa de outros distribuidores pegarem sua obra e a republicar sem sua permissão. O objetivo da lei era regulamentar os editores de forma a impedir esse tipo de competição desleal. Em 1790, haviam 174 editoras nos Estados Unidos.[130] A lei do *copyright* era portanto uma regulamentação pequena para uma pequena proporção de uma pequena parte do mercado criativo dos Estados Unidos — editoras.

O ato deixou outros criadores completamente sem regulamentação. Se eu copiasse o seu poema a mão, várias vezes, como uma forma de o aprender de cor, meu ato era completamente desregulamentado em 1790. Se eu pegasse seu romance de ficção e criasse uma peça de teatro baseada nela, ou se eu a traduzisse ou fizesse um resumo dela nenhuma dessas atividades era regulamentada na lei original do *copyright*. Essas atividades criativas continuavam livre, enquanto as atividades das editoras eram regulamentadas.

Atualmente a história é completamente diferente: se você escreve um livro, seu livro é automaticamente protegida. De fato, não apenas seu livro, mas também seus emails, as notas para sua esposa, seus rascunhos e *quaisquer* outros atos criativos que possam ser reduzidos a um formato tangível — tudo isso passa automaticamente a ser protegido por *copyright*. Não há necessidade de registro ou de marcação da obra. A proteção segue a criação, não os passos que você segue para proteger sua criação.

Essa proteção dá a você o direito (sujeito a uma faixa restrita de exceções de uso justo) de controlar como os outros copiarão o trabalho, se eles poderão o copiar para republicá-los ou poderão compartilhar um trecho dele.

Essa é a parte óbvia, já que qualquer sistema de *copyright* deveria controlar a publicação competitiva. Mas existe um outro lado no *copyright* atual que não é tão óbvio assim. é a proteção dos direitos sobre “trabalhos derivativos”. Se você escreve um livro, ninguém pode fazer um filme dele sem sua permissão. A CliffsNotes não pode fazer um resumo de seu livro a não ser que seja dado permissão. Todos esses usos derivativos de seu trabalho original

são controlados pelo detentor do *copyright*. O *copyright*, em outras palavras, é agora não apenas um direito exclusivo sobre seus trabalhos, mas também sobre uma grande proporção dos trabalhos inspirados por eles.

Esses direitos sobre trabalhos derivativos seriam o que pareceria mais bizarro para os criadores de nossa Constituição, embora isso seja uma segunda natureza para nós. Inicialmente, essa expansão foi criada para lidar com evasões óbvias de um *copyright* mais restrito. Se eu escrevo um livro, seria correto você poder alterar uma palavra e então solicitar um *copyright* em um livro completamente novo e diferente? Obviamente que isso seria uma piada, portanto a lei foi propriamente expandida para incluir tais modificações sutis da mesma forma que cobria a cópia completa dos trabalhos originais.

Ao prevenir tal piada, porém, a lei criou um poder imenso dentro de uma cultura livre — ao menos, é imenso quando você entende que a lei se aplica não apenas ao editor comercial, mas também a qualquer um com um computador. Eu entendo que é errado duplicar e vender o trabalho de outra pessoa. Mas não importa *o quão errado* isso seja, transformar o trabalho de uma outra pessoa é um erro completamente diferente. Alguns vêem a transformação como não sendo errada de maneira nenhuma — eles acreditam que nossa lei, como os criadores de nossa Constituição a imaginou, não deveria dar direitos sobre “obras derivativas”.^[131] Independente de você ir tão longe ou não, parece claro que qualquer erro envolvido é fundamentalmente diferente do erro da pirataria pura e simples.

No entanto, a lei do *copyright* trata esses dois erros diferentes da mesma forma. Eu posso ir à corte e conseguir uma ordem judicial para o impedir de piratear meu livro. E eu posso ir à corte e conseguir uma ordem judicial para impedir o seu uso derivativo do meu livro.^[132] Essas duas formas diferentes de usar meu trabalho criativo são tratados da mesma forma.

Isso novamente pode parecer correto para você. Se eu escrevo um livro, então por que você deveria ser capaz de escrever um livro que pega minha história e faz dinheiro com ela sem pagar-me ou me creditar? Ou se Disney cria uma criatura chamada “Mickey Mouse”, por que você deveria ser capaz de fazer brinquedos do Mickey Mouse e ser o único a negociar com o que Disney criou originalmente?

Esses são argumentos bons, e, em geral, minha posição não é a de afirmar que os direitos sobre “obras derivativas” não são justificáveis. Meu objetivo agora é muito mais restrito: apenas tornar claro que essa expansão é uma mudança significativa nos direitos dados originalmente.

10.5 Lei e Arquitetura: Alcance

Apesar de originalmente a lei regulamentar apenas os editores, as mudanças no escopo do *copyright* significa que atualmente a lei regulamenta editores, usuários e autores. Ela regulamenta-os porque todos eles são capazes de fazer cópias, e o centro da regulamentação da lei do *copyright* são as cópias.[133]

“Cópia”. Isso certamente soa como a coisa mais óbvia que a lei do *copyright* restringe. Mas pensando no argumento expresso por Jack Valenti no início desse capítulo, de que a “propriedade intelectual” merece os “mesmos direitos” de todas as outras propriedades, torna-se *óbvio* que devemos ser mais cautelosos. Enquanto pode parecer óbvio que no mundo pré-Internet, as cópias eram o principal gatilho para a lei do *copyright*, por reflexão, deveria ser óbvio que em um mundo com a Internet, as cópias *não* deveriam ser o gatilho da lei do *copyright*. Mais precisamente, elas não deveriam ser *sempre* o gatilho da lei do *copyright*.

Esse é talvez o argumento central do livro, portanto deixe-me ir devagar, já que tal idéia não pode passar despercebida. Meu argumento é que a Internet deveria-nos levar ao menos a repensarmos as condições segundo as quais a lei do *copyright* automaticamente se aplica,⁴ porque torna-se claro que o alcance atual do *copyright* nunca foi considerado, muito menos escolhido, pelos legisladores que passam as leis do *copyright*.

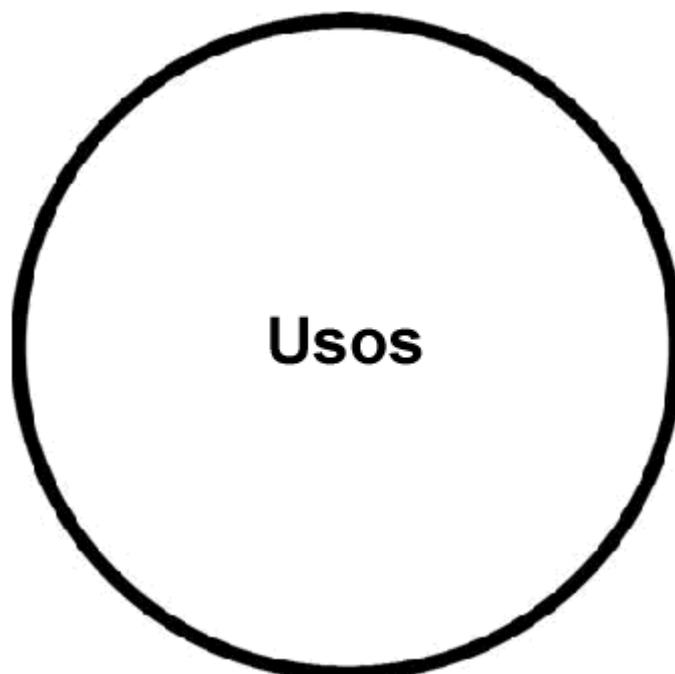
Nós podemos ver abstratamente esse conceito se começarmos de um grande círculo vazio, como o representado na Figura 10.6, Página 126.

Pense sobre um livro no espaço físico, e imagine que esse círculo represente todos os seus usos *potenciais*. Muitos desses usos não são restringidos pela lei do *copyright*, porque tais usos não criam uma cópia do livro. Se você lê um livro, esse ato não é restringido pela lei do *copyright*. Se você dá para alguém um livro, esse ato não é restringido pela lei. Se você revende um livro, esse ato não é restringido (a lei do *copyright* expressamente define que após a primeira venda de um livro, o detentor do *copyright* não pode impor condições posteriores sobre a disposição do livro). Se você dorme sobre um livro ou o usa para apoiar um abajur ou deixa seu cachorrinho o morder, esses atos não são restringidos pela lei do *copyright*, porque esses atos não geram cópias do livro. A Figura 10.7, Página 127 mostra como isso pode ser enxergado.

Obviamente, porém, alguns usos de um livro sob *copyright* são restringi-

⁴Portanto, meu argumento não é que deveríamos repelir qualquer extensão às leis do *copyright*, e sim de que deveríamos ter uma boa idéia do que tais extensões fariam, e não deveríamos determinar seus alcances de maneira arbitrária e automática, como uma resposta às mudanças provocadas pela tecnologia.

Figura 10.6: Usos possíveis de uma obra



dos pela lei do *copyright*, como apresentado pela Figura 10.8, Página 128. Republicar o livro, por exemplo, gera cópias. Então ele é restrito pela lei do *copyright*. De fato, esse uso específico fica no centro deste círculo de usos possíveis para um trabalho sob *copyright*. Esse é o uso paradigmático propriamente regulamentado pela regulamentação do *copyright*.

Finalmente, existe uma pequena faixa de usos geradores de cópias que de mantêm-se não-restritos porque a lei os considera “usos justos”, como mostra a Figura 10.9, Página 129. Esse são usos que eles próprios envolvem cópias, mas que a lei trata como não-restritos porque a política pública exige que sejam mantidos assim. Você é livre para citar esse livro, mesmo em uma resenha negativa, sem minha permissão, mesmo considerando que tal citação é uma cópia. Essa cópia daria normalmente o direito exclusivo ao detentor do *copyright* para dizer se a cópia é permitida ou não, mas a lei impede o dono de usar-se de tais direitos contra qualquer “uso justo” que tenha sido apoiado pela política pública (e provavelmente pela Primeira Emenda).

No espaço físico, então, os usos possíveis para um livro são divididos em três tipos:

- (A) Não-restritos;
- (B) Restringidos pela lei do *copyright*, e;

Figura 10.7: Usos não restritos por lei de uma obra



(C) Usos restritos considerados “justos” independentemente da visão do detentor do *copyright*;

E então entra a Internet — uma rede digital e distribuída aonde qualquer uso de um trabalho sob *copyright* gera naturalmente uma cópia do mesmo.⁵ E por causa dessa característica única e arbitrária do desenho de uma rede digital, o escopo da categoria 1 muda dramaticamente. Usos que antes eram presumivelmente não-restritos agora são presumivelmente restritos. Não existe mais um conjunto de usos presumivelmente não-restritos que definem liberdades associadas ao uso de obras sob *copyright*. De fato, cada uso agora é sujeito ao *copyright*, porque cada uso também gera uma cópia — a categoria um é sugada para dentro da categoria 2. E aqueles que poderiam defender os usos não-restritos de trabalhos sob *copyright* precisam

⁵ Eu não quero dizer “natural” no sentido de que isso não pode ser diferente, mas sim que a própria instancialização dos dados (NT: Instancialização, para usar uma definição comum dentro da informática, é a criação de uma cópia de um conjunto de dados — por exemplo, uma página HTML em um servidor remoto — para uso local do sistema — no exemplo, pelo navegador de Internet.) gera uma cópia. Redes ópticas não precisam gerar cópias do conteúdo que transmitem, e uma rede digital pode ser desenhada para apagar qualquer coisa que ela copie de modo que um determinado número de cópias existam.

Figura 10.8: Usos restritos por lei de uma obra



apenas olhar para a categoria 3, os usos justos, para sentirem a pressão dessa mudança. Isso tudo pode ser visualizado na Figura 10.10, Página 130

Portanto, deixe-me ser bem específico para tornar esse ponto geral claro. Antes da Internet, se você comprava um livro e o lia dez vezes, não havia nenhum argumento plausível relacionado ao *copyright* que permitisse que o dono controlasse esse uso do seu livro. A lei do *copyright* não iria lhe dizer nada sobre se você podia ler um livro apenas uma vez, dez vezes, ou todas as noites antes de você dormir. Nenhuma dessas instâncias de uso — leitura — podia ser restringida pela lei do *copyright* já que nenhuma delas produzia cópias.

Mas o mesmo livro como um *e-book* é efetivamente governada por um conjunto diferente de regras. Agora, se o dono disser que você pode ler o livro apenas uma vez ou uma vez por mês, então a *lei* do *copyright* dará suporte ao detentor do *copyright* em exercitar esse grau de controle, por causa da característica acidental da lei do *copyright* de ter sua aplicabilidade disparada pela criação de uma cópia. Agora, se você leu o livro dez vezes e a licença disse que você pode o ler apenas cinco vezes, então quando você ler o livro (ou qualquer parte dele) depois da quinta vez, você estará fazendo uma cópia que viola os desejo do detentor do *copyright*.

Figura 10.9: “Usos justos” por lei de uma obra



Há pessoas que pensam que isso faz sentido totalmente. Meu objetivo agora não é de argumentar se isso faz sentido ou não. Meu objetivo é apenas tornar clara a mudança. Uma vez que você veja isso, alguns outros pontos ficam claros:

Primeiro, fazer a categoria 1 desaparecer não era o que os legisladores tinham em mente. O Congresso não pensou no colapso dos usos presumivelmente não-restritos de material sob *copyright*. Não havia evidência alguma de que os legisladores tinham tal idéia em mente quando eles permitiram a mudança em nossa política. Os usos não-restritos eram uma parte importante da cultura livre antes da Internet.

Segundo, essa mudança é especialmente problemática no contexto dos usos transformadores do conteúdo criativo. Novamente, nós todos podemos entender o erro na pirataria comercial. Mas a lei agora objetiva regulamentar *qualquer* transformação que você faça no trabalho criativo usando uma máquina. “Copiar e colar” e “cortar e colar” tornaram-se crimes. Mexer em uma história e lançá-las para outros expõe o criador dessa “nova” história ao menos a uma exigência de justificativa. Qualquer aborrecimento que essa expansão gere com respeito à cópia de uma obra específica, gerará ainda mais aborrecimentos a respeito dos usos transformadores do trabalho criativo.

Figura 10.10: Visão do uso de uma obra na Internet segundo a lei



Terceiro, essa mudança da categoria 1 para categoria 2 põem um peso extraordinário na categoria 3 (“uso justo”) que o uso justo jamais teve que suportar. Se o dono do *copyright* tentar agora controlar quantas vezes eu poderia ler um livro *online*, a resposta natural seria argumentar que isso é uma violação aos meus direitos de uso justo. Mas não iria existir nenhum litígio sobre eu ter o direito de uso justo de ler, porque antes da Internet, ler não disparava a aplicabilidade da lei do *copyright* e então a necessidade de uma defesa de uso justo. O direito de ler era efetivamente protegido antes porque a leitura não era restrita pela lei.

Esse ponto sobre o uso justo é totalmente ignorado, até mesmo pelos defensores da cultura livre. Nós estamos sendo encurralados em argumentos de que nossos direitos dependem do uso justo — sem jamais nos endereçarmos à questão anterior sobre a expansão na regulamentação efetiva. Uma proteção fina baseada no uso justo faz sentido quando a grande maioria dos usos *não são restritos pela lei*. Mas quanto tudo torna-se presumivelmente regulamentado, então as proteções do uso justo não são suficientes.

O caso da Video Pipeline é um bom exemplo. A Video Pipeline era uma empresa que produzia “*trailers*” publicitários para filmes disponíveis nas locadoras. As locadoras exibiam os “*trailers*” como uma forma de alugarem

suas fitas. A Video Pipeline obtinha os *trailers* junto aos distribuidores de filmes, colocava-os em uma fita e vendia as fitas para as locadoras.

Ela fez isso durante quinze anos. Então, em 1997, ela começou a pensar na Internet como outro meio para distribuir esses *trailers*. A idéia era expandir sua técnica de “venda por experimentação” ao dar às lojas *online* a mesma habilidade ao permitir a “navegação”. Da mesma forma que em uma livraria você pode ler algumas páginas de um livro antes de comprá-lo, você também deveria poder ver um trecho do filme *online* antes de comprá-lo ou alugá-lo.

Em 1998, a Video Pipeline informou a Disney e outros distribuidores de filmes que tinha a intenção de distribuir os *trailers* pela Internet (ao invés de mandar as fitas) para os distribuidores de seus vídeos. Dois anos depois, a Disney obrigou a Video Pipeline a parar de fazer isso. O dono da Video Pipeline desejou saber porque ela estava agindo assim — ele construía uma empresa ao distribuir esse conteúdo de forma a auxiliar a Disney a vender os filmes; ele tinha consumidores que dependiam dessas remessas de conteúdo. A Disney disse que só iria conversar com a Video Pipeline se ela parasse de realizar a distribuição imediatamente. A Video Pipeline achou que estava tudo de acordo com seus direitos de “uso justo” de distribuir esses *trailers* como quisesse. Portanto ela entrou com um processo perguntando à corte se esses direitos eram de fato dela mesma.

A Disney respondeu processando a Video Pipeline — e pedindo 100 milhões de dólares em indenizações. Essa indenização foi pedida baseando-se em uma queixa de que a Video Pipeline estava violando intencionalmente os direitos de *copyright* da Disney. Quando uma corte realmente encontra uma violação intencional, ela define as indenizações baseando-se não no dano realmente provocado contra o detentor do *copyright*, mas sim com base em valores estabelecidos por lei. E já que a Video Pipeline tinha distribuído setecentos *trailers* de filmes da Disney para permitir as locadoras venderem e alugarem cópias de tais filmes, a Disney agora tinha um processo de 100 milhões de dólares contra a Video Pipeline.

A Disney tem o direito de controlar sua propriedade, claro. Mas as locadores que vendiam os filmes da Disney também tinham algum direito de poderem vender ou alugar os filmes que elas compraram da Disney. A queixa da Disney na corte era de que as locadoras tinham o direito de vender ou alugar os filmes e que elas podiam listar os filmes disponíveis para venda ou aluguel, mas que elas não podiam exibir trechos do filme, mesmo como uma forma de vender ou alugar os filmes, sem a permissão da Disney.

Agora, você pode analisar isso como um caso fechado, e eu acredito que as cortes deveriam imaginar isso como um caso fechado. O ponto aqui é mapear a mudança que deu à Disney esse poder. Antes da Internet, a Disney não podia realmente controlar como as pessoas tinham acesso ao seu conteúdo.

Uma vez que um vídeo fosse disponibilizado ao mercado, a “doutrina da primeira venda” tornava o vendedor livre para usar o vídeo como desejasse, inclusive para exibir partes dele como uma forma de gerar vendas do filme como um todo. Mas com a Internet, tornou possível à Disney centralizar o controle sobre o acesso a esse conteúdo. Como cada uso da Internet gera cópias do conteúdo, o uso da Internet torna-se sujeita ao controle do detentor do *copyright*. A tecnologia expande o escopo do controle efetivo, já que a tecnologia cria uma cópia do material a cada transação.

Sem sombra de dúvidas, um potencial não é ainda um abuso, e portanto um potencial de controle não é um abuso de controle. A Saraiva tem o direito de impedir você de tocar um livro em sua loja; a lei de propriedade lhes dá tal direito. Mas na prática o mercado protege o consumidor de tal abuso. Se a Saraiva impedir a leitura para escolha de um livro, então os consumidores procurarão outras livrarias. A competição protege o consumidor de tais extremismos. E ela deveria muito bem (meu argumento sequer chega a questionar isso) proteger qualquer perigo semelhante quando ele vem do *copyright*. De fato, editores, ao exercerem os direitos que os autores lhes deram⁶, podem tentar restringir o número de vezes você leu um livro, ou tentar o impedir de compartilhar o livro com outras pessoas. Em um mercado competitivo como o de livros, os perigos de tal coisa acontecer são muito pequenos.

Novamente, meu objetivo até aqui é simplesmente o de mapear as mudanças que essa mudança de arquitetura provocou. Permitir que a tecnologia amplie o controle exercido pelos detentores do *copyright* significa que o controle do *copyright* não é mais definido por políticas equilibradas. O controle do *copyright* agora é simplesmente aquele que os donos privados decidirem exercer. Em alguns contextos, ao menos, esse fato é inofensivo. Mas em outros contextos, ele é uma receita para o desastre.

10.6 Arquitetura e Lei: Força

O desaparecimento dos usos não-restringidos por lei já seria mudança demais, mas uma segunda mudança importante trazida pela Internet amplia sua significância. Essa segunda mudança não afeta o alcance da regulamentação do *copyright*, e sim como tal regulamentação é imposta.

No mundo antes da tecnologia digital, em geral era a lei que controlava se e como algo era restrito pela lei do *copyright*. A lei, o que significava uma corte, o que significava um juiz: no fim das contas, era uma pessoa, treinada

⁶NT: aqui ele se refere aos direitos que os autores passam aos editores quando assinam contratos de publicação de livros

na tradição da lei e consciente dos equilíbrios que tal trazia consigo, era quem dizia se e como você teria sua liberdade restrita pela lei.

Há uma história famosa envolvendo os Irmãos Marx e a Warner Brothers. Os Marx queriam criar uma paródia de *Casablanca*. A Warner Brothers objetou, escrevendo uma carta ríspida a eles, avisando-os que haveriam sérios problemas legais se eles seguissem adiante com seu plano.[134]

Isso levou os irmãos Marx a responder na mesma moeda. Eles avisaram à Warner Brothers que os irmãos Marx “eram irmãos muito antes de vocês”. [135] Os irmãos Marx portanto detiam o uso da palavra *brothers*⁷, e se a Warner Brothers tentasse insistir no controle de *Casablanca*, então os irmãos Marx iriam insistir no controle de *irmãos*.

Uma ameaça absurda e vazia, claro, já que a Warner Brothers, assim como os irmãos Marx, sabiam que nenhuma corte iria impor uma queixa tão boba. Esse extremismo era irrelevante para as liberdades legítimas que qualquer um (incluindo a Warner Brothers) possuíam.

Na Internet, porém, não há checagem de regras tolas, porque na Internet, cada vez mais as regras são impostas não por pessoas, mas sim por máquinas. Cada vez mais as regras da lei do *copyright*, como interpretadas pelo detentor do *copyright*, são embutidas na tecnologia que distribui o conteúdo sob *copyright*. É o código, ao invés das leis, quem manda. E o problema com regulamentações por código é que, diferentemente da lei, o código não tem vergonha ou senso de humor. O código não poderia entender a piadas dos irmãos Marx. As conseqüências disso não seriam nada engraçadas.

Considere a vida do meu *Adobe eBook Reader*.

Um *ebook* é um livro distribuído em meio digital. Um *eBook* da Adobe não é um livro publicado pela Adobe; a Adobe simplesmente produz o software que os distribuidores usam para distribuir os *ebooks*. Ela fornece a tecnologia, e o distribuidor distribui o conteúdo usando a tecnologia.

A Figura 10.11 (Página 134) mostra uma imagem de uma versão antiga de meu *Adobe eBook Reader*.

Como você pode ver, eu tenho uma pequena coleção de *ebooks* na minha biblioteca de *ebooks*. Alguns desses livros reproduzem conteúdo que está no domínio público: *Middlemarch*, por exemplo, está no domínio público. Alguns reproduzem conteúdo que não está no domínio público: meu livro *The Future of Ideas* ainda não está no domínio público.

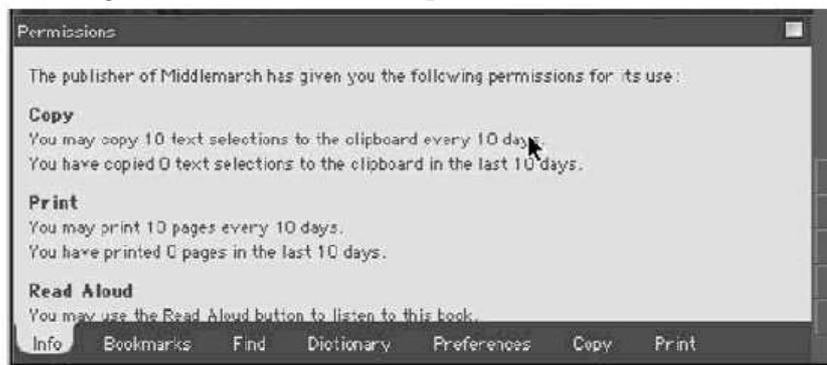
Consideremos primeiro *Middlemarch*. Se você clicar na minha cópia do *ebook* de *Middlemarch*, você irá ver uma capa bonita e então um botão abaixo de tudo chamado *Permissões*.

Se você clicar no botão *Permissões*, você irá ver uma lista das permis-

⁷NT: em inglês, *irmãos*

Figura 10.11: Janela do *Adobe eBook Reader*

ções que o editor garante ao seu livro, como a apresentada na Figura 10.12, Página 134.

Figura 10.12: Permissões para o livro *Middlemarch*

De acordo com meu *eBook Reader*, eu tenho a permissão de copiar para a área de Transferência do meu computador dez seleções de texto a cada dez dias. (Até agora, eu não copiei nenhum texto para a área de Transferência.) Eu também tenho a permissão para imprimir dez páginas do livro a cada dez dias. Por último, posso usar o botão *Read Aloud* para ouvir *Middlemarch* sendo lido pelo meu computador⁸.

Agora vejamos o caso do *ebook* de outro trabalho no domínio público (inclusive sua tradução): A *Política* de Aristóteles, mostrado na Figura 10.13, Página 135.

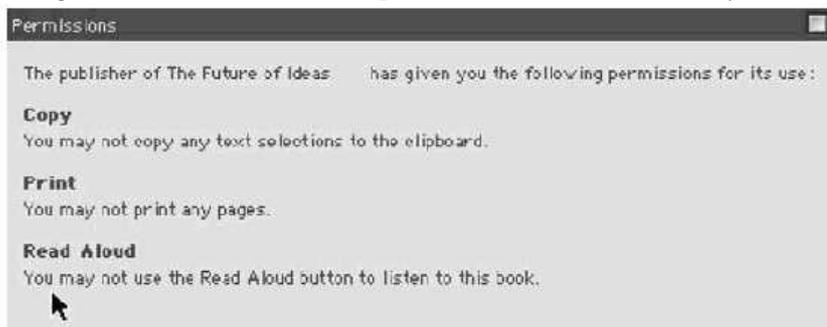
Figura 10.13: A *Política* de Aristóteles



De acordo com essas permissões, apresentadas na Figura 10.14, Página 136, nenhuma impressão ou cópia é permitida. Mas felizmente, você pode usar o botão *Read Aloud* para ouvir o livro.

Finalmente (e de forma mais embaraçosa), veremos as permissões do *ebook* original do meu livro mais recente, *The Future of Ideas*, mostradas na Figura 10.15, Página 136:

⁸NT: *Read Aloud*, em inglês, significa “ler em voz alta”

Figura 10.14: Permissões para o livro *A Política* de AristótelesFigura 10.15: Permissões para o livro *The Future of Ideas*

Sem cópia, sem impressão, e não se atreva a tentar escutar esse livro!

Agora, o *Adobe eBook Reader* chama a isso de “permissões” — como se o editor tivesse o poder de controlar como essa obra é usada. Para obras sob *copyright*, o detentor do *copyright* possui realmente tais poderes — até os limites da lei de *copyright*. Mas para obras que não estejam sob *copyright*, tal poder de *copyright* simplesmente não existe.⁹ Quando meu *ebook* de *Middlemarch* me diz que tenho a permissão para copiar apenas dez trechos de texto na memória a cada dez dias, o que ele realmente quer dizer é que o *eBook Reader* permitiu ao distribuidor controlar como eu uso o livro no meu computador, o que está muito além do controle que a lei daria a ele.

O controle vem ao invés disso do código — da tecnologia dentro da qual o *ebook* “vive”. Embora o *ebook* diga que tais permissões existem, elas não

⁹Em princípio, um contrato pode impor uma exigência a mim. Eu posso, por exemplo, comprar um livro de você que inclua um contrato que diga que eu posso o ler apenas três vezes, ou que eu prometo ler ele apenas três vezes. Mas essa obrigação (e os limites para criar tais obrigações) viriam do contrato, não da lei do *copyright*, e as obrigações do contrato não precisam serem necessariamente passadas a alguém que adquira posteriormente o livro.

são o tipo de “permissões” com as quais a maioria de nós conseguimos lidar. Quando um adolescente recebe “permissão” para sair de casa até a meia-noite, ele sabe (a não ser que ele seja Cinderela) que ele pode ficar fora até às duas da manhã, mas que ele irá sofrer um castigo se for pego. Mas quando o *Adobe eBook Reader* diz que eu tenho direito de fazer dez cópias de texto na memória do computador, isso quer dizer que após eu fazer essas dez cópias, o computador não irá fazer mais nenhuma. O mesmo com a restrição a impressão: após dez páginas, o *eBook Reader* não irá imprimir nenhuma mais. E o mesmo vale com a estúpida restrição que nos diz que não podemos usar o botão *Read Aloud* para ler o meu livro — não é que a companhia o irá processar se você fizer isso; de fato, se você pressionar o botão *Read Aloud* com o meu livro, a máquina simplesmente não vai o ler!

Esses são *controles*, não permissões. Imagine um mundo aonde os irmãos Marx vendessem software de processamento de texto que, quando você tentasse digitar “Warner Brothers”, ele apagasse “Brothers” da sentença.

Esse é o futuro da lei do *copyright*: nem tanto da *lei*, mas sim do *código* do *copyright*. Os controles sobre o acesso ao conteúdo não serão controles ratificados pelas cortes; os controles sobre o acesso ao conteúdo serão controles codificados por programadores. E embora os controles que estão construídos na lei sejam sempre checados por um juiz, os controles que estão construídos na tecnologia não são checados.

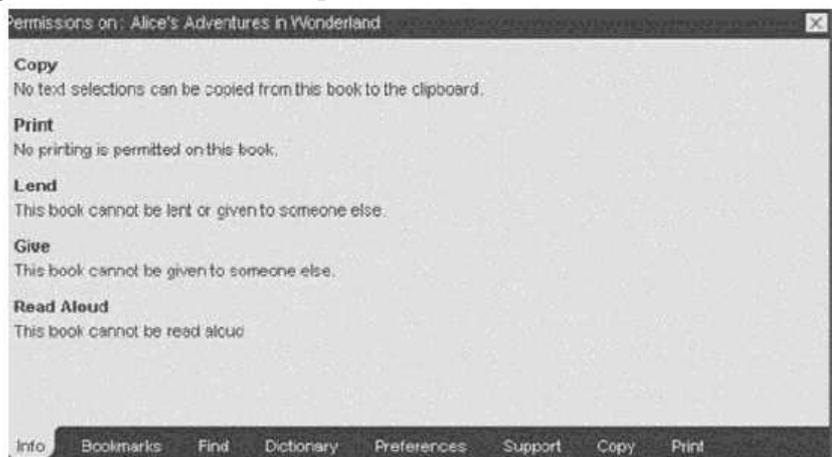
Quão significativo é isso? Não é sempre possível contornar os controles embutidos na tecnologia? Software costumava ser vendido com tecnologias que limitavam as habilidades dos usuários de copiarem o software, mas tais proteções eram simples de serem contornadas. Porque não poderíamos contornar tais proteções também?

Essa é apenas a ponta do iceberg. Vamos voltar ao *Adobe eBook Reader*.

No começo da vida do *Adobe eBook Reader*, a Adobe acabou se envolvendo em um pesadelo de relações públicas. Entre os livros que você poderia baixar de graça do site da Adobe estava uma cópia de *Alice no País das Maravilhas*. Esse livro maravilhoso está no domínio público. Mas quando você apertava o botão *Permissões* para esse livro, você obtinha no relatório mostrado na Figura 138, Página 138.

Aqui temos um livro infantil de domínio público que não pode ser copiado, emprestado, dado, e, como as “permissões” indicam, sequer “lido em voz alta”!

O pesadelo de relações públicas apareceu na última permissão. Porque o texto não queria dizer que você não poderia usar o botão *Read Aloud*; está escrito que você não tinha a permissão para ler o livro em voz alta. Isso levou várias pessoas a pensarem que a Adobe estava restringindo o direito dos pais, por exemplo, lerem o livro para suas crianças, o que parecia, para dizer o mínimo, absurdo.

Figura 10.16: Permissões para o livro *Alice no País das Maravilhas*

A Adobe respondeu rapidamente que parecia absurdo imaginar que ela estaria tentando restringir o direito de ler em voz alta. Obviamente, ela estava apenas restringindo a habilidade de usar o botão *Read Aloud* para que o computador lesse o livro em voz alta. Mas a questão que a Adobe nunca respondeu foi a seguinte: então a Adobe aceitaria que um consumidor fosse livre para usar programas que violassem as restrições embutidas no *eBook Reader*? Se alguma companhia (chame-a Elcomsoft) desenvolvesse um programa que desabilitasse a proteção tecnológica embutida em um *eBook* da Adobe de forma que uma pessoa cega, por exemplo, pudesse fazer com que o computador lesse o livro em voz alta, a Adobe iria considerar tal uso de um *eBook Reader* como justo? A Adobe não respondeu porque a resposta, por mais absurda que seja, é não.

A idéia aqui não é culpar a Adobe. De fato, a Adobe está entre as empresas mais inovadoras que estão procurando desenvolver estratégias que equilibrem o acesso livre ao conteúdo com incentivos às companhias para inovação. Mas a tecnologia da Adobe permite controle, e a Adobe tem um incentivo para defender tal controle. Tal incentivo é compreensível, embora o que ele cria é freqüentemente loucura.

Para entender a idéia desse contexto particularmente absurdo, considere uma das minhas histórias favoritas sobre tal assunto.

Considere o cão robô criado pela Sony chamado "Aibo". O Aibo aprende truques, afaga e segue você por aí. Ele come apenas eletricidade e não faz bagunça, ao menos na sua casa.

O Aibo é caro e popular. Fãs de todo o mundo criaram clubes para trocar histórias. Um fã em particular criou um site na Web para permitir que informações sobre o Aibo fossem compartilhadas. Esse fã criou o aibopet.com

(e também o aibohack.com, que na prática levam ao mesmo site), e nesse site forneceu informações sobre como ensinar um Aibo a fazer outros truques além dos que a Sony ensinou originalmente.

“Ensinar” aqui possui um significado todo especial. Cães robôs como o Aibo são apenas computadores bonitinhos. Você pode ensinar a um computador como fazer alguma coisa programando-o de maneira diferente. Então dizer que o aibopet.com estava fornecendo informação sobre como ensinar ao cão novos truques é o mesmo que dizer que a aibopet.com estava fornecendo informações para os usuários do cão Aibo sobre como *hackearem* seu “cão-computador” para fazer novos truques (por isso do aibohack.com).

Se você não é ou não conhece muitos programadores, a palavra *hack* possui uma conotação particularmente não-amigável. Não-programadores cortam gramas ou raízes¹⁰. Não-programadores em filmes de terror fazem coisas piores. Mas para programadores, ou codificadores, como eu os chamo, *hack*¹¹ é uma palavra muito mais positiva. Um *hack* é apenas código que permite a um programa fazer algo que ele não podia ou não era deveria fazer originalmente. Se você compra uma nova impressora para um computador velho, você pode acabar descobrindo que o seu velho computador não consegue usar a impressora por não ter “drivers”¹² compatíveis com ele. Se você descobrir isso, você poderá então depois ficar contente de descobrir um *hack* na Internet de alguém que escreveu um “driver” que permitem que o seu computador interaja com a impressora que você comprou.

Alguns *hacks* são fáceis de serem criados. Outros são incrivelmente difíceis de serem criados. Os hackers como uma comunidade adoram serem desafiados por si próprios e por outros com tarefas cada vez mais difíceis. Existe um certo respeito por aqueles com o talento para hackear bem, e um respeito ainda mais por aqueles que conseguem hackear de forma eticamente correta.

O fã do Aibo estava mostrando um pouco de ambos quando ele hackeou ou programa e ofereceu ao mundo alguns códigos que permitiriam ao Aibo dançar jazz. O cão não era programado originalmente para dançar jazz. Esse foi um achado interessante que transformou o cão em uma criatura mais talentosa do que a Sony havia a construído.

Eu contei essa história nos mais variados contextos, dentro e fora dos

¹⁰NT: um dos significados de *hack* é cortar alguma coisa

¹¹NT: mais a diante, como fiz anteriormente, estarei usando a palavra *hack* como verbo aporuguesado para dizer sobre as ações de um *hacker*, no sentido original da palavra, o de uma pessoa que procura explorar todas as possibilidades do sistema e utilizar todos os seus recursos, inclusive mediante programação do sistema

¹²NT: *drivers* são programas que fazem a ligação entre um software e um periférico qualquer, como uma impressora ou scanner, permitindo que o software — e todos os software baseados nele — acessem seus recursos

Estados Unidos. Uma vez fui questionado por um membro estarecido da platéia se era proibido que um cachorro dançasse jazz nos Estados Unidos? Nós perdoamos essas questões como vindas de pessoas que moram em locais longínquos que ainda não apareceram para a maior parte do mundo. Portanto deixe-me esclarecer antes de continuarmos: não é crime em lugar nenhum (de forma alguma) dançar jazz. Nem é um crime ensinar um cão a dançar jazz. Nem deveria ser um crime (embora não tenhamos muito disso por aqui) ensinar seu cão robô a dançar jazz. Dançar jazz é uma atividade completamente legal. As pessoas imaginariam o que o dono do aibopet.com imaginou: *qual é o problema que posso ter por ensinar um cão robô a dançar?*

Vamos por o cachorro na casinha um pouco, e vamos transformar isso em um circo de cavaleiros — não literalmente em um circo de cavaleiros, mas de fato em um artigo que um acadêmico da Princeton chamado Ed Felten preparou para uma conferência. Esse acadêmico da Princeton é muito conhecido e respeitado. Ele foi contratado pelo governo no caso da Microsoft para testar as queixas da Microsoft sobre o que poderia ou não ser feito com seus códigos. Naquele caso, ele demonstrou tanto o seu brilhantismo quanto a sua frieza. Sob grande pressão dos advogados da Microsoft, Ed Felten manteve-se centrado. Ele não pode ser ameaçado para permanecer quieto sobre as coisas que ele sabia bem.

Mas a bravura de Felten foi realmente testada em Abril de 2001.[136] Ele e um grupo de colegas estavam trabalhando em um artigo para ser submetido a uma conferência sobre as fraquezas em um sistema de criptografia que estava sendo desenvolvido pela Iniciativa de Música Digital Segura (*Secure Digital Music Initiative* — SDMI) como uma técnica para controlar a distribuição da música.

A coalizão da SDMI tinha como objetivo uma tecnologia permitir que os donos de conteúdo exercessem um controle mais efetivo sobre seus conteúdos do que a Internet, como originalmente projetada, oferecia-lhes. Usando encriptação, a SDMI esperava desenvolver um padrão que permitisse ao dono de conteúdo dizer “essa música não pode ser copiada”, e ter o respeito do computador quanto a esse comando. Essa tecnologia seria parte de um “sistema confiável” de controle que iria dar aos donos de conteúdo mais confiança no sistema da Internet.

Quando a SDMI acreditou que estava próxima de um padrão, ela criou uma competição. Ela forneceu um trecho de conteúdo encriptado pelo sistema da SDMI aos competidores, que tentavam o violar e, se conseguissem, relataram os problemas ao consórcio.

Felten e sua equipe venceu o sistema de criptografia rapidamente. Ele e sua equipe viram a fraqueza desses sistema como um problema geral de um tipo de encriptação: muitos sistemas sofriam do mesmo problema, e Felten e

sua equipe acreditaram que seria interessante mostrar isso para aqueles que estudam a criptografia.

Vamos rever tudo o que Felten fez. Novamente, vivemos nos Estados Unidos. Temos um princípio de liberdade de expressão não apenas porque ele está na lei, mas também porque é uma idéia realmente boa. Uma tradição de proteção à liberdade de expressão tem grandes chances de encorajar uma grande gama de pensamento crítico. Esse pensamento crítico tem grandes chances, por sua vez, de melhorar os sistemas, idéias, e pessoas criticadas.

O que Felten e seus colegas fizeram foi publicar um artigo descrevendo as fraquezas de uma tecnologia. Eles não estavam distribuindo música de graça, e nem construindo e disponibilizando tecnologia que o fizesse. O artigo era um estudo acadêmico, ininteligível para a maioria das pessoas. Mas ele mostrava de maneira clara a fraqueza no sistema da SDMI, e porque a SDMI não seria, da maneira como estava construída naquele momento, ser bem-sucedida.

O que liga os dois casos, o do aibopet.com e o de Felten, são as cartas que eles receberam. O aibopet.com recebeu uma carta da Sony sobre o *hack* disponibilizado. Embora seja legal ensinar um cachorro a dançar jazz, a Sony escreveu:

“Seu site contém informações que fornecem os meios para contornarem o protocolo de proteção contra cópias do software do AIBO, o que constitui uma violação das leis que impedem tal contorno descritas na *Digital Millennium copyright Act* (Lei de *Copyright* do Milênio Digital, DMCA)”

E embora escrever um artigo acadêmico descrevendo as fraquezas de um sistema de encriptação de dados deveria ser algo perfeitamente legal também, Felten recebeu uma carta de um advogado da RIAA que dizia:

“A disponibilização de qualquer informação obtida com a participação no Desafio Público está fora do escopo das atividades permitidas pelo Acordo e tornam você e sua equipe de pesquisa alvo de ações segundo o *Digital Millennium copyright Act* (‘DMCA’)”

Em ambos os casos, essa lei estranha e Orwelliana foi invocada para controlar a difusão da informação. A *Digital Millennium Copyright Act* tornou a divulgação de tais informações um crime.

A DMCA foi passada como uma resposta ao principal medo dos detentores de *copyright* quanto ao ciberespaço. Esse medo era de que o controle pelo *copyright* tivesse se tornado efetivamente morto; a resposta foi encontrar

tecnologias que repusessem essa “perda”. Essas novas tecnologias seriam tecnologias protetoras do *copyright* — tecnologias para controlar a replicação e distribuição de material sob *copyright*. Elas foram desenvolvidas como *códigos* para modificarem o código *original* da Internet e com isso restabelecer alguma proteção aos detentores do *copyright*.

A DMCA foi uma lei criada para salvaguardar as proteções de tais códigos desenvolvidos para protegerem materiais sob *copyright*. Ela era, podemos dizer, um *código legal* que visava apoiar *códigos de computador*, eles próprios criados para apoiarem o *código legal* do *copyright*.

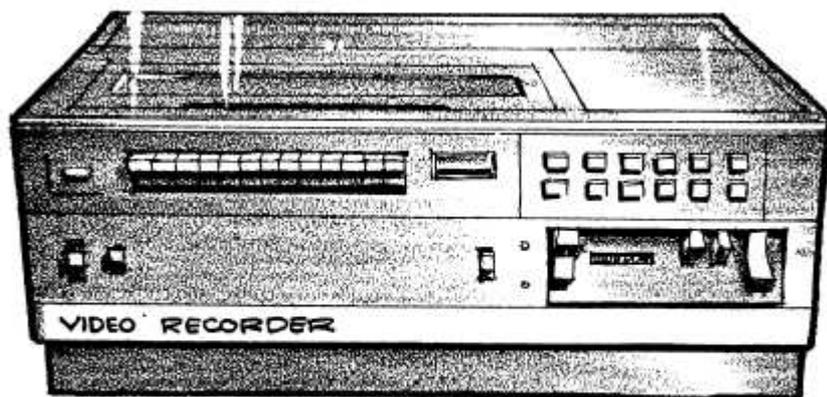
Mas a DMCA não foi desenvolvida meramente para proteger os trabalhos sob *copyright* dentro dos limites que a lei de *copyright* os protegia. Essa proteção, de fato, não iria terminar nos limites criados pela lei do *copyright*. A DMCA regulamentava os dispositivos que eram criados com medidas de contorno de sistemas de proteção de *copyright*, os proibindo, sem se importar se o uso de material sob *copyright* que era possibilitado por tais contornos eram realmente violações à lei de *copyright*.

O aibopet.com e Felten fizeram exatamente isso. O *hack* do Aibo contornava o sistema de proteção de *copyright* com o objetivo de permitir que o cachorro dançasse jazz. Essa possibilidade envolvia o uso de material sob *copyright*, claro. Mas como o site aibopet.com era não-comercial, e o uso não permitia outras violações de *copyright*, não havia dúvidas de que o *hack* disponibilizado pela aibopet.com era uso justo do material sob *copyright* da Sony. Mas uso justo não é uma defesa aplicável à DMCA. A questão não é se o uso do material sob *copyright* era uma violação do *copyright*. A questão é que um sistema de proteção de *copyright* foi contornado.

A ameaça contra Felten era mais suave, mas ela seguia a mesma linha de raciocínio. Ao publicar um artigo descrevendo como um sistema de proteção de *copyright* poderia ser contornado, sugeria o advogado da RIAA, o próprio Felten estava distribuindo uma tecnologia que permitia tal contorno. Portanto, mesmo ele próprio não estando violando o *copyright* de alguém, seu artigo acadêmico estava permitindo outros a violarem *copyright* alheio.

A bizarrice desses argumentos foi capturada em uma caricatura desenhada por Paul Conrad em 1981, apresentada na Figura 10.17, Página 143. Naquela época, uma corte na Califórnia decidiu que o videocassete deveria ser proibido pois era uma tecnologia que violava *copyright*: ela permitia aos consumidores copiarem filmes sem a permissão do detentor do *copyright*. Sem sombra de dúvidas haviam usos dessa tecnologia que eram legais: Fred Rogers, também conhecido como “Mr. Rogers”, por exemplo, conseguiu testemunhar tal uso quando ele permitiu que as pessoas gravassem seu programa *Mr. Rogers Neighborhood*.

Figura 10.17: Caricatura de Paul Conrad



CONRAD
© 1988 CONRAD INDUSTRIES, INC.

ON WHICH ITEM HAVE THE COURTS RULED THAT MANUFACTURERS AND RETAILERS BE HELD RESPONSIBLE FOR HAVING SUPPLIED THE EQUIPMENT?

NT: A caricatura diz: No caso de quais desses itens as cortes responsabilizaram os produtores por fornecerem o item?

“Algumas estações públicas, assim como as estações comerciais, exibiam o ‘Neighborhood’ em horas em que algumas crianças não podiam o assistir. Eu penso que é um bom serviço para as famílias elas poderem gravar tais programas e os assistir em momentos apropriados. Eu sempre imaginei que com o advento de toda essa nova tecnologia que permite às pessoas reproduzirem o ‘Neighborhood’ quando ele não estivesse passando na TV, e eu falo do ‘Neighborhood’ pois sou seu produtor, então as pessoas seriam mais ativas em definir o que as pessoas de sua família ve-

riam na televisão. Muito francamente, sou contrário a qualquer tentativa de programar-se as vidas das pessoas contra sua vontade. Todo o meu caminho na televisão foi guiado com a idéia a seguinte idéia sobre o público: ‘Você é uma pessoa importante do jeito que você é. Você pode tomar decisões adequadas.’ Talvez tenha ido longe demais, mas eu apenas acredito que qualquer coisa que permita que uma pessoa seja mais ativa no controle de sua vida, de uma maneira adequada, é importante”.[137]

Mesmo pensando que existiam usos legais, porque haviam alguns usos ilegais, as cortes decidiu que as companhias que produziam videocassetes deveriam ser responsabilizadas.

Isso levou Conrad a desenhar a caricatura apresentada na Figura 10.17, Página 143, que podemos aplicar ao caso da DMCA.

Nenhum argumento que eu tenho pode superar essa gravura, mas vou tentar chegar o mais perto disso possível.

As normas anti-contorno da DMCA visam as tecnologias de contorno das proteções de *copyright*. Tecnologias de contorno podem ser usadas para os mais diversos fins. Podem ser usadas, por exemplo, para permitirem a pirataria maciça de material sob *copyright* — um uso ruim. Ou podem ser usadas para permitirem o uso de certos materiais sob *copyright* de formas que seriam consideradas uso justo — o que é um bom uso.

Uma arma de fogo pode ser usada para atirar contra um policial ou contra uma criança. Muitos concordam que tais usos seriam ruins. Ou uma arma de fogo poderia ser usada para praticar tiro-ao-alvo ou para proteger-se contra um intruso. Ao menos alguns poderiam afirmar que tais usos seriam bons. Ela, também, é uma tecnologia que pode permitir usos bons e ruins.

O ponto óbvio da caricatura de Conrad é a estranheza de um mundo aonde armas são legais, embora possam causar danos, enquanto videocassetes (e tecnologias de contorno) são ilegais. Resumo da idéia: *Ninguém jamais morreu por causa de contornos de proteção de copyright*. Mesmo assim a lei proíbe totalmente as tecnologias de contorno, apesar de seu potencial para fazer coisas boas, mas permite armas, apesar dos danos tragicamente óbvios que elas podem provocar.

Os exemplos do Aibo e da RIAA demonstram como os detentores do *copyright* estão mudando o equilíbrio que a lei de *copyright* garante. Usando códigos, os donos do *copyright* restringem o uso justo; usando a DMCA, eles punem aqueles que tentam evadir-se das restrições ao uso justo imposto pelos códigos. A tecnologia se torna um meio pelo qual o uso justo pode ser eliminado, e a lei da DMCA apóia tal eliminação.

Essa é a forma através da qual *códigos* se tornam *leis*. Os controles embutidos nas tecnologias de proteção contra acesso e cópia tornam-se regras cuja violação também torna-se violação contra a lei — aumentando sua regulamentação, mesmo se o alvo de tais regulamentações (atividades que de outra maneira seriam claramente consideradas uso justo) está além dos limites da lei. O código torna-se a lei; o código amplia a lei; o código portanto amplia o controle que os detentores do *copyright* possuem — ao menos para aqueles detentores de *copyright* que possuem advogados suficientes para escreverem as cartas indecentes que tanto Felten quanto o aibopet.com receberam.

Existe ainda um último aspecto na interação entre arquitetura e lei que contribui para a força da regulamentação do *copyright*. É a facilidade com a qual as violações à lei passam a ser detectadas. Ao contrário da retórica comum no nascimento do ciberespaço que dizia que na Internet ninguém sabe se você é um cachorro, cada vez mais, graças às mudanças tecnológicas desdobradas dentro da Internet, é fácil pegar o cachorro que está cometendo uma violação à lei. As tecnologias da Internet estão abertas tanto aos bisbilhoteiros quanto aos compartilhadores, e os bisbilhoteiros estão cada vez melhores em descobrir a identidade daqueles que violam as regras.

Por exemplo, imagine que você faz parte de um fã-club de *Jornada nas Estrelas*. Vocês se reúnem todos os meses para compartilharem perguntas, e talvez para atuarem em algum tipo de *fan-fiction*.¹³ Uma pessoa poderia fazer o papel de Spock e outra o do Capitão Kirk. Os personagens poderiam começar de uma trama das histórias originais e então seguirem adiante de outras formas.[138]

Antes da Internet, esse era, de fato, uma atividade totalmente irrestrita. Não importa o que acontecia dentro do seu clube, você não era alvo de nenhuma política de *copyright*. Você era livre nesse espaço para fazer o que quisesse com essa parcela de nossa cultura. Você era permitido a construir o que quisesse a partir dela sem medo de controles legais.

Mas se você passou seu clube para a Internet, e tornou a sua *fan-fiction* disponível para outros participarem, a história poderia ser bem diferente. Os *bots* que estão vasculhando a Net por violações de *copyright* e de marcas registradas iriam achar rapidamente seu site. O fato de você ter publicado uma *fan-fiction*, dependendo do dono da série na qual ela se baseia, poderia muito bem lhe ameaçar com processos. E ignorar tal ameaça poderia lhe ser

¹³**NT:** *fan-fictions*, ou *fanfics*, são histórias criadas por fãs de uma determinada série de ficção ou fantasia, como *Jornada nas Estrelas*, *Harry Potter* ou *Senhor dos Anéis*, aonde os fãs criam histórias alternativas, usando os mesmos personagens, cenários e situações da série, e acrescentando novos personagens, cenários e situações. Para ver algumas, visite <http://www.fanfiction.net> (em inglês), ou <http://www.harryoteca.com> (em português).

de fato extremamente custoso. A lei do *copyright* é extremamente eficiente. As penalidades são pesadas e o processo é rápido.

Essa mudança na força efetiva da lei é causada por uma mudança na facilidade com a qual a lei pode ser imposta. Essa mudança também muda o equilíbrio da lei radicalmente. Seria como se o seu carro passasse a enviar informações sobre a qual velocidade você estivesse guiando durante todo o tempo; não demoraria nada para o estado mandar para você multas baseadas nos dados transmitidos. é exatamente isso que está acontecendo aqui.

10.7 Mercado: Concentração

Portanto a duração do *copyright* foi incrivelmente ampliada — triplicada nos últimos trinta anos. E o escopo do *copyright* também foi ampliado da mesma forma — de regulamentar apenas editoras para regulamentar praticamente tudo. E o alcance também mudou, já que praticamente todas as ações causam cópias e portanto são presumivelmente restringíveis por lei. E conforme os tecnólogos encontram formas melhores de controlarem o uso de conteúdo, e conforme os *copyright* são cada vez mais garantidos pela tecnologia, a força do *copyright* também mudou. O mau uso é cada vez mais fácil de ser rastreado e controlado. Essa regulamentação no processo criativo, que começou como uma pequena regulamentação controlando uma pequena parte do mercado de obras criativas, tornou-se o regulador específico mais importante da criatividade. é uma maciça expansão no escopo do controle governamental sobre a inovação e a criatividade; e pode estar se tornando totalmente irreconhecível àqueles que criaram o controle pelo *copyright*.

Apesar disso, no meu entender, todas essas mudanças não importariam tanto se não fosse uma outra mudança que precisamos considerar também. Essa é uma mudança que é de certa forma a mais familiar para nós, embora sua significância e escopo não foram bem entendidos ainda. Ela é a mudança que cria exatamente o motivo para que fiquemos preocupados com as demais mudanças que eu descrevi anteriormente.

Trata-se da mudança na concentração e integração dos meios de comunicação. Nos últimos vinte anos, a natureza da posse dos meios de comunicação passou por uma mudança radical, causada por mudanças nas normas legais que governam a mídia. Antes que tal mudança acontecesse, as diferentes formas de mídia eram propriedade de companhias separadas de mídia. Agora, a mídia está cada vez mais sendo propriedade de algumas poucas companhias. De fato, após as mudanças que a FCC anunciou em Junho de 2003, muitos esperam que em alguns poucos anos, nós vivamos em um mundo aonde três companhias irão controlar mais de 85% de todos os meios de comunicação.

Essas mudanças acontecem em dois sentidos: no escopo da concentração e em sua natureza.

As mudanças no escopo são as mais fáceis de descrever. Como o Senador John McCain resumiu os dados produzidos pela análise que a FCC fez da propriedade da mídia, “cinco companhias controlam 85% de todos os nossos meios de comunicação.”[139] Um grupo de cinco selos musicais formado por Universal Music Group, BMG, Sony Music Entertainment, Warner Music Group, e EMI controla 84,8% do mercado de música americano.[140] As “cinco maiores companhias de cabo transmitem suas programações para 74% dos assinantes de cabo do país.”[141]

A história com o rádio é ainda mais dramática. Antes da desregulamentação do setor, o maior conglomerado de radiodifusão era dono de menos de 75 estações de rádio. Atualmente *apenas uma* companhia é dona de mais de 1200 estações. Durante o período de consolidação o número de proprietários de estações de rádio caiu em 34%. Atualmente, em muitos mercados, as duas maiores empresas de radiodifusão controlam 74% da renda. Acima de tudo, apenas quatro companhias controlam conjuntamente 90% de toda a receita publicitária do rádio no país.

A propriedade de jornais está se tornando também cada vez mais concentrada. Atualmente existem seiscentos menos jornais diários nos Estados Unidos do que existia a oitenta anos atrás, e dez companhias controlam metade do mercado de jornais do país. Há vinte grandes jornais publicados nos Estados Unidos. As dez maiores empresas cinematográficas concentram 99% de toda a renda com filmes. As dez maiores companhias de cabo recebem 85% de toda a renda com o cabo. Esse mercado está muito longe do mercado de livre imprensa que os criadores da Constituição procuravam proteger. De fato, esse é um mercado que está muito bem protegido — pelo mercado.

A concentração setorial é uma coisa. A mais terrível mudança é a da natureza da concentração. Conforme o autor James Fallows falou em um artigo recente sobre Rupert Murdoch ¹⁴,

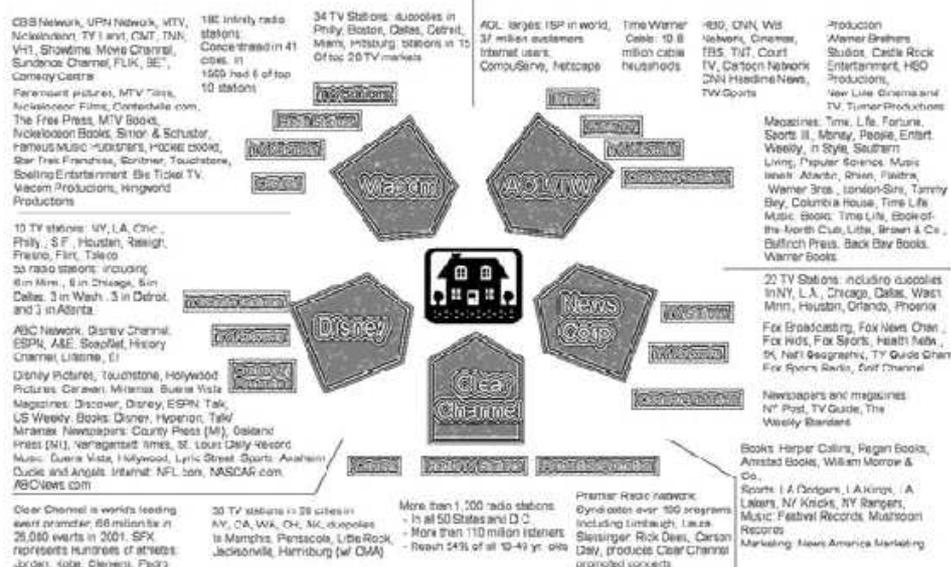
“As companhias de Murdoch agora constituem uma linha de produção insuperável em sua integração. Elas fornecem conteúdo — filmes da Fox (...) Shows de TV da Fox (...) transmissões esportivas controladas pela Fox, além de jornais e livros. Elas vendem o conteúdo ao público e aos publicitários — em jornais, na rede de TV, nos canais a cabo. E elas operam o sistema de distribuição física no qual o conteúdo chega aos consumidores. Os

¹⁴NT: um grande magnata do mercado jornalístico mundial, dono do conglomerado Fox

sistemas via satélite de Murdoch distribui agora o conteúdo da News Corp. na Europa e na Ásia; se Murdoch tornar-se o maior dono individual da DirecTV, o sistema irá ter a mesma função nos Estados Unidos.”[142]

O padrão de Murdoch é o padrão da mídia moderna. Não apenas grandes companhias comandando muitas estações de rádio, mas também algumas pequenas companhias que são donas do máximo de meios de comunicação possíveis. Uma imagem descreve esse padrão melhor que mil palavras podem fazer, e essa imagem está na Figura 10.7, Página 148.

Figura 10.18: Principais corporações de mídia americanas em 2003



NT: é impossível traduzir todo o conteúdo dessa imagem sem gastar páginas e páginas, mas ela mostra exatamente a estrutura das principais corporações de mídia americanas em 2003 — AOL Time Warner, News Corp., Disney, ViaCom e Clear Channel. é interessante, para título de raciocínio brasileiro, imaginar os grandes conglomerados midiáticos brasileiros, como Globo e Abril, e comparar em poder essas companhias brasileiras com as cinco americanas citadas.

Como essa concentração é significativa? Ela irá afetar o que poderá ser feito ou distribuído? Ou meramente essa é uma forma mais eficiente de produzir e distribuir conteúdo?

A minha opinião é de que a concentração não é importante. Eu acreditava que não havia nada melhor que uma estrutura financeira mais eficiente. Mas

agora, após ler e ouvir a um rio de criadores tentando me convencer do contrário, estou começando a mudar de idéia.

Forneço-lhe uma história representativa que irá começar a sugerir a você como essa integração pode ser importante.

Em 1969, Norman Lear criou um piloto para *All in the Family*. Ele levou o piloto à ABC¹⁵, que não gostou dele. Era muito irritante, eles disseram a Lear. Faça novamente. Lear fez um segundo piloto, ainda mais irritante. A ABC ficou exasperada. Você não entendeu, disseram-lhe a Lear. Queremos algo *menos* irritante, não *mais*.

Ao invés de reclamar, Lear simplesmente levou o show para outro lugar. E a CBS ficou contente com a série; a ABC não podia fazer nada para parar Lear. O *copyright* que Lear tinha asseguraram uma independência do controle da rede ABC.[143]

A rede não podia controlar tais *copyright* porque a lei proibia as redes de controlarem o conteúdo que elas transmitiam. A lei exigia uma separação entre as redes e os produtores de conteúdo; foi essa separação que garantiu a liberdade de Lear. E até 1992, por causa dessas lei, a maior parte das estréias na TV — 75% delas — eram “independentes” das redes de TV.

Em 1994, a FCC abandonou as regras que exigiam tal independência. Após essa mudança, as redes de TV rapidamente mudaram a balança. Em 1985, haviam 25 produtoras de TV independente; em 2002, apenas cinco delas ainda existiam. “Em 1992, apenas 15% das novas séries foram produzidas para uma rede por uma companhia controlada por ela. Ano passado, a porcentagem dos shows produzidos por empresas controlas mais que quintuplicou para 77%”. “Em 1992, 16 novas séries foram produzidas de forma independente do controle dos conglomerados. No ano passado, apenas uma foi produzida assim”. [144] Em 2002, 75% das estréias televisivas eram propriedades das redes que as veiculavam. “No período de dez anos entre 1992 e 2002, o número de horas de horário nobre por semana produzido por estúdios das redes de TV aumentou em mais de 200%, enquanto o número de horas de horário nobre televisivo por semana produzido por estúdios independentes caiu em 63%.”.[144]

Atualmente, um outro Norman Lear com outro *All in the Family* iria descobrir que suas escolhas seriam fazer uma série menos irritante ou ser demitido: o conteúdo de qualquer show criado por uma rede de TV é cada vez mais propriedade da mesma.

Enquanto o número de canais aumentou dramaticamente, a propriedade de tais canais foi estreitando-se a alguns poucos cada vez mais poucos. Como Barry Dillers disse a Bill Moyers,

¹⁵NT: Companhia americana de TV

“Bem, se você tem mais companhias que produzem, financiam e levam ao ar seus canais e distribuem para o mundo todo tudo aquilo que passa por seu sistema controlado de distribuição, então o que você tem são cada vez mais menos vozes participando do processo. [Estávamos acostumados] a ter dúzias e dúzias de companhias de produção independente produzindo programas de TV. Agora temos cada vez menos delas.”[146]

Esse estreitamento causa efeitos no que é produzido o produto de redes tão largas e concentradas é cada vez mais homogêneo, seguro e estéril. O produto dos noticiários das redes de TV está cada vez mais sendo costurado à mensagem que a rede deseja vincular. Esse não é o Partido Comunista, embora para aqueles que estão dentro, pareça muito com o Partido Comunista. Ninguém pode questionar sem risco de punição — não necessariamente isolamento na Sibéria, mas punição de qualquer forma. Visões críticas, diferentes e independentes são esmagadas. E esse não é um ambiente para uma democracia.

A própria economia oferece um paralelo que explica porque essa integração afeta a criatividade. Clay Christensen escreveu sobre o “Dilema do Inovador”: o fato que as grandes firmas tradicionais acham racional ignorar novas tecnologias revolucionárias que competem com o seu *core business*¹⁶. A mesma análise pode ajudar a explicar porque as grandes empresas tradicionais da mídia acham racional ignorar novas tendências culturais.[147] Gigantes pesados não apenas não podem, como não deveriam, correr. Mas se o campo está aberto apenas para os gigantes, haverá muito pouca corrida.

Eu não acredito que conheçamos o suficiente sobre economia do mercado de mídia para dizer com certeza o que a concentração e a integração farão. A eficiência é importante e os efeitos sobre a cultura são difíceis de serem mensurados.

Mas eis aqui um exemplo quintessencialmente óbvio que pode nos dar muitas preocupações.

Junto com a guerra do *copyright*, estamos no meio de uma guerra das drogas. A política do governo é fortemente direcionada contra os cartéis das drogas; as cortes civis e criminais estão cheias das conseqüências de tal batalha.

Deixe-me primeiro deixar claro minhas posições antes de qualquer posicionamento do governo que diga algo sobre o fato de eu achar essa guerra um profundo erro. Eu não sou a favor das drogas. De fato, venho de uma família que já foi arruinada pelas drogas — embora as drogas que arruinaram

¹⁶NT: ao pé da letra, *negócio central*. É um termo de administração de empresas que significa o principal negócio da empresa, aonde o seu foco deve ser máximo

a minha família eram legais. Eu acredito que essa guerra é um profundo erro por causa dos efeitos colaterais que podem ser tão grandes que podem tornar essa guerra insana. Quando você adiciona os fardos do sistema legal, o desespero de uma geração de crianças cujas únicas oportunidades econômicas envolvam entrar no mundo das drogas, o esmagamento das proteções constitucionais por causa da vigilância constante que essa guerra exige, e mais profundamente, a destruição total dos sistemas legais de muitos países da América do Sul por causa do poder dos cartéis locais das drogas, eu acho que seja impossível acreditar que os benefícios mínimos na redução do consumo de drogas pelos americanos poderiam cobrir os custos citados.

OK, você pode não estar convencido. Tudo bem. Vivemos em uma democracia, e é pelo votos que decidimos nossa políticas. Mas ao fazermos isso, nós dependemos fundamentalmente das notícias para informar aos Americanos sobre esses fatos.

Começando em 1998, o *Office of National Drug Control Policy* (Escritório de Políticas Nacionais Anti-Drogas) lançou uma campanha de mídia como parte da “guerra contra as drogas”. A campanha produziu vários pequenos trechos de filme sobre assuntos relacionados às drogas ilegais. Em uma dessas séries (a série Nick e Norm) dois homens em um bar discutem a idéia de legalização das drogas como uma forma de evitar alguns dos efeitos colaterais da guerra. Um deles apóia argumentos a favor da legalização das drogas. O outro responde de maneira forte e efetiva contra os argumentos do primeiro. No fim, o primeiro cara, muda de idéia (ei, isso é TV). No fim das contas, a propaganda é um ataque condenável contra as campanhas pró-legalização.

OK, é um bom anúncio. E não muito distorcido. Ele passa muito bem sua mensagem. Uma mensagem justa e razoável.

Agora imaginemos que você pensa que essa é uma mensagem errada, e você que responder com outro comercial. Vamos dizer que você quer passar uma série de comerciais que tentem demonstrar o dano extremamente colateral que virá da guerra contra as drogas. Você poderia o fazer?

Bem, antes de mais nada, esses anúncios custam muito caro. Mas vamos assumir que você consiga levantar o dinheiro. Vamos assumir que um grupo de cidadãos preocupados lhe doem todo o dinheiro necessário para auxiliar você a levar tal mensagem. Será que você poderia garantir que sua mensagem seria ouvida?

Não. Você não pode. As estações de TV possuem uma política geral de não transmitirem anúncios “controversos”. Anúncios divulgados pelo governo são claramente válidos; aqueles que discordam do governo são controversos. Essa seletividade pode ser inconsistente com a Primeira Emenda, mas a Suprema Corte determinou de estações tem o direito de escolher o que exibir. Desse modo, os principais canais da mídia comercial podem-se negar

a apresentarem um dos lados em um debate crucial. E as cortes defenderão os direitos de tais viéses das estações de TV.[148]

Eu adoraria defender também os direitos das redes de TV — se vivêssemos em um mercado midiático que realmente fosse diversificado. Mas a concentração da mídia coloca tal condição em cheque. Se um pequeno grupo de companhias controla o acesso à mídia, e se esse pequeno grupo de companhias decide o tipo de posições políticas que serão promovidas em seus canais, então, de uma forma óbvia e importante, a concentração preocupa. Você pode gostar das posições selecionadas pelo pequeno grupo de companhias. Mas você pode não gostar nem um pouco de um mundo aonde alguns poucos decidem sobre que assuntos o resto de nós ficará sabendo.

10.8 Juntos

Existe algo inocente e óbvio sobre a queixa dos ativistas do *copyright* que o governo deveria “proteger minha propriedade”. No abstrato isso é obviamente verdade e, normalmente, totalmente inofensivo. Nenhuma pessoa sã que não seja um anarquista iria negar isso.

Mas quando nós vemos quão dramaticamente essa “propriedade” mudou — quando nós reconhecemos como ela pode agora interagir tanto com tecnologia quanto com mercados e entendemos como as restrições efetivas na liberdade que cultiva nossa cultura está dramaticamente diferente — a queixa começa a parecer menos inocente e óbvia. Dado (1) o poder que a tecnologia tem de suplementar os controles legais, e (2) o poder dos mercados concentrados para enfraquecer a oportunidade de oposição, estritamente pela imposição dos direitos à “propriedade” maciçamente expandidos dados pelas mudanças no *copyright*, fundamentalmente mudando a liberdade dentro dessa cultura de cultivar e construir sobre o nosso passado, então temos que nos questionar se não deveríamos redefinir essa propriedade.

Não de forma grave e nem absoluta. Minha opinião não é de que deveríamos abolir completamente o *copyright* ou retornarmos ao século dezoito. Isso seria um erro total e desastroso para os negócios mais importantes com criatividade que temos em nossa cultura atualmente.

Mas, não importa o que a cultura da Internet mostre, há espaço entre o zero e o um. E essas mudanças maciças no poder efetivo da regulamentação do *copyright*, combinadas com a concentração crescente da indústria do conteúdo e caindo nas mãos da tecnologia que cada vez mais aumenta o controle sobre o uso da cultura, deveria-nos levar a considerar se precisamos de mais um ajuste. Não um ajuste que aumente sua duração. De fato, um ajuste que restaure o equilíbrio que era tradicionalmente definido na regulamentação

do *copyright* — um enfraquecimento nessa regulamentação, para reforçar a criatividade.

A lei do *copyright* nunca foi uma tábua da salvação. Ela não é um conjunto de compromissos constantes que, por alguma razão misteriosa, os jovens e os *geeks* atualmente desprezam. De fato, o poder do *copyright* cresceu de forma dramática em um curto período de tempo, conforme os tecnólogos da distribuição e criação mudaram e conforme os lobistas pressionaram por mais controle para os detentores do *copyright*. As mudanças no passado como resposta a mudanças na tecnologia sugerem que nós podemos muito bem precisar de mudanças similares no futuro. E essas mudanças deverão ser *reduções* no escopo do *copyright*, em resposta ao extraordinário aumento no controle que a tecnologia e os mercados fornecem.

Pois o ponto específico que é perdido em meio a essa guerra contra a pirataria é um ponto que nós apenas vemos após avaliarmos a extensão de tais mudanças. Quando você adiciona o efeito das mudanças na lei, dos mercados concentrados e das mudanças tecnológicas, juntos eles produzem uma conclusão surpreendente: *Jamais em nossa história tão poucos tiveram um direito legal de controlar tanto do nosso desenvolvimento cultural como agora.*

Nem mesmo quando os *copyright* eram eternos, pois quando eles eram eternos, eles afetavam apenas aquela obra criativa específica. Nem mesmo quando apenas os editores tinham os materiais para publicar obras, pois o mercado era mais diversificado. Nem quando tínhamos apenas três canais de TV, pois então os jornais, estúdios de cinema, estações de rádio e editores eram independentes das mesmas. *Jamais* o *copyright* protegeu toda essa gama de direitos, contra uma tão ampla gama de atores, já que o período é remotamente grande. Essa forma de regulamentação — uma regulamentação pequena de uma parte pequena da energia criativa de uma nação em construção — é agora uma regulamentação maciça do processo criativo como um todo. A lei mais a tecnologia mais o mercado agora interagem para transformar essa regulamentação historicamente benigna na mais significativa regulamentação cultural que nossa sociedade livre já conheceu.[149]

Esse foi um capítulo longo. Agora podemos citar rapidamente esse ponto.

No início do livro eu fiz a distinção entre cultura comercial e a não-comercial. Durante esse capítulo, eu fiz a distinção entre realizar uma cópia de uma obra e a transformar. Nós podemos agora combinar ambas as distinções e desenhar um mapa claro das mudanças que a lei do *copyright* sofreu com o tempo.

Em 1790, a lei parecia-se com isso:

	Publicar	Transformar
Comercial	©	Livre
Não-comercial	Livre	Livre

O ato de publicar um mapa, carta de navegação ou livro era regulamentado pela lei. Nada mais o era. As transformações eram livres. E como o *copyright* era atrelada apenas ao registro, e apenas para aqueles que procuravam tirar proveito econômico costumavam registrar as obras, a cópia pela publicação de obras não-comerciais era livre.

No fim do século dezenove, a lei mudou para isso:

	Publicar	Transformar
Comercial	©	©
Não-comercial	Livre	Livre

Obras derivativas agora eram regulamentadas pela lei do *copyright* — se publicadas, aonde novamente, dada a economia da publicação do período, queria dizer oferecida comercialmente. Mas a publicação e transformação não-comercial ainda era essencialmente livre.

Em 1909 a lei mudou para regulamentar as cópias, não a publicação, e após essa mudança, o escopo da lei foi atrelado à tecnologia. Como a tecnologia de cópia tornou-se superior, o alcance da lei foi ampliado. Portanto, em 1975, quando as máquinas de fotocópia tornaram-se comuns, nós podemos dizer que a lei passou a parecer-se algo assim:

	Publicar	Transformar
Comercial	©	©
Não-comercial	©/ Livre	Livre

A lei foi interpretada para alcançar a cópia não comercial através, por exemplo, das máquinas de copiar, mas a maior parte da cópia fora do mercado comercial permaneceu livre. Mas as conseqüências do surgimento das tecnologias digitais, principalmente no contexto das redes digitais, significou a mudança da lei para algo assim:

	Publicar	Transformar
Comercial	©	©
Não-comercial	©	©

Todas as partes agora são governadas pela lei do *copyright*, apesar de a maior parte da criatividade não ser comercial. A lei agora regulamenta a

gama total de criatividade — comercial ou não, transformadora ou não — com as mesmas regras criadas para regulamentar os editores comerciais.

É claro que a lei do *copyright* não é a inimiga. A inimiga é a regulamentação que não causa bem algum. Portanto a questão que deveríamos nos fazer agora é se estender as regulamentações da lei do *copyright* em cada um desses domínios realmente faz algum bem.

Eu não tenho dúvidas que é bom regulamentar a cópia comercial. Mas eu também não tenho dúvida de que iremos causar mais danos do que benefícios ao regulamentarmos (como fizemos agora) a cópia não-comercial e, especialmente, a transformação não-comercial. E, cada vez mais, pelas razões apresentadas principalmente nos capítulos 7 e 8, você pode considerar também se não iremos causar mais prejuízos que benefícios com a transformação comercial. Mais trabalhos transformadores comerciais poderiam ser criados se os direitos sobre “obras derivativos” fossem restritos de forma mais objetiva.

O objetivo portanto não simplesmente definir se *copyright* é propriedade. Está claro que o *copyright* é um tipo de “propriedade”, e claro, como qualquer outra propriedade, o estado deveria o proteger. Mas não importa o que as primeiras impressões tenham dado a entender, historicamente, esse direito à propriedade (como todos os demais direitos à propriedade.[150]) foi criado para equilibrar o objetivo importante de dar aos autores e artista incentivos e para o igualmente importante objetivo de garantir o acesso ao trabalho criativo. E por quase metade de nossa tradição, o “*copyright*” não controlava *de maneira nenhuma* a liberdade dos outros de construir ou transformarem um trabalho criativo. A cultura americana nasceu livre, e por quase 180 anos nosso país consistentemente protegeu uma cultura rica e vibrante.

Alcancamos essa cultura livre porque nossa lei respeitava limites importantes no escopo dos interesses protegidos pela “propriedade”. O próprio nascimento do “*copyright*” como um direito legal reconhecia tais limites, ao garantir ao donos do *copyright* proteção apenas por um tempo limitado (a história do capítulo 6). A tradição do “uso justo” é animada por uma preocupação similar que está cada vez mais sob pressão pelo fato de que exercer qualquer direito de uso justo torna-se incrivelmente caro (a história do capítulo 7). Adicionar direitos legais aonde os mercados podem sufocar a inovação é outro limite sobre o direito da propriedade definido pelo *copyright* (capítulo 8). E garantir a arquivos e bibliotecas uma ampla liberdade para coletar informações, independentemente de qualquer queixa de propriedade, é uma parte crucial para proteger a essência de uma cultura (capítulo 9). Culturas livres, assim como mercados livres, são construídos com propriedades. Mas a natureza da propriedade que constrói uma cultura livre é muito diferente da visão extremista que domina o debate hoje.

A cultura livre está se tornando cada vez mais a baixa nessa guerra contra

a pirataria. Como resposta a uma ameaça real, embora não quantificada, das tecnologias da Internet concedidas pelos modelos de negócio do século 20 para produção e transformação de cultura, a lei e a tecnologia estão sendo transformadas de uma maneira que irá minar nossa tradição de cultura livre. O direito a propriedade que é o *copyright* não tem mais o equilíbrio que tinha, ou que deveria ter, no passado, tendo sido levada a um extremo. A oportunidade de criar e transformar é enfraquecida em um mundo aonde a criação exige permissão e a criatividade precisa ter a participação de um advogado.

Parte IV
Charadas

Capítulo 11

Quimera

EM UMA HISTÓRIA CURTA BEM CONHECIDA de H. G. Wells, um alpinista chamado Nunez cai (literalmente, de uma ladeira gerada) em um vale desconhecido e isolado nos Andes Peruanos.[151] O vale é extraordinariamente bonito, como “água pura, pastagens, clima bom, inclinações de terra marrom e rica com uma grande quantidade de arbustos de onde nascem excelentes frutos”. Mas os nativos do local são todos cegos. Nunez imagina isso como uma oportunidade. “Na Terra dos Cegos”, ele diz para si mesmo, “Quem Tem Um Olho é Rei”. Portanto ele resolve viver entre os nativos para viver como um rei.

Mas as coisas não saem exatamente como ele planejou. Ele tenta explicar a idéia de visão aos nativos. Eles não entendem. Ele lhes diz que eles são “cegos”. Eles não possuem o conceito da palavra *cego*. Eles pensam apenas que ele é tapado. De fato, conforme eles vão notando as coisas que ele não pode fazer (ouvir o som de grama sendo pisada, por exemplo), eles tentam cada vez mais o controlar. Ele, por sua vez, fica cada vez mais frustrado. “‘Vocês não entendem’, ele grita, com uma voz que parece grande e resoluto, e com a qual quebra o silêncio. ‘Vocês são cegos e eu posso ver. Deixem-me em paz!’”

Os nativos não o deixam em paz. Nem eles vêm (por assim dizer) a virtude do seu poder especial. Nem mesmo o alvo maior de sua afeição, uma jovem que ele imaginava ser “a coisa mais bonita de toda a criação”, consegue entender a beleza da visão. As descrições de Nunez do que ele via “parecia a ela o mais poético dos idílios, e ela escutava a suas descrições das estrelas e das montanhas e de seu próprio sorriso doce e branco com uma indulgência cheia de culpa”. “Ela não acreditava”, Wells nos conta, e “ela não compreendia totalmente, mas ela estava misteriosamente deliciada com aquilo”.

Quando Nunez anunciou seu desejo de casar com a sua paixão “misteriosamente deliciada”, o pai e o vilarejo rejeitam a idéia. “Veja, minha querida”,

seu pai diz, “ele é um idiota. Ele tem fantasias. Ele não pode fazer nada certo”. Eles então levam Nunez ao doutor da vila.

Após um exame cuidadoso, o doutor dá sua opinião. “Seu cérebro tem algum problema”, ele diz.

“E que problema é esse?” pergunta o pai.

“São essas coisas esquisitas, que ele chama de olhos (...) estão doentes (...) de modo que afetam o seu cérebro.”

O doutor continua: “Posso afirmar com razoável certeza de que para o curar completamente, tudo o que precisamos é de um procedimento cirúrgico simples e fácil — para ser mais específico, remover esses dois corpos irritantes [os olhos].”

“Deus seja louvado pela ciência!”, diz o pai ao doutor. Eles informam a Nunez a condição necessária para ele poder se casar. (Você terá que ler o original para ver o que acontece no final. Posso ser favorável a uma cultura livre, mas ainda acho ruim contar o final de uma história para quem não a leu.)

Algumas vezes acontece que os embriões de gêmeos fundam-se no útero da mãe. Essa fusão produz uma “quimera”.¹ Uma quimera é uma criatura individual que possui dois conjuntos de DNA. O DNA no sangue, por exemplo, pode ser diferente do DNA na pele. Essa é uma possibilidade pouco usada em romances policiais: “Mas o DNA mostra com 100% de certeza que ele não era a pessoa cujo sangue estava na cena do crime. (...)”

Antes de ter lido sobre quimeras, eu poderia dizer que era impossível. Uma pessoa não poderia ter dois conjuntos de DNA. A própria idéia do DNA é que ele é um código individual. Porém, na prática, não apenas pode acontecer de duas pessoas terem o mesmo conjunto de DNA (gêmeos idênticos), mas uma pessoa pode ter dois conjuntos diferentes de DNA (no caso das quimeras). Nosso entendimento de uma “pessoa” deveria considerar esses fatos.

Quanto mais eu tento entender a batalha atual sobre *copyright* e cultura, que algumas vezes já chamei de forma injustas, e outras não tão injusta assim, de “a guerra do *copyright*”, mais eu penso que estamos lidando com uma quimera. Por exemplo, nos debates sobre “O que é o compartilhamento de arquivos P2P”, ambos os lados estão certos e errados ao mesmo tempo. Um lado diz que “compartilhar arquivos funciona como dois garotos gravando fitas com músicas um do outro — o tipo de coisa que nós fizemos nos últimos trinta anos sem ninguém se preocupar.” Isso é verdade, ao menos em parte.

¹NT: na mitologia antiga, uma *quimera* era basicamente qualquer criatura que tinha partes de duas ou mais criaturas diferentes em si. A *quimera* em especial tinha partes de dragão, bode e leão, segundo a mitologia grega. Em psicologia, é dito que qualquer sonho mais louco de uma pessoa é uma quimera.

Quando eu digo ao meu melhor amigo para dar uma escutada no novo CD que eu comprei, mas ao invés de lhe emprestar o CD, eu lhe indico meu servidor de P2P, isso pode ser considerado, para todos os motivos relevantes, exatamente aquilo que todos os executivos de todas as gravadoras sem sombra de dúvidas fizeram quando criança: compartilhar música.

Mas essa descrição é também me parte falsa. Pois quando meu servidor P2P está em uma rede de P2P aonde qualquer um pode ter acesso à minha música, então sem dúvida meus amigos poderão ter acesso, mas isso estica a definição de “amigo” além do reconhecimento, quando “os meus dez mil melhores amigos” podem acessar meus arquivos. Esteja ou não compartilhando arquivos com o meu melhor amigo “como sempre fizemos”, nós não temos sempre o direito de compartilhar música com “os nossos dez mil melhores amigos”.

Da mesma forma, quando o outro lado diz, “O compartilhamento de arquivo é como entrar na Lojas Americanas e pegar um CD da estante e sair da loja com ele sem pagar,” isso também é verdade de certa forma. Se, após Beto Guedes lançar um novo álbum, ao invés de comprá-lo, eu for ao KaZaA e pegar uma cópia dele, isso é muito parecido com roubar uma cópia da Lojas Americanas.

Mas não é totalmente como roubar o CD da Lojas Americanas, pois, quando eu roubo o CD da Lojas Americanas, é um CD a menos que as Lojas Americanas têm para vender. E quando eu roubo o CD da Lojas Americanas, eu pego um pedaço de plástico e uma capa, e alguma coisa para mostrar na minha estante. (E, enquanto estamos no assunto, você também deve ter notado que se eu roubar um CD da Lojas Americanas, a multa máxima que pode me ser imposta, usando a lei da Califórnia como exemplo, seria de por volta de mil dólares. Porém, como comparação, se eu copiar um CD com dez músicas, segundo a RIAA poderei ser obrigado a pagar mais de 1 milhão e meio de dólares em danos.)

O ponto é o que nenhum dos dois lados descreve. O ponto é o que os dois descrevem — tanto a RIAA quanto o KaZaA. Esse ponto é uma quimera². E ao invés de simplesmente negar os pontos do outro lado, precisamos começar a pensar em como responder a essa quimera. Que normas deveriam a governar?

Poderíamos tentar responder de maneira simplória, ignorando o fato do ponto ser uma quimera. Poderíamos, pensando junto com a RIAA, decidirmos que qualquer compartilhamento de arquivos é um crime capital.

²NT: Não confunda as coisas aqui. Em nosso idioma, *quimera* pode ser usado no sentido de fantasia. Mas é importante lembrar do conceito biológico de *quimera* e o transportar para a tecnologia. De fato, o autor de agora em diante utilizará *quimera* como uma forma de representar o fato do caso do P2P poder ter argumentos válidos em ambos os lados da discussão

Poderíamos perseguir famílias pedindo indenizações de milhões de dólares apenas porque a família usou algum sistema de compartilhamento de arquivos em seu computador. E poderíamos obrigar as universidades a monitorarem o tráfego de dados em seus computadores para garantirmos que nenhum computador será usado para cometer tal crime. Essas respostas podem parecer extremas, mas já foram sugeridas e até mesmo implementadas.[152]

De forma alternativa, poderíamos responder ao compartilhamento de arquivos da maneira como muitas crianças poderiam responder, legalizando-o totalmente. Não haveria qualquer responsabilidade por violação de *copyright*, civil ou criminal, por disponibilizar o conteúdo na Internet, tornando assim o compartilhamento de arquivos parecido com a fofoca: regulamentada, quando muito, pelas normas sociais, não pela lei.

Ambas as respostas são possível, mas acho que ambas são erradas. Ao invés de abraçarmos qualquer um dos dois extremos, deveríamos abraçar algo que reconhecesse a verdade em ambos. E embora eu vá terminar o livro com um esboço de um sistema que poderá fazer exatamente isso, meu objetivo agora é apenas mostra o quão ruim pode ser para nós adotarmos a tolerância zero. Eu acredito que *qualquer um* dos dois extremos é ruim quando comparado a uma alternativa razoável, mas acredito também que a tolerância zero poderia ser o pior dos dois extremos.

Mas na prática cada vez mais adotamos uma posição governamental de tolerância zero. No meio do caos que a Internet criou, uma extraordinária invasão de terras está ocorrendo. A lei e a tecnologia estão sendo alteradas para dar aos detentores do *copyright* um nível de controle sobre nossa cultura que jamais tiveram antes em nossa cultura. E com esse extremismo muitas oportunidades de inovação e criatividade poderão ser perdidas.

Não estou falando sobre a oportunidade de crianças “roubarem” música. Meu foco de fato é a inovação comercial e cultural que essa guerra pode acabar matando. Nós nunca vimos o poder de inovar se espalhar tão rapidamente entre nossos cidadãos tão rapidamente, e nós apenas começamos a ver a inovação que tal poder pode proporcionar. Mas a Internet já viu a passagem de um ciclo de inovação ao redor das tecnologias de distribuição de conteúdo. A lei é responsável por essa passagem. Como o vice presidente para política pública global de um desses inovadores, a eMusic.com, disse ao criticar a proteção adicionada pela DMCA para o material sob *copyright*,

“A eMusic se opõe à pirataria musical. Somos um distribuidor de material sob *copyright*, e portanto queremos proteger tal direito.

Mas construir uma fortaleza tecnológico que trava o mercado sob a mão de ferro das principais gravadoras não é a única forma

de defender os interesses do *copyright* e nem necessariamente a melhor. É simplesmente cedo demais para responder essa pergunta. As forças de mercado poderão produzir naturalmente um modelo de mercado completamente diferente.

Esse é um ponto crítico. As escolhas que os setores da indústria fizerem sobre esses sistemas irá diretamente mudar o mercado para a mídia digital de muitas maneiras, o mesmo valendo para a forma que tal mídia será distribuída. Isso, por sua vez, irá influenciar diretamente as opções que estarão disponíveis ao consumidores, tanto em termos de facilidade com a qual eles poderão acessar o conteúdo digital quanto ao equipamento que lhe será exigido para fazê-lo. Escolhas ruins feitas no começo desse jogo irão retardar o crescimento desse mercado, prejudicando todo mundo.” [153]

Em Abril de 2001, a eMusic.com foi adquirida pela Vivendi Universal, uma das “principais gravadoras”, portanto sua posição quanto a tais assuntos pode ter mudado.

Reverter nossa tradição de tolerância agora não irá apenas reprimir a pirataria. Irá também sacrificar valores que são importantes em nossa cultura, e irá matar oportunidades que poderiam ser incrivelmente valiosas.

Capítulo 12

Prejuízos

PARA ENFRENTAR A “pirataria” e para proteger a “propriedade”, a indústria de conteúdo lançou-se em uma guerra. A prática de *lobbying*¹ e milhares de dólares em contribuições para campanhas políticas acabaram trazendo o governo para essa guerra. Como em toda guerra, pode haver prejuízos diretos ou colaterais. Como em qualquer guerra pela proibição de algo, esses prejuízos serão sofridos pela a maioria de nossa população.

Meu objetivo até agora tem sido descrever as conseqüências dessa guerra, em especial para a “cultura livre”. Mas meu objetivo agora é transformar essa descrição de conseqüências em um argumento. Essa é uma guerra justificável?

No meu entender, ela não é. Não há nenhuma razão sensata para que agora, pela primeira vez em nossa história, a lei deva defender o velho contra o novo, justamente quanto o poder da propriedade chamada “propriedade intelectual” está no seu ponto alto dentro de nossa história.

Mas o “bom senso” não pensa assim. O bom senso ainda está do lado dos Causbys e da indústria do conteúdo. Os pedidos radicais de controle em nome da propriedade continuam aparentando racionalidade; a rejeição fundamentalista à “pirataria” continua tendo força.

Haverão muitas conseqüências em levar adiante essa guerra. Eu irei descrever apenas três delas. Todas as três podem ser imaginadas como apenas acidentais. Eu estou completamente convencido de que a terceira realmente o seja, mas não estou tão convencido no caso das duas primeiras. Essas duas

¹NT: apesar de não haver tradução para o português, o *lobbying* é algo comum na política de muitos países, inclusive do Brasil. De certa forma, *lobbying* nada mais é que o tráfico de influências, mas com a diferença que é totalmente legal dentro do sistema jurídico do país dentro de certos limites. Na prática, *lobbying* é o ato de procurar ajuda política para o favorecimento de certos interesses, mediante trocas de favores políticos — exemplo: apoiar a reeleição de certo candidato a troca de um ou outro projeto que passe no Senado e coisas assim.

primeiras irão proteger as RCAs da atualidade, mas não há nenhum Howard Armstrong para impulsionar uma facção que lute contra os monopolistas culturais de hoje.

12.1 Engessamento do processo criativo

Nos próximos dez anos veremos uma enxurrada de tecnologia digitais. Tais tecnologias irão permitir a quase qualquer um capturar e compartilhar conteúdo. Capturar e compartilhar conteúdo, claro, é o que os seres humanos fazem desde que surgiram na terra. É como nos aprendemos e é o motivo para nos comunicarmos. Mas capturar e compartilhar conteúdo digital é diferente. A fidelidade e poder são diferentes. Você pode mandar um email contando uma piada que você viu no Casseta & Planeta, ou você pode mandar o trecho de vídeo da piada. Você pode escrever um artigo sobre as inconsistências nos argumentos de um político que você ama odiar, ou você pode criar um pequeno filme que coloca os argumentos e as refutações aos argumentos, Você pode escrever um poema para expressar suas paixões, ou você pode fazer uma montagem musical de músicas de seus artistas favoritos e a disponibilizar na Internet.

Esse “capturar e compartilhar” digital é em parte uma extensão do capturar e compartilhar que tem sido parte integral da nossa Cultura, mas também tem sua parte inovadora. Esse processo é similar ao caso da Kodak, mas ele extrapola as limitações das tecnologias similares à da Kodak. A tecnologia de “capturar e compartilhar” digitalmente conteúdo nos dá a esperança de vermos um mundo de ampla diversidade criativa que poderá ser compartilhada de maneira ampla e fácil. E se a criatividade for aplicada à democracia, ela irá permitir a uma gama ampla de cidadãos usarem a tecnologia para se expressarem e criticarem e contribuírem para a cultura que nos cerca.

A tecnologia nos deu, portanto, a oportunidade de fazermos coisas com a cultura que só eram possíveis de serem feitas em pequenos grupos isolados. Pense em um ancião contando uma história para alguns vizinhos em uma cidade pequena. Agora imagine a mesma coisa podendo ser feita para pessoas ao redor do mundo todo.

Mas tudo isso só pode ser possível se tal atividade for presumivelmente legal. E, no regime atual de regulamentação legal, isso não. Esqueça o compartilhamento de arquivo por alguns instantes. Pense sobre os nossos maravilhosos *sites* favoritos na Internet. Os Web *sites* que oferecem resumos das tramas de séries de TV; *sites* que catalogam gibis e desenhos animados da década de 1960; *sites* que misturam imagens e sons para criticarem a política ou o mercado; *sites* que agrupam artigos de jornais em tópicos exóticos de

cultura ou ciência. Há uma grande quantidade de trabalho criativo espalhado na Internet. Mas segundo a lei, do jeito que está confeccionada atualmente, esse trabalho é presumivelmente ilegal.

Essa presunção irá cada vez mais esfriar a criatividade, se os exemplos de penalidades radicais para infrações vagas continuarem sendo norma. Está cada vez mais impossível ter uma noção exata do que pode e do que não pode, e ao mesmo tempo, as penalidades por cruzar a linha da lei são incrivelmente pesadas. Os quatro estudantes que foram ameaçados pela RIAA (dos quais Jesse Jordan, citado no capítulo 3, foi apenas um) foram ameaçados com um processo de *98 bilhões* de dólares por construírem mecanismos de busca que permitiam que músicas fossem copiadas. Mas a WorldCom — que fraudou os investidores em *11 bilhões* de dólares, causando-lhes perdas em capitalização do mercado de mais de *200 bilhões* de dólares — foi condenada a pagar indenizações de apenas *750 milhões* de dólares.[154] E segundo uma legislação que está tramitando no Congresso atualmente, um doutor que negligentemente remover a perna errada do paciente em uma operação não poderá ser obrigado a pagar mais do que *250 mil* dólares em danos físicos e morais.[155] O bom senso reconhece o absurdo de uma lei aonde a multa que uma pessoa pode ser obrigada a pagar por baixar duas músicas da Internet é maior do que aquela que um doutor seria obrigado a pagar por mutilar negligentemente um paciente?

A conseqüência dessa incerteza legal, somada às penalidades extremamente alta, é uma extraordinária quantidade de criatividade que nunca será exercida, ao menos publicamente. Nós mandamos tais processos criativos atualmente para a clandestinidade estigmatizando os Walt Disneys de nossa era como “piratas”. Nós tornamos impossível para as empresas apoiarem-se no domínio público, porque as fronteiras do domínio público foram criadas de modo que não ficaram claras. Elas não irão pagar por nada exceto pelo direito de criar, e apenas aqueles que podem pagar poderão criar. Como aconteceu na União Soviética, embora por motivos muito diferentes, nós começamos a ver um mundo de arte clandestina — não porque a mensagem seja necessariamente política ou controversa, mas porque o próprio ato de criar a arte é tortuoso. Já começamos, de fato, a ouvir falar em exposições de “arte ilegal” que viajam pelos Estados Unidos.[156] E no que consiste tal “ilegalidade”? No ato de manipular a cultura que nos cerca de forma crítica ou reflexiva.

Uma parte da razão para esse medo da ilegalidade tem a ver com as mudanças na lei, que descrevi em detalhes no capítulo 10. Mas uma parte ainda maior tem a ver com a crescente facilidade com que as infrações são rastreadas. Conforme os usuários dos sistemas de compartilhamento de arquivos descobriram em 2002, é uma coisa rotineira para os detentores do *copyright* irem às cortes para obrigarem os provedores de acesso à Internet a

revelarem quem pegou que conteúdo. É como se o seu toca-fitas mandasse uma lista das músicas que você ouviu na privacidade de sua própria casa para qualquer um usar da maneira que mais lhe interessasse.

Nunca em nossa história um pintor precisou se preocupar se sua pintura violou o *copyright* da pintura de outros; para o pintor de nossa era, usando as ferramentas do Photoshop, compartilhando conteúdo via Web, tem que se preocupar com isso o tempo todo. As imagens estão por aí, mas as únicas imagens seguras para serem usadas em trabalhos criativos são aquelas compradas da Corbis ou de algum outro depósito de imagens. E na compra, a censura ocorre. Há um mercado livre para pincéis; não precisamos nos preocupar quanto aos seus efeitos na criatividade. Mas há um mercado cada vez mais regulamentado e monopolizado dos ícones culturais; a lei para cultivar e transformar tais ícones não são similarmente livre.

Advogados raramente vêem isso porque eles raramente são empíricos. Como descrevi no capítulo 7, como resposta à história sobre o cineasta de documentários Jon Else, eu discuti com vários advogados que insistiam em dizer que a o uso de Else era uso justo, e que eu estava errado em afirmar que a lei restringia tal uso.

Mas o uso justo na América simplesmente significa o direito de contratar um advogado para defender seu direito de criar. E como os advogados adoram se esquecer, nosso sistema para defender causas como a de uso justo é impressionantemente ruim — em praticamente todos os contextos, mas principalmente aqui. Ele custa muito, demora muito, e normalmente o que ele delibera tem pouca conexão com a justiça real no caso. O sistema legal pode ser tolerável para os muito ricos. Para os demais, é um embaraço em uma tradição que sempre se orgulhou da importância das leis.

Os juízes e advogados podem enganar a si mesmos dizendo que o uso justo fornece um adequado “fôlego” entre a regulamentação pela lei e o acesso que a lei deveria permitir. Mas é apenas uma medida de o quão fora de foco nosso sistema legal tornou-se qualquer um realmente acreditar nisso. As regras que os editores impõem aos escritores, as empresas cinematográficas impõem aos cineastas, os jornais impõem aos jornalistas — essas são as leis que realmente governam a criatividade. E essas lei possuem pouca relação com a “lei” com as quais os juízes se enganam.

Pois em um mundo que ameaça as pessoas com 150 mil dólares de indenizações por apenas uma infração de um *copyright*, e que exige dezenas de milhares de dólares para a pessoa sequer poder se defender contra uma queixa de violação de *copyright*, e que nunca devolve ao defensor acusado injustamente qualquer coisa que ele tenha gastado para defender seu direito à expressão — em um mundo como esse, as regulamentações assustadoramente amplas que passam sob o nome de “*copyright*” silenciam a expressão

e a criatividade. E em um mundo como esse, será exigido das pessoas uma cegueira tácita para poderem continuar a imaginarem tal cultura como livre.

Como Jed Horovitz, o homem de negócios por trás da Video Pipeline, me disse,

“Estamos perdendo oportunidades [criativas] por todos os lados. As pessoas criativas estão sendo obrigadas a não se expressarem. E enquanto muita coisa [ainda] pode ser criada, pode acontecer dessas coisas não serem divulgadas. Mesmo se essas coisas forem feitas (...) você não vai conseguir distribuí-la nos meios de comunicação de massa a não ser que você tenha uma nota de um advogado dizendo, ‘Os *copyright* estão cobertos’. Você nem mesmo conseguirá levar essa coisa à PBS sem esse tipo de permissão. Essa é a forma pela qual somos controlados.”

12.2 Engessando a inovação

Você pode ter achado que a história da seção anterior foi uma história radical de esquerda — criatividade suprimida, artistas que não podem se expressar, blá, blá, blá... Provavelmente isso não lhe afetou. Pode ser que você pense que já existe muita coisa esquisita por aí, e que já existe o suficiente de expressão que é crítica para o que aparenta ser praticamente tudo. E se você pensa assim, você pode pensar que há muito pouco no que se preocupar nessa história.

Mas há um aspecto nessa história que não é nem um pouco de esquerda. De fato, é um aspecto que pode ser descrito pelos ideólogos mais radicalmente pró-mercado. E se você é um desses tipos (e um especial, por ainda estar aqui depois de ler 169 páginas de um livro como esse), então você pode ver esse outro aspecto substituindo por “mercado livre” todos os lugares aonde mencionei “cultura livre”. A idéia é a mesma, mesmo sendo mais fundamentais os interesses que afetam a cultura.

A acusação que eu estou fazendo contra a regulamentação da cultura e a mesma acusação que os defensores do livre mercado fazem quanto à regulamentação dos mercados. Todos, claro, entendem que um mínimo de regulamentação dos mercados é necessário — pelo menos, precisamos de regras quanto a propriedade e contrato, e limites para impor ambos. Do mesmo modo, nesse debate sobre cultura, todos entendem que precisamos pelo menos de um esqueleto de *copyright*. Mas ambas as perspectivas veementemente nos velam a entender que só porque alguma regulamentação é bom, isso não quer dizer que mais regulamentação é melhor. E ambas as perspectivas conseguem

enxergar as formas de regulamentação que simplesmente protegem as indústrias poderosas de hoje da competição do futuro.

Esse é o efeito individual mais dramático na mudança da estratégia regulamentar que eu descrevi no capítulo 10. A consequência dessa ameaça maciça de responsabilidade combinada às fronteiras difusas da lei do *copyright* é que os inovadores que queiram inovar nesses espaço só podem o fazer com segurança se eles tiverem o aval das indústrias que dominaram na geração passada. Essa lição foi ensinada por uma série de casos que foram desenhados e executados para ensinarem aos empreendedores essa lição. Essa lição — que o ex-CEO do Napster Hank Barry descreveu como um “inverno nuclear” abatendo-se sobre o Vale do Silício — foi aprendida.

Considere um exemplo que mostra a idéia, uma história que comecei a contar em *The Future of Ideas* e que vem progredindo de uma maneira que nem mesmo eu (um pessimista convicto) conseguiria imaginar.

Em 1997, Micheal Roberts lançou uma companhia chamada MP3.com. A MP3.com ansiava reconstruir o mercado musical. Esse objetivo não era apenas de criar novas formas para acessar-se conteúdo, mas também de criar novas formas de criar conteúdo. Diferentemente das grandes gravadoras, a MP3.com oferecia aos criadores um local para distribuírem seus conteúdos, sem exigir um contrato de exclusividade dos criadores.

Para fazer o sistema funcionar, porém, MP3.com precisava de um sistema confiável para recomendar música aos seus usuários. A idéia por trás de tal alternativa era de nivelar as preferências reveladas pelos ouvintes de música com os novos artistas. Se você gostava de Pato Fu, por exemplo, você poderia muito bem apreciar Tianastácia. E assim por diante.

A idéia exigia uma maneira simples de coletar dados sobre as preferências dos usuários. A MP3.com veio com uma maneira extraordinariamente inteligente de coletar esses dados. Em Janeiro de 2000, a companhia lançou um serviço chamado my.mp3.com. Usando um programa de computador fornecido pela MP3.com, um usuário poderia criar uma conta e então inserir um CD em seu computador. O programa iria identificar o CD, e então daria ao usuário acesso a aquele conteúdo. Portanto, por exemplo, se você inseriu um CD de Beto Guedes, então aonde quer que você estivesse — em casa ou no trabalho — você poderia ter acesso a aquele CD uma vez que você tivesse entrado em sua conta. O sistema era portanto uma espécie de disqueteira virtual.

Não há dúvidas de que alguns poderiam usar esse sistema para copiar ilegalmente conteúdo. Mas essa oportunidade existia com ou sem o MP3.com. O objetivo do serviço my.mp3.com, através da análise do conteúdo que ele já tinha, era descobrir o tipo de conteúdo que poderia interessar ao usuário.

Para fazer esse sistema funcionar, porém, MP3.com precisou copiar 50

mil CDs no servidor. (Em princípio, deveria ser o usuário que iria copiar as músicas para o servidor, mas isso demoraria muito tempo, e geraria um produto de qualidade questionável.) Eles portanto compraram 50 mil CDs em uma loja e começaram a copiar esses CDs para o servidor. Novamente, eles não liberariam o conteúdo dessas cópias para ninguém exceto aqueles que comprovassem ter comprado uma cópia daquele CD. Portanto, embora fossem 50 mil cópias, eram 50 mil cópias direcionadas ao oferecimento para consumidores que já tinham comprado tais CDs.

Nove dias depois do MP3.com ter lançado o serviço, as cinco maiores gravadoras, encabeçadas pela RIAA, abriram um processo contra a MP3.com. A MP3.com fez acordo com quatro das cinco gravadoras. Nove meses depois, um juiz federal decidiu que a MP3.com era culpada de violação intencional em relação à quinta. Aplicando a lei como ela está, o juiz impôs uma multa contra a MP3.com de 118 milhões de dólares. A MP3.com então negociou com a última pleiteadora, Vivendi Universal, pagando 54 milhões de dólares. A Vivendi veio a comprar a MP3.com por volta de um ano depois.

Essa parte da história eu já tinha contado. Mas considere agora a sua conclusão:

Após a compra da MP3.com pela Vivendi, a Vivendi voltou-se e abriu um processo por violação de ética profissional contra os advogados que tinham aconselhado a MP3.com de que eles tinham uma boa intenção e que o serviço que eles queriam oferecer era legal segundo a lei do copyright. O processo alegava que deveria ser óbvio que as cortes iriam considerar esse serviço ilegal; portanto, esse processo procurava punir todos os advogados que tenha se atrevido a propor que a lei era menos restritiva do que as gravadoras alegavam.

O objetivo claro desse processo (que foi resolvido para a maioria pouco depois dela não ser mais coberta pelos noticiários) era mandar uma mensagem clara ao advogados que tivessem aconselhando seus clientes por esse caminho: não serão apenas os seus clientes que irão sofrer ao caírem na mira da indústria do conteúdo. Serão vocês também. Portanto aqueles entre vocês que acreditam que a lei deveria ser menos restritiva deveriam entender que tal visão da lei irá custar a vocês e as suas firmas muito caro.

A estratégia não é limitada aos advogados. Em Abri de 2003, a Universal e a EMI processaram Hummer Winblad, a empresa de capital de risco (*venture capital* — VC) que financiou o Napster em um certo momento do seu desenvolvimento, seu co-fundador (John Hummer), e o parceiro geral (Hank Barry).[157] O argumento aqui, do mesmo modo, era que a VC deveria ter reconhecido os direitos da indústria do conteúdo de controlar como a indústria deveria se desenvolver. Eles deveriam ser responsabilizados diretamente por fundarem uma companhia cujo negócio tinha se tornado fora-da-lei. Nova-

mente aqui, o objetivo do processo era claro: todos os VC agora reconhecem que se você funda uma companhia cujos negócios não são aprovados pelos dinossauros, você está correndo risco não apenas no mercado, mas nas cortes também. Seus investimentos não irão lhe dar apenas uma empresa, mas também um processo. O ambiente tornou-se tão radical que até mesmo as empresas produtoras de carros estão preocupadas com tecnologias que se aproximem do conteúdo. Em um artigo na *Business 2.0*, Rafe Needleman descreveu uma discussão com a BMW:

“Eu perguntei porque, com toda a capacidade de armazenamento e poder computacional no carro, não havia espaço para um tocador de MP3. Me disseram que os engenheiros da BMW tinham construído um veículo que tocava MP3 em seu sistema de som interno, mas que os departamentos legal e de marketing da empresa não estavam à vontade com levar isso adiante para as ruas. Até hoje, nenhum carro novo é vendido nos Estados Unidos com um simples tocador de MP3. (...)”[158]

Esse mundo é um mundo mafioso — cheio de ofertas de “sua grana ou sua vida”, governado no fim não pelas cortes, mas pelas ameaças que a lei autoriza os detentores de *copyright* a exercer. Esse é um sistema que poderá obviamente sufocar a inovação. Já é suficientemente difícil abrir uma empresa, e torna-se impossivelmente difícil se essa companhia é constantemente ameaçada de processo.

A questão não é se as empresas deveriam ter o direito de começar negócios ilegais. A questão aqui é a definição exata de “ilegal”. A lei é uma confusão formada de incertezas. Nós não temos nenhuma boa forma de saber como ela irá se aplicar às novas tecnologias. Mas pela reversão de nossa tradição de deferência judicial, e pela acentuação das penalidades assustadoramente altas que a lei do *copyright* impõe, essa incerteza agora mostra uma realidade que é muito mais conservadora do que deveria. Se a lei impusesse a pena de morte para os flanelinhas, nós não teríamos apenas muito menos flanelinhas, mas também muito menos pessoas dirigindo. O mesmo princípio se aplica à inovação. Se a inovação é constantemente checada por essa incerteza e responsabilização ilimitada, nós teremos muito menos inovação e muito menos criatividade.

A questão é diretamente paralela à questão de extrema direita sobre uso justo. Qualquer que seja o “realismo” envolvido, o realismo em ambos os contextos sobre os impactos da lei é o mesmo. Esse sistema ensansecidamente punitivo de regulamentação irá sistematicamente sufocar a criatividade e a inovação. Ele irá proteger alguns poucos inovadores e indústrias, mas

irá prejudicar a indústria e a criatividade como um todo. O mercado livre e a cultura livre dependem de competição vibrante. Mas o efeito da lei atualmente é o de sufocar justamente esse tipo de competição. O efeito de muita regulamentação na cultura será o de produzir uma cultura sobre-regulamentada, da mesma forma que o efeito de muita regulamentação no mercado será o de produzir um mercado sobre-regulamentado.

A construção de uma cultura de permissão, ao invés de uma cultura livre, é o primeiro caminho através do qual as mudanças que descrevi até agora irão dificultar a inovação. Uma cultura de permissão significa uma cultura de advogados — uma cultura aonde a habilidade de criar irá exigir que você procure um advogado. Novamente, não sou contra advogados, ao menos enquanto eles ficam no seu canto. Com certeza eu não sou anti-leis. Mas nossa profissão perdeu o senso de limite. E os mais bem-sucedidos na nossa profissão perderam a apreciação dos grandes custos que nossa profissão impõe a outros. A ineficiência da lei é embaraçosa para a nossa tradição. E enquanto eu penso que nossa profissão deveria fazer o máximo possível para tornar a lei mais eficiente, ela deveria ao menos fazer o possível para limitar o alcance da lei aonde ela não irá causar nenhum prejuízo. Os custos transacionais enterrados em uma cultura de permissão são suficientes para minarem a maior parte da criatividade. Alguém deveria ter muitas justificativas para justificar tal resultado.

A incerteza da lei é um dos fardos na inovação. Existe um segundo fardo que opera de forma mais direta ainda. Esse fardo é o fato que muitos na indústria de conteúdo procuram usar a lei para regulamentar a tecnologia da internet que ela possa ser usada para melhor proteger seu conteúdo.

A motivação para essa resposta é óbvia. A Internet permite a disseminação eficiente de conteúdo. Essa eficiência é uma característica do design da Internet. Mas na visão da indústria de conteúdo, essa característica é na verdade um “*bug*”. A disseminação eficiente de conteúdo significa que os distribuidores de conteúdo terão mais dificuldades para controlar a distribuição do conteúdo. Uma resposta óbvia a tal eficiência é tornar a Internet menos eficiente. Se a Internet permite a “pirataria”, então, essa resposta diz, devemos quebrar as pernas da Internet.²

Há vários exemplos dessa forma de legislação. Encorajados pela indústria do conteúdo, alguns congressistas ameaçaram entrar com leis que obrigariam aos computadores determinarem se o conteúdo que eles estão acessando é protegido ou não, e para desabilitar a disseminação de conteúdo protegido.[159] O Congresso já abriu estudos para criar-se um “*flag* da difusão” obrigatórios³

²NT: Esse trecho anterior de “quebrar as pernas” foi traduzido literalmente!

³NT: Em informática, um *flag* — *bandeira*, em inglês — é um valor lógico que deter-

que iria ser exigido de qualquer dispositivo capaz de transmitir vídeo digital (por exemplo, um computador), e que iria desabilitar a cópia de qualquer conteúdo que estivesse marcado com esse “*flag* da difusão”. Outros congressistas propuseram neutralizar os detentores de *copyright* de responsabilidade pelos meios tecnológicos que eles viessem a utilizar para caçar os violadores do *copyright* e desabilitar suas máquinas.[160]

De certa forma, essas soluções parecem sensatas. Se o problema é o código, por que não regulamentar o código e assim remover o problema? Mas qualquer regulamentação de infraestrutura tecnológica estará sempre antecedida com uma determinada tecnologia em voga no momento. Isso irá impor fardos e custos significativos para a tecnologia, mas será muito provavelmente eclipsada pelos avanços ao redor exatamente dessas tecnologias.

Em Março de 2002, uma ampla coalizão de companhias de tecnologia, lideradas pela Intel, tentou fazer o Congresso ver os prejuízos que tais legislações causariam.[161] Seus argumentos eram obviamente não de que o *copyright* não deveria ser protegido, mas sim, como eles argumentaram, qualquer proteção não iria causar mais benefícios que prejuízos.

Há uma forma mais óbvia através da qual essa guerra irá prejudicar a inovação — novamente, uma história que será muito familiar para o pessoal do mercado livro.

O *copyright* pode ser uma propriedade, mas como todas as propriedades, ele também é uma forma de regulamentação. Ele é uma regulamentação que favorece alguns e prejudica outros. Se corretamente aplicada, ela beneficia os criadores e prejudica os parasitas. Quando má aplicada, é uma regulamentação que os poderosos podem usar para eliminarem a concorrência.

Como eu descrevi no capítulo 10, apesar dessa característica do *copyright* como regulamentação, alvo de importantes qualificações apresentadas por Jessica Litman em seu livro *Digital Copyright*, [165] no conjunto a história do *copyright* não é ruim. Como o capítulo 10 mostrou, quando as novas tecnologias apareciam, o Congresso manejava um equilíbrio que garantisse a proteção do novo frente ao velho. Licenças legais ou compulsórias foram apenas uma parte da estratégia. O uso livre (como no caso dos videocassetes) foi outra.

Mas esse padrão de deferência para as novas tecnologias foi agora alterado com a ascensão da Internet. Ao invés de procurar pelo equilíbrio entre a nova tecnologia e os direitos legítimos dos criadores de conteúdo, tanto as cortes quanto o Congresso têm colocado restrições legais que irão sufocar o novo para proteger o antigo.

A resposta das cortes tem sido basicamente a mesma em todos os

mina se um evento ocorreu ou não e/ou se um recurso está ou não disponível

casos.[163] Ela também tem sido espelhada pelas respostas ameaçadas e atualmente implementadas pelo Congresso. Eu não vou procurar catalogar todas elas aqui.[164] Mas há um exemplo especial que captura o sabor de todas elas. É a história da morte da rádio na Internet.

Como descrevi no capítulo 4, quando uma estação de rádio toca uma música, o artista que gravou a música não é pago pela “performance na rádio” a não ser no caso dele ser também o compositor da música. Portanto se, por exemplo, Marilyn Monroe tivesse gravado uma versão de “Feliz Aniversário” — para imortalizar sua famosa apresentação diante do Presidente Kennedy no Madison Square Garden — então toda vez que tal canção fosse tocada no rádio, os detentores atuais do *copyright* iriam ganhar dinheiro, diferentemente do caso de Marilyn Monroe.

A razão por trás desse equilíbrio criado pelo Congresso faz algum sentido. A justificativa era de que o rádio era um tipo de propaganda. O artista que gravou a música era portanto beneficiado pelo fato de ter sua música tocada, pois a estação de rádio estava tornando potencialmente mais fácil de que seus discos fossem comprados. Portanto, o artista recebia algo pela execução, mesmo que indiretamente. Provavelmente, esse raciocínio tivesse menos a ver com o resultado do que com o poder das estações de rádio: os lobistas que trabalhavam para eles eram muito bons em parar qualquer tentativa do Congresso de exigir compensação para o artista.

E então aparece a rádio via Internet. Da mesma forma que a rádio comum, a rádio via Internet é uma tecnologia que transmite conteúdo de um difusor para um ouvinte. A difusão viaja pela Internet, não pelo éter do espectro do rádio. Portanto, eu posso “sintonizar” em uma rádio via Internet de Berlin enquanto estou aqui sentado em San Francisco, mesmo imaginando que não haveria nenhuma forma para eu sintonizar uma rádio regular de um local um pouco mais além da região metropolitana de San Francisco.

Essa característica da arquitetura da rádio via Internet significava que havia potencialmente um número ilimitado de estações de rádio que um usuário poderia sintonizar usando seu computador, enquanto que na arquitetura existente para a radiodifusão, há um limite óbvio para o número de estações e frequências de transmissão claras. A rádio via Internet poderia portanto ser muito mais competitiva que a rádio convencional; ela poderia fornecer uma gama muito mais ampla de possibilidades. E por causa do fato da audiência potencial para a rádio via Internet ser o mundo todo, estações de nicho poderiam facilmente desenvolver-se e comercializar seu conteúdo para um número relativamente grande de usuários por todo o mundo. Segundo algumas estimativas, mais de oitenta milhões de usuários por todo o mundo já usaram pelo menos uma vez essa nova forma de rádio.

A rádio via Internet está para a rádio, portanto, como a rádio FM foi

para a AM. Esse é um avanço potencialmente muito mais significativo do que o avanço da rádio das rádios AM para as FM, pois ela apenas não tem uma tecnologia melhor, mas também uma competitividade maior. De fato, existe um paralelo direto entre a luta para estabelecer a rádio FM e a para proteger a rádio via Internet. Como um autor descreve a batalha de Howard Armstrong para disponibilizar a rádio FM.

“Um número praticamente ilimitado de estações FM era possível usando-se as ondas curtas, dessa forma terminando com as restrições não-naturais impostas aos rádios na coroada tecnologia das ondas longas. Se o FM fosse livremente desenvolvido, o número de estações seria limitado apenas pelo mercado e pela competição, e não por restrições tecnológicas. (...) Armstrong preferia a situação na qual o processo do surgimento do rádio FM se encontrava do que aquele no qual surgiu da imprensa, quando governos e interesses poderosos procuravam controlar esse novo instrumento de comunicação em massa impondo a eles licenças restritivas. Essa tirania só acabou quando tornou-se possível para as pessoas adquirir livremente impressoras e livremente poderem tocar imprensas. O FM, nesse sentido, era tão importante como invenção quanto a imprensa, pois dava ao rádio a oportunidade de quebrar seus grilhões.”[165]

Esse potencial para a rádio FM jamais foi realizado — não porque Armstrong estivesse errado sobre a tecnologia, mas porque ele subestimou o poder dos “interesses, hábitos, costumes e legislação velados.”[166] de retardam o crescimento desse tecnologia competidora.

Agora exatamente a mesma reclamação pode ser feita sobre a rádio via Internet. Pois, novamente, não existe nenhuma limitação técnica que poderia restringir o número de estações de rádio via Internet. As únicas restrições à rádio via Internet eram aquelas impostas pela lei. A lei do *copyright* é uma delas. Portanto, a primeira pergunta que deveríamos nos fazer era: “quais regras do *copyright* seriam aplicadas à rádio via Internet?”

Mas aqui o poder dos lobistas mudou tudo. A rádio via Internet é um setor novo. Já as gravadoras, por sua vez, possuem um *lobby* extremamente poderoso, a RIAA. Portanto quanto o Congresso considerou o fenômeno das rádios via Internet em 1995, os lobistas pressionaram o Congresso para adotarem uma regra para as rádios via Internet diferente daquela que se aplicava às rádios terrestres. Enquanto as rádios terrestres não precisavam pagar a Marilyn Monroe quando tocassem sua versão de “Feliz Aniversário”, *as rádios via Internet precisariam pagar*. Não apenas a lei não era neutra no

caso da rádio via Internet — a lei atualmente colocava um peso maior nas rádios via Internet do que nas rádios terrestres.

Esse fardo financeiro não era nada leve. Como o professor de direito da Harvard William Fisher estimou, se uma rádio via Internet distribuísse música popular sem publicidade para (em média) dez mil ouvintes, vinte e quatro horas por dia, o total de taxas para os artistas que a rádio iria dever iria ser de mais de *1 milhão de dólares* por ano.[167] Uma rádio convencional difundido o mesmo conteúdo não teria uma taxa equivalente.

O fardo não era apenas comercial. Segundo as regras originais que foram propostas, uma estação de rádio via Internet (diferentemente das estações de rádio convencional) deveria coletar as seguintes informações *de todas as transações e de todos os ouvintes*:

1. Nome do serviço;
2. Canal do programa (as estações AM e FM usariam o indicativo da estação⁴;
3. Tipo de programação (arquivada/programada/ao vivo);
4. Data e hora (assim como Fuso Horário) da origem da transmissão;
5. designação numérica da posição da música na programação;
6. Duração da transmissão (até o mais próximo segundo);
7. Título da música;
8. Código ISRC (*International Standard Recording Code*, Código Internacional Padrão de Músicas) da música.;
9. Ano de lançamento do álbum segundo a nota de *copyright* e no caso de álbuns de coletânea, a data de lançamento do álbum e a data de *copyright* da faixa;
10. Artista;
11. Título do Álbum;
12. Gravadora;
13. Código de Barras do Álbum;

⁴NT: diferentemente do caso brasileiro, aonde as rádios se identificam baseadas na frequência e nome comercial, nos Estados Unidos as rádios utilizam *indicativos* similares ao de radioamadorismo — por exemplo: KPRC — para identificarem-se ao ouvinte

14. Código de Catálogo do Álbum;
15. Informação sobre o Detentor do *copyright*;
16. Gênero musical do programa ou da estação (formato da estação);
17. Nome da empresa ou entidade;
18. Canal ou programa;
19. Data e hora em que o usuário “sintonizou” a rádio (no fuso horário do usuário);
20. Data e hora em que o usuário “desintonizou” a rádio (no fuso horário do usuário);
21. Fuso horário aonde o sinal foi recebido (do usuário);
22. Identificador Único de Usuário;
23. O país onde o usuário estava recebendo a transmissão;

A Biblioteca do Congresso eventualmente suspendeu essas exigências de relatórios, alegando necessidades de estudo futuro. E ela também mudou as taxas definidas originalmente pelo Painel de Arbitragem para cobrança por taxas já pré-estabelecidas. Mas a diferença básica entre a rádio via Internet e a rádio convencional persistia: a rádio via Internet tinha que pagar um *tipo de taxa por copyright* que as rádios convencionais não tinham.

Por que? O que justificava a diferença? Havia algum estudo das consequências econômicas quando a rádio via Internet que pudesse justificar essas diferenças? Havia motivo para proteger os artistas contra a pirataria?

Em um raro caso de sinceridade, um especialista da RIAA admitiu o que parecia óbvio para qualquer um na época. Como Alex Alben, vice-presidente de Política Pública da Real Networks⁵, me disse,

“A RIAA, que estava representando as gravadoras, apresentou alguns testemunhos sobre como e quanto eles imaginavam que um consumidor de boa vontade deveria pagar a um vendedor, e esse valor era muito mais alto. Ele era quase dez vezes mais alto do que o que as estações de rádio pagam para tocar as mesmas músicas pelo mesmo período de tempo. E então os advogados que representavam as rádios via Internet perguntaram à RIAA, (...)

⁵NT: Empresa produtora do famoso reproduutor de áudio e de *streaming* — sinais de áudio difundidos via Internet — RealPlayer

‘Como vocês chegaram a um valor que é tão alto assim? Por que ele é maior que os valores cobrados das rádios? Porque aqui temos centenas de milhares de rádios via Internet que desejam pagar, e que desejam saber o valor de mercado, e se você os define como um valor tão alto, você irá jogar as pequenas rádios via Internet para fora dos negócios. (...)’

E então o especialista da RIAA disse, ‘Bem, na prática não temos um modelo que considere uma indústria de milhares de rádios via Internet. *Consideramos que deveria haver uma indústria de, você sabe, cinco a sete grandes empresas que poderiam pagar um valor alto e assim criar um mercado estável e previsível.*’ (Ênfase do autor)

Tradução: O objetivo é usar a lei para eliminar a concorrência, de modo que essa plataforma de competição potencialmente enorme, que poderia fazer com que a diversidade e gama de conteúdo disponível explodisse, não causasse prejuízos aos dinossauros do passado. Não há ninguém, de direita ou de esquerda, que deveria apoiar esse uso da lei. Mas o que temos atualmente, de fato, é que não há praticamente ninguém, de direita ou de esquerda, que esteja fazendo qualquer coisa para prevenir isso.

12.3 Corrompendo os cidadãos

Regulamentação em excesso sufoca a criatividade. Estrangula a inovação. Dá aos dinossauros do passado um poder de veto sobre o futuro. Desperdiça a oportunidade extraordinária para criatividade democrática que a tecnologia digital oferece.

Além desses prejuízos sérios, existe mais um que era considerado pelos nossos antepassados, mas parece esquecido atualmente. Regulamentação em exceção corrompe os cidadãos e enfraquece o papel da lei.

A guerra que está acontecendo atualmente é uma de proibição. Como em todas as guerras de proibição, ela alveja o comportamento de uma quantidade muito grande de cidadãos. De acordo com o *New York Times*, 43 milhões de americanos baixaram música em Maio de 2002.[168] De acordo com a RIAA, o comportamento desses 43 milhões de Americanos é um crime capital. Portanto precisamos de um conjunto de regras que transforme 20% de todos os americanos em criminosos. Conforme a RIAA lança processos não apenas contra os Napsters e KaZaAs do mundo, mas contra estudantes que constroem mecanismos de buscas, e cada vez mais contra usuários convencionais que baixem conteúdo, as tecnologias para compartilhamento de

arquivos irão avançar no caminho de proteger e ocultar os usos ilegais. Ela é uma corrida armamentista ou uma guerra civil, com os extremos de um lado exigindo respostas cada vez mais extremas do outro lado.

A tática das indústrias de conteúdo envolve explorar as falhas no sistema legal americano. Quando a RIAA processou Jesse Jordan, ele sabia que em Jordan encontram um bode expiatório, não alguém que pudesse defender seus direitos. A ameaça de ter de pagar tanto todo o dinheiro do mundo em multas (15 milhões de dólares) ou quase todo o dinheiro do mundo para defender-se do fato de ter que pagar todo o dinheiro do mundo em multas (ele precisaria de 250 mil dólares em taxas legais) levou Jordan a lhes dar todo o dinheiro que tinha no mundo (12 mil dólares) para fazer o processo desaparecer. A mesma estratégia disparou os processos da RIAA contra usuários individuais. Em Setembro de 2003, a RIAA processou 261 pessoas — incluindo uma garota de 12 anos que morava em um orfanato e um senhor de 70 anos que não fazia a menor idéia do que era compartilhamento de arquivos.[169] Como esses bodes expiatórios descobriram, iria sempre lhes ser mais caro defender-se de tais processos do que simplesmente entrarem em um acordo. (A garota de 12 anos, por exemplo, como Jesse Jordan, pagou suas economias de 2 mil dólares para fazer um acordo.) Nossa lei é um sistema grotesco quando envolve defender seus direitos. É um embaraço para a nossa tradição. E a consequência disso é que nossa lei do jeito que está é que aqueles que possuem poder podem usar a lei para destroçar quaisquer direitos que causem-lhe oposição.

Guerras de proibição não são algo novo na América. A que está acontecendo agora é apenas mais extremista do que qualquer coisa que tenhamos visto anteriormente. Nós já tivemos a experiência desse tipo de coisa com a proibição do consumo de bebidas alcoólicas, em uma época em que o consumo *per capita* de álcool era de 5,678 litros por ano. A guerra contra a bebida inicialmente reduziu esse consumo para 30% dos níveis de antes da proibição, mas que no fim da proibição estava em 70% dos níveis antes da proibição. Os americanos estavam bebendo tanto quanto antes, mas agora uma grande quantidade deles tinham se tornado criminosos.[170] Nós também lançamos uma guerra contra as drogas visando reduzir o consumo de narcóticos legais que agora 7% (ou 16 milhões) dos americanos agora usam.[171] Essa foi uma queda dos valores altos (por assim dizer) de 1979 de 14% da população. Nós regulamentamos os automóveis ao ponto de que uma grande quantidade de americanos violam a lei todo dia. Nós temos um sistema de impostos tão complexo que a maioria dos negócios regularmente trapaceia ele.[172] Somos orgulhoso de nossa “sociedade livre”, mas um conjunto sem fim de comportamentos cotidianos é regulamentado dentro de nossa sociedade. E como resultado, uma proporção enorme dos americanos regularmente viola alguma

lei.

Esse estado de situação não vem sem conseqüências. Esse é particularmente saliente para professores como eu, cujo trabalho é ensinar aos alunos de direito a importância da “ética”. Como o meu colega Charlie Nesson disse a uma classe em Stanford, todos os anos as escolas de direito admitem milhares de estudantes que têm baixado ilegalmente música, consumido ilegalmente álcool e drogas, ilegalmente trabalharam sem pagar seus impostos, ilegalmente dirigiram carros. Eles são pessoas para quem agir ilegalmente tem se tornado cada vez mais a norma. E então nós, como professores de direito, supostamente temos que lhes ensinar como agir eticamente — como dizer não a subornos, como manter os fundos de seus clientes separados, como honrar uma exigência de divulgação de um documento que irá significar o encerramento de seu caso. Gerações de Americanos — mais significativamente em algumas partes da América do que em outras, mas na prática atualmente em todo os Estados Unidos — não conseguem viver sua vida normalmente e legalmente, já que “viver normalmente” tem exigido um certo grau de ilegalidade.

A resposta à essa ilegalidade geral pode ser tanto impor a lei de maneira mais severa ou a mudar. Nós, como sociedade, aprendemos como fazer nossas escolhas mais racionalmente. Se uma lei faz sentido depende, em parte, ao menos, de se os custos da lei, tanto diretos quanto indiretos, superam os benefícios. Se os custos, diretos e indiretos, sobrepõe os benefícios, então a lei deveria ser mudada. De modo alternativo, se os custos do sistema legal são muito maiores que os custos de uma alternativa, então temos uma boa razão para considerar a alternativa.

Minha opinião não é tola: apenas porque algumas pessoas violam a lei, nós deveríamos a repelir. Obviamente, nós poderíamos reduzir as estatísticas de assassinato dramaticamente pela legalização do assassinato nas Quartas e Sextas. Mas isso não faria o menor sentido, já que assassinato é errado em qualquer dia da semana. Uma sociedade tem o direito de proibir assassinato sempre e em todo lugar.

Minha opinião é, de fato, uma que as democracias entenderam por gerações, mas que estamos recentemente aprendendo a esquecer-la. O papel da lei depende das pessoas as obedecerem. Quanto mais, e mais repetidamente, nós como cidadãos experienciamos a violação das leis, menos nós a respeitamos. Obviamente, na maioria dos casos, o fato importante é a lei, não o respeito à ela. Eu não me importo se um estuprador respeita ou não a lei; eu quero pegar e trancafiá-lo. Mas eu me importo se meus estudantes respeitam a lei. E eu me importo se o papel da lei dissemina, na verdade, um crescente desrespeito dela por causa da excessiva regulamentação que ela impõe. Vinte milhões de americanos alcançaram a maioria desde que a Internet intro-

duziu essa nova definição de “compartilhamento”. Precisamos garantir que tais pessoas possam ser chamadas de “cidadãos”, não de “bandidos”.

Quando pelo menos 43 milhões de cidadãos baixam conteúdo da Internet, e quando eles usam ferramentas que combinam esses conteúdos de maneiras não permitidas pelos detentores de *copyright*, a primeira questão que deveríamos nos fazer não é como colocar o FBI no caso da melhor maneira. A primeira questão deveria ser se essa proibição específica é realmente necessária para garantir os fins corretos para os quais servem a lei do *copyright*. Não há outras formas de garantir que os artistas sejam pagos sem transformar 43 milhões de americanos em bandidos? Isso faz algum sentido se existem outras formas de pagar os artistas sem transformar os Estados Unidos em um país de bandidos?

Essa questão abstrata pode ficar mais clara com um exemplo específico:

Nós todos temos CDs. Muitos de nós ainda possuem discos. Esses pedaços de plástico codifica música que, de certa forma, compramos. A lei protege nosso direito de comprar e vender aquele plástico: não é uma violação do *copyright* para mim vender todos os meus discos de música clássica para um sebo e comprar discos de jazz em seu lugar. Esse “uso” das gravações é livre.

Mas como a febre do MP3 mostrou, há um outro uso das gravações fonográficas que é efetivamente livre. Por causa que essas tecnologias foram construídas sem tecnologias de proteção anti-cópias, eu sou “livre” para copiar, ou “ripar”⁶, música de meus discos para o disco rígido de um computador. De fato, a Apple levou isso ao ponto de sugerir que essa “liberdade” era um direito: em uma série de comerciais, a Apple endossou as capacidades das tecnologias digitais de “Copiar, Mixar e Gravar”⁷.

Esse “uso” de meus discos é certamente valioso. Eu comecei um grande processo em minha casa de copiar todos os CDs meus e de minha esposa, e armazená-los em um arquivo. Então, usando o iTunes da Apple, ou um programa maravilhoso chamado Andromeda, posso construir diferentes listas de execução de minhas músicas: Bach, Barroco, Românticas, Românticas de outras pessoas — o potencial é infinito. E ao reduzir os custos de mixar listas de músicas, essas tecnologias ajudam a construir uma criatividade envolvendo as listas de execução que são por elas próprias valiosas em si mesmas. Compilações de músicas são criativas e significativas por si próprias.

Esse uso é permitido por mídias não-protegidas — tanto os CDs quanto os discos. Mas a mídia não-protegida também permitem o compartilhamento de arquivos. O compartilhamento de arquivos ameaça (ou ao menos é assim que

⁶NT: O termo “ripar” deriva do verbo em inglês *to rip* — rasgar, mas usado também no sentido de extrair dados de arquivos ou mídias digitais

⁷NT: no original, “Rip, Mix, Burn”

a indústria de conteúdo imagina) a possibilidade dos criadores terem retorno justo de sua criatividade. E portanto, muitos estão começando a trabalhar em tecnologias que irão eliminar a mídia não-protegida. Essas tecnologias, por exemplo, iriam permitir que os CDs não pudessem ser “ripados”. Ou eles poderiam permitir que programas espões identificassem conteúdo “ripado” nas máquinas das pessoas.

Se essas tecnologias decolarem, então a construção de grandes arquivos com nossas próprias músicas acabará sendo muito difícil. Você pode ser obrigado a envolver-se nos círculos de *hackers*, e conseguir tecnologia que desabilite as tecnologias de proteção do conteúdo. A comercialização de tais tecnologias é ilegal, mas talvez isso não importa muito para você. De qualquer modo, para a vasta maioria das pessoas, essas tecnologias de proteção irão efetivamente destruir o uso dos CDs para arquivamento. A tecnologia, em outras palavras, irá forçar todos nós de volta a um mundo aonde ou ouviremos música manipulando pedaços de plástico ou seremos parte de um sistema extremamente complexo de “gerenciamento digital de direitos”.

Se a única forma de garantirmos que os artistas serão pagos fosse a eliminação da habilidade de movermos livremente o conteúdo, então essas tecnologias que interferem na liberdade de mover conteúdo até seriam justificáveis. Mas e se houvessem outras formas de garantirmos que os artistas fossem pagos, sem bloquearmos o acesso a nenhum conteúdo? E se, em outras palavras, um sistema diferente pudesse garantir a compensação aos artistas enquanto também preservassem a liberdade de mover conteúdo facilmente?

Minha idéia agora não é provar que existe tal sistema. Eu vou oferecer uma versão de tal sistema no último capítulo desse livro. Por enquanto, a única idéia aqui é uma relativamente universal: se um sistema alcançasse os mesmos objetivos legítimos que o sistema atual do *copyright* alcançou, mas permitisse aos consumidores e criadores muito mais liberdade, então nós teríamos uma ótima razão para procurar tal alternativa — e essa razão seria a liberdade. A escolha, em outras palavras, não seria entre a propriedade e a pirataria; a escolha seria entre os diferentes sistemas de propriedade e as liberdades que cada um deles permitiu.

Eu acredito que haja formas de garantir que os artistas fossem pagos sem tornar 43 milhões de Americanos em criminosos. Mas a característica importante dessa alternativa é que ela nos levaria a um mercado muito diferente para produção e distribuição de criatividade. Os poderosos, que atualmente, mesmo sendo poucos, controlam a absoluta maioria da distribuição do conteúdo no mundo, não poderiam mais exercer esse controle excessivo. Ao invés disso, eles seriam obrigados a andarem na mesma carruagem.

Exceto pelo fato que os carroceiros dessa geração já domaram o Congresso, e estão guiando a lei para os protegerem contra essa nova forma de

competição. Para eles as escolhas são a transformação de 43 milhões de americanos em criminosos e sua própria sobrevivência.

É compreensível porque eles fizeram a escolha que fizeram. Não é compreensível, porém, por que nós como uma democracia continuamos a aceitar essa escolha como nós fazemos. Jack Valenti é charmoso; mas ele não é charmoso o suficiente para justificar o fato de estarmos jogando fora uma tradição tão profunda e importante quanto a nossa tradição de cultura livre.

Há mais um aspecto nessa corrupção que é particularmente importante para as liberdades civis, e é sempre exposto em qualquer guerra de proibição. Como o advogado Fred von Lohmann da *Electronic Frontier Foundation* (Fundação da Fronteira Eletrônica — EFF) descreve, esse é o “efeito colateral” que “ergue-se sempre que você transforma uma grande quantidade da população em criminosos”. Esse é o efeito colateral para as liberdades civis em geral.

“Quando você passa a tratar alguém como um criminoso conhecido”, explica von Lohmann,

“então todas as suas proteções básicas por direitos civis simplesmente evaporam em um grau ou outro. (...) Se você é um violador do *copyright*, como você pode esperar ter qualquer direito à privacidade? Se você é um violador do *copyright*, como você pode esperar que seu computador seja protegido contra apreensão? Como você pode esperar continuar tendo acesso à Internet? (...) Nosso senso de sensatez muda tão rápido que pensamos, ‘Ah, bem, mas essa pessoa é um criminoso, um fora-da-lei!’ Bem, o que essa campanha contra o compartilhamento de arquivos fez foi transformar uma porcentagem considerável dos usuários americanos de Internet em ‘foras-da-lei’ ”

E a conseqüência de tal transformação da população americana em criminosos é que está se tornando rotineiro, como parte de rito processual, efetivamente apagar a maior parte da privacidade que muitos poderiam presumir.

Os usuários de Internet começaram a ver isso geralmente em 2003 quando a RIAA lançou sua campanha para forçar os provedores de serviços de Internet a entregarem os nomes de consumidores que a RIAA acreditava estarem violando a lei do *copyright*. A Verizon lutou contra essa exigência e perdeu. Com uma simples requisição a um juiz, e sem nenhuma notificação ao consumidor, a identidade de um usuário da Internet poderia ser revelada.

A RIAA então ampliou sua campanha, anunciando uma estratégia geral para processar usuários específicos de Internet que alegadamente copiavam

música sob *copyright* de sistemas de compartilhamento de arquivos. Mas como vimos, os prejuízos potenciais desses processos eram astronômicos: se o computador de uma família fosse usado para copiar um CD de músicas da Internet, a família poderia ser responsabilizada em 2 milhões de dólares pelo fato. Isso não impediu a RIAA de processar várias dessas famílias, como fizeram ao processar Jesse Jordan.[173]

Mesmo isso parece nada comparado com a espionagem que está sendo perpetrada pela RIAA. Um relatório da CNN no final do último verão descreveu uma estratégia que RIAA adotou para rastrear usuários do Napster.[174] Usando um algoritmo sofisticado de *hashing*⁸, a RIAA criou o que na prática é uma “impressão digital” de todas as músicas no catálogo do Napster. Qualquer cópia de um desses MP3s teriam a mesma “impressão digital”.

Portanto imagine o seguinte cenário, que não é tão impossível de acontecer: imagine que um amigo dê um CD para sua irmã — uma coleção de músicas, mais ou menos como as fitas cassetes que você costumava gravar quando criança. Você não sabe, e nem sua irmã sabe, de onde tais músicas vieram. Mas ela copia essas músicas para o computador. Ela então leva seu computador para a faculdade e conecta-o à rede da faculdade, e se a rede da faculdade estiver “cooperando” com a espionagem da RIAA, e ela não tiver propriamente protegido seu conteúdo da rede (você por acaso sabe fazer isso você mesmo?), então a RIAA será capaz de identificar sua irmã como uma “criminoso”. E pelas regras que as universidades estão começando a adotar, [178] sua irmã pode perder o direito a usar a rede de computadores da universidade. Ela pode, em alguns casos, ser expulsa.

Agora, é claro, ela poderá ter o direito de se defender. Você precisará contratar um advogado para ela (a 300 dólares por hora, se ela tiver sorte), e então ela pode alegar que não fazia a menor idéia da fonte das músicas ou de elas terem vindo do Napster. E pode até ser que a universidade acredite nela. Mas pode ser que a faculdade não acredite nela. Pode tratar esse “contrabando” como presunção de culpa. E como todo estudante de universidade já deve ter aprendido atualmente, nossas presunções de inocência desaparecem no meio das guerras de proibição. E essa guerra não é diferente.

Diz von Lohmann,

⁸NT: *Hashing*, no jargão de informática, é um processo aonde, através do uso de fórmulas matemáticas em um pacote de dados qualquer, pode-se obter valores que podem, posteriormente, serem utilizados para verificar se os dados são realmente os mesmos que, originalmente, geraram os valores — chamados de *hashs*. Esse processo normalmente é utilizado, entre outros usos, em qualquer tipo de situação na qual seja necessário verificar se os dados são corretos: por exemplo, cópias de arquivos grandes via Internet e transmissão de dados via meios criptografados — no último caso, o uso de *hashing* é parte do próprio processo de criptografia.

“Portanto quando estamos falando de algo em torno de 40 a 60 milhões de americanos que são considerados essencialmente infratores de *copyright*, você cria uma situação aonde as liberdades civis dessas pessoas estão muito mais em perigo, falando de maneira geral. [Eu não] acredito [que haja qualquer] analogia aonde você poderia escolher aleatoriamente uma pessoa na rua e estar confiante de que ela cometeu um ato ilegal que a coloque na cadeia por causa de uma responsabilidade criminal ou a obrigue a pagar centenas de milhões de dólares em responsabilidades civis. Certamente todos nós já dirigimos acima da velocidade permitida, mas dirigir acima da velocidade não é o tipo de coisa que nos leva rotineiramente a destruímos liberdades civis. Algumas pessoas usam drogas, e eu imagino que essa é a analogia mais próxima, [porém] muitos devem ter notado que a guerra contra as drogas ruiu com todos os nossos direitos civis porque ela considera a maior parte dos americanos como criminosos. Bem, eu penso que é correto ver o compartilhamento de arquivos como algo que envolve um número de muito maior de americanos que o uso de drogas. (...) Se quarenta a sessenta milhões dos americanos se tornam foras-da-lei, então nós estamos indo em direção a um desfiladeiro aonde perderemos vários direitos civis para todos esses quarenta a sessenta milhões de americanos.”

Quando quarenta a sessenta milhões de americanos são considerados “criminosos” segundo a lei, e quando a lei pode atingir o mesmo objetivo — garantir os direitos dos autores — sem esses milhões serem considerados “criminosos”, quem é o vilão? Os americanos ou a lei? O que é a América: uma constante guerra contra sua própria gente ou um esforço consciente de nossa democracia para mudar sua lei?

Parte V

Saldos de Batalha

PORTANTO, AQUI TEMOS uma imagem que nos ajudará a entender tudo: você está parado no acostamento da estrada. Seu carro está em chamas. Você está nervoso e preocupado porque, em parte, você ajudou o fogo a se espalhar. Agora você não sabe como combater o fogo. Próximo a você está um balde cheio de gasolina. Obviamente, gasolina não iria o ajudar a apagar o fogo.

Conforme você tenta resolver o problema, alguém aparece. Em pânico, ela pega o balde. Antes que você tenha uma chance de lhe dizer para parar — ou antes dela entender porque deveria parar — o conteúdo do balde está no ar. A gasolina está para atingir o carro em chamas. E o incêndio que irá se formar com a gasolina está perto de queimar tudo ao redor.

UMA GUERRA sobre o *copyright* se espalha por todos os lados — e todos nós estamos pensando nos motivos errados. Sem dúvida, as tecnologias como estão ameaçam os negócios existentes. Sem dúvida, podem ameaçar aos artistas. Mas as tecnologias mudam. A indústria e os tecnólogos tem uma grande gama de formas para usar a tecnologia para protegerem-se contra as ameaças atuais da Internet. Esse é um incêndio que se deixarmos acontecer irá extinguir-se, cedo ou tarde.

Mas os legisladores não querem deixar o fogo se extinguir por si mesmo. Beneficiados por rios de dinheiro dos lobistas, eles estão desejosos para intervir e eliminarem esse problema que vieram a perceber. Mas o problema que eles perceberam não é a ameaça real que essa cultura nos mostra. Porque, enquanto vemos esse pequeno incêndio no canto, há uma maciça mudança no modo como a nossa cultura é construída que está acontecendo ao nosso redor.

De alguma forma temos que encontrar um caminho para trazer a atenção das pessoas para esse assunto, mais importante e fundamental. De alguma forma devemos achar um caminho que evite que atirem gasolina nesse incêndio.

Ainda não encontramos esse caminho. De fato, estamos aprisionados em uma visão binária e simplista. Porém quanto mais pessoas procuram ver esse debate de maneira mais ampla, mais é a visão simplista e binária que sobrevive. Nós apenas olhamos de maneira curiosa o incêndio quando deveríamos estar mantendo nossos olhos na estrada.

Esse desafio tem sido minha vida nos últimos anos. Ele também foi aonde eu falhei. Nos dois capítulos que se seguem, eu irei descrever um pequeno conjunto de esforços, que falharam vergonhosamente, de encontrar uma forma de trazer o debate de volta ao foco legítimo. Precisamos entender essas falhas se quisermos entender o que será necessário para sermos bem sucedidos.

Capítulo 13

Eldred

Em 1995, um pai estava frustrado por suas filhas não gostarem de Hawthorne¹. Sem dúvida ele seria apenas mais um pai, mas um que faria alguma coisa quanto a isso. Eric Eldred, um programador de computadores aposentado que vivia em New Hampshire, decidiu colocar as obras de Hawthorne na Web. Uma versão eletrônica, ele pensou, com *links* para imagens e textos explicativos, poderia tornar a obra desse autor do século dezanove mais viva.

Isso não funcionou — ao menos para suas filhas. Elas não acharam Hawthorne mais interessante do que antes. Mas da experiência de Eldred nasceu um Hobby, e seu hobby tornou-se uma causa: Eldred iria construir uma biblioteca de livros em domínio público escaneando² essas obras e tornando-as disponíveis gratuitamente.

A biblioteca de Eldred não era apenas uma cópia de certas obras de domínio público, embora mesmo uma cópia seria de grande valor para pessoas por todo o mundo que não possuem acesso às versões impressas de tais obras. De fato, Eldred estava produzindo obras derivativas dessas obras em domínio público. Da mesma forma que Disney tornou as histórias dos irmãos Grimm mais acessíveis ao século vinte, Eldred tornou as obras de Hawthorne, e muitos outros, de maneira a torná-las mais acessíveis — tecnicamente falando — atualmente.

A liberdade de Eldred fazer isso com as obras de Hawthorne cresceu na mesma fonte da de Disney. A obra de Hawthorne *Scarlet Letter* passou para o domínio público em 1907. Era livre para qualquer um usar as obras de Hawthorne sem precisar da permissão do espólio de Hawthorne ou de qual-

¹**NT:** Nathanael Hawthorne, um importante romancista americano

²**NT:** gerando cópias digitais de material impresso através de um *scanner*, um periférico que, quando ligado ao computador, permite digitalizar obras impressas através de um processo óptico de certa forma similar ao de fotocópia

quer outra pessoa. Algumas empresas, como a Dover Press e a Penguin Classics, pegam obras do domínio público e produzem obras impressas, que eles vendem em livrarias em todo o país. Outras, como a Disney, pegam essas histórias e transformam-nas em desenhos animados, algumas vezes bem sucedidos (como no caso de *Cinderela*), e outra não (o caso de *Corcunda de Notre Dame* e de *Planeta do Tesouro*). Todas essas são publicações comerciais de obras do domínio público.

A Internet criou a possibilidade de publicações não-comerciais de obras em domínio público. O exemplo de Eldred é apenas um entre os muitos possíveis. Há literalmente milhares de outros exemplos. Centenas de milhares de pessoas ao redor do mundo descobriram essa plataforma de expressão e agora a usam para compartilhar obras que, pela lei, estão livres. Isso produziu o que poderíamos chamar de “indústria da publicação não-comercial” que antes da Internet era limitada a pessoas com egos enormes ou com causas sociais ou políticas. Mas com a Internet, ela inclui uma grande gama de indivíduos e grupos dedicados à divulgação cultural em geral.³

Como eu disse, Eldred vive em New Hampshire. Em 1998, a coleção de poemas de Robert Frost *New Hampshire* estava para passar para o domínio público. Eldred desejava colocar essa coleção na sua biblioteca de domínio público. Mas o Congresso se intrometeu. Como descrevi no capítulo 10, em 1998, pela décima primeira vez em quarenta anos, o Congresso ampliou os períodos dos *copyright* existentes — dessa vez em vinte anos. Eldred não seria livre para adicionar quaisquer obras de depois de 1923 à sua coleção até 2019. De fato, nenhuma obra sob *copyright* iria passar ao domínio público até esse ano (e nem mesmo depois dele, se o Congresso ampliar o período do *copyright* novamente). No mesmo período, para comparar, mais de 1 milhão de patentes passarão para o domínio público.

Essa foi a *Sonny Bono copyright Term Extension Act* (Lei de Extensão do Período do *copyright* Sonny Bonno — CTEA), publicada em memória ao

³Podemos aqui traçar um paralelo com a pornografia que, apesar de difícil de descrever-se, é muito importante. Um fenômeno que a Internet criou foi um mundo de pornografia não-comercial — pessoas que estavam distribuindo pornografia mas que não estavam fazendo dinheiro, seja direta ou indiretamente, com essa distribuição. Esse tipo de pessoa não existia antes da Internet surgir, pois os custos de se distribuir pornografia eram muito altos. Mas essa classe de distribuidores recebeu atenção especial da Suprema Corte, quando ela derrubou a *Communications Decency Act* (Lei de Decência nas Comunicações). Isso aconteceu parcialmente porque os fardos impostos aos distribuidores não-comerciais pela lei foram entendidos como um abuso de poder do Congresso. A mesma idéia poderia ser feita sobre os editores não comerciais com o advento da Internet. Os Eric Eldreds do mundo antes da Internet eram muito, muito poucos. Mas alguém poderia pensar que seria tão importante proteger os Eldreds de nosso mundo quanto proteger a pornografia não-comercial.

congressista e ex-músico Sonny Bonno, pessoa que sua viúva, Mary Bonno, afirmava acreditar que “os *copyrights* deveriam ser eternos”. [176]

Eldred decidiu enfrentar a lei. Ele primeiro tentou enfrentá-la através da desobediência civil. Em uma série de entrevistas, Eldred anunciou que ele iria realizar a publicação como planejado, não importando o que dizia a CTEA. Mas por causa de uma segunda lei aprovada em 1998, a *No Electronic Theft Act* (Lei contra o Roubo Eletrônico — NET), seu ato de publicar poderia tornar Eldred um criminoso — mesmo que ninguém reclamasse dele. Era uma estratégia arriscada para ser tomada por um programador incapacitado.

E foi aqui que eu me envolvi com a causa de Eldred. Eu era um acadêmico constitucional que sempre foi apaixonado pela interpretação da Constituição. E embora os cursos de direito constitucional nunca se focassem na Cláusula do Progresso da Constituição, ela sempre me causou admiração como algo realmente diferente. Como você sabe, a Constituição diz que

“O Congresso tem o poder de promover o Progresso da Ciência e (...), garantindo por Períodos limitados aos Autores (...) o Direito exclusivo sobre suas Obras (...).”

Como eu descrevi, essa cláusula é única dentro da cláusula de cessão de poderes do Artigo I, seção 8 de nossa Constituição. Todas as outras cláusulas dando poderes ao congresso simplesmente diziam que o Congresso tinha o poder para fazer algo — por exemplo, para regulamentar “o comércio entre os vários estados” ou de “declarar Guerra”. Mas aqui, existe “algo” que é muito específico — o poder de “promover o Progresso” — por meios também específicos — “garantindo” “direitos exclusivos” (por exemplo, *copyrights*) “por Períodos limitados”.

Nos últimos quarenta anos, o Congresso tem usado da prática da ampliação dos períodos de proteção do *copyright*. O que me confunde nesse caso é que, se o Congresso tiem o poder para ampliar os períodos existentes, então a exigência constitucional de que os termos sejam “limitados” não possui efeito prático. Se cada vez que um *copyright* estiver para vencer, o Congresso tiver o poder de ampliar esse período, então o Congresso está permitindo exatamente o que a Constituição proíbe — períodos perpétuos “em prestações”, como definido claramente pelo Professor Peter Jaszi.

Como um acadêmico, minha primeira resposta foi caçar informações nos livros. Lembro-me de ficar sentado em meu escritório até tarde, procurando bancos de dados *on-line* ATRÁS de qualquer consideração séria sobre o assunto. Ninguém jamais tinha contestado a prática do Congresso de estender os períodos existentes. Essa falha pode em parte explicar por que essa prática tornou-se muito lucrativa ao Congresso. O Congresso sabe que os detentores de *copyright* irão lhe pagar generosamente em dinheiro para verem

seus períodos de *copyright* ampliados. E portanto o Congresso está muito feliz em manter o bonde andando.

Pois esse é o núcleo da corrupção em nosso presente sistema de governo. “Corrupção” não no sentido de que os representantes estão subornáveis. De fato, “corrupção” no sentido de que o sistema induz os beneficiários das leis do Congresso para levantarem e darem dinheiro ao Congresso para os induzirem à passarem as leis. Há muito pouco tempo e tanto o que o Congresso deve fazer. Por que não limitar suas ações àquilo que eles deveriam fazer — e a coisas que irão render? Ampliar períodos de *copyright* rendem.

Se não ficou ainda óbvio para você, considere o seguinte: imagine que você é um dos raros detentores de *copyright* cujo *copyright* continua fazendo dinheiro depois de cem anos. O Espólio de Robert Frost é um bom exemplo. Frost morreu em 1963. Sua poesia continua sendo muito valiosa. Portanto o Espólio de Robert Frost teria grandes benefícios de toda ampliação dos períodos de *copyright*, já que nenhum editor iria pagar-lhes um centavo se os poemas que Frost escreveu pudessem ser publicados por qualquer um livremente.

Portanto imagine que o espólio de Robert Frost fature 100 mil dólares por ano de três poemas de Frost. E imagine que o *copyright* para esses poemas está perto de expirar. Você está no comando do espólio de Robert Frost. Seu conselheiro financeiro vem até sua reunião com um relatório nada animador:

“No ano que vem”, ele anuncia, “nossos *copyrights* nas obras A, B, e C irão expirar. Isso quer dizer que depois do ano que vem, não iremos receber os cheques anuais dos *royalties* de 100 mil dólares dos editores dessas obras.”

“Há uma proposta no Congresso, porém”, ele continua, “que pode mudar isso. Alguns congressistas colocaram na pauta do Congresso um projeto de lei que amplia os períodos do *copyright* em vinte anos. Essa lei seria extremamente valiosa para nós. Portanto nós deveríamos torcer para que essa lei passe.”

“Torcer?”, diz um outro membro do comando do espólio. “Não podemos fazer nada sobre isso?”

“Bem, claro que sim”, diz o conselheiro. “Podemos contribuir para as campanhas de alguns deputados para tentarmos garantir que eles apóiem o projeto de lei.”

Você detesta política, e detesta contribuir para campanhas. Portanto você deseja saber se vale a pena se envolver em um negócio tão sujo. “Quanto poderemos ganhar se essa ampliação for aprovada?”, você pergunta ao conselheiro. “Quanto ela vale?”

“Bem,” diz o conselheiro, “se você acreditar que continuaremos a ganhar no mínimo 100 mil dólares por ano com tais *copyrights*, e você usar a ‘taxa de desconto’ que usamos para avaliar os investimentos do espólio (6%), então

essa lei nos renderia 1 milhão e 146 mil dólares.”

Você fica um pouco assustado com o valor, mas logo você chega à conclusão certa:

“Portanto você está querendo dizer que valeria a pena para nós pagarmos mais de 1 milhão de dólares em contribuições de campanha se nós com isso conseguíssemos garantir que esse projeto fosse aprovado?”

“Absolutamente,” o conselheiro responde. “Vale a pena para nós contribuirmos com valores até o ‘valor atual’ das receitas que esperamos coletar desses *copyright*. O que para nós quer dizer mais de 1 milhão de dólares.”

Você rapidamente entende a idéia — você como o membro do comando do espólio e, espero, você o leitor. Cada vez que os *copyright* estão para vencer, todos os beneficiários na posição do espólio de Robert Frost são colocados diante das mesmas escolhas: se ele puder contribuir para conseguir que uma lei seja aprovada para ampliar o *copyright*, ele irá se beneficiar muito de tal expansão. E portanto cada vez que o *copyright* estiver para vencer, há uma maciça atividade de *lobbying* para garantir a ampliação dos períodos de *copyright*.

E é assim que funciona a máquina de moto-contínuo do Congresso: Enquanto uma legislação puder se comprada (embora indiretamente), eles irá ter todo o incentivo do mundo para comprar futuras extensões do *copyright*.

No *lobbying* que levou à aprovação da *Sonny Bono copyright Term Extension Act*, essa “teoria” sobre os incentivos provou ser real. Dez dos treze deputados que aprovaram a lei na Câmara dos Deputados receberam a máxima contribuição do comitê de ações políticas da Disney; no Senado, oito dos doze senadores que aprovaram a lei no senado receberam contribuições.[177] Estima-se que a RIAA e a MPAA tenham gastado mais de 1 milhão e meio de dólares em *lobbying* durante o período eleitoral de 1998. Eles pagaram mais de 200 mil dólares em contribuições de campanha.[178] Estima-se que a Disney tenha contribuído com mais de 800 mil dólares em campanhas de re-eleição durante o período de 1998.[179]

A lei constitucional não é tão cega ao óbvio. Ou, ao menos, não deveria ser. Portanto quando eu considerei o caso de Eldred, essa realidade sobre os incentivos sem fim para ampliações dos períodos de *copyright* deveria ser o argumento central. No meu entender, uma corte pragmática comprometida com a interpretação e aplicação da Constituição da maneira como seus criadores a imaginavam iria ver que se o Congresso tivesse o poder de ampliar os períodos de *copyright* existentes, então não haveria nenhuma exigência efetiva de que os períodos fosse “limitados”. Se eles podiam o ampliar uma vez, eles poderiam o fazer de novo e de novo.

Eu também julguei que *essa* Suprema Corte não iria permitir que o Congresso ampliasse os períodos existentes. Como qualquer um que saiba um

pouco sobre o trabalho da Suprema Corte sabe, essa Corte tem cada vez mais restringido o poder do Congresso quando foi percebido de que eles estavam abusando dos poderes Constitucionais. Entre os acadêmicos constitucionais, o exemplo mais famoso desse comportamento foi a decisão da Suprema Corte em 1995 de derrubar uma lei que bania a posse de armas perto de escolas.

Desde 1937, a Suprema Corte tem interpretado os poderes Constitucionais do Congresso de forma muito ampla; portanto, enquanto a Constituição dava poder ao Congresso de regulamentar apenas “o comércio entre os diversos estados.” (também conhecido como “comércio interestadual”), a Suprema Corte entendeu que esse poder incluía o poder de regulamentar qualquer atividade que sequer viesse a afetar o comércio interestadual.

Conforme a economia cresceu, esse padrão cada vez mais significava que não havia limites para os poderes de regulamentar do Congresso, já que toda e qualquer atividade, quando considerada em uma escala nacional, afetava o comércio interestadual. Uma Constituição criada com limites para os poderes do Congresso foi na prática interpretada como não tendo limite algum.

A Suprema Corte, sob o comando do presidente da Suprema Corte Rehnquist, mudou isso no caso *United States v. Lopez*. O governo argumentava que a posse de armas perto das escolas afetava o comércio interestadual. Armas perto das escolas aumentavam o crime, o crime diminuía o valor das propriedades e assim por diante. Na sua argumentação para o júri, o presidente da Suprema Corte perguntou ao governo se haveria alguma outra atividade que não afetasse o comércio interestadual seguindo o raciocínio que o governo delineara. O governo disse que não; se o Congresso dizia que uma atividade afetava o comércio interestadual, então essa afetava o comércio interestadual. A Suprema Corte, dizia o governo, não era a posição para criticar as decisões do Congresso.

“A Corte entra em recesso para considerar as implicações dos argumentos do governo”, disse o presidente da Suprema Corte.[180] Se tudo o que o Congresso dizia que afetava o comércio interestadual realmente afetasse o comércio interestadual, então não havia limites para o poder do Congresso. A decisão em *Lopez* foi reafirmada cinco anos depois no caso *United States v. Morrison*. [180]

Se um princípio estava em ação aqui, então ele deveria se aplicar tanto à Cláusula do Progresso quanto à Cláusula do Comércio.⁴ E se ela se apli-

⁴Se há um princípio sobre poderes especificados, então esse princípio passa de um poder para o outro. O ponto que definiu tudo no contexto da Cláusula do Comércio foi a interpretação oferecida pelo governo que permitia ao governo ter poderes infinitos para regulamentar o comércio — não interessava o limite definido do comércio interestadual. O mesmo ponto é verdade na Cláusula do *copyright*. Aqui, também, a interpretação do governo lhe permitiria ter poderes infinitos para regulamentar os *copyrights* — não

cava à Cláusula do Progresso, o princípio deveria levar à conclusão de que o Congresso não podia ampliar um período existente. Se o Congresso pudesse ampliar um período existente então não haveria limites nos poderes do Congresso quanto à ampliação de períodos existentes, embora a Constituição explicitamente declare que há tal limite. Portanto, o mesmo princípio aplicado ao poder de dar *copyright* deveria impedir que o Congresso ampliar os períodos dos *copyright* existentes.

Se, de fato, o princípio que guiou a decisão no caso *Lopez* permanecesse como um princípio. Muitos imaginam que a decisão em *Lopez* foi motivada por política — uma Suprema Corte conservadora, que acreditava no direito dos estados, usando seu poder sobre o Congresso para avançar em sua própria agenda política. Mas eu rejeito essa visão da decisão da Suprema Corte. De fato, pouco após a decisão, escrevi um artigo demonstrando a “fidelidade” dessa interpretação à Constituição. A idéia de que a Suprema Corte decide casos segundo opiniões políticas me causou revolta. Eu não iria dedicar minha vida ensinando direito constitucional se esses nove Juizes fossem apenas guiados por opiniões políticas.

Agora vamos fazer uma pausa para que você entenda um argumentos sobre o qual o caso *Eldred* não é. Ao insistir nos limites constitucionais ao *copyright* obviamente Eldred não estava endossando a pirataria. De fato, como deve ter ficado óbvio, ele estava lutando contra um tipo de pirataria — a pirataria contra o domínio público. Quando Robert Frost escreveu seus livros e quando Walt Disney criou Mickey Mouse, o período máximo de *copyright* era de apenas cinquenta e seis anos. Por causa das mudanças ocorridas, Frost e Disney já gozaram de um monopólio de setenta e cinco anos em seus trabalhos. Eles já tinham recebido os benefícios da barganha visualizada pela Constituição: em troca de um monopólio protegido por cinquenta e seis anos, eles criaram novas obras. Mas agora essas entidades estavam usando seu poder — expresso através do poder financeiro dos lobistas — para conseguirem mais vinte anos de monopólios. Esses vinte anos seriam na prática tomados do domínio público. Eric Eldred estava lutando contra um tipo de pirataria que afeta a todos nós.

Algumas pessoas vêem o domínio público com desdém. Em seu memorando para a Suprema Corte, a Associação dos Compositores de Nashville (*Nashville Songwriters Association*) escreveu que o domínio público não passava de “pirataria legalizada”.^[182] Mas não podemos considerar pirataria o que a lei permite; e em nosso sistema constitucional, nossa lei *requer* sua existência. Alguns podem não gostar das exigências da Constituição, mas isso não torna a Constituição o mapa do tesouro dos piratas.

interessando a limitação de “períodos limitados”.

Como pudemos ver, nosso sistema constitucional exige limites ao *copyright* como forma de garantir que os detentores do *copyright* não influenciem de forma muito profunda o desenvolvimento e distribuição de nossa cultura. Mas, como Eric Eldred descobriu, nós criamos um sistema que garante que o *copyright* será repetidamente ampliado, e de novo e de novo. Nós criamos o ataque perfeito contra o domínio público. Os *copyright* não expiraram, e nem o irão, enquanto o Congresso for livre para ser comprado para os estender novamente.

São os *copyright* que ainda possuem valor comercial os responsáveis pela ampliação dos períodos comerciais. Coisas como Mickey Mouse e “*Rhapsody in Blue*”. Essas obras são incrivelmente valiosas para serem ignoradas pelos detentores dos *copyright*. Mas o prejuízo verdadeiro à nossa sociedade das extensões dos períodos do *copyright* não é o fato de que o Mickey Mouse continue sendo propriedade da Disney. Esqueça Mickey Mouse e esqueça Robert Frost. Esqueça todas as obras das décadas de 1920 e 1930 que ainda possuem valor comercial. O prejuízo real da extensão dos períodos do *copyright* não vem dessas obras famosas, mas sim daquelas que não são famosas, não são mais comercialmente exploráveis e que, graças a tudo isso, não estão mais disponíveis de forma alguma.

Se observarmos todas as obras criadas nos primeiros vinte anos afetados pela *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* (o que nos dá entre 1923 e 1942), apenas 2% de tudo o que foi produzido nesse período ainda possui valor comercial. Foram os detentores desses 2% que pressionaram a aprovação da CTEA. Mas a lei e seus efeitos não ficaram limitados a esses 2%. A lei ampliou os períodos de todos os *copyrights*.^[183]

Pense de maneira prática sobre as conseqüências dessa ampliação — na prática, como uma pessoa de negócios, não como um advogado doido por mais trabalhos legais. Em 1930, 10047 livros foram publicados. Em 2000, apenas 174 deles ainda estavam em circulação. Imaginemos que você seja Brewster Kahle, e você desejasse tornar disponíveis para o mundo os demais 9837 em seu projeto iArchive⁵. Você poderia o fazer?

Bem...Primeiramente, você teria que determinar quais dos 9873 livros ainda estariam sob *copyright*. Isso exigiria ir a uma biblioteca (essas informações ainda não estão disponíveis *online*) e ler pilhas de livros, checando os títulos e autores dos 9873 livros com seus registros de *copyright* e de renovação dos mesmos. Isso iria lhe dar uma lista dos livros ainda sob *copyright*.

Então, no caso dos livros ainda sob *copyright*, você ainda precisaria localizar os atuais detentores dos *copyright*. Como você faria isso?

Muitos acham que há uma lista desses detentores de *copyright* em algum

⁵NT: *Internet Archive*, projeto já citado pelo autor

lugar. Pessoas práticas pensam dessa forma. Como poderia haver milhares e milhares de monopólios dados pelo governo sem ao menos uma lista?

Mas não existe tal lista. Pode haver um nome para 1930, e então para 1959, da pessoa que registrou o *copyright*. Mas apenas pense de maneira prática sobre como seria estupidamente difícil rastrear milhares desses registros — especialmente se imaginarmos que a pessoa que fez o registro não é necessariamente mais o atual detentor. E estamos falando de 1930!

“Mas não há uma lista de quem é dono de propriedades em geral”, os apologistas do sistema respondem. “Por que deveria haver uma lista de detentores do *copyright*?”

Bem, atualmente, se você pensar bem, há uma plenitude de listas de quem é dono de que propriedade. Pense sobre escrituras de casas, ou documentos de carros. E aonde não existe uma lista, os códigos do espaço físico são muito bons em sugerir quem é dono daquela propriedade. (Um balanço construído em seu quintal provavelmente é seu.) Portanto, formal ou informalmente, nós temos formas muito boas de saber quem é dono de que propriedade tangível.

Portanto: você anda por uma rua e vê uma casa. Você pode saber quem é o dono daquela casa olhando no cartório da cidade ou na Prefeitura. Se você vê um carro, há normalmente uma placa que lhe permitirá descobrir o dono daquele carro no DETRAN. Se você vê alguns brinquedos na varanda de uma casa, é razoavelmente simples definir de quem são tais brinquedos. E se você vê uma bola de futebol na calçada, olhe ao redor por alguns instantes e encontrará algumas crianças jogando bola. Se você não puder ver qualquer criança, então tudo bem: aqui temos uma propriedade sobre a qual não podemos definir facilmente o dono. Essa é a exceção que comprova a regra: normalmente nós podemos definir com boa certeza quem é o dono de que propriedades.

Compare essa história com a situação das propriedades intangíveis. Você vai a uma biblioteca. A biblioteca possui os livros, mas quem são os donos dos *copyrights*? Como nós já descrevemos, não há uma lista dos detentores de *copyright*. Temos os nomes dos autores, claro, mas seus *copyrights* podem ter sido cedidos, ou dados como herança a um espólio, como o caso das velhas jóias da vovó. Para sabermos que é o dono de algum *copyright*, poderíamos ter de contratar um detetive particular. O problema: poderia não ser fácil localizá-lo. E em um regime como o nosso, aonde é um crime usar propriedade alheia sem a permissão do dono da mesma, essa propriedade jamais seria usada.

A consequência no caso dos livros antigos é que eles jamais seriam digitalizados, e então simplesmente irão apodrecer nas estantes. Mas a consequências para outras obras criativas é muito mais horrível.

Considere a história de Michael Agee, presidente dos Estúdios Hal Roach,

que detêm os *copyrights* dos filmes de “*O Gordo e O Magro*”. Agee é um beneficiário direto da Lei Bonno. Os filmes de “*O Gordo e O Magro*” foram feitos entre 1921 e 1951. Apenas um desses filmes, *The Lucky Dog*, saiu do *copyright*. Mas se não fosse a CTEA, filmes feitos após 1923 deveriam ter entrado no domínio público. Já que Agee controla os direitos exclusivos para esses filmes populares, ele consegue bastante dinheiro em cima deles. De acordo com uma estimativa, “Roach vendeu por volta de 60 mil fitas de vídeo e 50 mil DVDs dos filmes mudos de ‘O Gordo e O Magro’.”[184]

Mas Agee opôs-se à CTEA. Suas razões demonstram uma virtude rara nessa cultura: desprendimento. Ele argumentou em um memorando para a Suprema Corte de que a *Sonny Bonno copyright Term Extension Act*, se deixada como está, iria destruir toda uma geração dos filmes americanos.

Seu argumento é bem direito: apenas uma minúscula parcela dessas obras tem qualquer valor comercial contínuo. O resto — imaginando que tenham sobrevivido — estão apenas juntando poeira em depósitos. Pode ser que algumas dessas obras que agora não possuem valor comercial sejam avaliadas como sendo valiosas para os donos dos depósitos. Para isso ocorrer, porém, o valor comercial da obra precisaria exceder os custos da obra disponível para a distribuição.

Podemos não saber os benefícios, mas sabemos muito sobre os custos. Na maioria da história cinematográfica, os custos de restauração de filmes eram muito altos; as tecnologias digitais diminuíram substancialmente esses custos. Enquanto custava mais de 10 mil dólares para restaurar um filme de noventa minutos em preto-e-branco, atualmente por volta de 100 dólares para digitalizar uma hora de filme em 8 milímetros.[185]

A tecnologia de restauração não é o único e nem o mais importante custo envolvido. Os advogados também são um custo, e um cada vez mais importante. Juntamente com a necessidade de preservar seus filmes, um distribuidor precisa garantir seus direitos. E para garantir os direitos de um filme que está sob *copyright*, você precisa localizar o detentor do *copyright*. Ou mais precisamente *detentores*: como já vimos, não existe apenas um *copyright* único associado a um filme, e sim muitos. Não há apenas uma única pessoa que você deveria contactar sobre tais *copyrights*; há tantas pessoas que detêm tais direitos, que acaba formando uma lista enorme de pessoas, o que torna os custos de cobrir os *copyrights* de tais filmes excepcionalmente altos.

“*Mas você não poderia simplesmente restaurar o filme, o distribuir, e então pagar aos detentores do copyright quando eles resolverem aparecer?*” Claro que sim, se você disposto a cometer um crime. E mesmo que você não se preocupe com isso, quando ele aparecer, eles estarão no direito de te processar por todo o rendimento que você obteve até o momento. Portanto, imaginando

que você seja bem sucedido, você muito provavelmente será contactado pelo advogado de alguém. E se você não for bem sucedido, tenha certeza de que não terá feito dinheiro suficiente para pagar o seu próprio advogado. De qualquer forma, você será obrigado a falar com um advogado. E como se isso não fosse o bastante, falar que você vai conversar com um advogado é o mesmo que dizer que você não fez um centavo com isso.

Para alguns filmes, os benefícios de distribuir-se o filme pode muito bem exceder esses custos. Mas para a absoluta maioria deles, não há maneira nenhuma de fazer os benefícios superarem os custos legais. Dessa forma, para a absoluta maioria dos filmes antigos, argumentou Agee, o filme não será restaurado e distribuído até que o *copyright* vencer.

Mas quando o *copyright* vencer, o filme provavelmente também terá vencido. Esses filmes são gravados em um material baseado em nitratos, que se dissolve com o tempo. Eles terão desaparecido, e os tambores de metal onde eles estão agora armazenados estarão cheios apenas de poeira.

De todas as obras criativas produzidas pelo ser humano até agora, apenas uma minúscula parcela continua tendo valor comercial. Para tal parcela, o *copyright* é um dispositivo legal crucialmente importante. Para tal parcela, o *copyright* cria incentivos para a produção e distribuição de obras criativas. Para essa parcela, o *copyright* age como um “motor da livre expressão”.

Mas mesmo para essa minúscula parcela, o período real durante o qual a obra criativa possui valor comercial é extremamente curto. Como eu indiquei, muitos livros saem de circulação em um ano. O mesmo é verdade para livros e música. A cultura comercial é como tubarões que movem-se continuamente. E quanto uma obra criativa sai das graças dos distribuidores comerciais, sua vida comercial termina.

Mas isso não quer dizer que a vida da obra criativa tenha terminado. Não podemos criar as bibliotecas como forma de competir com a Livraria Saraiva, e não podemos manter arquivos de filmes porque esperamos que as pessoas escolham se vão passar a noite de Sexta vendo filmes recém-lançados ou documentários sobre notícias de 1930. A vida não-comercial da cultura é importante e valiosa — também para o entretenimento, mas também e principalmente para o conhecimento. Para entendermos como somos, e de onde viemos, e como fizemos as burrices que fizemos no passado, precisamos ter acesso à história.

Os *copyrights*, nesse contexto, não impulsionam um motor de livre expressão. Nesse contexto, não precisamos de direitos exclusivos. Nesse contexto, os *copyrights* não ajudam em nada.

Mas, na maior parte de nossa história, ele também não prejudicavam tanto. Na maior parte de nossa história, quando uma obra tinha sua vida comercial encerrada, não havia nenhum *uso relacionado ao copyright* que era

impedido por um direito exclusivo. Quando um livro saía de circulação, você não podia mais o comprar de um editor. Mas você ainda o poderia comprar de um sebo, e quando um sebo o vendia, ao menos na América, você não precisaria pagar absolutamente nada ao detentor do *copyright*. Dessa forma os usos de um livro após sua vida comercial ter terminado era independente das leis do *copyright*.

O mesmo era efetivamente verdadeiro no caso de filmes. Como os custos para a restauração de um filme — os custos econômicos reais, não os custos dos advogados — eram tão grandes que não era nem um pouco razoável preservar ou restaurar os filmes. Como no caso de um grande banquete, quando ele acabava, ele acabava. Uma vez que um filme tivesse sua vida comercial encerrada, ele era arquivado por algum tempo, mas esse era o fim de sua vida enquanto o mercado não tivesse mais a oferecer.

Em outras palavras, embora o *copyright* seja razoavelmente curto na maioria da nossa história, períodos longos não importariam para as obras que perderam seu valor comercial. Períodos longos para essas obras não deveriam interferir em nada.

Mas a situação toda mudou.

Uma consequência fundamentalmente importante do surgimento das tecnologias digitais é permitir o arquivo com o qual sonha Brewster Kahle. As tecnologias digitais agora tornam possível a preservação e o acesso para todos os tipos de conhecimento. Uma vez que um livro saísse de circulação nós poderíamos imaginar-nos digitalizando-o e tornando-o disponível para qualquer um, para sempre. Uma vez que um filme não fosse mais distribuído, poderíamos digitalizá-lo e torná-lo disponível para qualquer um, para sempre. As tecnologias digitais dão uma nova vida aos materiais sob *copyright* após eles terem suas vidas comerciais encerradas. Agora podemos preservar e garantir acesso universal a esse conhecimento e cultura, o que não era possível anteriormente.

E é justamente aí que a lei de *copyright* cruza o nosso caminho. Cada passo na produção desse arquivo digital de nossa cultura infringe o direito exclusivo de *copyright*. Digitalizar um livro é copiá-lo. Fazê-lo exige permissão do detentor do *copyright*. E o mesmo vale para música, filme, ou qualquer outro aspecto de nossa cultura protegida por *copyright*. O esforço de tornar essas coisas disponíveis para a posteridade, ou para pesquisadores, ou apenas para aqueles que desejarem as explorar, é agora restrito por um conjunto de regras que foram escritas para um contexto completamente diferente.

Esse é o centro dos prejuízos que virão das ampliações dos períodos: justo agora que a tecnologia nos permite reconstruir a Biblioteca de Alexandria, a lei se intromete. E não o faz por qualquer motivo útil do *copyright*, pois os objetivos do *copyright* são permitir ao mercado comercial que dissemine cul-

tura. Não, aqui estamos falando de cultura após o fim de sua vida comercial. Nesse contexto, o *copyright* não está servindo *de forma nenhuma a nenhum objetivo* de disseminação do conhecimento. Nesse contexto, o *copyright* não é um motor para a liberdade de expressão, e sim um freio.

Você pode então perguntar “*mas se as tecnologias digitais baixam os custos para Brewster Kahle, então elas também baixam os custos para a Editora Campus. Por que então a Campus não dissemina a cultura como Brewster Kahle?*”

Talvez algum dia isso possa acontecer. Mas não há nenhuma evidência que sugira que as editoras serão tão completas quanto as bibliotecas. Se a Livraria Saraiva oferece-se para alugar livros de suas lojas a um preço baixo, isso eliminaria a necessidade das bibliotecas? Apenas se você imaginar que a única função de uma biblioteca é servir ao que o “mercado” exigir. Mas se você imaginar que a função de uma biblioteca é maior que essa — se você imaginar que sua função é a de arquivar cultura, não interessando se há demanda por tais parcelas de cultura — então nós simplesmente não podemos contar com o mercado comercial para fazer o que nossas bibliotecas fazem por nós.

Seria o primeiro a concordar que ele fazer o máximo possível: nós deveríamos confiar no mercado sempre que possível para disseminar e oferecer acesso à cultura. A minha mensagem nesse livro não é em absoluto contra os mercados. Mas quando começamos a ver que o mercado não está fazendo o seu serviço, então nós deveríamos permitir que forças não-comerciais tivessem a liberdade de preencher tais vácuos. Como um pesquisador calculou para o caso da cultura americana, 94% de todos os livros, filmes e música distribuída entre 1923 e 1946 não estão mais disponíveis comercialmente. Não importa o quanto você adore o mercado comercial, se acesso é valor, então apenas 6% de acesso é uma falha grave no fornecimento de valor.[186]

Em Janeiro de 1999, abrimos um processo em nome de Eric Eldred na corte federal distrital em Washington, D.C., pedindo à corte a declaração da inconstitucionalidade da *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*. Os dois argumentos centrais que fizemos eram de que (1) essa ampliação dos períodos existentes violava a exigência constitucional de “Períodos limitados” e (2) de que a ampliação de períodos por mais vinte anos violava a Primeira Emenda;

A corte distrital negou nosso caso sem sequer ouvir nossa argumentação. Um painel na Corte de Apelações para o Circuito de Washington, D.C. também negou nosso caso, mesmo após terem ouvido uma argumentação abrangente do caso. Mas essa decisão ao menos causou uma discordância, vinda de um dos mais conservadores membros daquela corte. Essa discordância foi o que deu vida ao nosso caso.

O Juiz David Sentelle afirmava que a CTEA apenas violava a exigência constitucional dos “Períodos limitados”. Seu argumento foi tão elegante quanto simples: se o Congresso pode ampliar os períodos existentes, então não haveria limites para o poder do Congresso na Cláusula do *Copyright*. O poder de ampliar períodos existentes significava que o Congresso não era obrigado a dar direitos que fossem “limitados”. Desse modo, o Juiz Sentelle argumentou, a corte tinha que interpretar o que significava exatamente o termo “Períodos limitados”. E a melhor interpretação, ele continuou, seria a de negar ao Congresso o poder para ampliar os períodos existentes.

Perguntamos se a Corte de Apelações para o Circuito de Washington, D.C. poderia se reunir como um todo para ouvir nosso caso. Os casos normalmente são ouvidos em painéis de três juízes, exceto para os casos mais importantes ou casos que levantavam assuntos específicos para o Circuito como um todo, quando a corte então se reunia “*en banc*” como um todo para ouvir o caso.

A Corte de Apelações negou nosso pedido para ouvir o caso “*en banc*”. Dessa vez, ao Juiz Sentelle tinha se unido o mais liberal membro do Circuito de Washington, D.C., o Juiz David Tatel. Tanto o mais conservador quanto o mais liberal juízes da Circuito de Washington, D.C. acreditavam que o Congresso tinha passado dos limites.

Era aqui que muitos imaginavam que o caso *Eldred v. Ashcroft* seria decidido, já que a Suprema Corte raramente revê qualquer decisão de uma Corte de Apelações. (Eles ouvem uma média de cem casos por ano, de mais de cinco mil apelações) E eles praticamente não reviam uma decisão que mantinha uma lei quando nenhuma outra corte tinha revisto a lei.

Mas em Fevereiro de 2002, a Suprema Corte surpreendeu todo o mundo ao aceitar nossa apelação da decisão do Circuito de Washington, D.C. A argumentação foi definida para Outubro de 2002. O verão foi gasto na escrita de memorandos e preparação para argumentação.

Já faz um ano desde então agora que estou escrevendo essas palavras. O caso ainda está surpreendentemente claro na minha mente. Se você soube qualquer coisa sobre esse caso, então deve saber que perdemos a apelação. E se você sabe alguma coisa mais além do normal sobre esse caso, provavelmente imagina que não havia a menor chance de vencermos esse caso. Após a nossa derrota, recebi literalmente milhares de missivas de simpatizantes e colaboradores, me agradecendo por ter lutado por uma causa tão nobre, mesmo sabendo que ela estava condenada. E nenhuma dessas foi tão significativa para mim quanto o e-mail mandado pelo meu cliente, Eric Eldred.

Mas tanto meu cliente quanto esses amigos estão errados. Esse caso podia ter sido ganho. Ele deveria ter sido ganho. E não importa o quão claramente eu tente contar essa história para mim mesmo, eu não consigo pensar em

outra coisa exceto que perdemos esse caso por um erro meu.

O erro foi feito bem no começo, embora tenha ficado óbvio para mim apenas no fim de tudo. Nosso caso foi apoiado desde o seu início por um advogado extraordinário Geoffrey Stewart, e pelo escritório para o qual ele tinha entrado, *Jones, Day, Reavis and Pogue*. Jones Day sofreu muita pressão de seus clientes protetores do *copyright* por ter nos apoiado. Ele ignorou tal pressão (algo que poucos escritórios de advocacia atualmente fariam), e durante todo o caso, ele ofereceu tudo o que precisamos.

Haviam três advogados chaves para o caso que trabalhavam para Jones Day. Geoff Stewart foi o primeiro, mas então Dan Bromberg e Don Ayer também se envolveram. Bromberg e Ayer em particular tinham uma visão comum sobre como esse caso deveria ser vencido: nós venceríamos, eles me diziam repetidamente, se conseguíssemos tornar o assunto “importante” para a Suprema Corte. Tínhamos que lhe mostrar o dano terrível que estava para ser provocado contra a liberdade de expressão e contra a cultura livre; de outra forma, eles jamais votariam contra “as mais poderosas companhias de mídia do mundo.”

Odeio essa visão da lei. Claro que eu imaginava que a Lei Sonny Bono foi um golpe poderoso contra a liberdade de expressão e contra a cultura livre. Claro que continuo pensando assim. Mas a idéia de que a Suprema Corte decide questões legais baseado na importância que eles imaginam ter os assuntos envolvidos é simplesmente errado. Pode até ser uma questão de “certo” como em “verdadeiro”, eu pensava, mas é também uma questão de “errado” como em “não deveria ser assim”. Como eu acreditava que qualquer interpretação fiel das idéias que tiveram os criadores da nossa Constituição levaria à conclusão de que a CTEA era inconstitucional, e como eu acreditava que qualquer interpretação fiel do significado da Primeira Emenda levaria que o poder de ampliação dos períodos de *copyright* existentes era inconstitucional, eu não conseguia ser persuadido que tínhamos de vender nosso caso como se fosse sabão em pó. Da mesma forma que uma lei que proíba a suástica é inconstitucional não porque a Corte seja composta de nazistas mas porque uma lei assim violaria a Constituição, no meu entender, a Corte iria decidir se a lei que o Congresso passou era constitucional basendo-se na Constituição, não no fato de eles gostarem dos valores que os criadores da Constituição puseram nela.

De qualquer modo, eu pensei, a Corte precisava primeiro ver o perigo e os prejuízos causados por tal tipo de lei. Por que outro motivo eles teriam aceitado o caso? Não havia razão para o caso ser ouvido na Suprema Corte se eles não tivessem convencidos de que a lei era prejudicial. Portanto, na minha visão, não precisávamos persuadi-los de que tal lei era ruim, nós precisávamos mostrar-lhes porque ela era inconstitucional.

Havia uma forma, porém, na qual eu sentia que a política iria afetar e uma para a qual eu devia pensar em respostas apropriadas. Eu estava convencido de que a Corte não ouviria nossos argumentos se pensassem que eles são os argumentos de um grupo de malucos esquerdistas. Essa Suprema Corte não era favorável para se lançar em uma revisão de uma lei se isso parece ser o desejo de uma pequena minoria política. Embora o meu foco no caso não fosse demonstrar o quão ruim era a *Sonny Bonno Act*, mas sim demonstrar que ela era inconstitucional, minhas esperanças era tornar esse argumento forte baseando-me em uma profusão de memorandos que cobririam todos os tipos de visões políticas. Para mostrar que essa queixa contra a CTEA estava baseada *na lei* e não em política, então, precisávamos angariar a maior gama de críticos confiáveis — confiáveis não por serem ricos e famosos, mas porque eles, no seu conjunto, mostrariam que essa lei é inconstitucional não importando a opinião política da pessoa.

O primeiro passo aconteceu por si mesmo. A organização de Phyllis Schlafly, a Eagle Forum, era uma oponente da CTEA desde seu princípio. A Srta. Schlafly via a CTEA como traição do Congresso. Em Novembro de 1998, ele escreveu um editorial contundente atacando o Congresso Republicano por permitir que tal lei passasse. Como ela escreveu, “você não se impressiona às vezes, quando projetos de leis que criam uma chuva de dinheiro para alguns interesses específicos passam facilmente pelo processo intricado da legislatura, enquanto projetos que beneficiam o público em geral parecem ter empacado?” A resposta, conforme registrado em seu editorial, era o poder do dinheiro. Schlafly enumera as contribuições da Disney para membros chave dos comitês. Era o dinheiro, não a justiça, que tava dando à Disney mais vinte anos de controle sobre o Mickey Mouse, argumentou Schlafly.

Na Corte de Apelações, a Eagle Forum foi rápida em apresentar um memorando apoiando nossa posição. Seu memorando nos ofereceu o argumento que tornou-se principal em nossa exposição diante da Suprema Corte: se o Congresso podia ampliar os períodos dos *copyright* existentes, então não havia limites aos poderes do Congresso de definir períodos. Esse argumento fortemente conservador persuadiu um juiz altamente conservador, o Juiz Sentelle.

Na Suprema Corte, os memorandos para o nosso lado foram tão diversos quanto poderíamos imaginar. Eles incluíram um memorando histórico extraordinário da *Free Software Foundation* (Fundação para o Software Livre, casa do projeto GNU que possibilitou o nascimento do sistema GNU/Linux), um memorando poderoso sobre os custos da incerteza lançado pela Intel e dois memorandos de estudiosos, um de pesquisadores de *copyright* e outro de pesquisadores da Primeira Emenda. Havia ainda um memorando apurado e

preciso lançado por um grupo de experts mundiais na Cláusula do Progresso. E claro, tivemos um memorando da Eagle Forum, repetindo e reforçando seus argumento.

Esses memorandos delinearam um argumento legal. Então para apoiar tal argumento, havia vários memorandos poderosos de arquivos e bibliotecas, incluindo o *Internet Archive*, a *American Association of Law Libraries* (Associação Americana de Bibliotecas de Direito), e a *National Writers Union*.

Mas dois memorandos foram os que capturaram melhor o argumento principal. Um dos memorandos eu já descrevi: um memorando dos Estudos Hal Roach dizendo que, a não ser que a lei fosse derrubada, toda uma geração de filmes americanos iria simplesmente sumir. O outro tornou o lado econômico do argumento absolutamente claro.

Esse memorando no caso foi assinado por dezessete economistas, incluindo cinco vencedores do Prêmio Nobel, incluindo aí Ronald Coase, James Buchanan, Milton Friedman, Kenneth Arrow, e George Akerlof. Os economistas, conforme a lista dos vencedores do Nobel demonstra, vinham de todo o espectro político, e suas conclusões eram poderosas: não havia nenhum motivo plausível que levasse a pensar que ampliar os períodos dos *copyrights* existentes iriam fazer algo para aumentar os incentivos à inovação. Tais ampliações eram apenas “caça às divisas” — o termo engraçado que os economistas usam para descreverem quando a legislação para interesses específicos fica totalmente sem sentido.

O mesmo esforço de equilíbrio foi refletivo na equipe de advogados que angariamos para escreverem nossos memorandos sobre o caso. Os advogados de Jones Day estavam conosco desde o começo. Mas quando o caso foi parar na Suprema Corte, adicionamos três advogados para nos ajudarem a delinear esse argumento para a Corte: Alan Morrison, um advogado da *Public Citizen* (Cidadão Público) que tinha feito história com uma série de vitórias importantíssimas na Suprema Corte defendendo direitos individuais; minha colega e reitora, Kathleen Sullivan, que já havia levado muitos casos à Corte e que nos aconselhou logo no começo sobre uma estratégia envolvendo a Primeira Emenda; e finalmente o ex-procurador geral Charles Fried.

Fried foi uma vitória especial para o nosso lado. Todos os outros ex-procuradores gerais foram contratados para defenderem o poder do Congresso de dar às companhias de mídia o favor especial de ampliar os períodos do *copyright*. Fried foi o único que recusou essa tarefa lucrativa para lutar por algo em que acreditava. Ele havia sido o presidente da Suprema Corte no período de Ronald Reagan. Ele ajudou a construir as linhas de defesa que limitaram o poder do Congresso no contexto da Cláusula do Comércio. E enquanto ele tinha sido a favor de várias posições na Suprema Corte com as quais eu pessoalmente não concordava, ele ter unido-se à nossa causa era de

confiança em nosso argumento.

O governo, defendendo a lei, também tinha sua coleção de amigos. De forma significativa, porém, nenhum desses “amigos” incluía historiadores ou economistas. Os memorandos do outro lado do caso foram escritos exclusivamente pela principais companhia de mídia, congressistas e detentores de *copyright*.

As companhias de mídia estarem do outro lado não me surpreendeu. Eram elas quem tinham tudo a ganhar com a lei. Os congressistas também não me surpreenderam — eles estavam defendendo seu poder e, indiretamente, a locomotiva de contribuições que tal poder induzia. É claro que não fiquei surpreso que os detentores de *copyright* iriam defender a idéia de que deveriam continuar tendo o direito de controlar quem faria o que com o conteúdo que eles desejavam controlar.

Os representantes do Dr. Seuss⁶, por exemplo, argumentavam que era melhor que o espólio do Dr. Seuss controlasse o que acontecia com as obras do Dr. Seuss — melhor do que permitir que ele caísse no domínio público — porque se tal criatividade caísse no domínio público, então as pessoas poderiam a usar para “glorificar as drogas ou criar pornografia”. [187] Esse foi o mesmo motivo que foi apresentado pelo espólio de George Gershwin⁷ para a manutenção da “proteção” das obras dele. Eles negavam, por exemplo, a licenciar *Porgy and Bess* para qualquer um que negasse-se a usar no elenco atores Afro-americanos. [188] Essa era sua visão de como essa parte da cultura americana deveria ser controlada, e eles queriam que essa lei os ajudasse a impor tal controle.

Esse argumento tornou claro uma temática que raramente é notada nesse debate: quando o Congresso decide ampliar os períodos dos *copyright* existentes, o Congresso está fazendo uma escolha sobre que pessoas ele irá favorecer. Detentores de *copyright* famosos e amados, como o caso dos espólios de Gershwin e do Dr. Seuss, vão ao Congresso e dizem: “nos dê vinte anos para controlarmos a expressão de tais ícones da cultura americana. Nós o faremos melhor do que qualquer outra pessoa”. O Congresso claramente gosta de recompensar os populares e famosos dando-lhes o que eles desejam. Mas quando o Congresso dá a algumas pessoas um direito exclusivo para expressar-se de uma certa forma, ele está fazendo exatamente o que a Primeira Emenda tradicionalmente procura evitar.

Nós argumentamos o máximo possível sobre isso em nosso último me-

⁶NT: Theodor Seuss Geisel, escritor e ilustrador de livros infantis americano, muito conhecido por suas obras *O Grinch* — em inglês, *How the Grinch stole the Christmas* — e *O Gatola de Cartola* — em inglês, *The Cat in the Hat*

⁷NT: Compositor judeu norte-americano, criou vários musicais e peças de teatro para a Broadway

morando. Não apenas impor a CTEA significaria que não havia limites aos poderes do Congresso de ampliar *copyright* — extensões essas que iriam futuramente concentrar o mercado; também significaria que não havia limites aos poderes do Congresso de escolherem favoritos, através do *copyright*, e dando-lhes direito exclusivo de expressão.

Entre Fevereiro e Outubro, havia pouco que eu fazia além de preparar-me para esse caso. Logo de início, como eu disse, eu já tinha preparado a estratégia.

A Suprema Corte era dividida em duas tendências. Uma delas chamaremos de “Conservadores”. A outra chamaremos de “Resto”. Os Conservadores incluem o presidente da Suprema Corte Rehnquist, a Juíza O’Connor, o Juiz Scalia, o Juiz Kennedy e o Juiz Thomas. Esses cinco eram os mais consistentes no objetivo de limitar os poderes do Congresso. Foram eles quem apoiaram as linhas de defesa no caso *Lopez v. Morrison* que diziam que um poder enumerado queria devia ser interpretado como limitando os poderes do Congresso.

O Resto eram os quatro Juizes que eram radicalmente opostos à limitação dos poderes do Congresso. Esses quatro — o Juiz Stevens, o Juiz Souter, a Juíza Ginsburg, e o Juiz Breyer — tinham repetidamente defendido que a Constituição dava ao Congresso ampla sabedoria para definir como melhor implementar seus poderes. Caso após caso, esses juizes argumentavam que o papel da Corte deveria ser um de deferência. Embora os votos desses juizes seriam os votos com os quais eu pessoalmente achavam mais consistentes, eles também eram os votos com os quais eu menos contava.

Em particular, o voto com o qual eu menos contava era o da Juíza Ginsburg. Além de sua visão geral de deferência ao Congresso (exceto quando questões de sexos eram envolvidas), ela era particularmente deferente no contexto das proteções à propriedade intelectual. Ela e sua filha (uma excelente e muito conhecida estudiosa da propriedade intelectual) foram moldadas do mesmo barro na questão da propriedade intelectual. Nós esperávamos que ela fosse à favor das palavras de sua filha: de que o Congresso tinha o poder para fazer o que bem entendesse nesse contexto, mesmo que isso fizesse pouco sentido.

Pouco atrás da Juíza Ginsburg haviam dois juizes que eu também via como aliados não confiáveis, embora possíveis surpresas. O Juiz Souter favorecia fortemente a deferência ao Congresso, assim como o Juiz Breyer. Mas ambos também eram muito sensíveis a assuntos relacionados à liberdade de expressão. E conforme nós acreditávamos piamente, havia um argumento muito importante sobre liberdade de expressão que ia contra essas ampliações retroativas.

O único voto sobre o qual estava confiante era o do Juiz Stevens. A

história registrará o Juiz Stevens como um dos maiores juízes dessa Corte. Seus votos são consistentemente ecléticos, o que apenas indica que ele não possui uma ideologia guiando o lado do qual ele fica nas decisões. Mas ele consistentemente argumentou sobre limites no contexto geral da propriedade intelectual. Estávamos confiantes de que ele veria os limites no nosso caso.

Essa análise do “Resto” nos mostrou claramente aonde nosso foco deveria estar: nos “Conservadores”. Para ganharmos esse caso, tínhamos que separar esses cinco e garantir pelo menos uma maioria para seguirmos nosso caminho. Desse modo, o principal argumento sobreposto que animava nosso caso ficava apoiada na maior inovação da jurisprudência dos Conservadores — o argumento no qual o Juiz Sentelle se baseou na Corte de Apelações de que os poderes do Congresso deveriam ser interpretados de forma que seus poderes enumerados possuíssem limites.

Então esse foi o núcleo de nossa estratégia — uma estratégia pela qual eu sou responsável. Deveríamos levar a Corte a ver exatamente o que ela viu no caso *Lopez*: segundo os argumentos do governo apresentados, o Congresso tinha poderes ilimitados na ampliação dos períodos existentes. Se algo estava claro sobre o poder do Congresso na Cláusula do Progresso, era de que tal poder era supostamente “limitado”. Nosso objetivo era fazer a Corte conciliar *Eldred* com *Lopez*: Se os poderes do Congresso de regulamentar o comércio eram limitados, então, portanto, os poderes do Congresso de regulamentar o *Copyright* também deveriam o ser.

O argumento do lado do governo desceu até o ponto de argumentar de que o Congresso já tinha feito isso antes, portanto poderia fazer novamente isso. O governo argumentou que desde o começo, o Congresso têm estendido os períodos dos *copyright* existentes. Portanto, o governo argumentava, a Corte não poderia agora afirmar que tal prática era inconstitucional.

Havia alguma verdade no argumento do governo, mas não muita. Certamente concordamos que o Congresso ampliou os períodos em 1831 e em 1909. E claro, em 1962, o Congresso começou a ampliar regularmente os períodos de *copyright* existentes — onze vezes em quarenta anos.

Mas essa “consistência” tinha que ser mantida na perspectiva. O Congresso ampliou os períodos existentes uma vez no primeiro século da República. Então levou mais cinquenta anos para ampliá-los novamente. Essas ampliações raras contrastavam com nossas práticas regulares de ampliação de termos existentes. Qualquer restrição que o Congresso tivera no passado tinha desaparecido. O Congresso agora estava em um ciclo de ampliações; não havia razão para esperar que tal ciclo pudesse ter fim. A Corte não havia hesitado em intervir quando o Congresso esteve em um ciclo similar de ampliação. Não havia razão para ele não intervir aqui.

As argumentações foram marcadas para a primeira semana de Outubro.

Eu viajei para Washington D.C. duas semanas antes das argumentações. Durante essas duas semanas, eu fui repetidamente “sabatinado” por advogados que tinham se voluntariado a ajudar no caso. Tais “sabatinas” eram basicamente turnos de prática, aonde juízes simulados lançavam perguntas aos vitoriosos simulados no caso.

Estava convencido de que, para ganhar, deveria manter o foco da Corte em um único ponto: de que se essa extensão fosse permitida, então não haveria mais nenhum limite para a definição dos períodos. Aceitar os argumentos do governo significava que os períodos eram na prática infinito; aceitar nossos argumentos daria ao Congresso uma linha prática de ação: não ampliar os períodos existente. As “sabatinas” eram uma forma efetiva de prática; eu encontrei formas de trazer todas as questões de volta à idéia central.

Uma sabatina foi diante dos advogados de Jones Day. Don Ayer era o cético. Ele servira no Departamento de Justiça durante o período Reagan com o Procurador Geral Charles Fried. Ele tinha defendido muitos casos diante da Suprema Corte. E na sua revisão da sabatina, ele deixou suas preocupações escaparem:

“Eu apenas estou preocupado com o fato de que se eles não puderem realmente ver os prejuízos, eles não irão voluntariamente desarranjar uma prática que o governo afirma ser consistente por mais de duzentos anos. Você tem que fazer eles verem os prejuízos — passionalmente deve mostrar-lhe os prejuízos. Pois se eles não os perceberem, não temos a menor chance de vencer.”

Ele pode ter defendido muitos casos diante da Corte, eu pensei, mas ele não tinha entendido sua alma. Como secretário, eu tinha visto os Juizes fazerem a coisa certa — não por causa de política mas por causa que era certo. Como um professor de direito, eu passei minha vida ensinando meus estudantes de que a Corte fazia a coisa certa — não por causa de política mas por causa que era certo. Conforme ouvia ao apelo de Ayer por paixão e por engajamento em política, entendi sua idéia e a rejeitei. Nossos argumentos eram claros e isso bastava. Era hora de mostrar aos políticos o que era realmente bom.

Na noite anterior à do julgamento, uma fila de pessoas começou a se formar diante da Suprema Corte. O caso tinha se tornado um foco para a imprensa e para o movimento da cultura livre. Milhares ficaram na fila pela chance de ver os acontecimentos. Uma multidão passou a noite nas escadarias da Suprema Corte para garantirem uma cadeira.

Nem todos precisavam ficar na fila. Pessoas que conheciam os Juizes podiam pedir por cadeiras que eles controlavam. (Eu pedi ao Juiz Scalia, por exemplo, cadeiras para meus pais) Os Membros da Suprema Corte podem conseguir cadeiras em uma seção especial reservada a eles. E senadores e con-

gressistas também possuem um local especial para sentarem. E finalmente, claro, a imprensa possui uma galeria especial, o mesmo valendo para os secretários que trabalham para os Juizes na Corte. Quando entramos naquela manhã, não havia uma única cadeira livre. Era um caso sobre a lei de propriedade intelectual, mas as salas estavam lotadas. Conforme eu andei para o meu local diante da Corte, eu pude ver os meus pais sentando à esquerda. Conforme me sentei, vi Jack Valenti em uma seção especial normalmente reservada para as famílias dos Juizes.

Quando o presidente da Corte me chamou para que eu começasse a expor meus argumentos, eu comecei da maneira que tinha imaginado: na questão dos limites sobre o poder do Congresso. Era um caso sobre poderes enumerados, eu disse, e se tais poderes possuíam algum limite.

A Juiza O'Connor me parou um minuto depois de eu ter começado. A história estava a incomodando.

“JUIZA O’CONNOR: O Congresso tem ampliado o período de maneira tão freqüente durante os anos, e, se você está certo, não corremos o risco de anularmos as ampliações de período anteriores? Quero dizer, isso parece uma prática que acontece desde a primeira lei do *copyright*.”

Ela parecia estar bastante a vontade em ceder dizendo “que aquilo vai contra o que passava na mente dos criadores da Constituição”. Mas minha resposta cada vez mais era de enfatizar os limites nos poderes do Congresso.

“SR. LESSIG: Bem, se isso vai contra o que passava na mente dos criadores da Constituição, então a questão é: há uma forma de interpretar essas palavras que entre em acordo com o que eles tinham em mente? E a resposta é: sim.”

Houve dois pontos nesse argumento nos quais deveria ter notado o que a Corte estava fazendo. O primeiro foi uma pergunta do Juiz Kennedy, que observou,

“JUIZ KENNEDY: Bem, devo supor que em seu argumento está implícito que a lei de 76 também deveria ser invalidada e que por todos esses anos a lei impediu o progresso na ciência e nas artes úteis. Eu simplesmente não consigo ver nenhuma evidência empírica disso.”

Aqui aconteceu meu erro claro. Como um professor corrigindo um estudante, eu respondi,

“SR. LESSIG: Meritíssimo, nós não estamos fazendo uma afirmação empírica aqui. Nada em nosso questionamento da Cláusula do *copyright* afirma que ela impede o progresso. Nosso único argumento é de que deve haver um limite estrutural necessário para garantir de que não seja permitido na lei do *copyright* um período efetivamente perpétuo.”

Essa foi uma resposta correta, mas não a certa. A resposta certa seria que de fato haveria um dano profundo e óbvio. Todos os memorandos falavam sobre isso. Eles queriam ouvir isso. E aqui estava o momento no qual o conselho de Don Ayer teria feito a diferença. Era um pênalti; tudo o que fiz foi bater a bola para fora.

O segundo veio do Presidente da Corte, em cima do qual todo o caso foi organizado. Pois o Presidente da Corte tinha definido a decisão em *Lopez*, e nós esperávamos que ele visse esse caso apenas como um primo de segundo grau de *Lopez*.

Ficou claro um segundo depois de ele começar a nos perguntar de que ele não estava totalmente simpático com a nossa causa. Para ele, éramos um bando de anarquistas. Como ele perguntou:

“PRESIDENTE DA CORTE: Bem, mas provavelmente você quer mais que isso. Você quer o direito de fazer cópias completas dos livros dos outros, não?”

SR. LESSIG: Queremos os direitos para cópias completas de trabalhos que deveriam estar no domínio público se não fosse uma lei que não é justificável sob a análise comum da Primeira Emenda ou sob uma leitura apropriada dos limites colocados na Cláusula do *copyright*.”

As coisas ficaram melhores para nós quando o governo passou a argumentar; pois agora a Corte passou a usar o centro de nossos argumentos. Como o Juiz Scalia disse ao Procurador Geral Olson,

“JUIZ SCALIA: Você diz que qualquer equivalente funcional a um período infinito seria uma violação [da Constituição], mas o argumento dos reclamantes foi precisamente baseado no fato de que um período limitado que pode ser ampliável é um equivalente funcional a um período ilimitado.”

Quando Olson terminou, era a minha vez de oferecer uma contradição descarada. O ataque de Olson reavivou minha irritação. Mas essa irritação ainda estava no plano acadêmico, não no plano prático. O governo estava

argumentando como se fosse a primeira vez que alguém considerou os limites dos poderes dados ao Congresso pela Cláusula de *Copyright* e Patentes. Como professor, e não como advogado, eu encerrei apontando a longa história da Corte de imposição de limites aos poderes dados ao Congresso pela Cláusula de *Copyright* e Patentes — de fato, a primeira vez que a Corte tinha derrubado uma lei do Congresso considerando-a abuso de um poder enumerado específico foi baseando-se na Cláusula de *Copyright* e Patentes. Tudo bem. Tudo certo. Mas com isso eu não estava conseguindo trazer a Corte para o meu lado.

Conforme eu deixei a corte naquele dia, eu sabia que havia centenas de pontos que deveria rever. Havia centenas de perguntas que eu deveria respondido de forma diferente. Mas uma linha de raciocínio sobre esse caso me deixava otimista.

O governo tinha sido questionado várias vezes, qual era o limite? Várias vezes ele tinha respondido de que não havia limites. Era exatamente isso que eu queria que o Congresso ouvisse. Pois eu não podia imaginar como a Corte poderia entender que o poder do Congresso era ilimitado segundo os termos da Cláusula do *copyright*, e ainda assim apoiar o argumento do governo. O procurador geral tinha feito meu argumento por mim. Não importava o quanto eu tentasse, eu não podia entender como a Corte poderia imaginar que o poder do Congresso era limitado segundo os termos da Congresso do *copyright*, mas ilimitado segundo os termos da Cláusula do *copyright*. Nos raros momentos em que eu acredito que podemos ter prevalecido, isso foi porque eu senti que a Corte — em particular, os Conservadores — iriam se sentir constrangidos pelas leis que tinham sido estabelecidas de outra forma.

Na manhã de 15 de Janeiro de 2003, eu cheguei cinco minutos atrasado no escritório e perdi a chamada do secretário da Suprema Corte às 7 da manhã. Ouvindo a mensagem, eu já imaginei logo de cara que tínhamos más notícias. A Suprema Corte tinha reafirmado a decisão da Corte de Apelações. Sete juizes tinham votado maioria. Houve dois votos contrários.

Alguns segundos depois, as opiniões chegaram ao email. Eu tirei o telefone do gancho, postei um anúncio no nosso *blog*, e sentei para ver o que havia de errado no meu raciocínio.

Meu *raciocínio*. Tínhamos um caso aonde todo dinheiro do mundo tinha vencido o *raciocínio*. E tínhamos o último professor de direito crédulo, procurando páginas e olhando por raciocínio.

Eu primeiro reclamei da decisão, tentando observar como a Corte poderia distinguir o princípio desse caso do princípio de *Lopez*. O argumento não estava em lugar nenhum para ser encontrado. Ele não foi sequer citado. A idéia passada é que o argumento chave do nosso caso não deveria sequer ser considerado pela Corte.

A Juíza Ginsburg simplesmente ignorou o argumento dos poderes enumerados. Consistentemente com sua visão de que os poderes do Congresso não eram limitados na realidade, ela achou que aqui também os poderes do Congresso não eram limitados.

Sua opinião era perfeitamente razoável — para ela, e para o Juiz Souter. Nenhum deles acreditava no caso *Lopez*. Seria querer demais esperar que eles escrevessem opiniões que reconhecessem, e ainda menos que explicasse, uma doutrina contra a qual eles lutaram tanto.

Mas quando eu percebi o que tinha acontecido, eu não podia acreditar no que estava lendo. Eu tinha dito que não havia nenhuma forma de que a corte reconciliasse poderes limitados com a Cláusula do Comércio e poderes ilimitados com a Cláusula do Progresso. Nunca imaginei que eles poderiam fazê-lo simplesmente *não citando o argumento*. Não havia nenhuma inconsistência porque eles não falavam dos dois em conjunto. Não havia, portanto, nenhum argumento que ligava o caso a *Lopez*: naquele contexto, o poder do Congresso deveria ser limitado, mas nesse contexto ele não o deveria ser.

Mas com que direito eles tinham o direito de escolher os valores dos criadores da Constituição que eles deveriam respeitar? Com que direito eles — os cinco que permaneceram quietos — podiam escolher que partes da Constituição seriam impostas baseadas em valores que eles consideravam importantes? Tínhamos voltado para o argumento que eu disse odiar no começo desse: eu falhei em convencê-los de que o assunto era importante, e falhei em reconhecer que por mais que eu odeie um sistema no qual a Suprema Corte decide reforçar os valores constitucionais que eles mais respeitam, é exatamente esse o sistema no qual vivemos.

Os Juizes Breyer e Stevens escreveram discordâncias bastante contundentes. A opinião de Stevens foi baseada totalmente com relação à lei: ele argumentou que a tradição das leis de propriedade intelectual não deveria apoiar essa ampliação injustificada de termos. Ele baseou seu argumento em uma análise paralela que era governada no contexto das patentes (como fizemos). Mas o resto da Corte desconsiderou o paralelo — sem explicar como as mesmas exatas palavras da Cláusula do Progresso podiam significar coisas diferentes dependendo do fato de as palavras em questões serem patentes ou *copyrights*. A Corte deixou o questionamento do Juiz Stevens sem resposta.

A opinião do Juiz Breyer, talvez a melhor que ele já havia escrito, foi externa à Constituição. Ele argumentou que o período dos *copyrights* tinham se tornado tão grandes que eram efetivamente ilimitados. Nós tínhamos ditos que segundo o período atual, um *copyright* dava a um autor 99,8% do valor de um período eterno. Breyer disse que nós estávamos errados, pois o valor real era de 99,9997% do valor de um período eterno. De qualquer modo, a idéia era clara: se a Constituição dizia que um período tinha que ser “limitado”,

e os termos existentes eram tão longos que na prática eram eternos, isso era inconstitucional.

Esses dois juizes entenderam todos os argumentos que fizemos. Mas como nenhum deles acreditava no caso *Lopez*, nenhum deles iria voluntariamente colocá-lo como uma razão para a rejeição da extensão. O caso foi decidido sem ninguém ter-se referido ao argumento que tínhamos levado ao Juiz Sentelle. Era como *Hamlet* sem o Príncipe.

A derrota causa depressão. Dizem que um sinal de melhora quando a depressão dá lugar à raiva. Minha raiva veio bem rápido, mas não curou a minha depressão. Essa raiva tinha duas origens.

A primeira eram os cinco “Conservadores”. Eles deveriam ter explicado porque os princípios do caso *Lopez* não se aplicavam ao nosso caso. Não acredito que haveria qualquer argumento suficientemente convincente que eles pudessem expor quando fosse lido pelas pessoas, e ainda mais para mim. Mas ao menos eles teriam feito um ato de integridade. Esses juizes em particular tinham repetidamente dito que a forma correta de interpretar a Constituição era através do “originalismo” — primeiramente, entender o texto dos criadores da Constituição, interpretá-la no contexto e sobre a luz da estrutura da Constituição. Esse método já havia produzido *Lopez* e muitas outras decisões “originalistas”. Aonde tinha ido parar agora o tal “originalismo” deles?

Aqui, eles tinham se unido em uma opinião de que eles jamais haviam tentado explicar o que os criadores da Constituição tinham em mente quando criaram a Cláusula do Progresso como o fizeram; eles tinham se unido em uma opinião de que eles jamais haviam tentado explicar como a estrutura dessa cláusula afetaria a interpretação do poder do Congresso. E eles tinham se unido em uma opinião que sequer tentava explicar o porque do fato de tal cessão de poder ser ilimitada, mesmo o poder dado pela Cláusula do Comércio podendo ser limitado. Para resumir, eles tinham se unido em uma opinião que não poderia ser aplicada, e nem estava consistente, com a sua própria forma de interpretar a Constituição. Essa opinião poderia muito bem ter sido lançada apenas como um resultado de sua própria vontade. Ela não produzia uma razão que era consistente com seus próprios princípios.

Minha raiva contra os Conservadores rapidamente foi substituída pela raiva contra mim mesmo. Pois eu tinha uma visão da lei que eu gostaria que interferisse com uma visão da lei como ela realmente é.

Muitos advogados e professores de direito possuem pouca paciência para idealismos sobre as cortes como um todo e para essa Suprema Corte em particular. Muitos possuem uma visão muito mais pragmática. Quando Don Ayer disse que esse caso poderia ser ganho desde que eu conseguisse convencer os Juizes que os valores dos criadores da Constituição eram importantes, eu

refutei a idéia, pois eu não queria acreditar que era assim que essa Corte decidia. Eu insistia em argumentar esse caso apenas como uma simples aplicação de um conjunto de princípios. Eu tinha um argumento que era lógico. Não iria precisar perder meu tempo tentando mostrar que ele também era de aceitação geral.

Quando eu li a transcrição daquela argumentação em Outubro, eu pude ver uma centena de lugares aonde as respostas poderiam ter levado o debate em outras direções, aonde a verdade sobre os prejuízos que tal poder não contestado poderia causar poderia ter tornado-se claro para essa Corte. O Juiz Kennedy, de boa fé, queria que eu lhe mostrasse tais prejuízos, e eu, idiotamente, corriji a sua questão. O Juiz Souter, de boa fé, queria que eu lhe mostrasse os prejuízos à Primeira Emenda. E, como um professor de matemática, trouxe a questão de volta ao plano lógico. Eu poderia ter lhes mostrado como eles poderiam derrubar essa lei do Congresso se eles quisessem. Houve centenas de lugares aonde eu poderia ter-lhes ajudado a fazer isso, mas minha teimosia, minha incapacidade de ceder, me impediram. Eu tinha estado diante de centenas de audiências tentando persuadir as pessoas; eu já tinha usado a emoção em tal esforço de persuasão; mas neguei-me a permanecer diante dessa audiência e tentar persuadi-lo pela emoção como já havia feito em outros casos. Essa não era a base segundo a qual uma corte deveria decidir sobre tal assunto.

Será que as coisas teriam sido diferentes se eu tivesse defendido o caso de maneira diferente? Será que as coisas teriam sido diferentes se Don Ayer tivesse feito a defesa? Ou Charles Fried? Ou Kathleen Sullivan?

Meus amigos se aproximaram de mim e insistiram de que não seria. A Corte não estava preparada, eles insistiam. Essa era uma derrota que estava vaticinada. Iria exigir muito mais que isso para mostrar a nossa sociedade como os fundadores de nosso país estavam certos. E quem conseguisse o fazer, poderia mostrar isso à essa Corte.

Talvez isso seja verdade, mas eu duvido. Esses Juizes não possuem interesses econômicos em fazer nada exceto a coisa certa. Eles não podem ser influenciados pelos *lobbys*. Eles tinham poucas razões para não fazer o certo. Eu não posso fazer mais nada exceto pensar que se eu tivesse saído fora dessa bela imagem de justiça racional, eu talvez pudesse ter os persuadido.

E mesmo se eu não tivesse, então isso não iria aliviar o que aconteceu em Janeiro. No começo do caso, um dos principais professores de propriedade intelectual da América disse publicamente que eu ter seguido com esse caso adiante era precipitado. “A Corte ainda não está pronta”, disse Peter Jaszi; esse assunto não deveria ser levantado até que ela estivesse pronta para ouvi-lo.

Após a argumentação e a decisão, Peter me disse, e em público, que ele

estava errado. Mas se de fato essa Corte não podia ser persuadida, então tínhamos todas as provas que seriam precisas para sabermos que aqui novamente Peter estava certo. Tanto eu não estava preparado para argumentar esse caso de modo que ele fizesse algum bem, ou eles realmente não estavam preparados para ouvirem esse caso de modo que ele fizesse algum bem. De qualquer modo, a decisão de levar adiante o caso — uma decisão que eu fiz quatro anos antes — estava errada.

Enquanto a reação à Lei Sonny Bonno em si foi quase unanimemente negativa, a reação à decisão da Corte foi confusa. Ninguém, ao menos na imprensa, tentou afirmar que a ampliação dos períodos do *copyright* era uma boa idéia. Tínhamos ganhado a batalha sobre as idéias. Aonde a decisão era louvada, ela o era em jornais que eram céticos quanto ao ativismo da Corte em casos anteriores. A deferência era uma coisa boa, mesmo diante da manutenção de uma lei idiota. Mas aonde a decisão foi atacada, ela foi atacada porque ela manteve uma lei que, além de idiota, era prejudicial. O *The New York Times* escreveu em seu editorial,

“De fato, a decisão da Suprema Corte tornou possível o começo do fim do domínio público e o nascimento do *copyright* perpétuo. O domínio público foi uma grande inovação que não deveríamos permitir que morresse. A habilidade de podermos usar livremente de toda a produção criativa da humanidade é um dos motivos pelos quais vivemos em um período com um fermento criativo tão frutífero.”

As melhores respostas vieram dos quadrinhos. Eles traziam reproduções hilárias do Mickey preso em uma cadeia e coisas assim. O melhor, no meu ponto de vista, foi um de Ruben Bolling, apresentada na Figura 13.1, reproduzido adiante. A linha sobre os “ricos e poderosos” pode ser um pouco injusta, mas o soco na cara que recebemos foi exatamente esse.

A imagem que sempre irá ficar na minha mente é aquela evocada pela nota do *The New York Times*. Essa “grande inovação” que chamamos de “domínio público” acabou? Quando eu consigo visualizar isso, eu penso, “Querida, encolhi a Constituição”. Mas eu raramente consigo visualizar isso. Nós temos em nossa Constituição um comprometimento com a cultura livre. No caso que eu defendi, a Suprema Corte efetivamente renunciou tal comprometimento. Um advogado melhor poderia fazê-los agir de maneira diferente.

Nota do tradutor quanto ao quadrinho da Figura 13.1: Por ser muito grande, e por não saber se poderia realizar a edição e tradução da mesma sem violar *copyrights*, decidi manter a história no original. Abaixo segue-se a tradução da mesma, para uma melhor compreensão. A numeração

que se segue antes de cada parte representa um quadrinho, da esquerda para a direita e de cima para baixo.

TOM O INSETO DANÇARINO – POR RUBEN BOLLING

1. O Super-homem patrulha a cidade, quando ele ouve um grito de socorro!
“Socorro, Super-homem!”
2. Esse grito veio dessa construção... Quem está aí?
3. Ah-Ah! Bem vindo ao meu domínio, Super-Homem! Meu **Domínio Público!** Onde sou o seu **mestre!**
4. Isso porque a partir do momento no qual as extensões sem fim aos **períodos de *copyright*** foram declaradas **inconstitucionais**, vocês todos tornaram-se meus **brinquedos indefesos** – ou **os de qualquer um!**
5. O *copyright*... está desaparecendo! Eu não posso... resistir ao... uso não autorizado!
Se ele pode capturar até ao **Super-Homem**, quem poderá nos salvar?!
6. E agora eu vou fazer todos vocês atuarem em minha versão de “... **E o Vento Levou!**”
“Oh... Ashley...”
Oh, não! **É o Juiz Scalia!**
7. Esse é o Juiz Scalia, o Juiz Paladino da Supremo Corte, em sua batalha sem fim em proteger os ricos e poderosos.
8. Corram! Voltem para as suas corporações!
9. M-Mas **você** precisa concordar que a Constituição claramente limita os poderes do Congresso... Ai!
“Francamente, seu criminoso, não dou a mínima para isso!”

Figura 13.1: Quadrinho de Ruben Bolling relativo ao caso *Eldred*



Capítulo 14

Eldred II

NO DIA em que o caso *Eldred* foi decidido, o destino quis que eu tivesse que viajar até Washington, D.C. (O dia no qual o pedido de revisão do caso *Eldred* foi negado — o que queria dizer que o caso estava encerrado — o destino poderia ter decidido que eu teria que dar uma palestra para tecnólogos na Disneylândia.) Esse foi um vôo particularmente longo para a cidade que eu mais detesto dos Estados Unidos. A viagem de Dulles até a cidade estava demorada por causa dos congestionamentos, portanto abri meu computador e decidi fazer uma versão comentada do caso.

Era um ato de contrição. Durante todo o vôo de San Francisco para Washington, eu pude ouvir de novo e de novo em minha mente o mesmo conselho de Don Ayer: *“você precisa fazer eles entenderem porque isso é importante. E alternativamente com tal conselho conseguia ouvir a questão do Juiz Kennedy: “por todos esses anos a lei impediu o progresso na ciência e nas artes úteis. Eu simplesmente não consigo ver nenhuma evidência empírica disso”*. E desse modo, tendo falhado nos argumentos dentro do princípio constitucional, agora finalmente eu tinha resolvido partir para a argumentação política.

O *The New York Times* publicou o texto. Nele, propunha uma mudança simples: após cinquenta anos da publicação da obra, o detentor do *copyright* precisaria registrar o trabalho e pagar uma pequena taxa. Se ele pagasse a taxa, ele passaria a gozar do período total do *copyright*. Se ele não a pagasse, a obra passaria para o domínio público.

Chamei isso de a *Eldred Act* (Lei Eldred), mas foi apenas para dar-lhe um nome. Eric Eldred foi gentil em permitir que eu usasse novamente seu nome, mas como ele me disse, ela não iria passar a não ser que colocasse outro nome.

Ou outros dois nomes. Dependendo de sua perspectiva, esse pode ser o “*Public Domain Enhancement Act*” (Lei de Ampliação do Domínio Público)

ou o “*Copyright Term Deregulation Act*”. (Lei de Desregulamentação do Período do *copyright*) De qualquer modo, a essência da idéia é clara e óbvia: remover o *copyright* aonde ele não faz nada exceto bloquear o acesso e difusão do conhecimento e deixá-lo enquanto o Congresso permitir naquelas obras que valham no mínimo um dólar. Mas, para qualquer outra situação, deixar que o conteúdo seja livre.

A reação a tal idéia foi extremamente intensa. Steve Forbes¹ a endossou em um editorial. Eu recebi uma avalanche de *emails* e correspondências demonstrando apoio. Quando você foca o assunto da criatividade que perdemos, as pessoas passam a ver que o sistema de *copyright* não faz sentido. Conforme um bom Republicano poderia dizer, o governo está simplesmente se intrometendo na inovação e criatividade. E como um bom Democrata poderia dizer, o governo simplesmente está bloqueando o acesso e a difusão do conhecimento sem nenhuma razão boa. De fato, não há diferenças entre os Republicanos e os Democratas no assunto. Qualquer um pode reconhecer os danos sem razão causados pelo sistema atual.

De fato, muitos reconhecem os benefícios óbvios da exigência por um registro. Pois uma das coisas mais difíceis no sistema atual para pessoas que desejam licenciar conteúdo é que não há um local óbvio aonde possamos saber quem são os detentores do *copyright*. Como o registro da obra não é exigido, como a marcação da obra não é exigida, como nenhuma formalidade é exigida, freqüentemente é extremamente difícil localizar os detentores de *copyright* para pedir-lhes permissão para uso ou para licenciar seus trabalhos. Esse sistema poderia baixar tais custos, estabelecendo ao menos um registro aonde os detentores do *copyright* poderiam ser identificados.

Como descrevi no capítulo 10, as formalidades na legislação do *copyright* foram removidas em 1976, quando o Congresso seguiu os europeus ao abandonar qualquer exigência formal antes da concessão de um *copyright*.^[189] Os europeus afirmavam entender o *copyright* como um “direito natural”. Direitos naturais não precisavam de formalidades para existirem. Tradições como a Anglo-americana que exigiam dos detentores do *copyright* formalidades se tais direitos fossem protegidos, não respeitavam propriamente, conforme pensavam os europeus, a dignidade do autor. Meu direito como criador baseava-se na minha criatividade, não em algum favor especial do governo.

Essa é uma retórica ótima e que soa maravilhosamente romântica. Mas é uma política absurda de *copyright*. Ela é absurda em especial para os autores, porque um mundo sem formalidades prejudica o autor. A habilidade de divulgar “criatividade Waltdisneyana” é destruída quando não há uma

¹NT: Presidente e diretor geral da revista Forbes, famosa revista americana de negócios equivalente à brasileira Exame, e magnata da imprensa

maneira simples para saber o que é protegido ou não.

A luta contra as formalidades alcançou sua primeira vitória real em Berlim em 1908. Os advogados internacionais de *copyright* corrigiram a Convenção de Berna em 1908, exigindo períodos de *copyright* iguais à duração da vida do autor mais cinquenta anos, assim como a abolição da exigência de formalidades. As formalidades eram odiadas por causa das histórias cada vez mais comuns de perdas inadvertidas. Era como se um personagem de Charles Dickens comandasse todos os escritórios de *copyright*, e tudo que não tivesse com todos os pingos nos i's resultasse na perda da única renda da viúva.

As reclamações eram reais e sensatas. E a severidade nas formalidades, especialmente nos Estados Unidos, era absurda. A lei poderia sempre perdoar erros inocentes. Mas a lei do *copyright* não perdoava. Ao invés de abandonar as formalidades, a resposta em Berlim deveria ter sido aceitar um sistema mais justo de registro.

Mesmo isso deveria ter sido resistido, porém, porque o registro de obras nos séculos dezenove e vinte ainda era caro. E também era uma confusão. A abolição das formalidades prometia não apenas salvar as viúvas famintas, mas também aliviar um fardo regulamentar desnecessariamente imposto aos criadores.

Além das reclamações práticas dos autores em 1908, havia um queixa moral também envolvida. Não havia razão para que a propriedade intelectual fosse tratada como uma forma de propriedade de segunda classe. Se um carpinteiro constrói uma mesa, seus direitos sobre a mesa não dependem do preenchimento de um formulário para o governo. Ele tinha “naturalmente” um direito de propriedade sobre a mesa e podia impor tal direito contra qualquer um que tentasse roubar a mesa, não importando o fato de ele ter informado ao governo quanto sua propriedade sobre a mesa ou não.

Esse argumento é correto, mas suas implicações são enganosas. Pois o argumento em favor das formalidades não depende do fato de a propriedade intelectual ser uma propriedade de segunda classe. O argumento em favor de formalidades procura oferecer soluções aos problemas específicos provocados pela propriedade intelectual. A lei de formalidades responde às idiosincrasias específicas da propriedade intelectual, para garantir que ela possa ser difundida de maneira justa e eficiente.

Ninguém imagina, por exemplo, que terrenos são propriedades de segunda classe apenas porque você precisa levar uma escritura lavrada em um cartório para que a venda dele possa ser feita. E poucos acreditariam que um carro é propriedade de segunda classe apenas porque você precisa registrar o carro no DETRAN e colocar uma placa que indica a licença do carro. Em ambos os casos, qualquer um imaginaria que existe uma importante razão para proteger o registro — ambos porque isso torna os mercados mais eficientes

e porque isso permite que os direitos dos proprietários possam ser melhor garantidos. Sem um sistema de registro de terrenos, os donos de terrenos poderiam ser obrigados a proteger para sempre seus terrenos. Com o sistema de registro, eles simplesmente poderiam ir até o juiz com a escritura. Sem um sistema de registro para os carros, o roubo de carros seria muito mais fácil. Com um sistema de registro, o ladrão tem grandes dificuldades para vender o carro roubado. Um pequeno empecilho é colocado sobre o proprietário, mas tais empecilhos produzem um sistema muito melhor de proteção para a propriedade como um todo.

São idiosincrasias específicas similares que tornam importantes formalidades na lei de *copyright*. Diferentemente da mesa de um carpinteiro, não existe nada na natureza que torne relativamente óbvio o fato de você ser dono de uma parte específica de direito autoral. Uma gravação do último álbum de Beto Guedes pode existir em um bilhão de locais sem nada ligar necessariamente a obra ao seu dono. E como um carro, não existe nenhuma forma de comprar ou vender propriedade intelectual com confiança a não ser que exista uma forma simples de autenticar quem é o autor e quais direitos ele tem. Transações simples desaparecem em um mundo sem formalidades, dando lugar a transações complexas, caras e *envolvendo advogados*.

Esse foi a compreensão do problema com a Lei Sonny Bono que eu tentei demonstrar na Corte. Essa foi a parte exata que eles não “pegaram”. Como vivemos em um sistema sem formalidades, não há nenhuma forma simples de construirmos sobre ou usarmos a cultura de nosso passado. Se os períodos de *copyright* fossem, como o Juiz Story me disse que deveriam ser, “curtos”, então até que isso não faria tanta diferença. Durante catorze anos, segundo o sistema elaborado pelos fundadores, uma obra seria presumivelmente controlada. Após esses catorze anos, ela seria presumivelmente livre.

Mas agora que os *copyright* podem durar por volta de até um século, a impossibilidade de sabermos o que é ou não protegido torna-se um grande e óbvio fardo sobre o processo criativo. Se a única forma de uma biblioteca oferecer uma exposição na Internet sobre o *New Deal* seria contratar um advogado para cobrir os direitos de cada imagem ou som a ser usado, então o sistema do *copyright* está atravancando a criatividade de uma forma que jamais foi vista anteriormente justamente *por não haver formalidades*.

A Lei Eldred foi desenvolvida para responder exatamente a esse problema. Se sua obra ainda valesse um dólar que fosse para você, então você registra seu trabalho e poderia ter acesso ao período mais amplo. As pessoas então poderiam lhe procurar e, portanto, poderiam conseguir sua permissão se quisessem usar seus trabalhos. E você poderia obter o benefício de um período ampliado de *copyright*.

Se não valesse a pena para você registrar sua obra para obter o benefício

de um período ampliado, então também não deveria valer a pena para o governo defender seu monopólio sobre tal obra. A obra deveria então passar para o domínio público de forma que qualquer um pudesse a copiar, ou criar arquivos dela, ou criar filmes baseados nela. Ela se tornaria livre se ela não valesse um dólar que fosse para você.

Alguns podem se preocupar do fardo sobre os autores. Não seria o fardo de registrar a obra significando de que o um dólar de valor é um tanto enganoso? Não seria a dor-de-cabeça mais cara que esse um dólar? Não seria esse o problema verdadeiro com o registro?

Ele é. A dor-de-cabeça é terrível. O sistema que existe agora é terrível. Eu concordo completamente que o Escritório de *Copyright* fazia um trabalho realmente terrível (sem dúvida por causa de eles terem sido criados de maneira errada) em permitir registros simples e baratos. Qualquer solução real para esse problema de formalidades deveria enfocar o problema real dos *governos* como estando no centro de qualquer sistema de formalidades. Nesse livro, ofereço uma solução assim. Essa solução essencialmente recria o Escritório de *Copyright*. Por agora, assumamos que a Amazon² que mantivesse o sistema de registro. Assuma que esse registro fosse um registro de um clique. A Lei Eldred iria propor um registro simples, de um clique, cinquenta anos depois da obra ter sido publicadas. Baseando-se em dados históricos, esse sistema iria passar 98% das obras comerciais, que são aquelas que não possuiriam mais uma vida comercial, para o domínio público em cinquenta anos. O que você acha disso?

Quando Steve Forbes endossou a idéia, algumas pessoas em Washington começaram a prestar atenção nela. Muitas pessoas me procuraram apontando para deputados que poderiam estar interessados em colocar a Lei Eldred na pauta do Congresso. E eu mesmo recebi alguns que diretamente propuseram-se a dar o primeiro passo.

Uma deputada, Zoe Lofgren da Califórnia, chegou ao ponto de formar um rascunho do projeto de lei. Ela impôs o requerimento mais simples possível para os detentores de *copyright*. Em Maio de 2003, ela decidiu que o projeto estava bom o bastante para ser apresentado. Em 16 de Maio, eu postei no *blog* da lei Eldred, “estamos chegando lá”. Havia uma reação geral da comunidade dos *blogs* de que algo de bom estava para acontecer.

Mas nesse momento os lobistas começaram a intervir. Jack Valenti e o conselho geral da MPAA foram até o escritório da congressista para lhe apresentar a visão da MPAA. Ajudado por um advogado, Valenti, como ele

²NT: aqui, diferentemente do que fiz durante a maior parte do livro, não irei ‘adaptar’ as referências usadas no exemplo para a realidade brasileira, pois esse é um exemplo excessivamente específico e ligado ao funcionamento de certas empresas. Aqui ele faz referência à conhecida loja virtual *amazon.com*

próprio me contou, informou à congressista que a MPAA iria se opor à Lei Eldred. As razões eram embaraçosamente pequenas. Mais importante, essa pequenez mostrou algo extremamente claro sobre o assunto real de tal debate.

A MPAA argumentou primeiro que o Congresso já tinha “*firmemente rejeitado o conceito central no projeto de lei proposto*” — de que o *copyright* precisava ser renovado. Isso era uma verdade, mas uma irrelevante, já que a “*firme rejeição*” do Congresso tinha acontecido muito antes da Internet tornar tão possível usos subseqüentes. Segundo, eles argumentaram que a proposta poderia ser prejudicial aos detentores de *copyright* mais pobres — aparentemente aqueles que não poderiam pagar a taxa de um dólar. Terceiro, eles argumentaram que o Congresso tinha determinado que a ampliação do *copyright* encorajava o trabalho de restauração da cultura. Talvez isso seja verdade no caso da pequena porcentagem dos trabalhos que estão cobertos pela lei do *copyright* e que ainda possuem valor comercial, mas isso também é irrelevante, já que a proposta não iria eliminar o período ampliado, a não ser que o detentor do *copyright* não pagasse o 1 dólar de taxa. Quarto, a MPAA argumentou que o projeto de lei iria impor custo “enormes”, já que um sistema de registro não seria de graça. Verdade, mas esses custos são certamente menores do que os custos de cobrir os *copyrights* sobre os quais não se sabe os autores. Quinto, eles estavam preocupados sobre os riscos do *copyright* de uma história na qual se baseava um filme passasse para o domínio público. Mas qual o risco disso? Se a obra está no domínio público, então o filme é um trabalho derivativo válido.

Finalmente, a MPAA argumentou que a lei atual permitia aos detentores de *copyright* fazer o que quiserem com suas obras. Mas a idéia real é que existem milhares de detentores de *copyrights* que sequer sabem que possuem um *copyright*. Será que eles são livres para darem seus *copyright* ou não — um argumento controverso, de qualquer forma — se eles não sabem o que é um *copyright*? Acho que não.

No começo desse livro, contei duas histórias sobre a lei reagindo a mudanças na tecnologia. Em uma, o bom senso prevaleceu. Na outra, foi derrotado. A diferença entre as duas histórias foi a força da oposição — o poder do lado que lutou para defender o *status quo*. Em ambos os casos, uma nova tecnologia ameaçava velhos interesses. Mas em apenas um caso esses interesses tiveram a força para se protegerem contra essa nova ameaça competitiva.

Eu usei esses dois exemplos como uma forma de delinear a guerra sobre a qual é esse livro. Pois aqui, novamente, uma nova tecnologia está forçando a lei a reagir. E aqui, também, deveríamos nos perguntar, a lei está apoiando ou enfrentando o bom senso? Se o bom senso apóia a lei, o que explica então esse bom senso?

Quando o assunto é pirataria, é correto para a lei apoiar os detentores do *copyright*. A pirataria comercial que eu descrevi é errada e prejudicial, e a lei deveria trabalhar para a eliminar. Quando o assunto é compartilhamento de arquivos P2P, também é fácil entender porque a lei apóia os detentores de *copyright*: a maior parte desse compartilhamento é errado, mesmo sendo ele inofensivo. Quando o assunto são os períodos de *copyright* para Mickey Mouse e afins, ainda é possível entender porque a lei favorece Hollywood: muitas pessoas não reconhecem as razões para a necessidade de limitação dos períodos de *copyright*; e portanto ainda é possível ver boa fé na resistência.

Mas quando os detentores do *copyright* se opõem a uma proposta como a da Lei Eldred, então, finalmente, temos um exemplo que mostra o rei nu dos interesses próprios que procuram manipular essa guerra. Essa lei poderia libertar uma gama extraordinária de conteúdo que de outra forma ficaria sem uso. Ela não iria interferir com os direitos de qualquer detentor de *copyright* de exercer seu controle continuado sobre qualquer conteúdo. Ela iria simplesmente libertar o que Kevin Kelly chamou de “Conteúdo Escuro” que preenche arquivos ao redor do mundo. Então, quando os ativistas do *copyright* se opõem a uma mudança como essa, deveríamos nos perguntar uma questão bem simples:

O que a indústria realmente quer?

Com muito pouco esforço, os ativistas do *copyright* desejam proteger seu conteúdo. Portanto, o esforço para bloquear uma coisa como a Lei Eldred não é exatamente sobre proteger *seus* conteúdos. O esforço para bloquear a Lei Eldred é um esforço para garantir que nada mais passe para o domínio público. É uma outra forma de garantir que o domínio público jamais possa competir com eles, e de que ninguém possa usar conteúdo que não seja controlado comercialmente, e de que não haverá nenhum uso comercial de conteúdo que não exija *sua permissão prévia*.

A oposição à Lei Eldred revela o quão radical o outro lado é. O mais poderoso, amado e atraente dos *lobbys* na prática não tem como objetivo apenas a proteção da “propriedade”, mas também a rejeição de uma tradição. Seu objetivo não é simplesmente proteger o que é deles. *O objetivo é garantir que tudo que existe será deles*.

Não é difícil entender como os ativistas do *copyright* aceitam tal visão. Não é difícil vermos como eles se beneficiariam se a competição do domínio público junto com a Internet deveria ser de alguma forma esmagada. Da mesma forma que a RCA temia a competição das rádios FM, eles temem a competição do domínio público que agora tem os meios para criarem e compartilharem suas criações.

O que é difícil de entender é como o público aceita essa visão. Seria o mesmo que a lei tornar os aviões invasores de propriedade. A MPAA está

do lado dos Causbys e exige seu direito de propriedade remotos e inúteis, de modo que esses detentores de *copyright* remotos e esquecidos possam bloquear o progresso dos outros.

Tudo isso parece surgir dessa aceitação sem contestação da “propriedade” na propriedade intelectual. O bom senso o apóia, e enquanto ele fizer, os atentados contra as tecnologias da Internet continuarão a acontecer cada vez mais. As conseqüências será uma crescente surgimento de uma “sociedade da permissão”. O passado poderá ser cultivado apenas se você puder identificar o seu dono e obter sua permissão para construir sobre suas obras. O futuro será controlado por essas mãos mortas (e algumas vezes irrastráveis) do passado.

Parte VI
Conclusão

HÁ MAIS DE 25 milhões de pessoas com o vírus da AIDS em todo o mundo. 25 milhões delas vivem na África abaixo do Saara. Dezesete milhões já morreram. A população de dezessete milhões de africanos é proporcional em porcentagem a sete milhões de americanos. Mas mais importante, tratam-se de dezessete milhões de africanos.

Não há cura para a AIDS, mas há drogas que podem parar seu progresso. Existem terapias anti-retrovirais que ainda são experimentais, mas já causam um impacto extraordinário. Nos Estados Unidos, os aidéticos que regularmente consomem um coquetel dessas drogas aumentam sua expectativa de vida em dez a vinte anos. Para vários, as drogas tornam a doença quase invisível.

Tais drogas são muito caras. Quando elas foram originalmente introduzidas nos Estados Unidos, elas custavam entre 10 a 15 mil dólares por paciente por ano. Atualmente, algumas delas custam 25 mil dólares ao ano. Nesses preços, claro, nenhuma nação africana conseguiria oferecer tais drogas para a grande maioria de suas populações: 15 mil dólares é trinta vezes o Produto Nacional Bruto *per capita* do Zimbábue. Sob tais preços, as drogas ficam totalmente indisponíveis.[190]

Esses preços não são tão altos porque os ingredientes das drogas sejam caros. Esses preços são tão altos porque as drogas são protegidas por patentes. As companhias de medicamentos que produzem esses coquetéis salvadores de vidas gozam de pelo menos vinte e cinco anos de monopólio sobre suas invenções. Eles usam seu poder de monopólio para arrancarem o quanto puderem dos mercados. Esse poder é exercido mantendo-se os preços altos.

Muitos são céticos quanto às patentes, especialmente as patentes de medicamentos. Eu não sou. De fato, de todas as áreas de pesquisa que poderiam ser apoiadas pelas patentes, a pesquisa de medicamentos é, no meu entender, o caso mais claro aonde elas são necessárias. A patente dá à companhia farmacêutica alguma garantia de que se for bem sucedida em inventar uma nova droga para tratar uma doença, eles poderiam recuperar seus investimentos e ter algum lucro. Esse é socialmente um incentivo extremamente valioso. Eu seria a última pessoa a argumentar que a lei deveria aboli-las, ao menos sem outras mudanças.

Mas uma coisa é apoiar patentes, mesmo as de medicamentos. Outra completamente diferente é determinar qual a melhor forma para lidar-se com uma crise. E conforme os líderes africanos começaram a entender a devastação provocada pelo vírus da AIDS, eles começaram a procurar formas de importar tratamentos anti-HIV com custos significativamente abaixo dos preços de mercado.

Em 1997, a África do Sul tentou uma tacada, passando uma lei que permi-

tia a importação de medicamentos patenteados que pudessem ser produzidos ou vendidos no mercado de outra nação com o consentimento do detentor da patente. Por exemplo, se a droga era vendida na Índia, ela poderia ser importada da Índia para a África. Isso é chamado de “importação paralela” e é geralmente permitido pelas leis comerciais internacionais, em especial dentro da União Européia.[191]

Porém, o governo dos Estados Unidos se opôs ao projeto. De fato, mais do que se opôs. Como a *International Intellectual Property Association*³ caracterizou, “o governo norte-americano pressionou a África do Sul (...) a não permitir licenciamento compulsório ou importações paralela”. [192] Através do Escritório de Representação Comercial dos Estados Unidos, o governo solicitou a África do Sul a mudar sua lei — e para adicionar pressão ao pedido, em 1998, a USTR listou a África do Sul para possíveis sanções comerciais. No mesmo ano, mais de quarenta companhias farmacêuticas entraram com processos nas cortes sul-africanas questionando as ações do governo sul-africano. Os Estados Unidos então se uniu a outros governos da União Européia. Sua reclamação, e a dos laboratórios farmacêuticos, era de que a África do Sul estava violando suas obrigações segundo as leis internacionais ao discriminar um tipo específico de patente — patentes farmacêuticas. A exigência desses governos, encabeçados pelos Estados Unidos, era de que a África do Sul respeitasse suas patentes da mesma forma que respeitava outras patentes, não importasse os efeitos sobre o tratamento da AIDS na África do Sul.[193]

Deveríamos colocar a intervenção dos Estados Unidos em contexto. Sem dúvidas as patentes não eram a principal razão pela qual os africanos não possuem acesso às drogas. Pobreza e a total ausência de uma infra-estrutura de saúde são mais significativas. Mas não importa se as patentes eram a principal razão ou não, os preços das drogas tem efeitos sobre sua demanda, e as patentes afetam o preço. E então, seja maciço ou mínimo, há um efeito da interferência do nosso governo na parada do fluxo de medicamentos na África.

Ao parar o fluxo de tratamentos anti-HIV para a África, os Estados Unidos não estava poupando medicamentos para os cidadãos americanos. Eles não são iguais ao trigo (se eles comem, nós não comemos); de fato, o fluxo que os Estados Unidos interveio para parar foi, na prática, o fluxo de informações: informações sobre como pegar matérias primas que existiam na África e transformar tais matérias primas em drogas que poderiam salvar de 15 a 30 milhões de vidas.

E a intervenção americana também não era motivada pela necessidade de proteger os rendimentos das companhias farmacêuticas americanas —

³NT: Associação Internacional de Propriedade Intelectual

ao menos, não substancialmente. Isso não tem nada a ver com esses países estarem em condição de adquirirem as drogas pelos preços que as companhias farmacêuticas estavam cobrando. Novamente, os africanos são tão extremamente pobres que não podem comprar tais drogas pelos preços oferecidos. Parar a importação paralela não iria aumentar substancialmente as vendas das companhias americanas.

Na prática, o argumento em favor da restrição desse fluxo de informação, que era necessário para salvar milhares de vidas, era um argumento sobre a santidade da propriedade.[194] Foi por causa da “propriedade intelectual” que poderia ser violada que essas drogas não foram para a África. Foi um princípio sobre a “propriedade intelectual” que levou esses governos a atuarem para intervirem contra a resposta sul-africana para a AIDS.

Agora pense apenas um momento. Vai chegar uma hora, daqui a uns trinta anos, em que nossos filhos vão olhar para trás e perguntar-nos, “como deixamos isso acontecer? Como permitimos que uma política fosse perseguida, sendo que os custos de tal perseguição envolveram a aceleração na morte de 15 a 30 milhões de africanos, e seu único benefício foi reforçar a ‘santidade’ de uma idéia? Que justificativa possível poderia existir para uma política que resultou em tantas mortes? Qual foi exatamente a insanidade que nos deixou permitir tantos morrerem por causa de uma abstração?”

Alguns culpam a indústria farmacêutica. Eu não, pois elas são corporações. Seus donos são forçados por lei a fazerem dinheiro para a corporação. Eles forçam uma certa política de patentes não por causa de ideais, mas porque essa é a política que permite a eles fazerem mais dinheiro. E ela apenas permite fazer o máximo de dinheiro possível por casa de uma certa corrupção em nosso sistema político — uma corrupção pela qual as companhias farmacêuticas certamente não são responsáveis.

Essa corrupção é a falta de integridade de nossos políticos. Pois as companhias farmacêuticas adorariam — elas dizem, e eu acredito nelas — venderem suas drogas pelo preço mais barato que elas conseguissem para os países na África e em todo o mundo. Há assuntos que elas deveriam resolver para garantir que as drogas não voltassem aos Estados Unidos, mas esse é um mero problema de tecnologia. Elas poderiam o sobrepor.

Um tipo diferente de problema, porém, não poderia ser sobreposto. É o medo de que um político cheio de si chamasse os presidentes das companhias farmacêuticas diante do Senado ou do Congresso e perguntar, “como você pode vender essa droga anti-HIV na África por apenas 1 dólar a dose, mas a mesma droga custa a um americano mil e quinhentos dólares a dose?” Como não há uma resposta fácil para essa pergunta, o seu efeito seria impor a regulamentação de preços na América. As companhias farmacêuticas dessa forma

evitam essa espiral evitando o primeiro passo. Elas reforçam a idéia de que a propriedade deveria ser sagrada, adotando uma estratégia racional em um contexto racional, com a conseqüência não intencional de que provavelmente milhões irão morrer. E essa estratégia racional portanto torna-se moldada nos termos desse ideal — a santidade de uma idéia chamada “propriedade intelectual”.

Portanto, quando o bom senso de seus filhos o confrontar, o que você irá dizer? Quando o bom senso de uma geração toda finalmente se revoltar contra o que fizemos, como iremos nos justificar por temos feito o que fizemos? Qual será o argumento?

Uma política sensata de patentes poderia endossa e apoiar fortemente o sistema de patentes sem ter que atingir todos em todos os lugares da mesma forma. Da mesma forma que uma política de *copyright* sensata poderia endossar e apoiar fortemente um sistema de *copyright* sem restringir a difusão da cultura de maneira perfeita e eterna, uma política de patentes sensata poderia endossa e apoiar fortemente um sistema de patentes sem bloquear a difusão de medicamentos em um país que não fosse suficientemente rico para poder pagar os preços de mercado. Uma política sensata, em outras palavras, deveria ser uma política equilibrada. Durante a maior parte da nossa história, tanto a política do *copyright* quanto a de patentes eram equilibradas nesse sentido.

Mas nos como uma cultura perdemos esse senso de equilíbrio. Perdemos o olho crítico que nos ajudava a ver as diferenças entre a verdade e os fundamentalismos. Um certo fundamentalismo da propriedade, que não tem conexão com nossa tradição, agora reina em nossa cultura — de maneira bizarra e com conseqüências mais graves para a difusão de idéias e de cultura que quase qualquer outra decisão política individual que nós como uma democracia poderíamos tomar.

Uma simples idéia nos cegou, e cobertos pela escuridão, muitos acham que a maioria de nós deveria rejeitar se algum de nós enxergasse. Nós aceitamos de maneira tão simplória, sem crítica, a idéia da propriedade de idéias que nem mesmo podemos notar quão monstruoso é negar o acesso a idéias a pessoas que podem acabar morrendo sem elas. Nós aceitamos de maneira tão simplória, sem crítica, a idéia da propriedade de idéias que nem mesmo nos questionando se o controle de tais propriedades poderão remover nossa habilidade, como pessoas, de desenvolver nossa cultura democraticamente. A cegueira tornou-se nosso bom senso. E o desafio de qualquer um que queira reclamar nossos direitos de cultivar nossa cultura é de encontrar uma forma de fazer esse bom senso abrir os olhos.

Até agora, o bom senso está dormindo. Não há nenhuma revolta. O bom senso não pode ainda ver contra o que se revoltar. O radicalismo que agora

domina esse debate está cheio de idéias que parecem natural, e tais idéias são reforçadas pelas RCAs de nosso tempo. Elas promovem uma batalha alucinada para enfrentar a “pirataria”, e devastar uma cultura e sua criatividade. Eles defendem a idéia de “propriedade intelectual”, enquanto transformam os verdadeiros criadores nos vassallos dos tempos modernos. Eles são insultados com a idéia de que os direitos deveriam ser equilibrados, mesmo sendo cada um dos principais generais dessa guerra de conteúdo eles próprios beneficiários de um sistema mais equilibrado. A hipocrisia reina. Mas em uma cidade como Washington D.C., a hipocrisia não é mais sequer notada. *Lobbys* poderosos, assuntos complexos e a MTV produzem a cortina de fumaça ideal para ocultar a cultura livre.

Em Agosto de 2003, uma batalha irrompeu-se nos Estados Unidos sobre uma decisão da *World Intellectual Property Organization* (WIPO)⁴ de cancelar uma reunião [195] Segundo o pedido de uma grande gama de interesses, a WIPO tinha decidido organizar uma reunião para discutir “projetos abertos e colaborativos para criarem bens comuns”. Já há projetos bem-sucedidos na criação de bens públicos sem utilizar-se exclusivamente de propriedade intelectual. Os exemplos incluem a Internet e a World Wide Web, ambos construídos com base em protocolos que estão no domínio público. Eles incluem também uma tendência emergente de apoiar-se jornais acadêmicos abertos, incluindo a *Public Library of Science* (Biblioteca Pública de Ciência) que eu descreverei no Epílogo. Também incluem um projeto o estudo do polimorfismos de nucleotídeos simples (*single nucleotide polymorphisms* — SNPs) que pode ter uma grande importância para o desenvolvimento da pesquisa biomédica. (Esse projeto sem fins lucrativos abrange um consórcio de instituições preocupadas com o bem comum e empresas farmacêuticas e tecnológicas, incluindo nomes como Amersham Biosciences, AstraZeneca, Aventis, Bayer, Bristol-Myers Squibb, Hoffmann-La Roche, Glaxo-SmithKline, IBM, Motorola, Novartis, Pfizer, e Searle.) Também inclui-se o *Global Positioning System* (Sistema de Posicionamento Global — GPS) que Ronald Reagan disponibilizou gratuitamente no início da década de 1980. E também incluem-se aí o software livre (*free software*) e o software de código aberto (*open-source software*)⁵.

O objetivo da reunião era considerar essa grande gama de projetos de uma perspectiva comum: que nenhum deles baseia-se em qualquer extremismo

⁴NT: Organização Mundial de Propriedade Intelectual

⁵NT: sobre o *free software* já foi falado. Sobre o *open-source*, ele é um projeto similar com o projeto do *free software*, mas mais focado em benefícios práticos, sem a ênfase filosófica do *free software*, e também permite que a empresa faça coisas que o *free software* normalmente não permite, como fechar o código posteriormente, ou criar melhorias específicas para uma versão proprietária do software

relacionado à propriedade intelectual. De fato, em todos eles, a propriedade intelectual era equilibrada com licenças que mantêm aberto o acesso ao conhecimento ou que impõe limitações nos tipos de direitos que o proprietário poderia reclamar.

Segundo a perspectiva desse livro, portanto, essa conferência era primordial.⁶ Os projetos no seu escopo incluíam tanto trabalhos comerciais quanto não comerciais. Eles têm como objetivo desenvolver a ciência, embora segundo muitas perspectivas. E a WIPO era o local ideal para realizar-se tal discussão, já que a WIPO é um órgão internacional proeminente na discussão de assuntos relacionados à propriedade intelectual.

De fato, fui certa vez criticado duramente por não reconhecer tal papel da WIPO. Em Fevereiro de 2003, eu fui aceito como palestrante em uma conferência preparatória para a *World Summit on the Information Society* (WSIS)⁷. Durante uma conferência de imprensa, me perguntaram sobre o que eu iria dizer. Eu respondi que iria falar um pouco sobre a importância do equilíbrio na propriedade intelectual para o desenvolvimento de uma sociedade da informação. O moderador do evento então prontamente me interrompeu para me informar e aos repórteres que nenhuma questão relacionada a propriedade intelectual deveria ser discutida na WSIS, pois tais questões eram domínio exclusivo da WIPO. Na palestra que eu havia preparado, eu tinha tornado o assunto propriedade intelectual razoavelmente reduzido. Mas após tal anúncio surpreendente, eu tornei esse o assunto principal de minha palestra. Simplesmente não há nenhuma forma de falar sobre uma “Sociedade da Informação” sem considerar sobre até que ponto a informação e a cultura deve ser livre. Minha palestra certamente não deixou meu moderador imoderado muito contente. E ele estava sem sombra de dúvidas correto em afirmar que o escopo de proteção da propriedade intelectual é normalmente um assunto da WIPO. Mas ao meu ver, não havia muito a ser dito sobre quanto era necessário de proteção à propriedade intelectual já que, no meu ponto de vista, a própria noção de equilíbrio da propriedade intelectual tinha se perdido.

Portanto não importava para mim se a WSIS iria discutir o equilíbrio da propriedade intelectual, pensei que seria garantido de que a WIPO deveria e iria o fazer. E portanto a reunião sobre “projetos abertos e colaborativos para criarem bens comuns” parecia extremamente apropriada na agenda da WIPO.

Mas há um projeto dentro da lista que é extremamente controverso, ao

⁶Gostaria de deixar registrado que fui uma das pessoas que pediu à WIPO por tal reunião.

⁷NT:Cúpula Mundial para a Sociedade da Informação

menos entre os lobistas. Esse projeto era o de software livre e de código aberto. A Microsoft em particular teme que o projeto seja discutido. Do seu ponto de vista, uma conferência que discuta sobre software livre e de código aberto equivale a uma conferência que discuta o sistema operacional da Apple. Tanto o software livre quanto o software de código aberto competem com o software da Microsoft. E internacionalmente muitos governos começaram a apoiar exigências de usar-se apenas software livre ou de código aberto, ao invés de “software proprietário”⁸, para uso interno.

Eu não pretendo entrar nesse debate aqui. É importante apenas tornar claro que a distinção aqui não é entre software comercial e não-comercial. Há muitas companhias importantes que dependem fundamentalmente de software livre e de código aberto, sendo a IBM a mais proeminente delas. A IBM está cada vez mais mudando seu foco para o sistema operacional GNU/Linux, o mais famoso conjunto de software livre — e a IBM é uma entidade enfaticamente comercial. Portanto, apoiar o software livre e o de código aberto não é necessariamente o mesmo que ser contra entidades comerciais. É, de fato, apoiar um modelo de desenvolvimento de software diferente do que é praticado, por exemplo, pela Microsoft.[196]

O mais importante para os nossos propósitos é que apoiar o software livre e o de código aberto não significa ser contra *copyrights*. O software livre e o de código aberto não são software em domínio público. De fato, como no caso do software da Microsoft, os detentores dos *copyrights* de software livre e de código aberto insistem fortemente que os termos das suas licenças de software devem ser respeitados por aqueles que adotam tais software. Os termos de tais licenças são, sem sombra de dúvidas, diferentes dos termos de uma licença de software proprietário. Software livre licenciado segundo os termos da *General Public License* (Licença Pública Geral, também chamada de *GNU Public License* — Licença Pública GNU, GPL), por exemplo exige que o código fonte do software seja disponibilizado para qualquer um que queira modificar e redistribuir o software. Mas essa exigência é efetiva apenas

⁸NT: aqui faço uma ressalva particular que considero interessante de fazer, pois o autor a fará apenas “por cima” na seqüência: é importante não confundir “software proprietário” com “software comercial”. Uma empresa, como no caso da brasileira Conectiva, da alemã SuSE — recentemente adquirida pela Novell — ou da americana Walnut Creek, pode empacotar software livre e software de código aberto em meios físicos, como disquetes, CDs ou fitas DAT, vendê-lo para as pessoas, cobrando pelo serviço de empacotamento, manuais, suporte, e assim por diante, e ainda assim o software continuará livre para qualquer um copiar tanto na forma de binários — o código executado pelo computador — quanto na forma de códigos-fonte — o código que o programador de computador precisa para alterá-lo — na Internet. Da mesma forma, uma empresa como a Microsoft pode oferecer software gratuitamente, como o seu navegador “Internet Explorer”, porém sem oferecer seu código-fonte, apenas seu binário.

se o *copyright* governar software. Se o *copyright* não governar o software, então o software livre não pode impor tais tipos de exigências daqueles que o adotam. Portanto ela depende tanto da lei do *copyright* quanto a Microsoft depende.

É portanto compreensível que, sendo um desenvolvedor de software proprietário, a Microsoft iria se opor a essa reunião da WIPO, e é compreensível que ela iria usar seus lobistas para fazer o governo norte-americano opor-se a ela também. E de fato, foi o que aconteceu. De acordo com Jonathan Krim do *Washington Post*, os lobistas da Microsoft foram bem-sucedidos em conseguirem o veto do governo americano à reunião.[197] E sem o apoio dos Estados Unidos, a reunião foi cancelada.

Não culpo a Microsoft por fazer o que podia para proteger seus próprios interesses, dentro da lei. E a prática de *lobbying* no governo é completamente legal⁹. Não há nada surpreendente nesse *lobby*, e nem sobre a empresa mais poderosa de software nos Estados Unidos ter conseguido ser bem sucedido nisso.

O que é surpreendente foi a razão dada pelo governo dos Estados Unidos para se oporem à reunião. Novamente, como relatado por Krim, Lois Boland, na época diretora de Relações Internacionais do *U.S. Patent and Trademark Office* (Escritório de Patentes e Marcas Registradas dos Estados Unidos), explicou que o “software livre e de código aberto vai contra a missão da WIPO, que é de promover os direitos de propriedade intelectual”. Foi-lhe creditada ainda a seguinte citação: “Organizar uma reunião cuja proposta é rejeitar ou abrir mão de tais direitos é, para nós, contrário aos objetivos da WIPO”.

Essas declarações são impressionantes em diversos níveis.

Primeiro porque são simplesmente erradas. Como descrevi, muitos software livre e de código aberto baseiam-se fundamentalmente no direito de propriedade intelectual chamado “*copyright*”. Sem ele, as restrições impostas por tais licenças não teriam efeito. Portanto dizer que isso “vai contra” a missão de promover os direitos de propriedade intelectual revela um extraordinário desvio de pensamento — o tipo de erro que poderia ser desculpável para um aluno do primeiro ano de Direito, mas que é um total equívoco vindo de uma oficial de alto escalão do governo que cuida dos assuntos relativos à propriedade intelectual.

Segundo, quem foi que disse que o objetivo único da WIPO era o de “promover” ao máximo a propriedade intelectual? Conforme fui criticado na conferência preparatória para a WSIS, a WIPO não tinha apenas como

⁹NT: Ressaltando que isso quer dizer *apenas nos Estados Unidos*. A prática de *lobbying* no Brasil é considerada Tráfico de Influência, ilegal e punível de prisão

função considerar a melhor forma de proteger a propriedade intelectual, mas também a melhor forma de equilibrar a propriedade intelectual. Mas deveriam haver limites, ao menos eu penso assim, que deveriam ser incontestáveis. Poderíamos questionar à Srta. Boland se remédios genéricos (remédios criados com base em fórmulas cujas patentes já venceram) são contrários à missão da WIPO. O domínio público enfraquece a propriedade intelectual? Seria melhor se os protocolos da Internet fossem patenteados?

Terceiro, mesmo que consigamos imaginar que o propósito da WIPO é maximizar os direitos sobre a propriedade intelectual, em nossa tradição tais direitos são possuídos por pessoas e corporações. São eles quem decidem o que eles vão fazer com tais direitos pois, novamente, esses são os direitos *deles*. Se eles desejam “abrir mão” ou “rejeitar” tais direitos, isso é, segundo nossa tradição, totalmente apropriado. Quando Bill Gates doa mais de 20 bilhões de dólares para fazer algum bem ao mundo, isso não é inconsistente com os objetivos do sistema de propriedades. Isso é, pelo contrário, exatamente o que o sistema de propriedades deveria fazer: dar às pessoas o direito de decidir o que farão como *suas* propriedades.

Quando a Srta. Boland diz que existe algo errado com uma reunião “cuja proposta é rejeitar ou abrir mão de tais direitos”, ela quer dizer que a WIPO tem um interesse em interferir com as escolhas dos indivíduos que detêm direitos sobre propriedades intelectuais. De alguma forma, está afirmando que o objetivo da WIPO deveria ser o de impedir uma pessoa de “abrir mão” ou “rejeitar” um direito de propriedade intelectual. Que o interesse da WIPO não é apenas de que os direitos de propriedade intelectual seja maximizados, mas também que eles sejam exercidos da forma mais extrema e restritiva possível.

Há um registro na história de um sistema de propriedades que funcionava assim e que é muito bem conhecido da tradição anglo-americana. Ele era chamado “feudalismo”. No feudalismo, não apenas a propriedade era de um número relativamente pequeno de pessoas e entidades. E não apenas seus direitos sob tais propriedades eram amplos e poderosos. Mas o sistema feudal também tinha um grande interesse na garantia de que os detentores das propriedades dentro daquele sistemas não enfraquecesse libertando as pessoas ou a propriedade do seu controle para um livre mercado. Ele enfrentou qualquer liberdade que pudesse interferir em tal controle.

Conforme relatado por Peter Drahos e John Braithwaite, essa é precisamente a escolha que agora devemos fazer quanto à propriedade intelectual.[198] Nós iremos ter uma sociedade da informação, isso é garantido. Nossa escolha agora é se tal sociedade será uma sociedade *livre* ou *feudal*. A tendência é que ela se torne feudal.

Quando essa batalha irrompeu, eu a registrei no meu *blog*. Um debate

bastante acalorado começou dentro da seção dos comentários. A Srta. Boland tinha um séqüito de apoiadores que tentavam me mostrar como seus comentários faziam sentido. Mas houve um comentário que foi particularmente deprimente na minha opinião. Uma pessoa me postou o seguinte em anônimo¹⁰,

“George, você entendeu Lessig de maneira errada: ele apenas está falando de como o mundo deveria ser (‘o objetivo da WIPO e de qualquer governo deveria ser o de promover o correto equilíbrio dos direitos de propriedade intelectual, não apenas o de promover os direitos de propriedade intelectual’), não como ele é. Se estivéssemos falando do mundo como ele é, então é claro que Boland não fez nada errado. Mas no mundo como Lessig o imagina, é claro que ela fez algo errado. Sempre faça a distinção entre o mundo de Lessig e o nosso.”

Eu não captei a ironia na primeira vez que li ele, eu o li rapidamente e pensei que a pessoa estava apoiando a idéia de que procurar o equilíbrio era exatamente o que nosso governo deveria estar fazendo. (Claro que minha crítica à Srta. Boland não é sobre ela estar ou não procurando tal equilíbrio; minha crítica foi sobre seus comentários serem erros justificáveis apenas a um calouro de Direito. Eu não tenho nenhuma ilusão sobre o extremismo do nosso governo, não importa se ele é Republicano ou Democrata. Minha única ilusão, aparentemente, é sobre se nosso governo deveria falar ou não a verdade.)

Obviamente, porém, a pessoa não estava apoiando a idéia. De fato, ela estava ridicularizando a própria idéia de que no mundo real, o “objetivo” de um governo deveria ser “promover o equilíbrio correto” da propriedade intelectual. Isso deve-lhe ter sido obviamente bobagem. E isso claramente demonstrava, imagino, meu próprio utopianismo tolo. “Típico de um acadêmico”, a pessoa poderia ter continuado.

Entendo a crítica contra o utopianismo acadêmico. Eu acredito também que seja tolice o utopianismo e seria o primeiro a caçoar dos ideais irrealistas que os acadêmicos tiveram durante toda a história (e não apenas na história de nosso país).

¹⁰ *Comentário pessoal do tradutor:* Em geral, dentro da Internet, e especialmente em *fóruns* sobre determinados assuntos, a postagem anônima de comentários é considerada covardia, “procurar briga” ou ambos. De fato, em certos *fóruns*, como os do <http://www.slashdot.com>, é possível filtrar-se comentários anônimos, evitando assim os chamados *trolls* — pessoas que ficam na Internet procurando criar *flame wars*, ou guerras virtuais

Mas quando começa a tornar-se tolice acreditar que o papel de nosso governo deveria ser “procurar o equilíbrio”, então podem me contar entre os tolos, pois isso quer dizer que as coisas estão ficando realmente sérias. Se deveria ser óbvio a qualquer um que o governo não deveria procurar o equilíbrio, que o governo deveria ser simplesmente uma ferramenta para os lobistas mais poderosos, que a idéia de imaginar um governo com um padrão diferente de ação é absurda, de que a idéia de exigir do governo que ele fale a verdade e não mentiras é algo infantil, então no que nós, a mais poderosa democracia do mundo, nos transformamos?

Pode parecer loucura imaginar que um oficial do alto escalão do governo deveria dizer a verdade. Pode parecer loucura acreditar que a política do governo deveria ser algo mais do que simplesmente ser a camareira dos interesses dos mais poderosos. Pode parecer loucura tentar argumentar que deveríamos preservar uma tradição que tornou-se parte de nossa tradição durante a maior parte da nossa história — a cultura livre.

Se isso é loucura, então precisamos de mais loucos. O mais depressa possível.

Há momentos de esperança nessa batalha. E momentos de surpresa. Quando a FCC considerou relaxar as regras para propriedade, que iria simplesmente aumentar a concentração na propriedade dos meios de comunicação, uma coalizão bipartidária extraordinária se formou para lutar contra isso. Talvez pela primeira vez na história, interesses tão diversificados quanto os da NRA¹¹, ACLU¹², da Moveon.org, de William Safire, de Ted Turner¹³, e da *CodePink Women for Peace*, se organizaram para oporem-se à essa mudança na política da FCC. Uma surpreendente quantidade de 700 mil cartas foram mandadas para a FCC, pedindo mais discussões e um resultado diferente.

Tal ativismo não parou a FCC, mas pouco depois, uma ampla coalizão no Senado votou pela reversão da decisão da FCC. As discussões acaloradas que antecederam à votação revelam apenas quão poderoso foi esse movimento. Não havia nenhum apoio substancial para a decisão da FCC, e havia uma oposição ampla e sustentada para o enfrentamento de tal concentração da mídia.

Mas mesmo esse movimento falhou em conseguir uma peça importante do quebra-cabeça. Ser grande não quer dizer exatamente ser ruim. A liberdade não é ameaçada apenas porque alguns ficaram muito ricos, ou porque há

¹¹NT: *National Rifle Association*, Associação Nacional de Rifles, organização americana que apóia o porte de armas

¹²NT: *American Civil Liberties Union*, União Americana de Direitos Civis, organização que combate qualquer forma de violação dos direitos civis, principalmente nas questões da liberdade de expressão e preconceito sexual e racial

¹³NT: magnata americano das comunicações e detentor do canal CNN

apenas alguns grandes conglomerados. A péssima qualidade dos Big Macs e Quarteirões com Queijo não quer dizer necessariamente que você não consiga comprar um bom hambúrguer em algum outro lugar.

O perigo na concentração dos meios de comunicação não vem da concentração, mas de fato vem do feudalismo que tal concentração, unida à mudança no *copyright*, provoca. Não é apenas o fato de que haverá apenas algumas poucas e poderosas companhias controlando um pedaço cada vez maior da mídia. É que tal concentração pode exigir uma igualmente enorme gama de direitos — direitos de propriedade em uma forma historicamente extrema — que tornará tal grandeza ruim.

É portanto muito importante que procuremos nos unir o máximo possível para exigirmos competição e diversidade cada vez maiores. Porém, se a batalha é entendida contra a grandeza apenas, não há nada surpreendente. Afinal, nós americanos temos uma longa história de lutar contra o “grande”, sabiamente ou não. Não é fato novo sermos motivado a lutar contra o que é “grande”.

Seria algo novo, e algo muito importante, se um número tão grande de pessoas procurassem enfrentar o crescente radicalismo embutido dentro da noção de “propriedade intelectual”. Não por que equilíbrio é algo estranho à nossa tradição, muito pelo contrário; como comentei, equilíbrio é nossa tradição. Mas porque os músculos do pensamento crítico sobre o escopo de qualquer coisa chamada de “propriedade” já não são mais exercitados em nossa tradição.

Se somos Aquiles, esse é nosso tendão. Esse pode ser o local de nossa tragédia.

Enquanto estou escrevendo essas palavras finais, os jornais estão cheios de notícias sobre os processos da RIAA contra quase trezentas pessoas.[199] Eminen está sendo processado simplesmente por ter “sampleado” a música de outra pessoa.[200] A história de como Bob Dylan “roubou” um autor japonês acabou de sair de cena.[201] Uma pessoa que trabalha em Hollywood — que prefere permanecer no anonimato — relatou “uma conversação espantosa com aqueles caras dos estúdios. Eles tomaram conteúdo [antigo e] extraordinário que eles amariam usar mas que não podem pois eles não sabem por onde começar a cobrir os *copyrights*. Eles poderiam conseguir que uma multidão de crianças fizessem coisas incríveis com elas, mas precisariam primeiramente de uma multidão de advogados para cobrir os direitos primeiro”. Os Congressistas estão falando de usarem vírus de computador para derrubarem computadores que estejam violando a lei. As universidades ameaçam expulsar alunos que usem computadores para compartilhar conteúdo.

Mas do outro lado do Atlântico, a BBC acabou de anunciar que irá construir um “Arquivo Criativo”, de onde os cidadãos Britânicos poderão copiar

conteúdos da BBC, e modificá-los e distribuí-los.[202] E no Brasil, o Ministro da Cultura Gilberto Gil, ele próprio um herói da Música Popular Brasileira, uniu-se à *Creative Commons* para lançar conteúdos e licenças livres naqueles país latino-americano.[203]

Contei uma história terrível, mas a verdade é mais confusa. Uma tecnologia nos deu uma nova liberdade. Devagar, alguns começam a entender que essa necessidade de liberdade não quer dizer anarquia. Nós podemos alcançar uma cultura livre no século vinte e um sem qualquer artista perder direitos e sem o potencial da tecnologia digital seja destruído. Mas isso irá exigir alguma análise e, mais importante, irá exigir que tenhamos vontade de transformar as RCAs de nossa era nos Causbys.

O bom senso precisa se revoltar. Precisamos agir para trazer a cultura livre. Logo, se queremos que tal potencial seja realmente liberado.

Parte VII

Epílogo

AO MENOS ALGUNS dos que chegaram até aqui na leitura desse livro irão concordar comigo de que algo deve ser feito para mudar a direção para onde estamos indo. O equilíbrio desse livro nos orienta sobre o que pode ser feito.

Eu divido tal mapa em duas partes: o que qualquer um pode fazer agora, e o que exigirá a ajuda dos legisladores. Se há uma lição que podemos tirar da história quanto à recriar o bom senso, é que isso exige recriar as coisas de modo que muitas pessoas pensem sobre o mesmo assunto específico.

Isso significa que tal movimento precisa partir das ruas. Precisamos recrutar um número significativo de pais, professores, bibliotecários, criadores, autores, músicos, cineastas, cientistas — todos para contarem essa história com suas próprias palavras e para contarem a seus vizinhos porque tal batalha é tão importante.

Uma vez que esse movimento consiga causar impacto nas ruas, teremos alguma esperança de que ele consiga causar impacto em Washington. Ainda vivemos uma democracia. O que as pessoas fazem faz a diferença. Não tanto quanto deveria, ao menos quando uma RCA se opõem a tais ações, mas ainda assim faz a diferença. E portanto, na segunda parte adiante, eu irei rascunhar algumas mudanças que o Congresso poderia fazer para melhor garantir uma cultura livre.

Apêndice A

Nós, Agora

O BOM SENSO está do lado dos ativistas do *copyright* porque o debate até agora foi moldado nos extremos — como um grande “*ou um ou outro*”: ou propriedade ou anarquia, ou controle total ou os artistas morrerão de fome. Se essa realmente fosse a escolha, então os ativistas mereceriam a vitória.

O erro aqui é o erro de negar-se o meio termo. Há extremos nesse debate, mas os extremos não é tudo que existe no assunto. Há aqueles que acreditam no *copyright* total — “*Todos os Direitos Reservados*” — e os que negam o *copyright* — “*Nenhum Direito Reservado*”. O lado “*Todos os Direitos Reservados*” acredita que você deveria pedir autorização antes de “usar” uma obra sob *copyright* de qualquer forma. O lado “*Nenhum Direito Reservado*” acredita que você deveria fazer o que quiser com o conteúdo, não importando ter permissão ou não.

Quando a Internet surgiu originalmente, sua arquitetura inicial era efetivamente pendente para a direção do “*Nenhum Direito Reservado*”. O conteúdo podia ser copiado de maneira perfeita e barata; os direitos não podiam ser facilmente controlados. Portanto, não importando o desejo de ninguém, o efetivo regime de *copyright* no desenho original da Internet era de “*Nenhum Direito Reservado*”. O conteúdo era copiado independentemente de seus direitos, que na prática eram desprotegidos.

Essa característica inicial produziu uma reação (oposta, mas não exatamente da mesma força) pelos detentores do *copyright*. Essa reação foi o tópico desse livro. Através de legislações, processos e mudanças no desenho da rede, os detentores do *copyright* desejam mudar a característica essencial da Internet original. Se a arquitetura original tornava “*Nenhum Direito Reservado*” o padrão efetivo, a arquitetura futura poderá tornar “*Todos os Direitos Reservados*” o padrão efetivo. A arquitetura e leis que cercam o desenho da Internet irão cada vez mais produzir um ambiente aonde todos os usos do conteúdo exigirão permissão. O mundo “copiar e colar” que define a

Internet atualmente irá se tornar um mundo “obtenha permissão para copiar e colar” que, na prática, é o pior pesadelo de qualquer criador.

O que precisamos é de uma maneira de conseguirmos algo no meio termo — nem “*Todos os Direitos Reservados*” nem “*Nenhum Direito Reservado*” mas sim “*Alguns Direitos Reservados*” — e portanto uma forma de respeitar os *copyright* mas que permita aos criadores liberarem conteúdo como eles acharem apropriado. Em outras palavras, precisamos de uma forma de restaurar um conjunto de liberdades que antes tínhamos como certas.

A.1 Reconstruindo as antigas liberdades: exemplos

Se você sair um pouco da batalha que estou descrevendo aqui, você irá perceber seu motivo de outros contextos. Pense em privacidade. Antes da Internet, muitos de nós não nos preocupávamos tanto sobre os dados sobre nossas vidas que divulgávamos ao mundo. Se você ia até uma livraria e procurasse algumas obras de Karl Marx, você não precisaria se preocupar em explicar seus hábitos de leitura para seus vizinhos ou para seu patrão. A “privacidade” de seus hábitos de leitura era assumido.

O que tornava-a assumida?

Bem, se pensarmos nas modalidades que descrevi no capítulo 10, sua privacidade era garantida por causa da arquitetura ineficiente para coletar-se dados, o que é uma restrição de mercado (custo) para qualquer um que desejasse coletar tais dados. Se você fosse um suspeito de espionagem para a Coréia do Norte trabalhando para a CIA, sem sombra de dúvidas sua privacidade não poderia ser tão garantida. Mas isso porque a CIA acharia (esperamos) tal fato importante o suficiente para gastar os milhares de dólares necessários para rastrear informações sobre você. Mas para a maioria de nós (novamente, esperamos), espionar os outros não compensa. A arquitetura altamente ineficiente do espaço físico significa que todos nós gozamos de uma quantidade razoavelmente robusta de privacidade. Essa privacidade é garantida para nós por atrito. Não pela lei (não existe nenhuma lei que proteja a “privacidade” em locais públicos), e em muitos locais não pelas normas (bisbilhotar e fofocar sobre a vida alheia são apenas diversões), mas de fato, pelos custos que o atrito colocaria sobre qualquer um que tentasse o espionar.

Então entra a Internet, aonde os custos de rastrear a navegação em particular tornam-se muito pequenos. Se você é um consumidor da Amazon, então quando você olha as páginas da mesma, a Amazon coleta dados sobre

o que você está olhando. Você sabe disso porque do lado da página há uma lista das páginas “vistas recentemente”. Agora, devido a arquitetura da Internet e a função dos *cookies* na Internet¹, é muito mais fácil coletar os dados do que não o fazer. O atrito desapareceu, e junto com ele qualquer proteção de “privacidade”.

O problema aqui, claramente, não é a Amazon. Mas podemos começar a nos preocupar sobre as bibliotecas. Se você é um desses malucos de esquerda que pensa que as pessoas deveriam ter o “direito” de ir em uma biblioteca e escolher que livros ler sem que o governo ficasse sabendo disso (não se preocupe, eu também sou um desses malucos), portanto tal mudança na tecnologia de monitoramento pode lhe preocupar. Se torna-se simples coletar e analisar quem faz o que nos meios eletrônicos, então a privacidade do passado induzida pelo atrito desaparece.

É essa a realidade que explica a pressão de muitos por uma definição de o que é “privacidade” na Internet. É o reconhecimento de que a tecnologia pode remover o que antes o atrito nos dava que leva a muitos para pressionarem por leis que façam o que tal atrito fazia.[204] E seja você a favor ou não de tais leis, é o padrão que é importante aqui. Precisamos dar passos ativos para garantirmos um tipo de liberdade que era passivamente nos dado anteriormente. Uma mudança na tecnologia agora força aqueles que acreditam na privacidade a agirem ativamente onde, antes, a privacidade nos era dado por padrão.

Uma história similar poderia ser dita sobre o nascimento do movimento do software livre. Quando os primeiros computadores foram disponibilizados comercialmente, o software — tanto o código fonte quanto os binários — era livre. Você não podia rodar um programa escrito para máquinas da Data General em máquinas da IBM, portanto nem a Data General nem a IBM se preocupavam em controlar o software.

Esse foi o mundo no qual Richard Stallman nasceu, e enquanto ele era um pesquisador no MIT, ele cresceu amando uma comunidade que se desenvolvia quando a pessoa era livre para explorar e construir software que rodava nas máquinas. Sendo ele próprio muito inteligente, e um programador talentoso, Stallman tornou-se dependente de sua liberdade de adicionar ou modificar o trabalho de outras pessoas.

Em um ambiente acadêmico, ao menos, essa não é uma idéia tão radical assim. Em um departamento de matemática, qualquer um era livre para pensar em cima das provas que alguém ofereceu sobre um teorema. Se você

¹NT: os *cookies* aqui são pequenos arquivos de computador mantido pelos navegadores que contêm informações sobre a pessoa. Esses arquivos são mantidos, ao menos teoricamente, apenas enquanto ela está navegando em uma página.

acredita que você pode oferecer uma maneira melhor de provar o teorema, você pode pegar o que alguém fez e alterar. Em um departamento de letras, se você acredita que a tradução de um colega de um texto recentemente descoberto possui falhas, você é livre para corrigir as falhas. Portanto, para Stallman sempre pareceu óbvio de que você deveria ser livre para construir em cima e melhorar o código que rodava em uma máquinas. Isso também era conhecimento. Porque não deveria ele também estar aberto a crítica como todos os outros?

Ninguém respondeu essa pergunta. Ao invés disso, a arquitetura de venda de computadores mudou. Conforme tornou-se possível portar programas de um sistema para outro, tornou-se atrativo economicamente (ao menos na visão de alguns) ocultar o código de seu programa. Imagine, por exemplo, as companhias que começaram a vender periféricos para sistemas *mainframe*². Se eu posso apenas pegar o seu driver de impressora e copiá-lo, então poderia ser mais fácil para mim simplesmente vender uma impressora ao mercado do que seria para você.

Portanto, a prática do software proprietário começou a se espalhar, e por volta do início da década de 1980, Stallman encontrou-se cercado por códigos proprietários. O mundo do software livre tinha sido apagado por uma mudança na economia da computação. E como nós acreditamos, se nada fosse feito contra isso, então a liberdade de mudar e compartilhar software iria ser fundamentalmente enfraquecida.

Assim, em 1984, Stallman começou um projeto para construir um sistema operacional livre, de modo que ao menos um restinho do software livre pudesse sobreviver. Esse foi o nascimento do projeto GNU, ao qual foi adicionado o *kernel*³ “*Linux*”, criado por Linus Torvalds, originando assim o sistema operacional GNU/Linux⁴.

²**NT:** *mainframe* são sistemas de computação de grande porte, voltados a grandes corporações, com grandes necessidades em confiabilidade e potência computacional. Embora tenham diminuído em tamanho e deixado para trás boa parte das necessidades especiais do passado, como voltagem de entrada controlada, e salas de nível de limpeza de uma UTI, um *mainframe* atual ainda é do tamanho de uma sala grande, e exige refrigeração específica e ambiente controlado

³**NT:** *kernel*, em sistemas operacionais, é o núcleo do sistema, o próprio “coração” do sistema. Embora o *kernel* não faça muita coisa sem outros software, outros software não podem acessar o sistema sem usar-se do *kernel*, pois é ele quem faz a conversação entre o computador e os programas. Entre outras tarefas, um *kernel* controla o acesso e alocação de espaços na memória e nos discos, lê dados de entradas e saídas, gerencia conexões de rede e assim por diante

⁴**NT:** algumas vezes chamado apenas *Linux*, mas é importante lembrar-se *sempre* de que o *Linux* propriamente dito é apenas o *kernel*, que utiliza programas GNU para ser útil.

A técnica de Stallman foi usar a lei do *copyright* para construir um mundo aonde o software continuaria livre. Software licenciado segundo a GPL, criada pela Free Software Foundation, não pode ser modificado e distribuído a não ser que o código fonte para o software esteja disponível também. Portanto, qualquer pessoa que construa algum software sobre software GPL deveria também tornar tais obras livres⁵. Isso iria garantir, Stallman imaginava, um ambiente aonde o software poderia permanecer livre para os outros manipularem. Seu objetivo fundamental era a liberdade; código inovador e criativo era um sub-produto disso.

Stallman estava portanto fazendo com o software o que os advogados da privacidade agora fazem por ela. Ele procurava uma forma de reconstruir um tipo de liberdade que era assumida como natural anteriormente. Pelo uso ativo de licenças que amarrava códigos sob *copyright*, Stallman estava cada vez mais recriando um espaço onde o software livre poderia viver. Ele estava ativamente protegendo o que antes era passivamente garantido.

Finalmente, consideremos um exemplo bem recente que mais diretamente ressoa com a história desse livro. É a mudança na forma como os jornais acadêmicos e científicos são produzidos.

Conforme as tecnologias digitais se desenvolveram, tornou-se óbvio a muitos que imprimir milhares de cópias de jornais todos os meses e as mandá-las para bibliotecas não é possivelmente a forma mais efetiva de distribuir conhecimento. Além disso, os jornais estão cada vez mais tornando-se eletrônicos, e as bibliotecas e seus usuários estão tendo acesso a tais jornais eletrônicos através de sites com proteção por senhas. Algo similar a isso acontece com o direito a pelo menos trinta anos: a Lexis e a Westlaw tem suas versões eletrônicas com relatórios sobre casos disponíveis aos assinantes de seus serviços. Embora uma decisão da Suprema Corte não esteja sob *copyright*, e qualquer um possa livremente ir à biblioteca e ler ela, a Lexis e a Westlaw também são livres para cobrar os usuários pelo privilégio de obterem acesso à essa opinião da Suprema Corte através de seus serviços.

Não há nada errado com isso em geral, e de fato, a capacidade de cobrar pelo acesso para materiais de outra forma em domínio público é um bom

⁵**NT:** É importante fazer uma ressalva aqui: a GPL força apenas programas construídos com códigos licenciados sob GPL a serem disponibilizados livremente, não programas que rodem em um sistema baseado em GPL — por exemplo, um sistema de bancos de dado Oracle rodando em um sistema operacional GNU/Linux. Existe uma licença chamada LGPL — *Library/Lesser General Public License* — Licença Pública Menos Geral / Geral para Bibliotecas — que permite ao usuário usar bibliotecas livres sob tal licença em programas proprietários, desde que qualquer manipulação na biblioteca especificamente seja disponibilizada livremente — o código do programa principal pode ser mantido sob uma licença proprietária

incentivo para as pessoas desenvolverem formas novas e inovadoras de difundir conhecimento. A lei permite isso, e por isso é que a Lexis e a Westlaw são autorizadas a crescer. E se não há nada errado com vender o que está no domínio público, então não há nada errado, ao menos em princípio, com vender acesso a materiais que não estão no domínio público.

Mas e se a única forma para ter-se acesso a dados sociais e científicos for através de serviços proprietários? E se ninguém mais tiver a capacidade de obter esses dados exceto pagando por uma assinatura de tais serviços?

Como muitos já começaram a notar, cada vez mais é essa a realidade com os jornais científicos. Quando tais jornais eram distribuídos em papel, as bibliotecas podiam tornar os jornais disponíveis para qualquer um que tivesse acesso à biblioteca. Portanto, pacientes com câncer podiam tornar-se especialistas porque a biblioteca lhes dava acesso à informação. Ou pacientes que tentassem entender os riscos de um certo tratamento poderiam pesquisar tais riscos através da leitura de todos os artigos possíveis sobre o tratamento. Essa liberdade era portanto uma função da instituição das bibliotecas (normas) e da tecnologia dos jornais em papel (arquitetura) — nominalmente, era isso que tornava o controle sobre o acesso a um jornal em papel tão difícil.

Conforme os jornais tornaram-se eletrônicos, porém, os editores começaram a exigir que as bibliotecas não permitissem acesso público e geral a tais jornais. Isso significa que as liberdades fornecidas pelos jornais em papel nas bibliotecas públicas começaram a desaparecer. Portanto, da mesma forma que aconteceu com a privacidade e com o software, uma tecnologia inovadora e o mercado provocaram o encolhimento de uma liberdade antes dada como certa.

Esse encolhimento da liberdade tem levado muitos a tomar passos ativos para restaurar a liberdade que perderam. A *Public Library of Science* (PLoS)⁶, por exemplo, é uma empresa sem fins lucrativos que torna pesquisas científicas disponíveis para qualquer um com uma conexão com a Web. Os autores de trabalhos científicos submetem suas obras à Public Library of Science. Esse trabalho é então submetido à revisão de outros cientistas. Se aceito, a obra é depositado em um arquivo público e eletrônico, permanentemente disponível livremente. A PLoS também vende uma versão impressa de seus trabalhos, mas o *copyright* para a versão impressão não inibe o direito de qualquer um redistribuir o trabalho livremente.⁷

Esses são alguns dos muitos esforços para restaurar-se liberdades anteriormente dadas como certas, mas agora ameaçadas pelos mercados e pelas

⁶NT: Biblioteca Pública de Ciência

⁷NT: No Brasil, existe um projeto similar à PLoS, o ScieLO — www.scielo.br, aonde a pessoa pode obter trabalhos científicos em formatos digitais para acesso livre

tecnologias inovadoras. Não há dúvidas de que essas alternativas competem com os distribuidores tradicionais e seus esforços de fazerem dinheiro a partir dos direitos exclusivos à distribuição do conteúdo. Mas a competição em nossa tradição é algo presumivelmente boa — principalmente quando ajuda a disseminar conhecimento e ciência.

A.2 Reconstruindo a Cultura Livre: uma idéia

A mesma estratégia poderia ser aplicada à cultura, como uma resposta ao controle cada vez maior exercido através da lei e da tecnologia.

Aqui entra a *Creative Commons*⁸. A *Creative Commons* é uma empresa sem fins lucrativos estabelecida em Massachusetts, mas com sua base estando na *Stanford University*. Seu objetivo é construir uma camada de *copyright racional* em cima dos extremos que atualmente regem o debate. Isso é feito para tornar fácil às pessoas construírem em cima do trabalho dos outros, para tornar simples aos criadores expressarem a liberdade para outros pegarem e construírem sobre suas obras. Marcações simples, ligadas a descrições compreensíveis pelas pessoas, ligadas a licenças bastante fortes, tornam isso possível.

Simples — o que quer dizer que não precisa-se de intermediários ou advogados. Ao desenvolver um conjunto livre de licenças que as pessoas podem anexar a seus conteúdos, a *Creative Commons* procura marcar uma gama de conteúdo sobre o qual possa-se, de maneira fácil e confiável, criar-se. Essas marcações então são ligadas a versões que as máquinas podem ler da licença que permite aos computadores automaticamente identificar conteúdo que pode ser facilmente compartilhado. Essas três expressões — uma licença legal, uma licença compreensível pelas pessoas e marcações que o computador pode entender — constituem uma licença da *Creative Commons*. Uma licença *Creative Commons* constitui uma garantia de liberdade para qualquer um que acessa o conteúdo, e mais importante, uma expressão de um ideal, em que a pessoa associada à licença mostra que acredita em algo mais do que os extremos “*Todos*” ou “*Nenhum*”. O conteúdo é marcado com a marca (cc) ou CC, que não indica que abriu-se mão do *copyright*, mas que certas liberdades foram dadas.

Essas liberdades estão além das liberdades prometidas pelo uso justo. Seus contornos precisos depende das escolhas feitas pelo criador. O criador pode escolher uma licença que permita qualquer uso, enquanto seja

⁸**NT:**Podemos traduzir livremente como *Área Criativa Pública* — *commons* é um termo em inglês jurídico relacionado à propriedade privada que indica uma faixa de terra ou do espaço territorial de uma determinada localidade que é considerada de uso público

feita a atribuição⁹. Ele pode optar uma licença que permita apenas o uso não-comercial. Ele pode optar por uma licença que permita qualquer uso enquanto as mesmas liberdades são repassadas para os outros (“compartilhe igualmente” — **NT**: No popular, *toma lá, dá cá* — se você conseguiu livremente, ofereça livremente). Ou qualquer uso enquanto não sejam feitos usos derivativos. Ou qualquer uso em nações em desenvolvimento. Ou qualquer uso para “sampleamento”, enquanto cópias totais não sejam feitas. Ou, finalmente, qualquer uso educacional.

Essas escolhas portanto estabelecem uma gama de liberdades além dos padrões oferecidos pela lei do *copyright*. Elas também permitem liberdades que vão além do uso justo tradicional. E, mais importante, elas expressam essas liberdades de uma forma que usuários futuros possam usar e basear-se nas obras sem a necessidade de contratar advogados. A *Creative Commons* portanto objetiva criar uma camada de conteúdo, governada por uma camada de leis de *copyright* racionais, sobre as quais outros poderão construir em cima. As escolhas voluntárias das pessoas e dos criadores irão tornar tal conteúdo disponível. E esse conteúdo irá por sua vez permitir-nos reconstruir o domínio público.

Esse é apenas um projeto entre os vários dentro da *Creative Commons*. É claro, a *Creative Commons* não é a única organização procurando tais liberdades. Mas o ponto que distingue a *Creative Commons* de muitas delas é que não estamos interessados apenas em falarmos apenas de um domínio público ou de trazeremos os legisladores para nos ajudar a criar um domínio público. Nosso objetivo é construir um movimento de consumidores e produtores de conteúdo (“conprodutores de conteúdo”, conforme definido pela promotora Mia Garlick) que ajudará a construir o domínio público e que, por seu trabalho, irá demonstrar a importância de um domínio público para o desenvolvimento da criatividade de outros.

O objetivo não é lutar contra o pessoal do “*Todos os Direitos Reservados*”. O objetivo é complementá-los. O problema é que a lei criada por nós como uma cultura produziu conseqüências insanas e não intencionais de leis escritas séculos atrás, aplicadas a uma tecnologia que apenas Jefferson poderia ter imaginado. As regras podem muito bem fazer sentido em um cenário tecnológico como o de séculos atrás, mas elas não fazem sentido no cenário tecnológico atual. Novas regras — com diferentes liberdades, expressas de formas que pessoas sem advogados possam as aproveitar — são necessárias. A *Creative Commons* dá às pessoas uma maneira efetiva para começar a construir tais regras.

⁹**NT**: *Atribuição* aqui subentende-se determinar e reconhecer a autoria *original* da obra, o que em jurismo no Brasil é conhecido como *direito moral*

Porque os criadores deveriam participar desistindo do controle total? Alguns participam para melhor divulgarem seu conteúdo. Cory Doctorow, por exemplo, é um autor de ficção científica. Seu primeiro romance, *Down and Out in the Magic Kingdom*, foi disponibilizado *online* livremente, sob uma licença *Creative Commons*, no mesmo dia em que ele foi lançado para venda nas livrarias.

Por que um distribuidor deveria concordar com isso? Eu suspeito que seu distribuidor pensou assim: existem dois grupos de pessoas, (1) as que irão comprar o livro de Cory não importando se ele está ou não disponível na Internet e (2) aquelas que poderiam jamais ouvir falar do livro do Cory se ele não fosse disponibilizado gratuitamente na Internet. Uma parte do grupo (1) irá baixar o livro de Cory ao invés de comprá-lo. Vamos chamá-los de *malvados-(1)*. Uma parte do grupo (2) irá baixar o livro de Cory, gostar dele, e então procurar comprá-los. Vamos chamá-los de *bonzinhos-(2)*. Se tivermos mais bonzinhos-(2) que malvados-(1), então a estratégia de lançar o livro de Cory *online* provavelmente irá *aumentar* as vendas do livro de Cory.

A idéia de que o conteúdo livre pode aumentar o valor do conteúdo não-livre foi confirmada pela experiência de outro autor. Peter Wayner, que escreveu um livro sobre o movimento de software livre chamado *Free for All*, disponibilizou uma versão eletrônico de seu livro gratuitamente *online* sob uma licença *Creative Commons* após o livro ter saído de circulação. Ele então monitorou os sebos para ver as vendas do livro. Como previu, conforme o número de *downloads* aumentava, a procura por seu livro nos sebos aumentou também.

Esses são exemplos de usos da *Creative Commons* para melhorar a distribuição de conteúdo proprietário. Eu acredito que esse é um uso comum e maravilhoso da *Creative Commons*. Muitos usarão a *Creative Commons* para outros fins. Muitos que usam a “licença de sampleamento” o fazem porque qualquer outra coisa seria hipócrita. A licença de sampleamento diz que outros são livres, para usos comerciais ou não, para samplearem o conteúdo de suas obras licenciadas; eles apenas não estão livres para disponibilizar cópias das obras licenciadas para os outros. Isso é consistente com sua própria arte — eles também sampleiam de outros. Por causa dos custos *legais* para samplear serem muito altos, Walter Leaphart, empresário do grupo de rap *Public Enemy*, que nasceu sampleando o trabalho de outros, proibiu o próprio *Public Enemy* de samplear mais o trabalho de outros, por causa dos altos custos legais [205]), esses artistas lançam em um ambiente criativo conteúdo sobre os quais outros podem construir, de modo que sua forma de criatividade cresça.

Finalmente, muitos colocarão suas obras sob uma licença *Creative Commons* apenas como uma forma de expressar aos outros a importância do

equilíbrio nesse debate. Se você simplesmente abaixa a cabeça para o sistema como ele está, você está na prática afirmando que acredita no modelo “*Todos os Direitos Reservados*”. Bom para você, mas muitos não pensam assim. Muitos acreditam que, não importa o que Hollywood e alguns malucos, essa não é necessariamente uma descrição apropriada sobre como a maioria dos criadores vêem os direitos associados aos seus conteúdos. A Licença *Creative Commons* expressa essa noção de “*Alguns Direitos Reservados*”, e dá a muitos a chance de afirmar isso aos outros.

Nos primeiros seis meses de existência da *Creative Commons*, mais de um milhão de objetos foram licenciados segundo essas licenças de cultura livre. O próximo passo serão parcerias com empresas que forneçam *middleware* para provedores de conteúdo¹⁰ para ajudá-los a construir em suas tecnologias formas do usuário marcar seu conteúdo segundo as liberdades estabelecidas pela *Creative Commons*. Então o próximo passo será ver e celebrar os criadores que construirão conteúdo baseando-se em conteúdo disponível gratuitamente.

Esses são os primeiros passos para a construção de um domínio público. Elas não são apenas argumentos e sim ações. Construir um domínio público é o primeiro passo para mostrar às pessoas o quão importante é o domínio público para a criatividade e inovação. A *Creative Commons* baseia-se em passos voluntários para alcançar essa reconstrução. Eles irão levar-nos a um mundo aonde mais do que passos voluntários será possível.

A *Creative Commons* é apenas um exemplo dos trabalhos voluntários pelos quais indivíduos e criadores mudam o conjunto de direitos que agora governa o campo criativo. O projeto não veio competir com o *copyright*, e sim o complementar. Seu objetivo não é eliminar os direitos dos autores, mas sim tornar mais simples para autores e criadores exercer seus direitos de maneira mais flexível e barata. Essa diferença, acreditamos, é o que irá permitir que a criatividade seja difundida de maneira mais facilmente.

¹⁰**NT:** *middleware* são “camadas de aplicação” que oferecem ao desenvolvedor componentes que facilitam o desenvolvimento de certas aplicações

Apêndice B

Eles, logo

NÓS NÃO IREMOS recuperar a cultura livre apenas através da ação individual. Também será exigida importantes mudanças nas leis. Temos muito o que fazer antes de os políticos nos ouvirem expressar tais idéias e implementar essas reformas. Mas isso também significa que temos tempo para construir a consciência quanto às mudanças que precisamos.

Nesse capítulo, eu vou delinear cinco tipos de mudanças: quatro que são gerais, e uma para a batalha mais acirrada atualmente. Cada uma delas é apenas um passo, não um fim. Mas qualquer um desses passos irá nos levar por um longo caminho para o nosso objetivo.

B.1 Mais formalidades

Se você compra uma casa, você precisa registrar a casa no cartório. Se você compra um terreno aonde você pretende construir uma casa, você precisa registrar o terreno no cartório. Se você compra um carro, você recebe uma nota fiscal e registra o carro. Se você compra uma passagem de avião, seu nome está escrito nela.

Todas essas são formalidades associadas à propriedade. Elas são exigências que precisamos seguir se queremos ter nossas propriedades protegidas.

Mas segundo a atual lei do *copyright*, pelo contrário, você automaticamente recebe um *copyright*, não importa se você cumpre qualquer formalidade. Você não tem que registrar nada. Você sequer precisa marcar o conteúdo. O padrão é o controle e as formalidades são banidas.

Por que?

Como sugeri no capítulo 10, a motivação para abolir as formalidades foi boa. No mundo antes das tecnologias digitais, as formalidades colocavam um fardo sobre os detentores de *copyright* sem dar grandes benefícios em troca.

Portanto, houve progresso quando a lei relaxou os requisitos formais que um detentor de *copyright* tinha que ter para proteger e garantir sua obra. Essas formalidades poderiam interferir.

Mas a Internet mudou tudo isso. As formalidades atualmente não precisam ser um fardo. De fato, o mundo sem formalidades é um mundo que sobrecarrega a criatividade. Hoje, não há uma forma simples de saber quem é dono do que, ou com quem precisamos lidar de modo a podermos usar ou criar em cima do trabalho criativo dos outros. Não há registros e nem um sistema de rastreamento — simplesmente não há nenhuma maneira de saber como conseguir permissão. Mas dado ao crescente aumento no escopo das regras do *copyright*, pedir permissão é um processo necessário para qualquer obra que construa algo sobre o nosso passado. E dessa forma, a *falta* das formalidades força muitos ao silêncio enquanto eles poderiam de outra forma estar falando.

A lei deveria portanto mudar essa exigência¹ — mas isso não deveria ser mudado retrocedendo-se ao sistema antigo e ultrapassado. Deveríamos exigir formalidades, mas deveríamos estabelecer um sistema que criasse os incentivos para reduzir os fardos dessas formalidades.

As formalidades mais importantes aqui são três: marcação das obras sob *copyright*, registro do *copyright* e renovação dos pedidos de *copyright*. Tradicionalmente, o primeiro dos três era algo que os detentores do *copyright* faziam antes; os outros dois eram algo que o governo fazia. mas um sistema revisado de formalidades deveria banir o governo do processo, exceto para o único propósito de aprovar padrões desenvolvidos por outros.

B.1.1 Registro e Renovação

Segundo o sistema antigo, um detentor de *copyright* tinha que efetuar o registro no Escritório de *Copyright* para registrar ou renovar um *copyright*. Quando preenchia esse registro, o detentor do *copyright* pagava uma taxa. Como no caso de muitas agências do governo, o Escritório de *Copyright* tinha pouco interesse para minimizar o fardo do registro; também tinha pouco incentivo para minimizar a taxa. E como o Escritório de *Copyright* não faz parte das agências mais importantes do governo, o escritório sempre foi historicamente sub-fundado. Portanto, quando as pessoas que sabem alguma coisa sobre o processo envolvido, sua primeira reação era o pânico — nada poderia ser pior do que forçar as pessoas a lidarem com a bagunça que era o Escritório do *Copyright*.

¹A proposta que estou sugerindo deveria apenas ser aplicada aos Estados Unidos, embora eu acredite que a mesma idéia seria benéfica em outros países também

Mas é sempre surpreendente para mim quando nós, que viemos de uma tradição de extraordinária capacidade de inovação no desenvolvimento governamental, já não possamos pensar de maneira inovadora sobre como as funções públicas deverão ser desenvolvidas. Apenas porque há um interesse público em uma função do governo, isso não significa que precisamos imaginar que é o governo quem deva atualmente administrar a coisa toda. De fato, deveríamos estar criando incentivos para que a iniciativa privada servisse o público, de maneiras definidas por padrões governamentais.

No contexto do registro, um óbvio modelo seria o da Internet. Há pelo menos 32 milhões de sites Web registrados por todo o mundo. Os detentores dos nomes de domínio para tais sites da Web precisam pagar uma taxa para manter o registro ativo. Nos domínios de nível mais alto (.com, .org, .net, .br)², há um registro central. Os registros na prática, porém, são feitos por muitas empresas de registro de domínio concorrentes. Essa competição reduz muito os custos do registro e, mais importante, determina a facilidade com a qual o registro acontece.

Nós deveríamos adotar um modelo similar para o registro e renovação dos *copyrights*. O Escritório de *Copyright* poderia muito bem servir como um registro central, mas ele não deveria se envolver no negócio de registro. De fato, ele deveria manter um banco de dados e um conjunto de padrões para as empresas de registro seguir. Ele deveria aprovar empresas de registro que seguissem tais padrões. Essas empresas de registro deveriam então competir umas com as outras para fornecer os sistemas mais simples e baratos para registro e renovação do *copyright*. Essa competição iria substancialmente reduzir o peso dessa formalidade — enquanto produziria uma base de dados de registros que poderia facilitar o licenciamento do conteúdo.

B.1.2 Marcação

Falhar em colocar uma nota de *copyright* em uma obra criativa costumava significar que a pessoa estava abrindo mão do *copyright*. Essa era uma punição dura para a falha em cumprir com uma regra regulamentar — como se puníssemos com a morte que falhasse em comprar um cartão de Zona Azul no mundo dos direitos sobre a propriedade intelectual. Aqui novamente, não há a menor razão para que a exigência de marcação ser imposta assim. E, mais importante, não há razão para que a exigência de marcação seja importa

²NT: ou *Top-Level Domains* — TLDs. São o topo da hierarquia *visível* do sistema de domínios DNS — *Domain Name Server*, Servidor de Nomes de Domínios. Acima deles existem apenas os chamados *Root Servers* — Servidores Raíz, treze servidores espalhados pelo mundo (10 nos EUA, dois na Europa e um no Japão) que controlam o acesso aos TLDs e, a partir daí, aos demais servidores do sistema DNS

para todas as mídias da mesma forma.

O objetivo da marcação é mostrar ao público que tal obra está sob *copyright* e que o autor irá impor seus direitos. O sinal também torna fácil localizar o detentor do *copyright* para pedir-lhe permissão sobre o uso da obra.

Um dos problemas que o sistema do *copyright* encontrou logo em seu começo foi o fato de que obras diferentes precisavam ser marcadas de maneira diferente. Não estava claro como ou quando uma estátua precisava ser marcada, e o mesmo valendo para um filme, um disco, e assim por diante. Uma nova exigência de marcação poderia resolver esses problemas entendendo as diferenças entre as várias mídias, e permitindo que o sistema evoluísse conforme as tecnologias permitissem. O sistema poderia permitir um sinal especial para os que falhassem na marcação — o que não acarretaria na perda do *copyright*, mas sim no direito de punir alguém que falhasse em pedir permissão para usar o conteúdo.

Comecemos do fim. Se um detentor de *copyright* permitisse que sua obra fosse publicada sem uma nota de *copyright*, a consequência desse erro não seria a perda do *copyright*. A consequência poderia ser de fato que qualquer um teria o direito de usar a obra, até que o detentor do *copyright* resolvesse reclamar e mostrar que aquela obra era dele e que ele não daria permissão.³ O significado de deixar uma obra sem marcação seria portanto “*use até que alguém reclame*”. Se alguém reclamar, então a obrigação seria parar usos da obra em novas obras a partir de então, mas sem penalidades aos usos já existentes. Isso iria criar um poderoso incentivo ao detentores de *copyright* para marcarem suas obras.

Por sua vez, isso nos leva à questão de como seria a melhor forma de marcar-se uma obra. Aqui novamente, o sistema precisa se ajustar conforme as tecnologias evoluem. A melhor forma de garantir que o sistema evolua é limitando o papel do Escritório do *Copyright* para o de aprovar padrões para a marcação de conteúdo que tenham sido criados por outras pessoas.

Por exemplo, se uma associação da indústria fonográfica desenvolve um método para a marcação de CDs, ela deveria levar a proposta para o Escritório de *Copyright* que iria realizar consultas públicas, nas quais outras propostas poderiam ser feitas e avaliadas. O Escritório de *Copyright* então selecionaria a proposta considerada preferível, com base *apenas* na consideração de qual sistema poderia ser melhor integrada ao sistema de registro e renovação. Não podemos confiar ao governo a inovação; mas nós podemos

³Haveria complicações na questão de obras derivativas que até agora não consegui resolver. No meu entender, a lei sobre obras derivativas cria um sistema complicado demais para ser justificado pelos pequenos incentivos que ela cria.

confiar ao governo manter a inovação como uma das considerações a serem feitas no caso, junto com outras considerações importantes.

Finalmente, a marcação clara de conteúdo iria simplificar muito as exigências para o registro. Se fotografias fossem marcadas por autor e ano, haveria pouco motivo para não permitir a um fotógrafo que ele renovasse os *copyrights*, por exemplo, de todas as fotografias tirada por ele em um ano específico de uma vez só. O objetivo da formalidade não é sobrecarregar o criador, portanto o sistema como um todo deveria ser mantido o mais simples possível.

O objetivo das formalidades é tornar as coisas claras. O sistema existente não faz nada para isso. De fato, ele procura tornar as coisas o mais obscuras possível.

Se formalidades como o registro fossem reinstituídas, um dos aspectos mais difíceis para as pessoas se basearem no domínio público seria removido. Seria simples identificar que conteúdo é presumivelmente livre; seria simples identificar quem controla os direitos sobre um certo conteúdo qualquer; seria simples afirmar tais direitos, e renovar tais direitos no momento certo.

B.2 Períodos mais curtos

O período do *copyright* saltou de catorze anos para noventa e cinco anos para os autores corporativos, e para a vida do autor mais setenta anos para indivíduos.

Em *The Future of Ideas*, eu propunha um período de setenta e cinco anos, dados em incrementos de cinco anos pela exigência de renovação a cada cinco anos. Isso parecia suficientemente radical na época. Mas após perdermos o caso *Eldred v. Ashcroft*, as propostas começaram a tornar-se ainda mais radicais. O *The Economist* endossou uma proposta para um período de *copyright* de catorze anos.[206] Outros propuseram a amarração do período de *copyright* ao período das patentes

Eu concordo com aqueles que acreditam que precisamos de uma mudança radical nos períodos de *copyright*. Mas não importa se serão catorze ou setenta e cinco anos, há quatro princípios que são importantes de serem mantidos em mente sobre os períodos de *copyright*:

- (A) *Mantenha curto*: O período do *copyright* deveria ser longo o suficiente para incentivar a criação, não mais. Se ele fossem amarrados a poderosas proteções aos autores (de modo que os autores pudessem recuperar direitos sobre os editores), direitos sobre a mesma obra (não sobre obras derivativas) poderiam ser estendidos ainda mais. A chave

é não amarrar a obra a regulamentações legais que já não beneficiam o autor.

- (B) *Mantenha simples*: a linha entre o domínio público e o conteúdo protegido deveria ser mantida clara. Os advogados adoram a confusão do “uso justo”, e as distinções entre “idéias” e “expressão”. Esse tipo de leis dá um trabalho enorme. Mas nossos criadores tiveram uma idéia mais simples em mente: protegido e livre. O valor de períodos mais curtos é que isso tiraria a necessidade de construir-se exceções no *copyright* quando o próprio período é mantido curto. Uma clara e ativa “zona livre de advogados” tornaria as complexidades do “uso justo” e da “idéia *versus* expressão” desnecessárias em tal ambiente.
- (C) *Mantenha vivo*: O *copyright* deveria ser renovado. Especialmente nos casos em que o período máximo é longo, o detentor do *copyright* deveria ser obrigado a renovar periodicamente os *copyright* das obras que ele ainda desejasse proteger. Esse não seria um fardo tão pesado, e não há nenhuma razão alguma para oferecer tal proteção de monopólio de graça. Em média, leva noventa minutos para um veterano solicitar uma pensão.[207] Se fazemos os veteranos sofrerem esse fardo, não vejo nenhuma razão para não exigir que os autores gastem dez minutos a cada cinquenta anos para preencherem um simples formulário.
- (D) *Mantenha possível*: não importa o período que o *copyright* deveria durar, a lição mais clara que os economistas ensinam é que um período que foi definido originalmente não deveria ser ampliado. Pode ter sido um erro em 1923 a lei oferecer ao autor oferecer um período de apenas cinquenta e seis anos. Eu não penso assim, mas pode até ser. Se isso foi um erro, então as conseqüências foram de que tivemos menos autores criando em 1923 do que teríamos de outra forma. Mas não podemos corrigir esse erro hoje aumentando o período. Não importa o que façamos hoje, não podemos aumentar o número de criadores de 1923. Claro, podemos aumentar as recompensas para aqueles que escrevem hoje (ou, alternativamente, aumentar o fardo do *copyright* que sufocam muitas obras que estão hoje invisíveis). Mas aumentar tais recompensas não irá aumentar sua criatividade em 1923. O que não foi feito não foi feito, e não a nada que possamos fazer atualmente quanto a isso.

Essas mudanças juntas deveriam produzir um período *médio* de *copyright* que seria muito menor do que o que temos atualmente. Até 1976, o período

médio era de apenas 32,2 anos. Deveríamos estar objetivando tal período médio.

Sem dúvida os extremistas irão chamar tais idéias de “radicais”. (Afim de contas, eu os chamo de “extremistas”.) Mas novamente o período que eu recomendei é maior que o período que tínhamos na época de Richard Nixon. Quão “radical” pode ser pedir uma lei de *copyright* mais generosa do que a da época do presidente Richard Nixon?

B.3 Uso Livre *versus* Uso Justo

Conforme observado no início desse livro, a lei de propriedade originalmente dava aos donos de propriedades o direito de controlar sua propriedade da terra ao céu. Então surgiu o avião e o escopo dos direitos de propriedade rapidamente mudou. Não houve nenhuma bagunça, nenhum desafio à Constituição. Não fazia mais sentido dar tal controle, dado o surgimento dessa nova tecnologia.

Nossa Constituição dá ao Congresso o poder de dar aos autores “direitos exclusivos” sobre “suas obras”. O Congresso deu aos autores um direito exclusivo sobre “suas obras” e sobre qualquer obra derivativa (feita por outras) que fossem suficientemente ligadas ao trabalho original do autor. Portanto, se escrevo um livro, e você faz um filme baseado nesse livro, eu tenho no poder de negar-lhe o direito de lançar tal filme, mesmo pensando que tal filme não é “minha obra”.

O Congresso começou a dar esses direitos em 1870, quando ele expandiu o direito exclusivo do *copyright* para incluir um direito de controle sobre traduções e dramatizações da obra.[208] As cortes vieram o expandido lentamente através da interpretação judicial desde então. Essa expansão foi comentada por um dos maiores juizes que nosso país já viu, Juiz Benjamin Kaplan.

“Portanto, acostumados como nós ficamos com a extensão do monopólio sobre uma grande gama das assim chamadas obras derivativas, nós nem mais conseguimos perceber a bizarrice de aceitarmos tal ampliação no *copyright* enquanto estivermos ainda entoando o abracadabra da idéia e expressão.” [209]

Penso que chegou a hora de entendermos que há aviões voando nesse campo e que a expansão de tais direitos sobre as obras derivativas não faz mais sentido. Mais precisamente, elas não fazem sentido pelo período de tempo durante o qual um *copyright* é válido. E eles não fazem sentido como uma concessão amorfa. Considere cada limitação por sua vez.

Período: Se o Congresso quer conceder um direito sobre obras derivativas, então esse período deveria ser mais curto. Faz sentido proteger o direito de J. K. Rowling de vender os direitos para cinema de seu livro mais recente (ou ao menos eu assumo que faça sentido); mas não faz sentido que tal direito tenha o mesmo período que o do *copyright* que o sustenta. O direito sobre obras derivativas pode ser importante na indução à criatividade; ele não é mais importante muito depois da obra criativa ter sido criada.

Escopo: Do mesmo modo o escopo dos direitos sobre obras derivativas deveria ser restringido. Novamente, há alguns casos nos quais direitos sobre obras derivativas são importantes. Eles deveriam ser especificados. Mas a lei deveria desenhar linhas claras cercando os usos restringidos e livres do material sob *copyright*. Quando toda a “reutilização” de material criativo ficava sob controle das empresas, podia até fazer sentido exigir que advogados discutam tais linhas. Já não faz mais sentido exigir advogados para negociarem tais linhas. Pense sobre todas as possibilidades criativas permitidas pelas tecnologias digitais; agora imagine que joguemos melado sobre as máquinas. É isso que essa exigência geral de permissão está fazendo com o processo criativo. O sufocando.

Essa é a idéia que Alben teve quando descrevia a criação do CD do Clint Eastwood. Enquanto faz sentido exigir negociação de direitos sobre obras derivativas que podemos ver — como criar um filme baseado em um livro, ou uma música sobre um poema — não fazia sentido tal exigência quanto a obras que não podemos ver. Aqui um direito legal faria muito mais sentido.

Em cada um dos casos, a lei deveria marcar os usos que são protegidos e presumir que qualquer outro uso era livre. Esse é o reverso da recomendação do meu colega Paul Goldstein.[210] Sua visão é de que a lei deveria ser escrita de modo que proteções expandidas deveriam seguir usos expandidos.

A análise de Goldstein faria total sentido se os custos do sistema legal fossem baixos. Mas como cada vez mais vemos no contexto da Internet, a incerteza sobre o escopo da proteção, e os incentivos para a proteção das arquiteturas de renda que temos atualmente, combinadas com um *copyright* poderoso, enfraquece o processo de inovação.

A lei poderia remediar esse problema tanto removendo a proteção além das partes explicitamente limitadas ou garantido direitos de reutilização sobre certas condições legais. De qualquer forma, o efeito seria libertar uma grande quantidade de cultura para outros criarem. E sobre um regime de direitos legais, então a reutilização poderia garantir mais renda aos artistas.

B.4 Libertem a Música — Novamente

A batalha que induziu a guerra como um todo era sobre música, portanto não seria justo terminar esse livro sem pensar no assunto que é, para muitas pessoas, o mais importante — música. Não há nenhum outro assunto político que ensine mais sobre as lições desse livro que as batalhas ao redor do compartilhamento de música.

O apelo do compartilhamento de arquivos de música foi o *crack* que causou o crescimento da Internet. Ele causou demandas por acesso mais poderoso à Internet que qualquer outra aplicação individual dela. Ela é a *killer app*⁴ da Internet — provavelmente nos dois sentidos da palavra. Sem sombra de dúvida ela foi a aplicação que causou mais exigências por banda larga. E também foi a aplicação que causou mais exigências pelas regulamentações que no fim das contas acabou com a inovação na rede.

O objetivo do *copyright*, com respeito ao conteúdo em geral e quanto à música em particular, é criar os incentivos que permitam que músicas sejam compostas, tocadas e, mais importante, difundidas. A lei faz isso dando um direito exclusivo a um compositor de controlar as apresentações públicas de sua obra, e ao artista o controle sobre as cópias de suas apresentações.

As redes de compartilhamento de arquivos complicam esse modelo permitindo a troca de conteúdo pelo qual o artista não foi pago. Mas claro, isso não é tudo que as redes de compartilhamento de arquivos fazem. Como descrevi no capítulo 5, elas permitem quatro tipos de usos de seus sistemas de compartilhamento:

- A – Os que usam as redes P2P como substitutos para a compra de conteúdo.
- B – Os que usam as redes de compartilhamento de arquivos para experimentarem música antes de comprar os CDs.
- C – Os que usam as redes de compartilhamento de arquivos para conseguirem materiais sob *copyright* que não são mais vendidos, mas ainda estão sob *copyright* ou que não podem ser comprados ou cujos custos da compra fora da Net seriam muito grandes.

⁴**NT:** *killer application* — ou **aplicação matadora** — é a principal aplicação que alavanca uma tecnologia ou plataforma. Como exemplo, o pacote MS Office da Microsoft pode ser considerado a *killer app* do Windows, que por sua vez pode ser considerado a *killer app* da Computação Pessoal. Sistemas de Banco de Dados podem ser considerados a *killer app* corporativa original e assim por diante. A principal característica de qualquer *killer app* é que ela é inovadora *não necessariamente* em seus recursos, mas sim em sua *facilidade e capacidade de otimização dos recursos da plataforma* — para usar um jargão da Administração de Empresas, *supre as necessidades do usuário*

D – Os que usam as redes de compartilhamento de arquivos para terem acesso a conteúdos que não estão sob *copyright* ou cujo dono do *copyright* os disponibilizou gratuitamente.

Qualquer mudança na lei precisa manter o foco sobre tais diferenças nos usos. Precisamos evitar sobrecarregar o uso D mesmo se que precisemos eliminar o tipo A. A ansiedade com a qual a lei procura eliminar o tipo A, além disso, deveria depender da magnitude do tipo B. Como no caso dos videocassetes, se o saldo do compartilhamento não for tão prejudicial, a necessidade de regulamentação é significativamente enfraquecido.

Como eu disse no Capítulo 5, o prejuízo atual causado pelo compartilhamento ainda é controverso. Para os propósitos desse capítulo, porém, vou assumir que realmente haja prejuízos. Eu assumo, em outras palavras, que o compartilhamento do tipo A seja significativamente maior que o do tipo B e que ele é o uso dominante nas redes de compartilhamento de arquivos.

Apesar disso, existe um fato importantíssimo sobre o contexto tecnológico atual que precisa ser mantido em mente se queremos entender como a lei deveria responder.

Atualmente, o compartilhamento de arquivos é viciante. Em dez anos, ele não será. Ele é viciante atualmente porque ele é a forma mais simples de conseguir-se acesso a uma grande gama de conteúdo. Ele não será a forma mais simples de conseguir-se acesso a uma grande gama de conteúdo em dez anos. Atualmente, o acesso à Internet é complicado e lento — nós americanos somos sortudos quando conseguimos um serviço de banda larga a 1,5 MBs, e raramente alcançamos essa velocidade tanto ao enviar-se quanto ao receber-se dados⁵. Embora o acesso sem fios esteja crescendo, muitos de nós ainda precisamos de cabos de conexão. A idéia de estarmos sempre on-line ainda é apenas isso, uma idéia.

Mas ela irá se tornar uma realidade, e isso significará que os meios que teremos para acessar a Internet atualmente é uma tecnologia em transição. Os legisladores não deveriam fazer suas políticas baseando-se em tecnologias

⁵**NT:** dois comentários sobre essa passagem: (1) quando ele diz MB — *Megabytes*, que é a medida de conteúdo digital — deve-se compreender que na realidade ele está falando de Mbps ou Mb/s — *Megabits por segundo*, medida que indica a velocidade de conexão — ou, na prática, a quantidade de dados recebidos em um período de tempo. (2) Quando ele fala que raramente consegue-se a velocidade tanto ao mandar-se quanto ao receber-se dados, isso deve-se às tecnologias atuais, que em geral possuem velocidades assíncronas, ou seja, que não são iguais para ambas as direções, em geral sendo menores no *uplink* — ou seja, no momento de mandar-se dados — e maiores no *downlink* — ou seja, ao receber-se dados. Esses termos, *uplink* e *downlink*, foram criados basicamente da mesma analogia de *upload* e *download*, ou seja, imaginando-se que o servidor de dados da rede esteja *virtualmente* “*acima*” da cabeça do usuário.

em transição, e sim baseando-se na direção que a tecnologia está tomando. A questão não deveria ser como a lei irá regulamentar o compartilhamento em tal mundo. A questão deveria ser que lei precisaremos quando a rede tornar-se a rede que ela está se tornando. Essa rede será uma na qual qualquer computador com eletricidade essencialmente estará na Internet; aonde quer que você esteja — talvez exceto no Saara ou na Cordilheira dos Andes — você poderá instantaneamente se conectar à Internet. Imagine a Internet como algo tão presente quanto a telefonia celular, aonde basta dar alguns toques em um aparelho e você está falando.

Em tal mundo, será extremamente fácil conectar-se a serviços que ofereçam-lhe conteúdo na hora — como acontece nas rádios via Internet, conteúdo esse que será enviado ao usuário quando ele o exigir. Aqui, portanto, está o ponto vital: quando tornar-se *extremamente* fácil conectar-se a serviços que ofereçam o conteúdo desejado, então tornará-se extremamente *mais fácil* conectar-se a serviços que ofereçam o conteúdo desejado que do que baixar e armazenar conteúdo *nos diversos dispositivos que você terá para reproduzir conteúdo*. Será mais fácil, em outras palavras, assinar um serviço do que tornar-se um administrador de bancos de dados, como qualquer pessoa no mundo das redes de compartilhamento de arquivos tem que ser. Serviços de conteúdo irão competir com as redes de compartilhamento de arquivos, mesmo que tais serviços cobrem dinheiro pelo conteúdo que eles oferecerem. Já existem serviços no Japão que permitem a telefones celulares tocarem música (por um preço) que lhes são enviadas por provedores de conteúdos (e que chegam aos ouvidos dos consumidores através de fones de ouvido ligados aos celulares). Os japoneses estão pagando por conteúdo mesmo tal conteúdo estando disponível “de graça” na forma de MP3 na Web.[211]

Essa visão do futuro é apresentada para sugerir uma perspectiva do presente: ele é enfaticamente temporário. O “problema” com o compartilhamento de arquivos — imaginando que temos um problema real aqui — é um problema que irá desaparecer cada vez mais conforme tornar-se fácil conectar-se à Internet. E portanto é um erro extraordinário para os políticos de hoje tentarem “resolver” esse problema sob a ótica da tecnologia que irá desaparecer no futuro. A questão não deveria ser como regulamentar a Internet para eliminar o compartilhamento de arquivos (ela própria fará isso com o tempo). A questão de fato deveria ser como garantir que os artistas recebam, durante essa transição entre os modelos de negócio dos séculos vinte e vinte e um.

A resposta parte do reconhecimento de que temos diferentes “problemas” a serem resolvidos aqui. Começemos com o conteúdo de tipo D — conteúdo sem *copyright* ou cujo detentor do *copyright* autorizou o compartilhamento. O “problema” com esse conteúdo é garantir que as tecnologias que permitam esse tipo de troca não sejam marcadas como ilegais. Você pode pensar da

seguinte formas: telefones públicos podem ser usados para exigir-se resgates por seqüestros, sem dúvida. Mas há muitos que precisam usar telefones públicos para usos que não tem nada a ver com seqüestros. Seria errado banir os telefones públicos para eliminar-se o seqüestro.

O conteúdo do tipo C lança um “problema” diferente. Ele é conteúdo que já esteve, durante um tempo, disponível, embora não esteja mais. Ele pode estar disponível porque o artista não é mais valioso o bastante para a gravadora com quem ele assinou na época. Ou pode ser porque a obra foi esquecida. De qualquer modo, o objetivo da lei deveria facilitar o acesso a tal conteúdo, idealmente em uma forma que possibilite que o artista receba por ele.

Novamente, o modelo aqui é o dos sebos. Uma vez que um livro saia de circulação, ele pode muito bem ainda estar disponível em bibliotecas e sebos. Mas bibliotecas e sebos não pagam nada ao detentor do *copyright* quando alguém lê ou compra um livro fora de circulação. Isso faz total sentido, claro, já que qualquer outro sistema poderia ser pesado ao ponto de eliminar a possibilidade da existência de sebos. Mas da perspectiva do autor, tal “compartilhamento” de seu conteúdo sem ele ser compensado não é o ideal.

O modelo dos sebos sugere que a lei poderia simplesmente considerar música que não tivesse em circulação como “*liberou geral*”. Se o editor não tornar nenhuma cópia da música disponível para a venda, então os fornecedores comerciais e não-comerciais poderiam ser livres, segundo essa regra, para “compartilharem” tal conteúdo, mesmo que tal compartilhamento envolvesse cópias. A cópia aqui poderia ser incidental ao negócio; em um contexto aonde a publicação comercial acabou, a troca de música deveria ser tão livre quanto a troca de livros.

Alternativamente, a lei poderia criar um licenciamento legal que garantiria que os artistas recebessem algo do comércio de suas obras. Por exemplo, se a lei definisse uma taxa legal baixa para o compartilhamento comercial de conteúdo que não estivesse disponível através de um publicador comercial, e se essa taxa fosse automaticamente transferida para um fundo para benefício do artista, então os negócios poderiam se desenvolver ao redor da idéia de negociar tal conteúdo, e os artistas se beneficiariam de tal negócio.

O sistema poderia também criar um incentivo para os distribuidores manterem as obras comercialmente disponíveis. Obras que permanecessem comercialmente disponíveis não seriam alvo desse licenciamento. Portanto, os editores poderiam proteger o direito de cobrar o que eles quisessem pelo conteúdo se mantivessem as obras disponíveis comercialmente. Mas se eles não o fizessem, mas ao invés disso fossem os discos rígidos dos computadores dos fãs ao redor do mundo que mantivessem a obra viva, então qualquer *royalty* devido por tal cópia deveria ser muito menor do que o valor devido ao

distribuidor comercial.

A situação mais complicada é a dos conteúdos A e B e, novamente, apenas porque a extensão do problema irá mudar com o tempo, conforme as tecnologias de acesso ao conteúdo mudarem. A solução pela lei deveria ser flexível como o problema é, entendendo que estamos no meio de uma mudança radical na tecnologia para distribuição e acesso ao conteúdo.

Portanto aqui a solução que iremos ver inicialmente pode parecer muito estranha para ambos os lados dessa guerra, mas sob reflexão, imagino que fará algum sentido.

Despindo-se da retórica sobre a santidade da propriedade, a reclamação básica da indústria do conteúdo é essa: uma nova tecnologia (a Internet) feriu um conjunto de direitos que garantem *copyright*. Se esses direitos fossem protegidos, então a indústria do conteúdo seria compensada pelos prejuízos. Da mesma forma que a tecnologia do cigarro feriu a saúde de milhares de americanos, ou a tecnologia do amianto causou doenças para milhares de mineiros, portanto, também, a tecnologia das redes digitais feriram os interesses da indústria do conteúdo.

Amo a Internet, e portanto não gosto de compará-la ao cigarro ou ao amianto. Mas a analogia é uma analogia justa segundo a perspectiva da lei. E ela sugere uma resposta justa: ao invés de procurar destruir a Internet ou as tecnologias P2P que estão atualmente ferindo os provedores de conteúdo na Internet, deveríamos encontrar uma forma relativamente simples de compensar aqueles que tiveram seus direitos feridos.

A idéia no caso poderia ser uma modificação da proposta que foi sugerida pelo professor de direito da Harvard William Fisher.[212] Fisher sugere uma forma muito inteligente cercando o atual impasse da Internet. No seu plano, todo o conteúdo capaz de ser transmitido por meio digital deveria (1) ser marcado com uma marca d'água digital (não se preocupe sobre se é fácil de contornar tais marcas; como você verá, não haverá o incentivo para isso). Uma vez que o conteúdo seja marcado, então empreendedores poderia desenvolver (2) sistemas para monitorar quantos itens de cada conteúdo estavam distribuídos. Com base nesses números, então (3) os artistas poderiam ser compensados. A compensação poderia ser paga através de (4) uma taxa apropriada.

A proposta de Fisher é cuidadosa e abrangente. Ela levanta mais de um milhão de questões, a maior parte delas que ele irá responder muito bem no seu próximo livro, *Promises to Keep*. A modificação que eu poderia fazer seria relativamente simples: Fisher imagina que sua proposta substituiria o sistema atual do *copyright*. Eu imagino ela complementando o sistema atual. O objetivo da proposta deveria ser facilitar a compensação dentro da extensão comprovada do dano. Essa compensação poderia ser temporária,

objetivando a facilitação na transição entre os regimes. E ele iria exigir renovação após certo período de anos. Se continuasse fazendo sentido facilitar o livre intercâmbio do conteúdo, apoiado em um sistema de taxação, ele seria continuado. Se essa forma de proteção não fosse mais necessário, então o sistema poderia voltar ao que era antes.

Fisher poderia se arrepender com a idéia de permitir o retorno ao que era antes. Seu objetivo não era apenas garantir que os artistas fossem pagos, mas também garantir que o sistema apoiasse a maior gama de “democracia semiótica” possível. Mas os objetivos da democracia semiótica poderiam ser satisfeitos se as outras mudanças que descrevi fossem executadas — em particular, a limitação sobre os direitos sobre obras derivativas. Um sistema que simplesmente cobra pelo acesso não iria sobrecarregar a democracia semiótica se algumas limitações sobre o que as pessoas podem fazer com o conteúdo fossem implantadas.

Sem dúvida seria difícil calcular a medida correta dos “prejuízos” a uma indústria. Mas a dificuldade de fazer tal cálculo poderia ser compensada pelo benefício na facilitação da inovação. Esse sistema de retaguarda de compensação poderia também não precisar interferir com propostas inovadoras como o da MusicStore da Apple. Como *experts* predisseram quando a Apple lançou a MusicStore, ela poderia vencer o “grátis” sendo mais fácil do que o “grátis” era. E isso provou estar certo: a Apple vendeu milhões de músicas mesmo considerando o preço alto de 99 centavos de dólar a música (a 99 centavos de dólar, o custo equivalente por faixa de um CD, embora as gravadoras não tenham os custos do CD para pagarem). A aposta da Apple foi coberta pela Real Networks, que passou a oferecer música a 79 centavos de dólar a música. E sem dúvida haverá uma grande competição para oferecer e vender música *online*.

Essa competição já ocorria contra os bastidores da música “grátis” dos sistemas de P2P. Como os vendedores de TV a cabo sabem a mais de trinta anos, e os vendedores de água engarrafada por muito mais que isso, não existe nada impossível na “competição contra o que é grátis”. De fato, se faz alguma coisa, tal competição leva os competidores a oferecerem produtos novos e melhores. Isso é precisamente o que deveria ser um mercado competitivo. Portanto em Cingapura, aonde a pirataria rola solta, os cinemas são freqüentemente luxuosos — com assentos “de primeira classe” e refeições servidas durante o filme — conforme eles lutam para e vencem em encontrar formas de competir com o que é “grátis”.

Esse regime de competição, com um escudo que garantisse que os artistas não seriam prejudicados, poderia facilitar uma grande quantidade de inovação na distribuição do conteúdo. Tal competição poderia continuar a encolher o compartilhamento de tipo A. Ela poderia inspirar uma extraordinária

gama de inovadores — que teriam alguns direitos sobre o conteúdo, e não precisariam mais temer as incertezas e as punições dignas de barbarismo da lei.

Em resumo, portanto, minha proposta é a seguinte:

A Internet está em transição. Não deveríamos regulamentar uma tecnologia em transição, e sim procurar minimizar os danos aos interesses afetados pela mudança tecnológica, sem deixar de permitir e encorajar, o máximo de tecnologia eficiente que pudéssemos criar.

Podemos minimizar os prejuízos enquanto maximizamos os benefícios da inovação através de:

- A – garantias dos direitos do compartilhamento de tipo D;
- B – permissões para compartilhamento legalizado de material do tipo C não-comercialmente sem custos, e de compartilhamento legalizado de material do tipo C não-comercialmente sob uma taxa baixa fixada por lei;
- C – durante a transição, taxar e compensar os prejuízos comprovadamente causados pelo compartilhamento tipo A;

Mas e se a “pirataria” não desaparecesse? O que aconteceria se houvesse um mercado competitivo fornecendo conteúdo a baixo custo, mas também houvesse um número significativo de consumidores que continuassem a usar conteúdo sem pagar nada? A lei deveria fazer algo contra eles?

Sim, ela deveria. Mas, novamente, o que ela deveria fazer dependeria de como os fatos se desenrolasse. Essas mudanças não iriam eliminar compartilhamento tipo A. Mas o assunto real não é se ele irá eliminar o compartilhamento nas abstrações. O assunto real é seu efeito no mercado. É melhor (a) ter tecnologia 95% segura e produzir um mercado de dimensão x ou (b) ter tecnologia 50% segura e produzir um mercado cinco vezes maior que x ? Tecnologia pouco segura pode produzir mais compartilhamento ilegal, mas também podem produzir um mercado muito maior de compartilhamento legalizado. O mais importante aqui é garantir a compensação aos artistas sem destruir a Internet. Uma vez que isso esteja garantido, então poderá ser interessante encontrar forma de encontrar os piratas insignificantes.

Mas temos um longo caminho partindo da detecção do problema como sendo esses compartilhadores de tipo A. E nosso foco até lá não deveria ser procurar formas de não destruir a Internet. Nosso foco até lá deveria ser em como garantir que os artistas sejam pagos, enquanto protegemos o espaço de inovação e criatividade que é a Internet.

B.5 Demitindo muitos advogados

Sou um advogado e meu trabalho como professor envolve preparar advogados. Acredito nas leis, entre elas a do *copyright*. Porém, eu devotei minha vida trabalhando com a lei não por causa da grana envolvida mas porque há ideais envolvidos nisso pelos quais dediquei minha vida.

Mas a maior parte desse livro foi uma crítica aos advogados, ou ao papel que os advogados tiveram nesse debate. A lei fala de ideais, mas na minha visão nossa profissão ficou muito sintonizada no cliente. E em um mundo aonde clientes ricos possuem visões fortes, a má vontade da profissão em questionar ou opor-se a tais visões macula a lei.

A evidência de tal amarração são urgentes. Fui atacado como “radical” por muitos dentro da minha profissão, mas as posições que tenho defendido são exatamente as posições de algumas das figuras mais moderadas e significativas figuras de nossa história nesse ramo da lei. Muitos, por exemplo, consideraram loucura o desafio que levantamos contra a *Copyright Term Extension Act*. Mas a apenas trinta anos, o praticante e acadêmico mais proeminente do período no campo de *copyright*, Melville Nimmer, imaginava isso como sendo óbvio.[213]

Porém, minhas críticas ao papel que os advogados tem tido nesse debate não tem apenas a ver com um preconceito profissional. Ela é, mais importante, sobre nossa falha em calcular os custos reais da lei.

Os economistas supostamente são bons em avaliarem custos e benefícios. Mas cada vez mais, os economistas, que não fazem a menor de como nosso sistema legal realmente funciona, simplesmente assumem que os custos das transações do sistema legal são baixos.[213] Eles vêm um sistema que tem por volta de centenas de anos e imaginam que ele funciona da forma como foi-lhes ensinado nas aulas de Civismo no 1º Grau.

Mas o sistema legal não funciona. Ou, mais precisamente, não funciona com ninguém, exceto aqueles com mais recursos. Não porque o sistema é corrupto. Eu não imagino que nosso sistema legal (ao menos no nível federal) seja totalmente corrupto, mas simplesmente por causa dos custos de nosso sistema legal serem tão estupidamente altos que a justiça na prática não pode ser feita.

Esses custos distorcem a cultura livre de muitas formas. O tempo de um advogado é calculado nos maiores escritórios como sendo de 400 dólares a hora. Quanto desse tempo o advogado passa lendo cuidadosamente casos, ou pesquisando obscuras brechas legais? A resposta é cada vez mais a verdade: muito pouco. A lei depende da articulação cuidadosa e desenvolvimento da doutrina, mas a articulação cuidadosa e desenvolvimento da doutrina dependem de trabalho cuidadoso. Mas esse trabalho cuidadoso custa muito

caro, exceto nos casos mais vantajosos e custoso.

O custo e deselegância e imprevisibilidade de nosso sistema zombam de nossa tradição. E os advogados, da mesma forma que os acadêmicos, deveriam considerar sua responsabilidade mudar a forma como a lei funciona — ou melhor, mudar a lei para que ela funciona. É errado um sistema que funciona bem apenas para os 1% de clientes de elite. Ele deveria ser radicalmente mais eficiente e barato e portanto radicalmente mais justo.

Mas até que tal reforma esteja completa, nós como uma sociedade deveríamos manter a lei longe de áreas aonde sabemos que ela só dará trabalho. E é precisamente o que a lei irá fazer cada vez mais se cada vez mais de nossa cultura permanecer ao seu alcance.

Pense sobre as coisas incríveis que seus filhos poderiam fazer ou criar usando tecnologia digital — filmes, música, páginas da Web, *blogs*. Ou pense sobre as coisas incríveis que sua comunidade poderia estar tendo acesso facilitado através de tecnologia digital — um *wiki*⁶, construção de creches, ativismo para mudar alguma coisa. Pense sobre todas essas coisas criativas, e então imagine melado frio sendo derramado sobre as máquinas. É isso o que qualquer regime produz. Novamente, essa é a Rússia da Cortina de Ferro.

A lei deveria regulamentar certas áreas da cultura — mas deveria fazer isso apenas aonde tal regulamentação cause benefícios. Mas os advogados raramente enfrentam tal poder, ou o poder que eles promovem, através de uma pergunta simples e pragmática: “*Que benefício isso vai trazer?*” Quando confrontados com a alcance expansivo sobre a lei, o advogado responde, “*Por que não?*”

Deveríamos nos perguntar “*por quê?*” Mostre-me porque sua regulamentação da cultura é necessária. Mostre-me os benefícios que ela irá causar. E até que você consiga me mostrar ambos, mantenha seus advogados à distância.

⁶**NT:** *Wiki*, de *WikiWikiWeb* — *wiki* quer dizer **rápido** em havaiano — é um sistema de colaboração aonde páginas de conteúdo podem ser alteradas segundo marcações simples de formatação, sem a complexidade de similares como o HTML e publicação imediata, o que permite a visualização imediata dos resultados. Para uma idéia do que é um *wiki*, visite <http://c2.org/wiki.pl> ou <http://www.wikipedia.org>

Parte VIII

Notas

Através do texto, há referências a *links* na World Wide Web. Conforme qualquer um que já tenha tentado usar a Web sabe, esses *links* podem ser altamente instáveis. Eu tentei remediar essa instabilidade redirecionando o leitor para a fonte original através do site Web associado com o livro. Para cada *link* referenciado, você pode ir ao site <http://free-culture.cc/notes> e localizar a fonte original clicando no *link* cujo número foi indicado. Se o *link* original permanecer ativo, você irá para ele. Caso contrário, você será redirecionado a uma referência apropriada sobre o assunto.

Notas

- [1] David Pogue, “Don’t Just Chat, Do Something”, *New York Times*, 30 de Janeiro de 2000. xiii
- [2] Richard M. Stallman, *Free Software, Free Societies*, 57 (Joshua Gay, ed. 2002) xiv
- [3] William Safire, “The Great Media Gulp”, *New York Times*, 22 de Maio de 2003. xiv
- [4] St. George Tucker, *Blackstone’s Commentaries* 3 (South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1969), 18. 3
- [5] United States v. Causby, U.S. 328 (1946): 256, 261. A Corte entendeu que haveria uma “tomada” se o uso pelo governo do terreno deles destruísse o valor do terreno dos Causbys. Esse exemplo me foi sugerido pelo ótimo trabalho de Keith Aoki “(Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship”, *Stanford Law Review* 48 (1996): 1293, 1333. Veja também Paul Goldstein, *Real Property* (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1984), 1112-13. 4
- [6] Lawrence Lessing, *Man of High Fidelity: Edwin Howard Armstrong* (Philadelphia: J. B. Lipincott Company, 1956), 209. 5
- [7] Veja “Saints: The Heroes and Geniuses of the Electronic Era”, Primeira Igreja Eletrônica da América, em <http://www.webstationone.com/fecha>, disponível no *link* nº 1. 6
- [8] Lessing, 226. 6
- [9] Lessing, 256. 6
- [10] Amanda Lenhart, “The Ever-Shifting Internet Population: A New Look at Internet Access and the Digital Divide”, Pew Internet and American Life Project, 15 de Abril de 2003: 6, disponível no *link* nº 2. 7

-
- [11] Esse não é o único objetivo do *copyright*, embora seja o objetivo primordial do *copyright* estabelecido na constituição federal. A legislação de *copyright* do estado protegia não apenas o interesse comercial na publicação, mas também o direito privado. Dando aos autores direitos exclusivos para a publicação, a lei de *copyright* do estado dava aos autores o controle da divulgação dos fatos sobre ela. Veja Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy,” *Harvard Law Review* 4 (1890): 193, 198-200. 8
- [12] Veja Jessica Litman, *Digital Copyright* (Nova Iorque: Prometheus Books, 2001), ch. 13. 8
- [13] Amy Harmon, “Black Hawk Download: Moving Beyond Music, Pirates Use New Tools to Turn the Net into an Illicit Video Club”, *New York Times*, 17 de Janeiro de 2002. 10
- [14] Neil W. Netanel, “Copyright and a Democratic Civil Society”, *Yale Law Journal* 106 (1996): 283. 10
- [15] *Bach v. Longman*, 98 Eng. Rep. 1274 (1777) (Mansfield). 17
- [16] Veja Rochelle Dreyfuss, “Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation”, *Notre Dame Law Review* 65(1990): 397. 18
- [17] Lisa Bannon, “The Birds May Sing, but Campers Can’t Unless They Pay Up”, *Wall Street Journal*, 21 de Agosto de 1996, disponível no *link* nº 3; Jonathan Zittrain, “Calling Off the Copyright War: In Battle of Property vs. Free Speech, No One Wins”, *Boston Globe*, 24 de Novembro de 2002. 18
- [18] Em *The Rise of the Creative Class* (Nova Iorque: Basic Books, 2002), Richard Florida documenta uma mudança na natureza do trabalho para um trabalho criativo. Seu trabalho, porém, não envolve diretamente as condições legais nas quais essa criatividade será estimulada ou reprimida. Eu certamente concordo com ele sobre a importância e significado dessa mudança, mas eu também acredito que condições nas quais ela será estimulada são muito mais tênues. 19
- [19] Leonard Maltin, *Of Mice and Magic: A History of American Animated Cartoons* (Nova Iorque: Penguin Books, 1987), 34-35. 21
- [20] Sou grato a David Gerstein e sua história cuidadosa, descrita no *link* nº 4. De acordo com Dave Smith dos Arquivos da Disney, Disney pagou

royalties pelo uso de cinco canções em *Steamboat Willie*: “Steamboat Bill”, “The Simpleton” (Delille), “Mischief Makers” (Carbonara), “Joyful Hurry n° 1” (Baron), e “Gawky Rube” (Lakay). Uma sexta canção, “The Turkey in the Straw” já estava em domínio público. Carta de David Smith para Harry Surden, de 10 de Julho de 2003, arquivada pelo autor. 22

- [21] Ele também era um fã do domínio público. Veja Chris Sprigman, “The Mouse that Ate the Public Domain”, Findlaw, 5 de Março de 2002, no *link* n° 5. 22
- [22] Até 1976, a lei de *copyright* garantia a um autor a possibilidade de dois períodos: um período inicial e um período de renovação. Eu calculei o “período médio” determinando a média ponderada do total de registros para qualquer ano específico, e a proporção de renovação. Dessa forma, se 100 *copyrights* foram registrados no ano 1, e apenas 15 foram renovados, e o período de renovação é de 28 anos, então o período médio é de 32,2 anos. Para os dados de renovação e outros dados relevante, veja o site na Web associado a esse livro, disponível no *link* n° 6. 24
- [23] Para uma história interessante no assunto, veja Scott McCloud, *Reinventing Comics* (New York: Perennial, 2000). 26
- [24] Veja Salil K. Mehra, “Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Comics My Kid Watches Are Japanese Imports?” *Rutgers Law Review* 55 (2002): 155, 182. “Deve haver uma racionalidade de economia coletiva que leva aos artistas de *manga* e *anime* a não abrir mão de ações legais por infringimento de *copyright*. Uma hipótese é que todos os artistas de manda possam estar melhor se deixarem de lado o seu interesse pessoal e decidirem não abrir os processos. Esse é basicamente o dilema do prisioneiro resolvido”. 26
- [25] O termo *propriedade intelectual* é de origem relativamente recente. Veja Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 11 (Nova Iorque: New York University Press, 2001). Veja também Lawrence Lessig, *The Future of Ideas* (Nova Iorque: Random House, 2001), 293 n. 26. Na prática o termo descreve uma série de “propriedades” sobre as quais detêm-se direitos — *copyrights* (ou direitos autorais), patentes, marcas registradas e segredos industriais — mas a natureza de cada um deles é diferente. 27
- [26] Reese V. Jenkins, *Images and Enterprise* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1975), 112. 29

- [27] Brian Coe, *The Birth of Photography* (Nova Iorque: Taplinger Publishing, 1977), 53. 30
- [28] Jenkins, 177 30
- [29] Baseado em um gráfico de Jenkins, p. 178 30
- [30] Coe, 58 30
- [31] Para casos comentados, veja, por exemplo, *Pavesich v. N.E. Life Ins. Co.*, 50 S.E. 68 (Ga. 1905); *Foster-Milburn Co. v. Chinn*, 123090 S.W. 364, 366 (Ky. 1909); *Corliss v. Walker*, 64 F. 280 (Mass. Dist. Ct. 1894). 31
- [32] Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review* 4 (1890): 193. 31
- [33] Veja Melville B. Nimmer, “The Right of Publicity”, *Law and Contemporary Problems* 19 (1954): 203; William L. Prosser, “Privacy”, *California Law Review* 48 (1960) 398-407; *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F. 2d 1395 (9th Cir. 1992), cert. negado, 508 U.S. 951 (1993). 31
- [34] H. Edward Goldberg, “Essential Presentation Tools: Hardware and Software You Need to Create Digital Multimedia Presentations”, *cadalyst*, 1º de Fevereiro de 2002, disponível no *link* nº 7. 32
- [35] Judith Van Evra, *Television and Child Development* (Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum Associates, 1990); “Findings on Family and TV Study”, *Denver Post*, 25 de Maio de 1997, B6. 33
- [36] Entrevista com Elizabeth Daley e Stephanie Barish, 13 de Dezembro de 2002 33
- [37] Veja Scott Steinberg, “Crichton Gets Medieval on PCs”, *E!online*, 4 de Novembro de 2000, disponível no *link* nº 8; “Timeline”, 22 de Novembro de 2000, disponível no *link* nº 9. 34
- [38] Entrevista com Daley e Barish. 34
- [39] *Ibid.* 34
- [40] Veja, por exemplo, Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Livro 1, tradução de Henry Reeve (Nova Iorque: Bantam Books, 2000), Capítulo 16. 38

- [41] Bruce Ackerman e James Fishkin, "Deliberation Day", *Journal of Political Philosophy* 10 (2) (2002): 129. 38
- [42] Cass Sunstein, *Republic.com* (Princeton: Princeton University Press, 2001), 65-80, 175, 182, 183, 192. 38
- [43] Noah Shachtman, "With Incessant Postings, a Pundit Stirs the Pot", *New York Times*, 16 de Janeiro de 2003, G5. 39
- [44] Entrevista telefônica com David Winer, 16 de Abril de 2003 39
- [45] John Schwartz, "Loss of the Shuttle: The Internet; A Wealth of Information Online", *New York Times*, 2 de Fevereiro de 2003, A28; Staci D. Kramer, "Shuttle Disaster Coverage Mixed, but Strong Overall", *Online Journalism Review*, 2 de Fevereiro de 2003, disponível no *link* nº 10. 40
- [46] Veja Michael Falcone, "Does an Editor's Pencil Ruin a Web Log?" *New York Times*, 29 de Setembro de 2003, C4. ("Nem todas as organizações jornalísticas estão aceitando que seus empregados mantenham *blogs*. Kevin Sites, um correspondente da CNN no Iraque que começou a manter um *blog* sobre sua cobertura da guerra em 9 de Março parou de postar 12 dias depois sob pressão de seus patrões. Ano passado Steve Olafson, um repórter do *Houston Chronicle*, foi despedido por manter um *Web log* pessoal, mantido sob um pseudônimo, que falava sobre pessoas e assuntos que ele estava cobrindo".) 40
- [47] Veja, por exemplo, Edward Felten e Andrew Appel, "Technological Access Control Interferes with Noninfringing Scholarship", *Communications of the Association for Computer Machinery* 43 (2000): 9. 42
- [48] Tim Goral, "Recording Industry Goes After Campus P-2-P Networks: Suit Alleges \$97.8 Billion in Damages", *Professional Media Group LCC* 6 (2003): 5, disponível em 2003 WL 55179443. 45
- [49] Occupational Employment Survey, U.S. Dept. of Labor (2001) (27-2042 - Musicians and Singers). Veja também National Endowment for the Arts, *More Than One in a Blue Moon* (2000). 46
- [50] Douglas Lichtman fez uma acusação similar em "KaZaA and Punishment", *Wall Street Journal*, 10 de Setembro de 2003, A24. 46

- [51] Sou grato a Peter DiMauro por me apresentar essa história extraordinária. Veja também Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 87-93, que detalha as “aventuras” de Edison envolvendo patentes e *copyrights*. 49
- [52] J. A. Aberdeen, *Hollywood Renegades: The Society of Independent Motion Picture Producers* (Cobblestone Entertainment, 2000) e textos expandidos postados em “The Edison Movie Monopoly: The Motion Picture Patents Company vs. the Independent Outlaws”, disponível no *link* nº 11. Para uma discussão nos interesses econômicos envolvidos por trás desses limites e dos limites impostos por Victor aos fonógrafos, veja Randal C. Picker, “From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of copyright” (Setembro de 2002), University of Chicago Law School, Programa James M. Olin em Leis e Economia, Relatório nº 159. 50
- [53] Marc Wanamaker, “The First Studios”, *The Silents Majority*, disponível no *link* nº 12. 50
- [54] To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright: Hearings on S. 6330 and H.R. 19853 Before the (Joint) Committees on Patents, 59th Cong. 59, 1st sess. (1906) (opinião do Senador Alfred B. Kirtredge, de Dakota do Sul), Reimpresso em *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski e Abe Goldman, eds. (South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976). 51
- [55] To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 223 (opinião de Nathan Burkan, procurador da Associação dos Distribuidores de Música). 51
- [56] To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 226 (opinião de Nathan Burkan, procurador da Associação dos Distribuidores de Música). 51
- [57] To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 23 (opinião de John Philip Sousa, compositor). 51
- [58] To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 283-84 (opinião de Albert Walker, representante da Auto-Music Perforating Company de Nova Iorque). 52
- [59] To Amend and Consolidate the Acts Respecting Copyright, 376 (Memorando preparado por Philip Mauro, conselheiro geral de patentes da Associação das Companhias Americanas de Gramofones). 52

- [60] Copyright Law Revision: Hearings on S. 2499, S. 2900, H.R. 243, and H.R. 11794 Before the (Joint) Committee on Patents, 60º Congresso, 1ª sessão, 217 (1908) (opinião do Senador Reed Smoot, presidente do Senado), reimpresso em *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski e Abe Goldman, eds. (South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, 1976) 53
- [61] Copyright Law Revision: Report to Accompany H.R. 2512, House Committee on the Judiciary, 90º Congresso, 1ª sessão, Documento da Câmara nº 83, 66 (8 de Março de 1967). Sou grato a Glenn Brown por ter chamado minha atenção a esse relatório 53
- [62] Veja 17 *United States Code*, seções 106 e 110. No começo, as gravadoras escreviam “Radiodifusão não autorizada” e outras mensagens semelhantes objetivando restringir a capacidade de execução das gravações nas estações de rádio. O Juiz Learned Hand rejeitou o argumento de que um aviso anexado a uma gravação poderia restringir os direitos das estações de rádio. Veja *RCA Manufacturing Co. v. Whiteman*, 114 F. 2d 86 (2nd Cir. 1940). Veja também Picker, “From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright”, *University of Chicago Law Review* 70 (2003): 281. 53
- [63] Copyright Law Revision — CATV: Hearing on S. 1006 Before the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Senate Committee on the Judiciary, 89º Cong., 2ª sessão, 78 (1966) (opinião de Rosel H. Hyde, presidente da Federal Communications Commission). 54
- [64] Copyright Law Revision — CATV, 116 (opinião de Douglas A. Anello, advogado geral da Associação Nacional das redes de TV). 55
- [65] Copyright Law Revision — CATV, 126 (opinião de Ernest W. Jennes, advogado geral da Associação do Máximo Serviço de Teletransmissão, Inc.). 55
- [66] Copyright Law Revision — CATV, 169 (opinião conjunta de Arthur B. Krim, presidente da United Artists Corp., and John Sinn, presidente da United Artists Television, Inc.). 55
- [67] Copyright Law Revision — CATV, 209 (opinião de Charlton Heston, presidente do Sindicato dos Atores de Cinema). 55
- [68] Copyright Law Revision — CATV, 216 (opinião de Edwin M. Zimmerman, assistente do procurador geral de Justiça). 55

- [69] Veja, por exemplo, National Music Publisher's Association, *The Engine of Free Expression: Copyright on the Internet — The Myth of Free Information*, disponível no *link* nº 13. “A ameaça da pirataria — o uso do trabalho criativo de alguém sem permissão ou compensação — cresceu com a Internet”. 56
- [70] Veja IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*), *The Recording Industry Commercial Piracy Report 2003*, Julho de 2003, disponível no *link* nº 14. Veja também Ben Hunt, “Companies Warned on Music Piracy Risk”, *Financial Times*, 14 de Fevereiro de 2003, 11. 57
- [71] Veja Peter Drahos e John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* (Nova Iorque: The New Press, 2003), 10-13, 209. O acordo de Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* — TRIPS) obriga as nações-membros a criarem mecanismos administrativos e de garantia dos direitos de propriedade intelectual, uma proposta cara para países em desenvolvimento. Adicionalmente, os direitos de patente podem levar a altos custos para indústrias de base como a agricultura. Os críticos do TRIPS questionam a disparidade entre o peso colocado sobre as nações em desenvolvimento e os benefícios conferidos aos países industrializados. O TRIPS não permite aos governos usarem patentes de forma pública e não-comercial sem primeiro obterem permissão do dono da patente. As nações em desenvolvimento poderiam assim usar-se desse mecanismo para beneficiar-se de patentes estrangeiras com custos reduzidos. Essa é uma estratégia promissora para nações em desenvolvimento dentro do acordo do TRIPS. 58
- [72] Para uma análise do impacto econômico da tecnologia de cópias, veja Stan Liebowitz, *Rethinking the Network Economy* (Nova Iorque: Amazon, 2002), 144-90. “Em algumas situações (...) o impacto da pirataria na habilidade do dono do *copyright* de apropriar-se de valor pelo seu trabalho é irrisório. Uma situação óbvia é o caso aonde a pessoa envolvida na pirataria não poderia comprar um original mesmo se a pirataria não fosse uma opção”. *Ibid.*, 149. 58
- [73] *Bach v. Longman*, 98 Eng. Rep. 1274 (1777). 61
- [74] Veja Clayton M. Christensen, *The Innovator's Dilemma: The Revolutionary National Bestseller That Changed the Way We Do Business*

(New York: HarperBusiness, 2000). O Professor Christensen examina porque as companhias que erguem e dominam uma área de mercado freqüentemente não são capazes de definir usos mais criativos e capazes de mudarem paradigmas para os seus produtos . Esse trabalho normalmente cai nas mãos de inovadores externos, que remontam as tecnologias existentes de maneiras inovadoras. Para uma discussão sobre as idéias de Christensen, veja Lawrence Lessig, *Future*, 89-92, 139. 61

- [75] Veja Carolyn Lochhead, “Silicon Valley Dream, Hollywood Nightmare”, *San Francisco Chronicle*, 24 de Setembro de 2002, A1; “Rock ‘n’ Roll Suicide”, *New Scientist*, 6 de Julho de 2002, 42; Benny Evangelista, “Napster Names CEO, Secures New Financing”, *San Francisco Chronicle*, 23 de Maio de 2003, C1; “Napster’s Wake-Up Call”, *Economist*, 24 de Junho de 2000, 23; John Naughton, “Hollywood at War with the Internet” (London) *Times*, 26 de Julho de 2002, 18. 61
- [76] Veja Ipsos-Insight, *TEMPO: Keeping Pace with Online Music Distribution* (Setembro de 2002), relatando que 28% dos americanos maiores de 12 anos já tinham copiado música da Internet e que 30% havia escutado música de arquivos digitais armazenados em seus computadores. 61
- [77] Amy Harmon, “Industry Offers a Carrot in Online Music Fight”, *New York Times*, 6 de Junho de 2003, A1. 61
- [78] Veja Liebowitz, *Rethinking the Network Economy*, 148-49. 63
- [79] Veja Cap Gemini Ernst & Young, *Technology Evolution and the Music Industry’s Business Model Crisis* (2003), 3. Esse relatório descreve o esforço da indústria musical de estigmatizar a florescente tecnologia de gravação em fitas cassete na década de 70, inclusive através de uma campanha publicitária exibindo uma caveira no formato de uma fita cassete com o título “Gravar fitas cassete é matar a música”. Na época em que as fitas de áudio digital tornaram-se uma ameaça, o Escritório de Avaliação Técnica conduziu uma pesquisa do comportamento do consumidor. Em 1988, 40% dos consumidores maiores de 10 anos já tinham gravado música em fitas cassete. U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Copyright and Home Copying: Technology Challenges the Law*, OTA-CIT-422 (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, October 1989), 145-56. 63
- [80] Congresso dos Estados Unidos, *Copyright and Home Copying*, 4. 63

- [81] Veja Recording Industry Association of America, *2002 Yearend Statistics*, disponível no *link* nº 15. Um relatório posterior acusava perdas ainda maiores. Veja Recording Industry Association of America, *Some Facts About Music Piracy*, 25 de Junho de 2003, disponível no *link* nº 16: “Nos últimos quatro anos, as remessas de CDs caiu em 26% de 1,16 bilhões de unidades em 1999 para 860 milhões em 2002 nos Estados Unidos (baseando-se no número de unidades enviadas às lojas). Em termos de vendas, o faturamento caiu em 14%, de 14,6 bilhões de dólares em 1999 para 12,6 bilhões no ano passado (baseando-se no valor em dólares americanos das remessas). A indústria musical em todo o mundo caiu em valor de 39 bilhões de dólares em 2000 para 32 bilhões de dólares em 2002 (baseando-se no valor em dólares americanos das remessas)”. 64
- [82] Jane Black, “Big Music’s Broken Record”, BusinessWeek online, 13 de Fevereiro de 2003, disponível no *link* nº 17. 64
- [83] [83]: Ibid. 64
- [84] Segundo uma estimativa, 75% da música que já foi lançada pelos grandes selos não está mais no mercado. Veja Online Entertainment and Copyright Law — Coming Soon to a Digital Device Near You: Hearing Before the Senate Committee on the Judiciary, 107º Cong., 1ª sessão, sessão (3 de Abril de 2001) (opinião preparada pela Coalizão para o Futuro da Música), disponível no *link* nº 18. 65
- [85] Embora não haja boas estimativas quanto ao número de sebos que vendiam discos existente nos Estados Unidos, em 2002, haviam 7198 sebos de livros nos Estados Unidos, um acréscimo de 20% desde 1993. Veja Book Hunter Press, *The Quiet Revolution: The Expansion of the Used Book Market* (2002), disponível no *link* nº 19. Os discos usados contabilizaram 260 milhões de dólares em vendas em 2002. Veja National Association of Recording Merchandisers, “2002 Annual Survey Results”, disponível no *link* nº 20. 65
- [86] Veja Transcript of Proceedings, In Re: Napster Copyright Litigation at 34-35 (N.D. Cal., 11 July 2001), nos. MDL-00-1369 MHP, C 99-5183 MHP, disponível no *link* nº 21. Para um registro sobre o litígio e o seu impacto no Napster, veja Joseph Menn, *All the Rage: The Rise and Fall of Shawn Fanning’s Napster* (Nova Iorque: Crown Business, 2003), 269-82. 67

- [87] Copyright Infringements (Audio and Video Recorders): Hearing on S. 1758 Before the Senate Committee on the Judiciary, 97th Cong., 1^a and 2^a sessão, 459 (1982) (testemunho de Jack Valenti, presidente da Motion Picture Association of America, Inc.). 69
- [88] Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 475. 69
- [89] *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F. Supp. 429, 438 (C.D. Cal., 1979). 69
- [90] Copyright Infringements (Audio and Video Recorders), 485 (testemunho de Jack Valenti). 69
- [91] *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 659 F. 2d 963 (9th Cir. 1981). 69
- [92] *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 431 (1984). 69
- [93] Esses são os casos mais importantes na nossa história, mas há vários outros casos. A tecnologia da fita de áudio digital (*Digital Audio Tape* — DAT), por exemplo, foi regulamentada pelo Congresso para minimizar os riscos de pirataria, sendo que essas regulamentações dificultaram a vida dos produtores de DATs, através da taxaço nas vendas das fitas e do controle da tecnologia de DAT. Veja Audio Home Recording Act de 1992 (Título 17 do *United States Code*), Pub. L. n^o 102-563, 106 Stat. 4237, codificado at 17 U.S.C. §1001. Novamente, porém, essa regulamentação não eliminou a oportunidade de abusos nos sentidos descritos por mim. Veja Lessig, *Future*, 71. Veja também Picker, “From Edison to the Broadcast Flag”, *University of Chicago Law Review* 70 (2003): 293-96. 70
- [94] *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 432 (1984). 70
- [95] John Schwartz, “New Economy: The Attack on Peer-to-Peer Software Echoes Past Efforts”, *New York Times*, 22 de Setembro de 2003, C3. 71
- [96] Carta de Thomas Jefferson para Isaac McPherson (de 13 de Agosto de 1813) in *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 6 (Andrew A. Lipscomb e Albert Ellery Bergh, eds., 1903), 330, 333-34 75

- [97] Como os realistas legais ensinaram à lei americana, todo direito de propriedade é intangível. Um direito de propriedade é simplesmente um direito que um indivíduo tem contra o mundo para fazer ou não certas coisas que pode ser associado ou não a um objeto físico. O direito em si é intangível, mesmo se o objeto sobre o qual ele se aplica (metaforicamente) for tangível. Veja Adam Mossoff, “What Is Property? Putting the Pieces Back Together,” *Arizona Law Review* 45 (2003): 373, 429 n. 241. 75
- [98] Jacob Tonson é lembrado normalmente por suas associações a figuras literárias proeminentes, especialmente no caso de John Dryden, e por suas maravilhosas “edições definitivas” de obras clássicas. Em adição a *Romeu e Julieta*, ele publicou uma grande variedade de obras que ainda fazem parte do *canon*, ou seja, da literatura mais importante inglesa, incluindo as obras completas de Shakespeare, John Milton e John Dryden. Veja Keith Walker, “Jacob Tonson, Bookseller”, *American Scholar* 61:3 (1992): 424-31. 77
- [99] Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective* (Nashville: Vanderbilt University Press, 1968), 151-52. 77
- [100] Como Siva Vaidhyanathan argumenta claramente, é errado afirmar que essa era uma “lei de direitos autorais”. Veja Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 40. 78
- [101] Philip Wittenberg, *The Protection and Marketing of Literary Property* (Nova Iorque: J. Messner, Inc., 1937), 31. 80
- [102] A Letter to a Member of Parliament concerning the Bill now depending in the House of Commons, for making more effectual an Act in the Eighth Year of the Reign of Queen Anne, entitled, An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned (Londres, 1735), in Brief Amici Curiae de Tyler T. Ochoa et al., 8, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618). 81
- [103] Lyman Ray Patterson, “Free Speech, Copyright, and Fair Use”, *Vanderbilt Law Review* 40 (1987): 28. Para um registro altamente esclarecedor, veja Vaidhyanathan, 37-48. 81
- [104] Para um registro altamente esclarecedor, veja David Saunders, *Authorship and Copyright* (Londres: Routledge, 1992), 62-69. 81

- [105] Mark Rose, *Authors and Owners* (Cambridge: Harvard University Press, 1993), 92. 81
- [106] *Ibid.*, 93. 81
- [107] Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, 167 (citando Borwell). 81
- [108] Howard B. Abrams, “The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright,” *Wayne Law Review* 29 (1983): 1152. 82
- [109] *Ibid.*, 1156. 82
- [110] Rose, 97. 83
- [111] *Ibid.* 84
- [112] Para um excelente argumento de porque esse uso pode ser considerado uso justo apesar da maioria dos advogados não o reconhecerem como tal, veja Richard A. Posner e William F. Patry, “Fair Use and Statutory Reform in the Wake of *Eldred*” (rascunho arquivado pelo autor), University of Chicago Law School, 5 de Agosto de 2003. 87
- [113] Tecnicamente, os direitos que Alben tinha que cobrir eram principalmente os de publicidade — direitos que o artista têm para controlar a exploração comercial de sua imagem. Mas esses direitos também atrapalham a criatividade de “copiar-e-colar”, como esse capítulo evidencia. 90
- [114] U.S. Department of Commerce Office of Acquisition Management, *Seven Steps to Performance-Based Services Acquisition*, disponível no *link* nº 22. 91
- [115] A tentação ainda existe, porém. Brewster Kahle relatou que a Casa Branca altera seus próprios *press releases* sem notícia. Um *press release* de 13 de Maio de 2003 afirmava que “As Operações de Combate no Iraque Terminaram”. Ele foi posteriormente alterado, sem notícia, para “As Principais Operações de Combate no Iraque Terminaram”. Email de Brewster Kahle, 1º de Dezembro de 2003. 98
- [116] Doug Herrick, “Toward a National Film Collection: Motion Pictures at the Library of Congress”, *Film Library Quarterly* 13 nos. 2-3 (1980): 5; Anthony Slide, *Nitrate Won't Wait: A History of Film Preservation in the United States* (Jefferson, N.C.: McFarland & Co., 1992), 36. 100

- [117] Dave Barns, “Fledgling Career in Antique Books: Woodstock Landlord, Bar Owner Starts a New Chapter by Adopting Business”, *Chicago Tribune*, 5 de Setembro de 1997, em Metro Lake 1L. Sobre os livros publicados entre 1927 e 1946, apenas 2,2% ainda estavam no mercado em 2002. R. Anthony Reese, “The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks”, *Boston College Law Review* 44 (2003): 593 n. 51. 101
- [118] Home Recording of Copyrighted Works: Hearings on H.R. 4783, H.R. 4794, H.R. 4808, H.R. 5250, H.R. 5488, and H.R. 5705 Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives, 97º Cong., 2ª sessão (1982): 65 (testemunho de Jack Valenti). 106
- [119] Os advogados lidam com “propriedade” não como uma coisa absoluta, física, mas sim como um conjunto de direitos que algumas vezes são associados a certos objetos. Portanto, meu “direito à propriedade” sobre meu carro, me dá o direito de uso exclusivo, mas não de dirigi-lo a 200 quilômetros por hora. Para uma melhor discussão sobre como conectar o conceito comum de “propriedade” ao “advogadês”, veja Bruce Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven: Yale University Press, 1977), 26-27. 106
- [120] Descrevendo a forma como a lei afeta as outras três modalidades, não afirmo que as outras três não possam afetar a lei. Claramente, elas afetam. A única distinção da lei é que apenas ela fala como se tivesse um direito auto-consciente de mudar as demais modalidade. O direito das outras três é expresso de forma mais tímida. Veja Lawrence Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace* (Nova York: Basic Books, 1999): 90-95; Lawrence Lessig, “The New Chicago School”, *Journal of Legal Studies*, Junho de 1998. 111
- [121] Algumas pessoas questionam essa forma de falar sobre “liberdade”, argumentando que normalmente as restrições são causadas apenas pelo governo. Nesse entender, quando uma tempestade destrói uma ponte, essas pessoas pensam que não faz sentido dizer que a liberdade de uma pessoa foi restringida. Uma ponte foi destruída, o que torna mais difícil ir de um lugar para o outro. Dizer que isso é perda de liberdade, afirmam elas, é confundir as coisas, misturando política com questões mundanas e cotidianas. Eu não pretendo negar o valor dessa visão mais limitada, que depende do contexto de quem pergunta. Eu irei, porém,

argumentar contra qualquer tentativa de determinar que essa visão mais limitada seja a única visão apropriada de liberdade. Como eu argumentei em *Code*, nós viemos de uma longa tradição de pensamento político com um foco mais amplo do que essa questão simplista de como o governo atua. John Stuart Mill defendeu a liberdade de expressão, por exemplo, contra a tirania das mentes pequenas, não contra o medo de perseguição governamental; John Stuart Mill, *On Liberty* (Indiana: Hackett Publishing Co., 1978), 19. John R. Commons tornou-se famoso por defender a liberdade econômica do trabalho das restrições impostas pelo mercado John R. Commons, “The Right to Work”, in Malcom Rutherford and Warren J. Samuels, eds., *John R. Commons: Selected Essays* (Londres: Routledge: 1997), 62. O Decreto para Americanos com Necessidades Especiais (*Americans with Disabilities Act*) ampliou a liberdade das pessoas com necessidades especiais ao mudar a arquitetura de certos locais públicos, tornando assim o acesso a tais locais mais fácil; 42 *United States Code*, seção 12101 (2000). Cada uma dessas intervenções para mudar condições existentes alterou a liberdade de um grupo específico. O efeito de tais intervenções deveria ser contabilizado ao tentar-se entender a liberdade efetiva de cada um desses grupos. 111

- [122] Veja Geoffrey Smith, “Film vs. Digital: Can Kodak Build a Bridge?” *BusinessWeek* online, 2 de Agosto de 1999, disponível no *link* n° 23. Para uma análise mais atual da posição da Kodak no mercado, veja Chana R. Schoenberger, “Can Kodak Make Up for Lost Moments?” *Forbes.com*, 6 de Outubro de 2003, disponível no *link* n° 24. 114
- [123] Fred Warshofsky, *The Patent Wars* (Nova Iorque: Wiley, 1994), 170-71. 115
- [124] Veja, por exemplo, James Boyle, “A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?” *Duke Law Journal* 47 (1997): 87. 116
- [125] William W. Crosskey, *Politics and the Constitution in the History of the United States* (Londres: Cambridge University Press, 1953), vol. 1, 485-86: “extinguir[ndo], pela implicação simples da ‘Lei suprema da Terra’, o direito perpétuo que os autores teriam, ou alguns acreditavam terem, segundo a *Jurisprudência*” (ênfase do autor). 118
- [126] Embora 13 mil títulos tenham sido publicados nos Estados Unidos entre 1790 e 1799, apenas 556 registros de *copyright* foram expedidos; John Tebbel, *A History of Book Publishing in the United States*, vol. 1, *The Creation of an Industry, 1630 — 1865* (Nova Iorque: Bowker,

1972), 141. Das 21 mil obras no mercado disponibilizadas antes de 1790, apenas doze foram colocadas sob os termos da lei de *copyright* de 1790; William J. Maher, *Copyright Term, Retrospective Extension and the Copyright Law of 1790 in Historical Context*, 7-10 (2002), disponível no *link* n° 25. Portanto, a maioria absoluta dos trabalhos passaram automaticamente para o domínio público. Mesmo aqueles trabalhos que estavam sob *copyright* caíram no domínio público rapidamente, por causa que os períodos de *copyright* eram curtos. O período inicial do *copyright* era de catorze anos, com a opção de renovação por mais catorze anos. Lei do *copyright* de 31 de Maio de 1790 §1, 1 stat. 124. 120

- [127] Poucos detentores de *copyright* sequer chegavam a renovar seus *copyrights*. Para ilustrar o fato, dos 25006 *copyrights* registrados em 1883, apenas 894 foram renovados em 1910. Para uma análise anual das taxas de renovação do *copyright*, veja Barbara A. Ringer, “Study n° 31: Renewal of Copyright,” *Studies on copyright*, vol. 1 (Nova Iorque: Practicing Law Institute, 1963), 618. Para um material mais completo e atualizado, veja William M. Landes e Richard A. Posner, “Indefinitely Renewable Copyright”, *University of Chicago Law Review* 70 (2003): 471, 498-501, e figuras associadas. 120
- [128] Veja Ringer, ch. 9, n. 2. 120
- [129] Essas estatísticas estão subestimadas. Entre 1910 e 1962 (o primeiro ano no qual o período de renovação foi estendido), o período médio nunca foi maior do que trinta e dois anos, e ficou em média em trinta anos. Veja Landes e Posner, “Indefinitely Renewable Copyright,” loc. cit. 121
- [130] Veja Thomas Bender e David Sampliner, “Poets, Pirates, and the Creation of American Literature”, 29 *New York University Journal of International Law and Politics* 255 (1997), e James Gilraeth, ed., *Federal Copyright Records, 1790-1800* (U.S. G.P.O., 1987). 123
- [131] Jonathan Zittrain, “The Copyright Cage”, *Legal Affairs*, Julho/Agosto de 2003, disponível no *link* n° 26. 124
- [132] O Professor Rubinfeld apresentou um argumento constitucional contundente sobre as diferenças que a lei do *copyright* deveria considerar (dentro da visão da Primeira Emenda) entre simples “cópias” e obras

- derivativas. Veja Jed Rubenfeld, “The Freedom of Imagination: Copyright’s Constitutionality”, *Yale Law Journal* 112 (2002): 1-60 (veja especialmente as págs. 53-59). 124
- [133] Essa é uma simplificação da lei, mas não é tão grande. A lei certamente regulamenta mais do que “cópias” — uma apresentação pública de uma música sob *copyright*, por exemplo, é regulada mesmo a apresentação *per se* não configurar cópia; 17 *United States Code*, seção 106(4). E ela certamente não regula algumas vezes uma “cópia”; 17 *United States Code*, seção 112(a). Mas a presunção sob a lei atual (que restringe “cópias”; 17 *United States Code*, seção 102) é que se há uma cópia há direitos sobre ela. 125
- [134] Veja David Lange, “Recognizing the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems* 44 (1981): 172-73. 133
- [135] *Ibid.* Veja também Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs*, 1-3. 133
- [136] Veja Pamela Samuelson, “Anticircumvention Rules: Threat to Science”, *Science* 293 (2001): 2028; Brendan I. Koerner, “Play Dead: Sony Muzzles the Techies Who Teach a Robot Dog New Tricks”, *American Prospect*, 1 de Janeiro de 2002; “Court Dismisses Computer Scientists’ Challenge to DMCA”, *Intellectual Property Litigation Reporter*, 11 de Dezembro de 2001; Bill Holland, “Copyright Act Raising Free-Speech Concerns”, *Billboard*, 26 de Maio de 2001; Janelle Brown, “Is the RIAA Running Scared?” *Salon.com*, 26 de Abril de 2001; Electronic Frontier Foundation, “Frequently Asked Questions about *Felten and USENIX v. RIAA* Legal Case”, disponível no *link* n° 27. 140
- [137] *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 455 fn. 27 (1984). Rogers nunca mudou sua opinião sobre o videocassete. Veja James Lardner, *Fast Forward: Hollywood, the Japanese, and the Onslaught of the VCR* (Nova Iorque: W. W. Norton, 1987), 270-71. 144
- [138] Para uma análise prévia e presciente, veja Rebecca Tushnet, “Legal Fictions, Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law”, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal* 17 (1997): 651. 145
- [139] FCC Oversight: Hearing Before the Senate Commerce, Science and Transportation Committee, 108th Cong., 1st sessão (22 de Maio de 2003) (opinião do Senador John McCain). 147

- [140] Lynette Holloway, “Despite a Marketing Blitz, CD Sales Continue to Slide”, *New York Times*, 23 de Dezembro de 2002. 147
- [141] Molly Ivins, “Media Consolidation Must Be Stopped”, *Charleston Gazette*, 31 de Maio de 2003. 147
- [142] James Fallows, “The Age of Murdoch”, *Atlantic Monthly* (Setembro de 2003): 89. 148
- [143] Leonard Hill, “The Axis of Access”, notas antes do Weidenbaum Center Forum, “Entertainment Economics: The Movie Industry”, St. Louis, Missouri, 3 de Abril de 2003 (transcrição das notas preparadas disponíveis no *link* nº 28; para a história de Lear, não incluída nas notas preparadas, veja o *link* nº 29). 149
- [144] NewsCorp./DirecTV Merger and Media Consolidation: Hearings on Media Ownership Before the Senate Commerce Committee, 108th Cong., 1st sess. (2003) (testemunho de Gene Kimmelman em nome da *Consumer Union* (Sindicato dos Consumidores) e da *Consumer Federation of America* (Federação dos Consumidores Americanos), disponível no *link* nº 30. Kimmelman citou Victoria Riskin, presidente da *Writers Guild of America* (Guilda dos Escritores Americanos), seção Oeste, em suas Notas à FCC En Banc Hearing, Richmond, Virginia, 27 de Fevereiro de 2003. 149
- [145] Ibid.
- [146] “Barry Diller Takes on Media Deregulation”, *Now with Bill Moyers*, Bill Moyers, 25 de Abril de 2003, transcrição editada disponível no *link* nº 31. 150
- [147] Clayton M. Christensen, *The Innovator’s Dilemma: The Revolutionary National Bestseller that Changed the Way We Do Business* (Cambridge: Harvard Business School Press, 1997). Christensen reconhece que a idéia foi sugerida inicialmente por Dean Kim Clark. Veja Kim B. Clark, “The Interaction of Design Hierarchies and Market Concepts in Technological Evolution”, *Research Policy* 14 (1985): 235-51. Para um estudo mais recente, veja Richard Foster and Kaplan, *Creative Destruction: Why Companies That Are Built to Last Underperform the Market — and How to Successfully Transform Them* (Nova Iorque: Currency/Doubleday, 2001). 150

- [148] O *Marijuana Policy Project* (Projeto de Políticas para a Maconha), em Fevereiro de 2003, procurou veicular anúncios que respondiam diretamente à série Nick e Norm em estações na área de Washington, D.C. A Comcast rejeitou os anúncios como “contra [a sua] política”. A afiliada local da NBC, a WRC, rejeitou os anúncios sem nenhum comentário dos motivos. A afiliada local da ABC, a WJOA, originalmente aceitou veicular os anúncios e cobrou por eles, mas depois decidiu não os veicular, devolvendo os valores cobrados. Entrevista com Neal Levine, 15 de Outubro de 2003. Essas restrições claramente não se aplicam apenas à política anti-drogas. Veja, por exemplo, Nat Ives, “On the Issue of an Iraq War, Advocacy Ads Meet with Rejection from TV Networks”, *New York Times*, 13 de Março de 2003, C4. Fora do período televisivo relacionado às eleições, há muito pouco que a FCC ou as cortes desejam fazer no campo. Para uma visão geral, veja Rhonda Brown, “Ad Hoc Access: The Regulation of Editorial Advertising on Television and Radio”, *Yale Law and Policy Review* 6 (1988): 449-79, e para um sumário recente da tendência da FCC e das cortes, veja *Radio-Television News Directors Association v. FCC*, 184 F. 3d 872 (D.C. Cir. 1999). As autoridades municipais exercem as mesmas autoridades das redes de TV. Em um recente exemplo em San Francisco, a autoridade de trânsito de San Francisco rejeitou um anúncio que criticava os seus ônibus a diesel Muni. Phillip Matier e Andrew Ross, “Antidiesel Group Fuming After Muni Rejects Ad”, SFGate.com, 16 de Junho de 2003, disponível no *link* nº 32. O motivo foi que a crítica seria “excessivamente controversa”. 152
- [149] Siva Vaidhyanathan captou uma mensagem semelhante em suas “quatro rendições” da lei do *copyright* na era digital. Veja Vaidhyanathan, 159-60. 153
- [150] Essa foi a principal contribuição individual dada pelo movimento realista legal para demonstrar que todos os direitos de propriedade são criados para equilibrar os interesses públicos e privados. Veja Thomas C. Grey, “The Disintegration of Property”, in *Nomos XXII: Property*, J. Roland Pennock e John W. Chapman, eds. (Nova Iorque: New York University Press, 1980). 155
- [151] H. G. Wells, “The Country of the Blind” (1904, 1911). Veja H. G. Wells, *The Country of the Blind and Other Stories*, Michael Sherborne, ed. (Nova Iorque: Oxford University Press, 1996). 159
- [152] Para um resumo excelente sobre o assunto, veja o relatório preparado pelo GartnerG2 e pelo Berkman Center for Internet and Society (Cen-

tro Berkman para a Internet e Sociedade) da Faculdade de Direito Harvard, “Copyright and Digital Media in a Post-Napster World”, de 27 de Junho de 2003, disponível no *link* nº 33. Os Deputados John Conyers Jr. (Democrata/Michigan) e Howard L. Berman (Democrata/Califórnia) propuseram uma lei que trataria a cópia ilegal online como um crime capital, com punições indo até cinco anos de prisão; veja Jon Healey, “House Bill Aims to Up Stakes on Piracy”, *Los Angeles Times*, 17 de Julho de 2003, disponível no *link* nº 34. As penalidades civis estão atualmente em 150 mil dólares para cada música copiada. Para um recente (e frustrado) questionamento legal da imposição da RIAA que um ISP revelasse a identidade de um usuário acusado de compartilhar mais de 600 músicas através de um computador caseiro, veja *RIAA v. Verizon Internet Services (In re. Verizon Internet Services)*, 240 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2003). Tal usuário pode ser obrigado a pagar multas de até 90 milhões de dólares. Tais valores astronômicos oferecem à RIAA um poderoso arsenal para sua perseguição contra os compartilhadores de arquivos. Acordos variando de 12 mil a 17 mil e quinhentos dólares para quatro estudantes por compartilhamento de arquivos em redes universitárias poderia parecer uma ninharia perto dos 98 bilhões de dólares que a RIAA poderia buscar caso a coisa fosse para a corte. Veja Elizabeth Young, “Downloading Could Lead to Fines”, *redandblack.com*, 26 de Agosto de 2003, disponível no *link* nº 35. Para um exemplo da busca da RIAA de estudantes usando compartilhamento de arquivos, e das intimações expedidas contra universidades para as obrigarem a revelar as identidades dos estudantes envolvidos, veja James Collins, “RIAA Steps Up Bid to Force BC, MIT to Name Students”, *Boston Globe*, 8 de Agosto de 2003, D3, disponível no *link* nº 36. 162

- [153] WIPO and the DMCA One Year Later: Assessing Consumer Access to Digital Entertainment on the Internet and Other Media: Hearing Before the Subcommittee on Telecommunications, Trade, and Consumer Protection, House Committee on Commerce, 106th Cong. 29 (1999) (opinião de Peter Harter, vice-presidente, de Políticas e Padrões Públicos Globais, EMusic.com), disponível no LEXIS, *Federal Document Clearing House Congressional Testimony File*⁷ 163
- [154] Veja Lynne W. Jeter, *Disconnected: Deceit and Betrayal at WorldCom* (Hoboken, Nova Jersey, EUA: John Wiley & Sons, 2003), 176, 204; por detalhes do processo, veja o *press release* da MCI, “MCI Wins U.S.

⁷NT: Não consegui traduzir a frase anterior, mas pode ser entendida, por alto, como “Arquivo Federal de Documentos de Testemunho do Congresso”, ou algo assim. . .

District Court Approval for SEC Settlement” (de 7 de Julho de 2003), disponível no *link* nº 37. 167

- [155] O projeto de lei, baseado no modelo de reforma à lei de ofensa física da Califórnia, passou pela Câmara dos Deputados mas foi derrubada em uma votação do Senado em Julho de 2003. Para uma visão geral do assunto, veja Tanya Albert, “Measure Stalls in Senate: ‘We’ll Be Back,’ Say Tort Reformers”, *amednews.com*, 28 de Julho de 2003, disponível no *link* nº 38, e “Senate Turns Back Malpractice Caps”, *CBSNews.com*, 9 July 2003, disponível no *link* nº 39. O Presidente Bush tem continuamente encorajado a aprovação desse projeto de lei nos últimos meses. 167
- [156] Veja Danit Lidor, “Artists Just Wanna Be Free”, *Wired*, 7 de Julho de 2003, disponível no *link* nº 40. Para um sumário da exposição, veja o *link* nº 41. 167
- [157] Veja Joseph Menn, “Universal, EMI Sue Napster Investor”, *Los Angeles Times*, 23 de Abril de 2003. Para um argumento paralelo sobre os efeitos da inovação na distribuição de música, veja Janelle Brown, “The Music Revolution Will Not Be Digitized”, *Salon.com*, 1º de Junho de 2001, disponível no *link* nº 42. Veja também Jon Healey, “Online Music Services Besieged”, *Los Angeles Times*, 28 de Maio de 2001. 171
- [158] Rafe Needleman, “Driving in Cars with MP3s”, *Business 2.0*, 16 de Junho de 2003, disponível no *link* nº 43. Sou grato ao Dr. Mohammad Al-Ubaydli por tal exemplo. 172
- [159] “Copyright and Digital Media in a Post-Napster World”, GartnerG2 e o Berkman Center for Internet and Society (Centro Berkman para Internet e Sociedade) Faculdade de Direito de Harvard (2003), 33-35, disponível no *link* nº 44. 173
- [160] GartnerG2, 26-27. 174
- [161] Veja David McGuire, “Tech Execs Square Off Over Piracy”, *Newsbytes*, 28 de Fevereiro de 2002 (Entertainment). 174
- [162] Jessica Litman, *Digital Copyright* (Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2001).
- [163] A única exceção nas cortes de apelação foi vista em *Recording Industry Association of America (RIAA) v. Diamond Multimedia Systems*, 180 F. 3d 1072 (9th Cir. 1999). Nesse caso a corte de apelação

da Nona Corte Distrital entendeu que os criadores de um tocador de MP3 portátil não poderiam ser imputados de responsabilidade por contribuição em violações de *copyright* por um dispositivo que era incapaz de gravar ou redistribuir música (um dispositivo cuja única função de cópia era tornar portátil um arquivo já armazenado no computador do usuário). No nível das cortes distritais, a única exceção foi vista em *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal., 2003), onde a corte decidiu que a ligação entre o distribuidor e o comportamento de um usuário qualquer era excessivamente fraco para tornar o distribuidor responsabilizável por contribuição direta ou indireta em violações de *copyright*. 175

- [164] Por exemplo, em Julho de 2002, o Deputado Howard Berman introduziu o *Peer-to-Peer Piracy Prevention Act* (Lei de Prevenção à Pirataria por Peer-to-Peer), que iria neutralizar os detentores de *copyright* de responsabilização legal por danos feitos a computadores quando eles utilizassem tecnologia para impedir violações de *copyright*. Em Agosto de 2002, o Deputado Billy Tauzin propôs uma lei que obrigaria tecnologias capazes de redistribuírem cópias digitais de filmes distribuídos pela TV (por exemplo, computadores) que respeitassem um “*flag* de distribuição” que deveria desabilitar a cópia desse conteúdo. E em Março do mesmo ano, o Senador Fritz Holling introduziu o *Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act* (Lei de Promoção da televisão Digital e da Banda Larga para o Consumidor Final), que obrigava a inserção de sistemas de tecnologias de proteção de *copyright* em todos os dispositivos de mídia digital. Veja GartnerG2, “Copyright and Digital Media in a Post-Napster World”, 27 de Junho de 2003, 33-34, disponível no *link* nº 44. 175
- [165] Lessing, 239. 176
- [166] *Ibid.*, 229. 176
- [167] Esse exemplo derivou-se das taxas definidas pelo processo original da *Copyright Arbitration Royalty Panel* (Painel de Arbitragem de *Royalty* por *copyright* — CARP), foi desenvolvida a partir de um exemplo oferecido pelo William Fisher. Conference Proceedings, iLaw (Stanford), 3 de Julho de 2003, arquivado pelo autor. Os Professors Fisher e Zittrain testemunharam durante o processo da CARP, e esse testemunho foi simplesmente rejeitado. Veja Jonathan Zittrain, *Digital Performance Right in Sound Recordings and Ephemeral Recordings*, Docket nº 2000 — 9, CARP DTRA 1 e 2, disponível no *link* nº 45. Para uma análise

excelente sobre uma idéia similar, veja Randal C. Picker, “Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution”, *Antitrust Bulletin* (Verão/Outono de 2002): 461: “Não há confusão, essas são apenas barreiras antiquadas para o acesso. As estações de rádio analógicas estão sendo protegidas contra as entradas digitais, diminuindo a entrada e a diversidade no meio do rádio. Sim, isso está sendo feito em nome do oferecimento dos royalties para os detentores do *copyright*, mas, se não fosse o fato dos interesses poderosos envolvidos, seriam analisados caminhos mais neutros em relação à mídia.” 177

- [168] Mike Graziano e Lee Rainie, “The Music Downloading Deluge,” Pew Internet and American Life Project (24 de Abril de 2001), disponível no *link* nº46. O Pew Internet and American Life Project (Projeto Pew sobre Internet e a vida americana) relatou que 27 milhões de americanos baixaram arquivos de música da Internet até o início de 2001. 179
- [169] Alex Pham, “The Labels Strike Back: N.Y. Girl Settles RIAA Case”, *Los Angeles Times*, 10 de Setembro de 2003, Caderno Negócios. 180
- [170] Jeffrey A. Miron and Jeffrey Zwiebel, “Alcohol Consumption During Prohibition”, *American Economic Review* 81, nº 2 (1991): 242. 180
- [171] *National Drug Control Policy: Hearing Before the House Government Reform Committee, 108th Cong., 1st sess. (5 de Março de 2003)* (testemunho de John P. Walters, diretor do *National Drug Control Policy* — Centro Nacional de Políticas de Controle de Drogas). 180
- [172] Veja James Andreoni, Brian Erard, e Jonathon Feinstein, “Tax Compliance”, *Journal of Economic Literature*/ 36 (1998): 818 (pesquisa de literatura relevante). 180
- [173] Veja Frank Ahrens, “RIAA’s Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants”, *Washington Post*, 10 de Setembro de 2003, E1; Chris Cobbs, “Worried Parents Pull Plug on File ‘Stealing’; With the Music Industry Cracking Down on File Swapping, Parents are Yanking Software from Home PCs to Avoid Being Sued”, *Orlando Sentinel Tribune*, 30 de Agosto de 2003, C1; Jefferson Graham, “Recording Industry Sues Parents”, *USA Today*, 15 de Setembro de 2003, 4D; John Schwartz, “She Says She’s No Music Pirate. No Snoop Fan, Either”, *New York Times*, 25 de Setembro de 2003, C1; Margo Varadi, “Is Brianna a Criminal?” *Toronto Star*, 18 de Setembro de 2003, P7. 185

- [174] Veja “Revealed: How RIAA Tracks Downloaders: Music Industry Discloses Some Methods Used”, CNN.com, disponível no *link* nº 47. 185
- [175] Veja Jeff Adler, “Cambridge: On Campus, Pirates Are Not Penitent”, *Boston Globe*, 18 de Maio de 2003, *City Weekly*, 1; Frank Ahrens, “Four Students Sued over Music Sites; Industry Group Targets File Sharing at Colleges”, *Washington Post*, 4 de Abril de 2003, E1; Elizabeth Armstrong, “Students ‘Rip, Mix, Burn’ at Their Own Risk”, *Christian Science Monitor*, 2 de Setembro de 2003, 20; Robert Becker e Angela Rozas, “Music Pirate Hunt Turns to Loyola; Two Students Names Are Handed Over; Lawsuit Possible”, *Chicago Tribune*, 16 de Julho de 2003, 1C; Beth Cox, “RIAA Trains Antipiracy Guns on Universities”, *Internet News*, 30 de Janeiro de 2003, disponível no *link* nº 48; Benny Evangelista, “Download Warning 101: Freshman Orientation This Fall to Include Record Industry Warnings Against File Sharing”, *San Francisco Chronicle*, 11 de Agosto de 2003, E11; “Raid, Letters Are Weapons at Universities”, *USA Today*, 26 de Setembro de 2000, 3D.
- [176] O texto completo é — “*Sonny [Bono] queria que o período de proteção do copyright durasse para sempre. Fui informada pela minha equipe de que tal mudança violaria a Constituição. Eu convido a todos vocês para se unirem a mim e para ampliarmos nossas leis de copyright em todas as direções possíveis. Como vocês sabem, existe a proposta de Jack Valenti de um período que dure até o último dia da eternidade. Talvez o Comitê deveria analisar isso no próximo Congresso*”, 144 Cong. Rec. H9946, 9951-2 (7 de Outubro de 1998). 193
- [177] Associated Press, “Disney Lobbying for Copyright Extension No Mickey Mouse Effort; Congress OKs Bill Granting Creators 20 More Years”, *Chicago Tribune*, 17 de Outubro de 1998, 22. 195
- [178] Veja Nick Brown, “Fair Use No More?: Copyright in the Information Age”, disponível no *link* nº 49. 195
- [179] Alan K. Ota, “Disney in Washington: The Mouse That Roars”, *Congressional Quarterly This Week*, 8 de Agosto de 1990, disponível no *link* nº 50. 195
- [180] *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 564 (1995). 196
- [181] *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

- [182] Brief of the Nashville Songwriters Association, *Eldred/ v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), n.10, disponível no *link* n° 51. 197
- [183] A idéia de 2% é uma extrapolação do estudo do *Congressional Research Service* (Serviço de Pesquisas do Congresso), com base nos períodos estimados de renovação. Veja Brief of Petitioners, *Eldred v. Ashcroft*, 7, disponível no *link* n° 52. 198
- [184] Veja David G. Savage, “High Court Scene of Showdown on Copyright Law”, *Los Angeles Times*, 6 de Outubro de 2002; David Streitfeld, “Classic Movies, Songs, Books at Stake; Supreme Court Hears Arguments Today on Striking Down Copyright Extension”, *Orlando Sentinel Tribune*, 9 de Outubro de 2002. 200
- [185] Brief of Hal Roach Studios and Michael Agee as Amicus Curiae Supporting the Petitioners, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01- 618), 12. Veja também Brief of Amicus Curiae filed on behalf of Petitioners by the Internet Archive, *Eldred v. Ashcroft*, disponível no *link* n° 53. 200
- [186] Jason Schultz, “The Myth of the 1976 Copyright ‘Chaos’ Theory”, 20 de Dezembro de 2002, disponível no *link* n° 54. 203
- [187] Brief of Amici Dr. Seuss Enterprise et al., *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), 19. 208
- [188] Dinitia Smith, “Immortal Words, Immortal Royalties? Even Mickey Mouse Joins the Fray”, *New York Times*, 28 de Março de 1998, B7. 208
- [189] Até o *Berlin Act* (Lei de Berlim) da Convenção de Berna de 1908, as legislações nacionais do *copyright* algumas vezes tornavam a proteção do *copyright* dependente da conformidade com certas formalidades como o registro, depósito, e fixação de nota de afirmação de *copyright* pelo autor. Porém, a partir da lei de 1908, em todos os textos da Convenção foi determinado que “o exercício e aproveitamento” dos direitos concedidos pelas Convenção “não deveriam ser alvos de qualquer tipo de formalidade”. A proibição contra formalidades está corporificada atualmente no Artigo 5(2) do Texto de Paris da Convenção de Berna. Muitos países continuam impondo alguma forma de depósito ou registro, mas não como condição de *copyright*. A lei francesa, por exemplo, exige o depósito de cópias das obras em repositórios nacionais, principalmente no Museu Nacional. Cópias dos livros publicados nos Reino

Unido precisam ser depositados na Biblioteca Britânica. A Lei Alemã do *Copyright* estabelece um Registro de Autores ao qual o verdadeiro nome de um autor deve ser inscrito no caso de obras anônimas ou sob pseudônimo. Paul Goldstein, *International Intellectual Property Law, Cases and Materials* (Nova Iorque: Foundation Press, 2001), 153-54. 222

- [190] Commission on Intellectual Property Rights, “Final Report: Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy” (Londres, 2002), disponível no *link* nº 55. De acordo com um *press release* emitido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 9 de Julho de 2002, apenas 230 mil dos 6 milhões de aidéticos que precisam das drogas nos países em desenvolvimento as recebem — e metade deles vivem no Brasil. 231
- [191] Veja Peter Drahos com John Braithwaite, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* (Nova Iorque: The New Press, 2003), 37. 232
- [192] International Intellectual Property Institute (IIPi), *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, a Report Prepared for the World Intellectual Property Organization* (Washington, D.C., 2000), 14, disponível no *link* nº 56. Para um registro de primeira mão sobre a batalha contra a África do Sul, veja Hearing Before the Subcommittee on Criminal Justice, Drug Policy, and Human Resources, House Committee on Government Reform, H. Rep., 1st sess., Ser. nº 106-126 (22 July 1999), 150-57 (opinião de James Love). 232
- [193] International Intellectual Property Institute (IIPi), *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, a Report Prepared for the World Intellectual Property Organization* (Washington, D.C., 2000), 15. 232
- [194] Veja Sabin Russell, “New Crusade to Lower AIDS Drug Costs: Africa’s Needs at Odds with Firms’ Profit Motive”, *San Francisco Chronicle*, 24 de Maio de 1999, A1, disponível no *link* nº 57 (“licenciamento compulsório e mercados cinzentos posam como ameaças a todo o sistema de proteção da propriedade intelectual.”); Robert Weissman, “AIDS and Developing Countries: Democratizing Access to Essential Medicines”, *Foreign Policy in Focus* 4:23 (Agosto 1999), disponível no *link* nº 58 (descrevendo a política americana); John A. Harrelson, “TRIPS, Pharmaceutical Patents, and the HIV/AIDS Crisis: Finding the Proper

Balance Between Intellectual Property Rights and Compassion, a Synopsis”, *Widener Law Symposium Journal* (Primavera de 2001): 175-233

- [195] Jonathan Krim, “The Quiet War over Open-Source”, *Washington Post*, 21 de Agosto de 2003, E1, disponível no *link* nº 59; William New, “Global Group’s Shift on ‘Open Source’ Meeting Spurs Stir”, *National Journal’s Technology Daily*, 19 de Agosto de 2003, disponível no *link* nº 60; William New, “U.S. Official Opposes ‘Open Source’ Talks at WIPO,” *National Journal’s Technology Daily*, 19 de Agosto de 2003, disponível no *link* nº 61. 235
- [196] A posição da Microsoft sobre software livre e de código aberto é bastante sofisticada. Como ela vem repetidamente afirmando, ela não vê problemas em software de código aberto ou em domínio público. A principal oposição da Microsoft é quanto ao “software livre” licenciado segundo licenças “copyleft”, que exigem que o licenciado adote os mesmos termos em qualquer obra derivativa. Veja Bradford L. Smith, “The Future of Software: Enabling the Marketplace to Decide”, *Government Policy Toward Open Source Software* (Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 2002), 69, disponível no *link* nº 62. Veja também Craig Mundie, vice-presidente sênior da Microsoft, *The Commercial Software Model*, discussão na Escola Stern de Administração de Empresas da New York University (3 de Maio de 2001), disponível no *link* nº 63. 237
- [197] Krim, “The Quiet War over Open-Source”, disponível no *link* nº 64. 238
- [198] Veja Drahos e Braithwaite, *Information Feudalism*, 210-20. 239
- [199] John Borland, “RIAA Sues 261 File Swappers”, CNET News.com, 8 de Setembro de 2003, disponível no *link* nº 65; Paul R. La Monica, “Music Industry Sues Swappers”, CNN/Money, 8 de Setembro de 2003, disponível no *link* nº 66; Soni Sangha and Phyllis Furman with Robert Gearty, “Sued for a Song, N.Y.C. 12-Yr-Old Among 261 Cited as Sharers”, *New York Daily News*, 9 de Setembro de 2003, 3; Frank Ahrens, “RIAA’s Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants”, *Washington Post*, 10 de Setembro de 2003, E1; Katie Dean, “Schoolgirl Settles with RIAA”, *Wired News*, 10 de Setembro de 2003, disponível no *link* nº 67. 242

- [200] Jon Wiederhorn, “Eminem Gets Sued ...by a Little Old Lady”, mtv.com, 17 de Setembro de 2003, disponível no *link* nº 68. 242
- [201] Kenji Hall, Associated Press, “Japanese Book May Be Inspiration for Dylan Songs”, Kansascity.com, 9 de Julho de 2003, disponível no *link* nº 69. 242
- [202] “BBC Plans to Open Up Its Archive to the Public”, *press release* da BBC, 24 de Agosto de 2003, disponível no *link* nº 70. 243
- [203] “Creative Commons and Brazil”, Creative Commons Weblog, 6 de Agosto de 2003, disponível no *link* nº 71. 243
- [204] Veja, por exemplo, Marc Rotenberg, “Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry Doesn’t Get)”, *Stanford Technology Law Review* 1 (2001): par. 6-18, disponível no *link* nº 72 (que descreve exemplos de onde a tecnologia muda a política de privacidade). Veja também Jeffrey Rosen, *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age* (Nova Iorque: Random House, 2004) (que mapeia as trocas entre a tecnologia e a privacidade.) 251
- [205] *Willful Infringement: A Report from the Front Lines of the Real Culture Wars* (2003), produzido por Jed Horowitz, dirigido por Greg Hittelman, uma produção Fiat Lucre, disponível no *link* nº 72. 257
- [206] “A Radical Rethink”, *Economist*, 366:8308 (25 de Janeiro de 2003): 15, disponível no *link* nº 74. 263
- [207] Department of Veterans Affairs, Veteran’s Application for Compensation and/or Pension, VA Form 21-526 (OMB Approved nº 2900-0001), disponível no *link* nº 75. 264
- [208] Benjamin Kaplan, *An Unhurried View of Copyright* (Nova Iorque: Columbia University Press, 1967), 32. 265
- [209] *Ibid.*, 56. 265
- [210] Paul Goldstein, *Copyright’s Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox* (Stanford: Stanford University Press, 2003), 187-216. 266
- [211] Veja, por exemplo, “Music Media Watch”, The J@pan Inc. Newsletter, 3 de Abril 2002, disponível no *link* nº 75. 269

- [212] William Fisher, *Digital Music: Problems and Possibilities* (última revisão: 10 de Outubro de 2000), disponível no *link* nº 77; William Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment* (a ser lançado) (Stanford: Stanford University Press, 2004), ch. 6, disponível no *link* nº 78. O Professor Netanel propôs uma idéia relacionada que poderia isentar o compartilhamento não comercial do alcance do copyright e poderia estabelecer compensações para os artistas para equilibrar quaisquer perdas. Veja Neil Weinstock Netanel, “Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free P2P File Sharing”, disponível no *link* nº 79. Para outras propostas, veja Lawrence Lessig, “Who’s Holding Back Broadband?” *Washington Post*, 8 de Janeiro de 2002, A17; Philip S. Corwin em nome da Sharman Networks, uma carta ao Senador Joseph R. Biden, Jr., Presidente do Comitê do Senado para Relações Internacionais, 26 de Fevereiro de 2002, disponível no *link* nº 80; Serguei Osokine, *A Quick Case for Intellectual Property Use Fee (IPUF)*, 3 de Março de 2002, disponível no *link* nº 81; Jefferson Graham, “Kazaa, Verizon Propose to Pay Artists Directly”, *USA Today*, 13 de Maio de 2002, disponível no *link* nº 82; Steven M. Cherry, “Getting Copyright Right”, *IEEE Spectrum Online*, 1º de Julho de 2002, disponível no *link* nº 83; Declan McCullagh, “Verizon’s Copyright Campaign”, *CNET News.com*, 27 de Agosto de 2002, disponível no *link* nº 84. A proposta de Fisher é muito similar à proposta de Richard Stallman para a DAT. Ao contrário da proposta de Fisher, a proposta de Stallman não iria pagar aos artistas de forma diretamente proporcional, embora artistas mais populares poderiam receber mais que os menos populares. Como tipicamente acontece no caso de Stallman, sua proposta antecedeu em quase uma década o debate atual. Veja mais no *link* nº 85. 271
- [213] Lawrence Lessig, “Copyright’s First Amendment” (Palestra em Memória de Melville B. Nimmer), *UCLA Law Review* 48 (2001): 1057, 1069-70. 274
- [214] Um bom exemplo é o trabalho do Professor Stan Liebowitz. Liebowitz está para ser homenageado por sua revisão cuidadosa dos dados sobre violações, levando-o a questionar sua própria posição pública — duas vezes. Ele inicialmente previu que a cópia de arquivos iria prejudicar substancialmente a indústria. Então ele reviu sua posição à luz de dados, e então tem a revisto novamente. Compare Stan J. Liebowitz, *Rethinking the Network Economy: The True Forces That Drive the Digital Marketplace* (Nova Iorque: Amacom, 2002), 173 (revendo sua

visão original mas expressando ceticismo) e Stan J. Liebowitz, “Will MP3s Annihilate the Record Industry?” artigo de trabalho, Junho de 2003, disponível no *link* nº 86. A análise cuidadosa de Liebowitz é extremamente valiosa na estimativa do efeito da tecnologia de compartilhamento de arquivos. Na minha visão, porém, ele subestima os custos do sistema legal. Veja, por exemplo, *Rethinking*, 174-76.

Parte IX

Reconhecimentos &
Agradecimentos

Esse livro é o produto de uma longa e até agora fracassada batalha que começou quando li sobre a batalha de Eric Eldred para manter os livros livre. O trabalho de Eldred ajudou a lançar um movimento. Recebi orientação em várias partes ed amigos e acadêmicos, incluindo Glenn Brown, Peter DiCola, Jennifer Mnookin, Richard Posner, Mark Rose, e Kathleen Sullivan. E recebi correção e orientação de muitos estudantes fabulosos da Escola de Direito de Stanford Law School e da Universidade de Stanford. Eles incluem Andrew B. Coan, John Eden, James P. Fellers, Christopher Guzelian, Erica Goldberg, Robert Hallman, Andrew Harris, Matthew Kahn, Brian Link, Ohad Mayblum, Alina Ng, e Erica Platt. Sou particularmente grato a Catherine Crump e Harry Surden, que ajudaram diretamente na pesquisa, e a Laura Lynch, que brilhantemente conseguiu comandar a tropa que organizamos, e ofereceu seu próprio olho crítico em muito do que está aqui escrito. Yuko Noguchi me ajudou a entender as leis no Japão assim como a sua cultura. Sou grata a ela, e aos muitos no Japão que me ajudaram a preparar esse livro: Joi Ito, Takayuki Matsutani, Naoto Misaki, Michihiro Sasaki, Hiromichi Tanaka, Hiroo Yamagata, e Yoshihiro Yonezawa. Sou também grato ao Professor Nobuhiro Nakayama, e ao Centro de Direito Comercial da Faculdade de Tóquio, por me darem a chance de passar algum tempo no Japão, e a Tadashi Shiraishi e Kiyokazu Yamagami por sua generosa ajuda enquanto estive por lá. Esses são o tipos de ajudas tradicionais nos quais os acadêmicos às vezes se apóiam. Mas junto com todos esses, a Internet tornou possível receber conselho e correção de muitos que jamais vi ao vivo. Entre os que responderam com conselhos extremamente úteis aos pedidos feitos pelo meu blog estão o Dr. Mohammad Al-Ubaydli, David Gerstein, e Peter DiMauro, assim como uma grande lista de pessoas que contribuíram com idéias específicas sobre como desenvolver meu argumento. Eles incluem Richard Bondi, Steven Cherry, David Coe, Nik Cubrilovic, Bob Devine, Charles Eicher, Thomas Guida, Elihu M. Gerson, Jeremy Hunsinger, Vaughn Iverson, John Karabaic, Jeff Keltner, James Lindenschmidt, K. L. Mann, Mark Manning, Nora McCauley, Jeffrey McHugh, Evan McMullen, Fred Norton, John Pormann, Pedro A. D. Rezende, Shabbir Safdar, Saul Schleimer, Clay Shirky, Adam Shostack, Kragen Sitaker, Chris Smith, Bruce Steinberg, Andrzej Jan Taramina, Sean Walsh, Matt Wasserman, Miljenko Williams, “Wink”, Roger Wood, “Ximbo da Jazz”, e Richard Yanco. (Peço desculpas se me esqueci de alguém; os computadores ocasionalmente dão pau, e um travamento em meu sistema de email me fez perder muitas respostas fantásticas.) Richard Stallman e Michael Carroll leram o rascunho completo do livro, e cada um deles ofereceu correções e conselhos extremamente úteis. Michael ajudou-me a ver mais claramente o significado da regulamentação sobre as obras derivativas. E Richard corrigiu um número de erros em-

baraçosamente grande. Enquanto meu trabalho é inspirado em parte no de Stallman, ele não concordou comigo em parte importantes desse livro. Finalmente, e para sempre, sou grato a Bettina, que sempre insistiu que deveria haver felicidade sem fim longe de tais batalhas, e que provou estar sempre certa. Esse aprendiz lento é, para sempre, grato por sua paciência e amor eterno.

Parte X
Sobre o autor



LAWRENCE LESSIG (<http://www.lessig.org>) é professor de direito e um ilustre acadêmico da Faculdade John A. Wilson da Escola de Direito de Stanford. É fundador do Centro de Internet e Sociedade de Stanford e é presidente da *Creative Commons* (<http://creativecommons.org>). Autor de *The Future of Ideas* (Random House, 2001) e *Code: And Other Laws of Cyberspace* (Basic Books, 1999), Lessig é membro do conselho da Public Library of Science, da Electronic Frontier Foundation, e da Public Knowledge. Ele também foi agraciado com o Prêmio para o Avanço do Software Livre da Free Software Foundation, duas vezes listado no “e.biz 25”, da BusinessWeek e uma vez no “50 visionários” da Scientific American. Graduado pela Universidade da Pensilvânia, pela Universidade de Cambridge e pela Escola de Direito de Yale, Lessig foi secretário para o Juiz Richard Posner da 7a. Corte Distrital de Apelações dos Estados Unidos. Outros trabalhos e resenhas sobre o Cultura Livre (em inglês)

<http://www.lessig.org/blog/archives/001840.shtml>

<http://www.free-culture.cc/reviews/>

Parte XI

Sobre o tradutor



FÁBIO EMILIO COSTA é graduando de Desenvolvimento de Software das Faculdades ASMEC e participante da lista de discussão *Quilombo Digital* (<http://www.quilombodigital.org>), que discute informática, filosofia e software livre. Nascido em 3 de Maio de 1978 em São Bernardo do Campo, São Paulo, também estudou, entre outras escolas, na Escola SENAI “Almirante Tamandaré” (São Bernardo do Campo, São Paulo) no curso de Eletricista Industrial, turma do 2º Semestre/1992 / 1º Semestre/1994, e na Escola Agrotécnica Federal de Inconfidentes, turma 1997-2000. Tem 26 anos.

Para contato para dúvidas, sugestões ou correções:

Emails: hogwartslinux@yahoo.com.br
fabiocosta@gmail.com
fabiocosta0305@yahoo.com.br

Jabber: SamWeasley@jabber.org

MSN: hufflepuffbr@hotmail.com

Nick: SamWeasley ou HufflepuffBR

Orkut: <http://www.orkut.com/Profile.aspx?uid=16619557238254357700>

.Node: <http://fabiocosta.dotnode.net>

Blog: <http://www.livejournal.com/user/fabiocosta>
<http://hufflepuffbr.multiply.com>